

TESIS DOCTORAL

**LA RELACION LABORAL DE LOS EXTRANJEROS
EN LAS CIUDADES AUTONOMAS DE CEUTA Y
MELILLA**

Doctoranda: María del Carmen Burgos Goye

Director: Dr. D. Jose Luís Monereo Pérez

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

2011



Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: María del Carmen Burgos Goye
D.L.:GR 682-2012
ISBN: 978-84-694-5725-2

INDICE

ABREVIATURAS.....	10
AGRADECIMIENTOS.....	11

PARTE I

1. LA CUESTIÓN SOCIAL DEL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES: CIUDADANIA, NATURALEZA, ELEMENTOS Y ESTRUCTURA

1.1.1- Introducción.....	14
1.1.2.-Concepto.....	17
1.1.3.- Naturaleza y concepto de ciudadanía.....	27
1.2. Trabajadores extranjeros y derechos sociales.....	52
1.2.1- Introducción.....	55
1.2.2. Configuración jurídica.....	56
1.3. Problemática que plantea la Carta Social Europea con respecto al principio de subsidiaridad.....	112
1.4. Enfoque realizado por el Tratado de Lisboa en materia de derechos fundamentales.....	143
1.5. Configuración jurídica y modelos normativos en las leyes de extranjería promulgadas en nuestro país.....	145
1.5.1.- Introducción.....	145
1.5.2.- Ley Orgánica 7/1985 de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.....	164

1.5.3.- El modelo normativo de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero sobre derechos y libertades de los extranjeros.....	168
1.5.4.- El modelo normativo de la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de de 22 de Diciembre.....	235
1.5.5.- Ley Orgánica 14/2003, de 20 de Noviembre, 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.....	282
1.6. El derecho de asilo y refugio.....	332
1.6.1.- Ámbito europeo.....	332
1.6.2.- Tratamiento por el ordenamiento jurídico español.....	338
1.7. Ley Orgánica 2/2009 de 11 de Diciembre.....	374
1.8. Análisis de los flujos migratorios en la Unión Europea y España.....	433
1.8.1.- Evolución histórica.....	434
1.8.2.- Mecanismos utilizados por la Unión Europea para el control de flujos migratorios.....	446
1.8.3.- Problemática suscitada por la readmisión y el retorno en la fluctuación migratoria.....	451
1.8.3.1.-Procedimientos utilizados por España para el control de flujos: normalización y arraigo laboral.....	454
1.9. Régimen de entrada permanencia y salida del territorio español de los inmigrantes extracomunitarios.....	460
1.9.1.- La búsqueda de empleo por el trabajador extranjero.....	481
1.9.2. Abuso de las regularizaciones en España.....	493
1.9.3.- Requisitos preceptivos de entrada en la Unión Europea para los ciudadanos extracomunitarios.....	509

1.9.4.- Problemática de la aplicabilidad del sistema de información de visados.....	519
1.9.5.- Requisitos administrativos exigibles en España para que un extranjero extracomunitario pueda trabajar.....	522
1.10. La relación jurídico-laboral del trabajador extracomunitario en España y sus consecuencias.....	538
1.10.1.- Situaciones administrativas de los extranjeros extracomunitarios en España.....	538
1.10.2.- Derechos laborales de los inmigrantes extracomunitarios en España.....	544
1.10.3.- Actividades exceptuadas de permiso de trabajo.....	548
1.10.4.- Tratamiento específico de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de para las siguientes actividades: de temporada, de obra o servicios para montante de plantas industriales o construcción de infraestructuras, personal de alta dirección y los de formación y prácticas.....	555
1.10. 5.- Peculiaridades del trabajo de los estudiantes.....	559
1.10.6.- Problemática que plantea el desempleo al inmigrante irregular.....	567
1.10.7. - Fases de la inmigración en España.....	574
1.11. Conclusiones.....	576
1.12. Bibliografía.....	593

PARTE II

2. ANÁLISIS DE LA “PRESIÓN MIGRATORIA” EN CEUTA Y MELILLA.....	676
2.1-Introducción.....	676
2.1.1.- Análisis de la situación en el ámbito geográfico de Melilla.....	678
2.1.1.1.- Introducción.....	678
2.2.-Migración marroquí.....	678
2.2.1-Introducción.....	678
2.2.2.- Etapas.....	679
2.2.3.- Consecuencias jurídicas.....	681
2.3.- Migración hebrea.....	700
2.3.1.- Evolución histórica.....	701
2.3.1.1-Etapas.....	707
2.4.- Migración hindú.....	709
2.4.1.- Introducción.....	709
2.4.2.- Características.....	709
2.5.-MIGRACIÓN SUBSAHARIANA.....	710
2.5.1.- Evolución histórica.....	711
2.5.1.1.- Etapas.....	732
2.6.-Migración argelina.....	733
2.6.1.- Evolución histórica.....	733
2.6.1.1-Etapas.....	733
2.6.1.2- Consecuencias jurídicas.....	734

2.7.-Migración asiática.....	739
2.8.- Ceuta.....	747
2.8.1.-Evolución histórica de la migración en la ciudad de Ceuta.....	747
2.9.-Migración marroquí.....	779
2.9.1.-Introducción.....	779
2.9.2.-Etapas.....	779
2.10.-Migración subsahariana.....	780
2.10.1.1-Introducción.....	780
2.10.2.- Etapas.....	781
2.11.-Migración argelina.....	781
2.11.1.- Introducción.....	781
2.11.2.-Etapas.....	782
2.12.- Análisis jurídico de competencias de Ceuta y Melilla en materia migratoria.....	782
2.12.1. Planteamiento general.....	782
2.13.- Conclusión.....	799
2.14.- Bibliografía.....	808

PARTE III

3. MENORES NO ACOMPAÑADOS.....	825
3.1. Introducción general.....	825
3.2.- Hijos de inmigrantes nacionales españoles o extranjeros reagrupados.....	835

3.2.1-Introducción derechos menores no acompañados.....	835
3.3.-Los derechos de los menores mecanismos de protección.....	836
3.3.1.-El derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios sociales.....	839
3.3.2.- El problema de la minoría de edad del menor.....	846
3.3.3.-Estatuto de derechos comunes a los menores independientemente de que se encuentren o no acompañados.....	852
3.4. El menor ante el derecho de asilo y refugio.....	878
3.4.1.-Tratamiento supranacional e interno.....	880
3.5.-La declaración de desamparo de los menores de edad.....	909
3.6.- El problema de alcanzar la mayoría de edad de los menores no acompañados sin haber sido regularizados.....	920
3.7.- Situación socio-laboral de los menores no acompañados.....	926
3.8.-La repatriación de los menores no acompañados. Un problema sin resolver.....	930
3.8.1. Materialización de la repatriación a los países de origen. Acuerdos suscritos por España.....	941
3.9. Problemas emergentes que plantea la situación legal de estos menores en los territorios aislados.....	949
3.10. Conclusiones.....	972
3.11. Bibliografía.....	983

PARTE IV

4.- EXAMEN DE LOS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS.....	1027
4.1. -Introducción general.....	1027
4.2.- Naturaleza y concepto de transfronterizo.....	1030
4.3.- Política comunitaria en materia transfronteriza y protección de los trabajadores.....	1032
4.3.1.-Situación de los trabajadores transfronterizo en la Unión Europea.....	1032
4.4.-El derecho al trabajo y la protección de los trabajadores transfronterizos.....	1036
4.4.1.-Examen de los derechos comunitarios aplicables a los trabajadores transfronterizos.....	1036
4.5.-Examen de los trabajadores transfronterizos por la legislación española.....	1061
4.5.1.- Evolución legislativa preconstitucional.....	1061
4.5.2.- Evolución posconstitucional.....	1080
4.5.3.- Tratamiento de los trabajadores transfronterizos por las leyes de extranjería dictadas en España.....	1087
4.6.-Estudio y evolución de la situación de los trabajadores transfronterizos en ambas ciudades autónomas.....	1105
4.6.1.- Situación de la población marroquí en los territorios aislados de Ceuta y Melilla antes de la ley Orgánica 7/1985.....	1105
4.6.2.- Actuación de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social ante estas anomalías.....	1116

4.6.3.-Situación de la población musulmana en Ceuta y Melilla tras la entrada en vigor de la ley de las leyes de extranjería en ambas ciudades.....	1126
4.7. Conclusiones.....	1167
4.8. Conclusiones finales.....	1185
4.9. Bibliografía final.....	1215
4.10. Anexo.....	1403

ABREVIATURAS

La Comunidad Económica Europea.....	CEE
Comité Económico y Social Europeo.....	CESE
Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo.....	COM
Tratado de Maastricht.....	TCE
Tratado de Roma.....	TCCE
Unión Europea.....	UE
Fondo Social Europeo.....	FSE
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	CEDF
Organización Internacional del Trabajo.....	OIT
Estatuto de los trabajadores.....	ET
Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes.....	TRLIRNR
Ley de Bases de Régimen Local.....	LBRL
Ley de Registro Civil.....	LRC
Reglamento de Registro Civil.....	RGC
Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.....	EOMF
Fondo Social Europeo.....	FSE
Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados).....	ACNUR

AGRADECIMIENTOS

Una vez finalizada mi tesis doctoral, tengo la obligación de enfrentarme al capítulo más complicado de este trabajo, que no es otro que el de los agradecimientos. He de sintetizar en breves líneas mi sentida y sincera gratitud hacia las personas que me han ayudado. Sin ellas, hubiese sido del todo imposible afrontar con éxito la elaboración de este proyecto, en la que tanta ilusión he puesto.

De forma muy especial, quiero dejar constancia de mi agradecimiento a mi director de tesis D. José Luís Monereo Pérez, por su apoyo, cercanía, ánimo y disponibilidad para resolver mis dudas en cualquier momento a pesar de su siempre ocupada agenda, al que nunca podré corresponder como merecería tantos años de conocimiento y sabiduría empleados en mi formación.

Mi gratitud, para el personal de la Biblioteca de la Facultad de Ciencias Sociales de Melilla, que quiero personalizar en mi amiga Maria Luisa y Bienve y, por vuestra incondicional disposición para que gran parte de la bibliografía manejada haya llegado a mis manos.

Agradecimiento a la Delegación del Gobierno de Melilla, especialmente a su servicio jurídico integrado por Quino Requena y Rafa por orientarme y documentarme en esta investigación.

También hago extensible esta gratitud al Colegio de Abogados de Melilla, que personalizo en mi buen amigo Blas Jesús Imbroda, por su incondicional disposición, colaboración y amistad en toda mi vida profesional y también en esta etapa. Así como a la “Asociación de Estudios Melillenses” especialmente a Juan Díez Sánchez, por toda la ayuda e interés demostrado.

A mis compañeros y compañeras docentes de la Facultad de Ciencias Sociales de Melilla que personalizo en nuestro director D. Alejandro del Canto y al personal del PAS, así como a mis amigos de la Facultad de Educación y Lucia y Oswaldo por vuestro cariño y consejos.

Por último, en el apartado personal, mi gratitud a mis padres, que han sido para mí un ejemplo de esfuerzo, perseverancia, trabajo, constancia y espíritu de superación, cualidades necesarias para afrontar la vida diaria y que han sido mis pilares básicos para finalizar esta tesis.

A todos vosotros y a los que injustamente se me han podido pasar .Gracias. Gracias. Gracias.

CAPÍTULO I

LA CUESTIÓN SOCIAL DEL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES: CIUDADANIA, NATURALEZA, ELEMENTOS Y ESTRUCTURA

1.1.1.- INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se desarrolla el aspecto social del trabajo de los inmigrantes en España, con especial mención de aquellos que se encuentran en las ciudades de Ceuta y Melilla. Inicialmente se describe la naturaleza y concepto de inmigración, que es un hecho social de cambios, en un país que ha pasado de ser exportador de emigrantes a receptor de inmigrantes.

En este mismo orden, es necesario describir los conceptos de emigración, migración, refugiado, extranjero, migrante económico los cuales permitirán desarrollar con Mayor conocimiento el contenido de la presente investigación, basada específicamente en la inmigración en España, debido a que a través de este hecho social se han experimentado grandes cambios económicos, sociales, políticos y culturales. Por tanto, es preciso equiparar los derechos y deberes de los ciudadanos extranjeros que se encuentran en España, logrando el equilibrio del impacto migratorio.

Con la entrada en vigencia de 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, se presentan cambios que han sido necesarios para adaptar la legislación española a las exigencias europeas.¹

Una de las novedades de la nueva ley es que los hijos mayores de 16 años y el cónyuge o la pareja de hecho reagrupados, tendrán permiso de trabajo de forma automática y también el aumento de multas en casos de explotación laboral o contratación de inmigrantes irregulares por parte de las empresas.

Adicionalmente, se desarrolla el concepto de ciudadanía y la problemática que plantea el otorgamiento de la ciudadanía Europa a los ciudadanos no comunitarios y las dificultades que plantea la integración socio-laboral de los extranjeros.

¹ *España está firmemente comprometida con la defensa de los derechos humanos, por lo que los poderes públicos deben favorecer la plena integración de los inmigrantes en nuestro país y garantizar la convivencia y la cohesión social entre los inmigrantes y la población autóctona.* Preámbulo de 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

En el ámbito laboral existe un desorden que abarca el trabajo precario, la discriminación en salarios y las condiciones de trabajo o sobreexplotación de los inmigrantes. Adicionalmente, algunos empresarios se aprovechan del extranjero y en otras existe un acuerdo laboral ilegal para poder permanecer en el país. Como el caso de las infracciones que describe 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, en su artículo 54.1.f. Infracciones muy graves: *“Simular la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito.”*

Por lo anterior, se hace necesario analizar el caso de los derechos sociales, políticos, económicos, culturales, prestacionales y personales de los trabajadores extranjeros. Destacando lo establecido en la Constitución Española en el artículo 9.2. *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”* Además de los derechos sociales establecidos en la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores (1989) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000-2007)

Al respecto, es importante resaltar que la mayoría de los países de la Unión Europea, han firmado el Tratado de Schengen, que tiene como finalidad la libre circulación de los ciudadanos de estos países y poder residenciarse o trabajar sin más requisitos que el documento de identidad y la solicitud de residencia, es lógico que para optar a estas ventajas el ciudadano no debe ser extranjero de países no pertenecientes a la Unión Europea. El mismo Tratado de Schengen endurece la frontera y establece las condiciones para que ciudadanos de terceros países ingresen a cualquier país de la Unión Europea.

Existen diversas normativas que regulan el aspecto social y laboral de los extranjeros en España y en la Unión Europea, como el tratado de Lisboa en materia de derechos fundamentales y la reciente 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.

Dentro de los aspectos que se desarrollan en el presente capítulo, también se encuentra el derecho de asilo y refugio en el ámbito europeo, por lo que al describir estos derechos se plasma también su naturaleza jurídica y el reconocimiento de los mismos en España.

Con la finalidad de conocer la trayectoria de los flujos migratorios en la Unión Europea y España, se describe de manera resumida su evolución histórica, los mecanismos utilizados por la UE para el control de flujos migratorios y la problemática suscitada por la readmisión y el retorno, en la fluctuación migratoria.

Es por ello que surge la pregunta: ¿Puede España ordenar el flujo migratorio?, ¿Cuál es el propósito de la Unión Europea? En tal sentido, un país miembro de la Unión Europea no debe, ni puede, trabajar de modo independiente frente la problemática o situación de la inmigración, por lo que es un reto en conjunto de todos los países miembros para poder alcanzar los objetivos que se planteen.

Otro de los temas que interesan en materia de inmigración es el régimen de entrada, permanencia y salida del territorio español de los inmigrantes no comunitarios, donde se incluyen los requisitos de entrada, el sistema de información de visados, requisitos para trabajar y la residencia temporal o permanente.

Al respecto, 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 tiene como novedad que: *“Para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, se valorará condenas por la comisión de un delito o falta, el cumplimiento de las obligaciones del extranjero en materia tributaria y de seguridad social, así como su esfuerzo de integración acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma”*.²

Por su parte, el artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, establece que: toda persona tiene derecho a la libertad de circulación para la búsqueda de trabajo, que incluye el derecho a salir del propio país para emigrar. La libertad para emigrar no se acompaña de un correspondiente derecho a entrar en otro país como inmigrante, pues no existe un derecho a la inmigración correlativo a la libertad de emigrar, ni el extranjero tiene derecho en principio a entrar y permanecer en el territorio de otro Estado para trabajar allí. De ahí que sea legítimo el establecimiento por los Estados de restricciones para la entrada y permanencia en el territorio y para el acceso a actividades profesionales a los extranjeros. Se ha considerado tradicionalmente materia propia del ejercicio de la soberanía del Estado la sujeción del extranjero a una legislación que, desde la consideración de la seguridad pública y de la protección de la mano de obra nacional, establece controles, requisitos y autorizaciones para poder instalarse como trabajador en el país.

² TABARES, J., (2010) *.La nueva ley de extranjería*. Consulta en línea: www.judithtabares.com.

Por lo anterior, es menester analizar la relación jurídico-laboral del trabajador extracomunitario en España para conocer sus derechos laborales, las actividades que están exceptuadas de permiso de trabajo, los permisos de trabajo, el trabajo de estudiantes, el desempleo que afecta tanto a los inmigrantes regulares como a los irregulares, además de ser un aspecto de gran interés en la actualidad debido a la crisis económica del país, las altas cifras de desempleo, entre otros.

La construcción es uno de los sectores más afectados por la crisis y la cantidad de trabajadores extranjeros en dicho sector era muy alta, lo que ha generado el desempleo de muchos inmigrantes. Por tanto, en la actualidad debe existir la teoría de a mayor desempleo menor ingreso de inmigrantes. Pero ¿Qué pasa con aquellos inmigrantes en situación irregular que vivían y continúan viviendo en el país?, ¿Cómo pueden permanecer en España sin ningún tipo de ayuda, debido a su situación ilegal?

Muchos inmigrantes han optado por ampararse al Plan de retorno voluntario de inmigrantes propuesto por el gobierno español o, en algunos casos, han solicitado la prestación por desempleo en el Servicio Público de Empleo (INEM). Pero todo tiene un límite, un lapso y unos requisitos que los inmigrantes en situación irregular no cumplen.

De modo que, en el presente capítulo se realiza el análisis de todos los aspectos ya mencionados con el propósito de encontrar solución a las preguntas planteadas y desarrollar las conclusiones respectivas. El objetivo principal de la investigación es el conocimiento que aporta, el cual tiene relevancia por ser un tema de interés político y social.

1.1.2.-CONCEPTO

En el presente capítulo, pretendemos realizar un análisis que refleje la desarticulación que se producen en la regulación del trabajo de los extranjeros en España entre la normativa laboral y la extranjería. Para ello, demostraremos la clara descoordinación que existe entre ambas parcelas del ordenamiento jurídico interno, hecho que provoca, que se altere injustificadamente el régimen jurídico de ciertas condiciones laborales, cuando quien concierta el contrato de trabajo es un extranjero no comunitario. Para una primera aproximación, tomamos como punto de partida el análisis sistemático de la legislación en esta materia y de este modo dar respuesta a cuantas dudas surgen día a día sobre el trabajo de los extranjeros en España: permisos de trabajo, situaciones especiales, régimen de ciudadanos de la UE, apátridas, refugiados y desplazados, etc.

Un primer acercamiento, nos conduce a realizar un esbozo general de las principales características de los fenómenos de emigración e inmigración. Examinaremos en primer lugar, la falta de consenso en ambos conceptos, así como numerosas dificultades metodológicas que impiden conseguir dotar de contenido a una definición paritaria sobre los mismos. Dificulta que se acrecienta por el hecho de que hay que añadir que la noción exacta y actual de emigración, en general, se aprecian dos referentes direccionales: emigración e inmigración. Como consecuencia de lo expuesto, se advierte como desde el punto de vista jurídico, no existe una definición³ relativa a las categorías de emigrante y migrante. Sin embargo, existente unas diferencias sustanciales entre ambos términos que implícitamente si la establecen. De este modo, el primero se produce cuando existe un desplazamiento⁴ de población, el cual se puede dar dentro de un mismo Estado o bien a otro Estado distinto. Y en cuanto, al segundo, para que se dé, es preciso que el sujeto se traslade a un territorio del cual no se es natural para establecerse en él.⁵ Por su parte, desde el punto de vista etimológico, el término “*extranjero*” proviene del latín “*extraneus*” que designa, en concreto, a aquél que se sitúa fuera del grupo⁶

Con respecto al origen de estos fenómenos ambos tienen como punto de partida en el régimen de libertades instaurado a partir de la Revolución Francesa, con el reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano y entre ellos se incluye el derecho de emigrar, consagrados en la Constitución de 31 de Octubre de 1791. Sin embargo, no fue hasta la Conferencia Internacional de Emigración, celebrada en Roma en el año 1924, donde se definió al emigrante como "todo ciudadano que se expatría por razones de trabajo, o acompaña, o va a unirse con familiares ya emigrados, o el emigrado que retorna a la nueva condición en el país extranjero al

³ Ante la ausencia de definición en la materia. Nos vemos abocados al recurrir al Diccionario de la Real Academia Española (Vigésima primera edición, Tomo II, 1992, pág. 1371) que conceptúa la emigración como “*La acción de pasar el sujeto de un país a otro con el fin de establecerse en él*”. Mientras que el término inmigración se reserva “*Cuando existe un desplazamiento geográfico del sujeto motivado por causas económicas o sociales*”. De lo que se deduce a nuestro juicio, es que la única diferencia sustancial existente entre ambos conceptos es que cuando se produce inmigración se señalan las motivaciones que la originan y el punto de inflexión entre ambos términos, radica en que el sujeto cambia el lugar de su residencia.

⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo XIX, pág. 694.

⁵ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, vigésima primera edición, Tomo II, pág 1169.

⁶ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., (1983). *Curso de Derecho Internacional Privado*. Volumen II, Ojanguren, Oviedo págs. 21-45. Señala que frente a la diversidad de modos de organización del poder a lo largo de los diferentes estadios de la historia, desde el clan como comunidad primitiva, la polis en la sociedad greco-romana, el señorío o reino en la Edad Media y el Estado en la actualidad, *es el dato esencial el que se define en relación con una de ellas en concreto*.

que había antes migrado..." y como inmigrante "al extranjero que arriba a un país buscando trabajo y con la intención de establecerse en él, presumiblemente, en forma permanente".

De lo expuesto, se observa la introducción de un nuevo término que se trae a colación, el de "extranjero", cuya inserción en nuestro derecho es profusa pero su utilización es tardía y cuya connotación más destacable es su referencia a la nacionalidad. Cuyo primer antecedente legislativo más próximo, se encuentra en el Título Preliminar art.1 de la Ley 7 /85 sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España, que introduce como elemento diferenciador la condición negativa de carecer de la nacionalidad española⁷, sin perjuicio, de la excepción establecida en el artículo tercero 3 del mismo cuerpo normativo cuyo tenor literal señala "a excepción de lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados en los que España sea parte". Lo cual a raíz de la incorporación de España en la UE, desmenbra aun más este término al distinguir entre nacional y nacional de tercer Estado⁸. Por parte de la UE, la polémica sobre si una persona posee una nacionalidad se solventará únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate, siendo en la actualidad el pasaporte o documento expedido por su Estado, la prueba relativa sobre su nacionalidad (tesis sostenida entre otros por ESPINAR VICENTE J. M, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A Y TOMAS CARRASCO B.)⁹

Con el mismo significado el término extranjero vuelve a ser recogido en el art. 1.1 de la Ley de Extranjería 4/2000 de 11 de Enero, introduciendo una mera mejora gramatical en la definición, precisando que la diferenciación si bien incide en su condición de no ser nacional precisa que su ámbito se circunscribe únicamente a los efectos de la aplicación de la presente Ley, conservándose las exclusiones del ámbito de la ley que se establecían en la ley precedente y cuyo contenido no ha sufrido ningún tipo de modificación por la ley de extranjería LO 14/2003, de 20 de Noviembre reformadora de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el actual texto vigente de extranjería LO 2/2009 de 11 de

⁷ El RJCE, Asunto 369/90 caso MICHELETTI, RECUEIL, pág I-4262 "considera que (...) la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro..."

⁸ MOYA ESCUDERO M., (1999). *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, edit. Comares. Granada, págs. 1-5

⁹ ESPINAR VICENTE J. M., ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A., y TOMÁS CARRASCO B., (1994). *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid. Civitas, pág. 343; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A (1988). *El pasaporte comunitario*, edit La ley, Madrid, y del mismo autor "Comunidades Europeas" núm. 40, 1988, Tomo II, pág 198; TOMAS CARRASCO, B (1996) *La nacionalidad de los Estados miembros en el ámbito comunitario*, REE núm. 12, págs. 81-83.

Diciembre. En conclusión, el criterio seguido en nuestra legislación interna es la connotación de la nacionalidad para diferenciar al nacional del extranjero. De modo que, “*extranjero*” es “*aquel que no es nacional*” y ésta es otorgada por la nacionalidad de los padres, es decir, por “*iuris sanguinis*”. En otros casos, la nacionalidad es dada por el “*iuris soli*”, es decir, basta con haber nacido sobre un territorio determinado para ser considerados como nacionales dentro de ese país. Aplicándose en consecuencia, el derecho consanguíneo a la nacionalidad, por lo que “*todos aquellos hijos de extranjeros que nazcan en España mantienen la nacionalidad de sus padres y pasan a formar parte de la población extranjera, hasta que los padres o los hijos opten por nacionalizarse. Los hijos de extranjeros son considerados parte de la población extranjera, aunque no formen parte de la población inmigrante*”¹⁰

Sin embargo, hay que subrayar que la ley de extranjería, no se aplica por igual a todos los extranjeros, encontrándose subordinado su aplicación en función del lugar de procedencia del extranjero. De este modo, no se aplica igual a quienes provengan de cualquier Estado integrado en la Unión Europea, como a quienes provienen de países extracomunitarios. Siendo diferentes las consecuencias socio-laborales. Se observa como quienes provengan de cualquiera de los diez Estados que se incorporaron a la Unión, a partir del de Mayo de 2004, a partir del 1 de Mayo del 2006, tendrán más facilidad para acceder al mercado laboral en buena parte de los antiguos socios comunitarios, como España y Portugal. Sin embargo, seguirán teniendo las puertas cerradas en países importantes y cercanos a sus fronteras, como Alemania, Austria y Dinamarca, ya que sus autoridades no están dispuestas a retirar las restricciones que seguirán vigentes con un plazo máximo hasta el 2009¹¹ y se les aplicará parcialmente la Ley de Extranjería necesitando

¹⁰ IZQUIERDO ESCRIBANO A., (2003). La Huella Demográfica de la Población Extranjera. *Revista Sistema*, Madrid núm. 175- 176. Septiembre, pág. 183. Además el citado autor, establece como elemento diferenciador entre los el conceptos de inmigrante y extranjero que la población “*inmigrante o no nativa*” es aquella que ha nacido fuera del espacio territorial en referencia. Mientras que define como población “*extranjera o no nacional*” a todo aquel que no tiene la nacionalidad del Estado soberano en referencia.

¹¹ En consecuencia, hasta el 1 de Mayo del 2006 en España la regulación que se hacía en materia de extranjería, la primera distinción que tenemos que hacer es:

a) Si el extranjero o extranjera eran europeos de la Unión Europea, (hasta Mayo de 2006, si son de la Europa de los quince o de la Europa de los diez estados incorporados en 2004). Es lo que se denomina comunitarios o del resto del mundo.

b) los extracomunitarios.

A los primeros se les aplica los Tratados de la Unión y su situación viene regulada básicamente en el R.D. 178/2003. A los segundos, con las salvedades que hemos señalado, la Ley de Extranjería y su Reglamento. Por tanto, hoy día la única regulación que rige para los ciudadanos del este y centro de Europa adherido a la UE, son las leyes de extranjería vigentes en los diferentes Estados, con la salvedad de las restricciones impuestas en algunos países europeos.

autorización para trabajar, tarjeta de identidad de extranjero y visado de trabajo. Siendo, hasta esa fecha, en virtud de la moratoria aplicada por el Estado español, europeos de segunda categoría.

Con respecto al análisis del tratamiento conceptual del termino extranjero en el derecho comunitario, se desprende su omisión en el artículo 8 del TCE, ni en el Título VI del Tratado de la Unión Europea donde se utiliza la expresión “nacionales de países terceros” (TUE, título VI, art. K.1). Si en cambio, aparecen recogidos con un criterio más normativo, en los Convenios 97 y 143 de la OIT, que definen al trabajador extranjero como *“toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta”*, descartando así toda forma de autoempleo como trabajador autónomo. En el mismo sentido, se pronuncia implícitamente la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias¹² que define a los trabajadores migrantes como *“toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”*. Por su parte, la Carta Social Europea es más extensiva en su contenido, al destacar que *“los nacionales de cada una de las partes contratantes tienen derecho a ejercer, en el territorio de la otra parte, cualquier actividad lucrativa en condiciones de igualdad con los nacionales de esta última, a reserva de las restricciones basadas en motivos de carácter económico y social”*. Es decir, se observa como se ha producido una evolución, puesto que la condición de extranjero procedente de la UE que hasta entonces nuestra legislación descentralizaba de su derecho interno y trasvasaba al derecho comunitario, al consolidarse el concepto de ciudadanía comunitaria con un carácter complementario y no sustitutivo de la ciudadanía nacional, ha pasado a convertirse tras la reforma operada por la LO 2/2009 vigente de extranjería, se supera esta deficiencia técnica, y por fin, los extranjeros comunitarios, si son considerados extranjeros pero sujetos aun régimen jurídico específico que es el estableciendo por el régimen comunitario, y siéndoles de aplicación la vigente ley en todos los aspectos que pudieran serles más favorables¹³(art 1.3)

De otra parte, retomando el término migración hay que añadir que su contenido no se puede disociar de un elenco de factores diferenciales: económicos, sociales, políticos y culturales que son los que van a componer este grupo. De este modo, se podría establecer una categorización de

¹²Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de Diciembre de 1990 (Resolución 45/158) y cuya entrada en vigor en España se produjo el 1 de Julio de 2003.

¹³ MONEREO PÉREZ, J. L., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., (2010). El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de Diciembre, Edit *Aranzadi Social*, Abril, núm. 20, Pamplona, pág 1.

migrantes atendiendo a estos factores: refugiados, desplazados internos, solicitantes de asilo y varias clases de trabajadores migrantes (trabajadores, fronterizos, de temporada, etc.).

En un primer análisis nuestro estudio lo circunscribiéremos al migrante económico irregular, que es el que es objeto por parte de la mayoría de legislaciones de restricciones y desprotección jurídica, para ello, debemos tener en cuenta de que éste no sólo se incorpora a la actividad económica del país receptor, sino también a todos los aspectos sociales, lo cual, provoca el efecto de que se objeto de exclusión social. Ya que en la mayoría de las ocasiones, se encuentra social y familiarmente aislado, excluido del mundo laboral y sin acceso o con un acceso limitado a las prestaciones comunitarias: educación, sanidad, vivienda, servicios sociales, etc. En consecuencia, tiene mayor necesidad de protección por parte de los poderes públicos, con el fin de conseguir su integración. Sin embargo, el primer problema con el que nos enfrentamos el desglose de esta categoría de trabajadores, es que este sujeto no es objeto de definición¹⁴ por ningún texto normativo nacional ni supranacional, si bien, en la práctica entendemos comprendido en dicho termino, al inmigrante que se encuentra en España careciendo de los permisos preceptivos para residir o trabajar en dicho territorio, con independencia del origen de su irregularidad administrativa. Todo ello, sin perjuicio de que además se puede ser irregular en otros supuestos como:

- a) Entrada ilegal.
- b) Irregularidad originaria y querida.
- c) Irregularidad sobrevenida por caducidad de los permisos inicialmente concedidos.
- d) Irregularidad por falta de diligencia de las autoridades encargadas de tramitar los “papeles” (o la renovación de permisos).

Una primera aproximación para lograr su protección, es sin lugar a dudas, el reconocimiento del inmigrante de la categoría de ser sujeto de derecho y en consecuencia como persona ser titular de derechos inalienables. De lo que podemos dilucidar que la extranjería, es una condición de la persona, que no afecta a su esencia como ser humano titular, sino por un abanico de derechos fundamentales que los Estados deben respetar, siendo preciso el reconocimiento formal y material de dichos derechos para alcanzar la efectiva integración.

¹⁴ En este sentido se observa como en la actual ley de extranjería LO2/2009 de 11 de Diciembre, donde el legislador sigue dotando de inseguridad jurídica al sistema al no definir el concepto de “*inmigración irregular*”, desapareciendo del citado texto toda referencia a la “*inmigración ilegal*”, lo cual evita confundir los términos “*facilitar*” con “*beneficiarse o traficar*” propio de la inmigración irregular.

En este sentido, se pronuncia la *Declaración Universal de Derechos Humanos*¹⁵ que reconoce que el individuo por la mera condición ser humano, goza de los derechos humanos fundamentales y como tal queda consagrado este principio en su artículo 2 “*Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*” . Y dado que En el citado instrumento internacional, los destinatarios son todos los hombres, y no tan sólo los ciudadanos de uno u otro Estado; se es titular de derechos y obligaciones, en la medida en que se es hombre, identificándose plenamente la personalidad con la humanidad. No se excluye a ser humano alguno para ser titular de derechos y obligaciones. La titularidad generalizada de ellos, constituye un status de igualdad formal, que limita la conducta del individuo sólo en cuanto es atentatoria de la libertad de otro individuo y por lo mismo de la igualdad. Y es a partir de la regulación en el citado instrumento cuando se normativiza jurídicamente los derechos que contiene, confiriéndose éstos a favor de la humanidad en forma de derechos subjetivos.

El mismo principio vuelve a ser recogido en el artículo 2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*¹⁶. En concreto, en su comentario general, el Comité de Derechos Humanos especifica que “*la norma general, es que todos los derechos del Pacto, se deben garantizar a toda persona sin ninguna discriminación entre nacionales y migrantes*”.

Asimismo correlativo a este artículo se encuentra el artículo 4 del mismo cuerpo normativo, que reconoce como derechos inderogables, que los Estados deben garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción, incluso durante un estado de emergencia: el derecho a la vida; el derecho al trato humano; la libertad de la esclavitud; el derecho de no ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (Art. 6); el derecho a no ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o

¹⁵ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de Diciembre de 1948.

¹⁶ El apartado 1, del artículo 2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 16 de Diciembre de 1966 Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), (*Entrada en vigor*: 23 de Marzo de 1976 y entrada en vigor en España el 11 de Abril 1977). Señala de forma expresa la obligación de los países firmantes del Pacto de prohibir toda forma de discriminación y el reconocimiento de unos derechos mínimos fundamentales. Así como el procedimiento y tutela para hacer efectivo el contenido de dichos derechos. En concreto, a tenor del citado artículo se regula lo siguiente: 1. “*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

internacional (Art. 7); el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica (Art. 16); y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Art. 18), etc.

Por su parte, el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, recoge el derecho de asilo como una de las libertades básicas de la Unión Europea y además pretende armonizar las legislaciones nacionales, poco uniformes sobre la materia, nos dice: “*Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de Julio de 1951 y del Protocolo de 31 de Enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*”.

Ya el artículo 63 del Tratado CE imponía a la Unión Europea el respeto de la Convención de Ginebra sobre los refugiados, pero parece que en la Europa, o en el mundo, de nuestros días, este artículo podría haber obtenido una redacción más acorde con la realidad, y al igual que sobre el Convenio de Ginebra se discute acerca de la necesidad de una reforma de las causas de que dan acceso a la condición de refugiado, podría considerarse que se introdujera en la Carta, como motivo para la petición de asilo político, la persecución por motivos de género que las mujeres sufren en terceros Estados por el mero de hecho de ser mujeres, o los motivos políticos. Debemos reconocer que son aspiraciones personales y que el clima político internacional no es el adecuado para tales pretensiones.

En consecuencia, se puede en base a lo expuesto afirmar que toda persona, por el mero hecho de su condición humana, goza de estos derechos independientemente de su situación migratoria. Y en este sentido, conviene recordar las consideraciones efectuadas a este respecto por Martínez Veiga, V ¹⁷ (2003) para el cual “los inmigrantes no son huéspedes, sino trabajadores que llegan a llenar una demanda del mercado del trabajo y por eso tienen unos derechos básicos que pueden exigir desde el principio”. Por consiguiente, el concepto de inmigrante, debe ser contemplado desde la óptica de una percepción social dependiente de las relaciones de los extranjeros con la sociedad que los recibe, por tanto, el ser inmigrante en una sociedad de acogida es una construcción social,

¹⁷ J. L. GARCÍA Y A. BARAÑANO (Coords) (2003). Estampas de El Ejido de Mikel Azurmendi, en *Culturas en contacto .Encuentros y desencuentros*, Madrid, Ministerio de Educación, pág 217.

no debe por tanto confundirse con una categoría jurídica o una categoría personal distinta a las demás, sino una atribución socialmente construida¹⁸ “

A partir de estas premisas se puede definir al migrante¹⁹ como:

a) La persona que está fuera del territorio del Estado de su nacionalidad o ciudadanía y no sujeto a su protección jurídica y se encuentre en el territorio de otro Estado²⁰.

b) Que no disfrute del reconocimiento jurídico general de derechos inherentes al otorgamiento de la condición de refugiado, residente permanente, naturalizado u otra análoga por parte del Estado de acogida.

c) Y que tampoco disfrute de una protección jurídica general de sus derechos fundamentales en virtud de acuerdos diplomáticos, visados u otros acuerdos.

De la presente definición podemos extraer las siguientes conclusiones: En primer lugar, el inmigrante se encuentra en otro Estado diferente al de origen y con desprotección jurídica en relación con los nacionales de ese país. Debido a que la mayor parte de éstos, se encuentran subsumidos en la categoría de migrante indocumentado. Siendo esta una categoría, que desde el mismo momento de su inserción es sinónimo de desprotección²¹. Además muchos de los migrantes llamados en forma discriminatoria "ilegales" fueron anteriormente refugiados, desplazados, retornados o reinsertados y constituyen una realidad que se da en todos los continentes²².

¹⁸ ORTEGA, P., TOURIÑAN, J. M., ESCÁMEZ, J, (2007). La educación de la ciudadanía, interculturalidad y conveniencia en las sociedades abiertas y pluralistas, en TOURIÑAN J. M. (Direc.) *Proyecto educación en valores*. Atei (vww.ateinamerica.com/pages/eduvalores.htm).

¹⁹ Según se desprende del Informe presentado por la Relatoría Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre “*Los Derechos Humanos de los Migrantes*”, 2001, pág. 13.

²⁰ Art. 1.1 de la LO 8/2000 de 22 de Diciembre, de reforma de la LO 4/2000 de 11 de Enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros. De la dicción del citado artículo, se desprende, que la situación de extranjería es la que se encuentra una persona que carece de la nacionalidad del Estado en que se encuentra, todo ello, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados Internacionales de los que España sea parte.

²¹ DE LUCAS J., (2000). Inmigración, ciudadanía, derechos: el paradigma de la exclusión, en RODRÍGUEZ M. E., y TORNOS A., (Eds) *Derechos culturales y derechos humanos de los Inmigrantes*, Madrid, U. Pontificia Comillas, págs. 33 y ss.

²² CACHÓN RODRÍGUEZ, L. (2003). *Inmigración y segmentación de los mercados de trabajo en España*, Sevilla, Fundación Centro de Estudios Andaluces (Centro Andaluz), Documento de Trabajo Febrero pág 46. El citado autor, a nuestro juicio, a pesar del desfase cronológico con la actualidad, su distinción la considero válida y actual hace una distinción entre tres tipos de inmigrantes:

En relación con el segundo punto de la definición, subrayamos que es complejo diferenciar entre refugiados, solicitantes de asilo, apátridas, inmigrantes en situación irregular o solicitantes de asilo denegado. A tenor literal del art 1.A.2 de la Convención de Ginebra, refugiado es una persona que *"tiene un fundado temor de ser perseguida a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política; y que al encontrarse fuera del país de su nacionalidad no puede o no quiere, debido a ese temor, acogerse a la protección de su país"*. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones los Estados suelen meter en el mismo *cajón de sastre* todas estas categorías, cometiéndose abusos desmesurados, en que incurren cada vez más, quienes intentan acceder al mercado de trabajo y que no huyen de su país natal a causa de una persecución o un peligro. En consecuencia, del grupo social de inmigrantes que entran en un Estado habrá que catalogar a los diferentes grupos: asilados, migrantes económicos y refugiados y ya que cada grupo social tiene sus propias necesidades. La necesidad de prestar asistencia social y empleo a éstos, es diferente del que viene por motivos económicos del que viene para salvar la vida, el problema deviene en fijar la línea divisoria de ambas categorías, que en la mayoría de las ocasiones es muy difícil de dilucidar y en definitiva, no es más que el intento de quienes tratan de salvar su vida a veces por cuestiones políticas otras por motivos de hambruna ²³.

En cualquiera de los casos lo que expresamente señala la definición, es que como requisito *sine qua non* para formar parte del concepto global de inmigrante, es necesario que el sujeto no ostente simultáneamente esta condición, junto el reconocimiento jurídico de la condición de refugiado, asilo o residente permanente, a los que les resultaría de aplicación una normativa diferente y que sí son materia de protección expresa de la norma, por la necesidad de especial

1. *Inmigrantes asentados*. Regulares que han conseguido una inserción estable en el mercado laboral español. Este tipo de inmigrantes en parte compiten con los nacionales en los segmentos más bajos del mercado de trabajo y en parte ocupan segmentos donde se ha producido un vaciamiento (nunca total) por parte de los nacionales.

2. *Inmigrantes precarios*. Regulares pero inestables en cuanto a su inserción en el mercado laboral. No compiten con los nacionales puesto que ocupan un mercado que se ha ido creando para ellos y que en gran medida no existiría sin ellos (sobre todo en la agricultura).

3. *Inmigrantes indocumentados*. Irregulares en el mercado laboral español. Aparecen como un ejército de reserva para trabajos de muy baja calidad, con pésimas condiciones de trabajo. Son competidores para éstos los inmigrantes en situación de precariedad. Su situación es muy diferente de la de los autóctonos en la economía sumergida.

De modo que, para este autor la segmentación implica jerarquización dependiente según la deseabilidad, concepto estrechamente ligado a las condiciones de trabajo, así como a las expectativas de cada uno de los grupos considerados (las expectativas dependen del origen, de la clase social, etc.).

²³ Interesante es el estudio elaborado por SARTOGI, G. (2001). *La sociedad multiétnica: Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros* (Trad de M. A. DE AZUA). Madrid, edit Taurus, págs. 16-20. Que señala que las políticas migratorias deben ser distintas en función de la naturaleza de los distintos inmigrantes.

amparo jurídico del que son objeto, al ser sujetos de represión personal por el Estado en sus países de origen y de la necesidad de escapar de éstos, por el peligro que supone para su supervivencia prolongar su estancia en el mismo.

En base a lo expuesto, circunscribimos el término “*inmigración*” para la población que llega aun país procedente de otros países. Se trata en definitiva de una condición social. En este sentido es esclarecedora la definición dada por GIMÉNEZ ROMERO, J. (2003) ²⁴ según el cual” La migración, en sentido general, es un desplazamiento de una persona o conjunto de personas desde su lugar habitual de residencia a otro, para permanecer en el más o menos tiempo, con la intención de satisfacer alguna necesidad o conseguir una determinada mejora. Es decir, no es exclusivamente la migración una trayectoria unilateral desde el país de origen al país de recepción, sino también, la vinculación del migrante con su contexto de origen y con su contexto de estancia, y en su caso, el retorno”. En cambio, el hecho de ser “*extranjero o español*” es una cuestión de índole administrativo-jurídico, ya que se puede ser español habiendo nacido en otro país (y se es inmigrante al situarse en España) o ser extranjero nacido en España (sin haber emigrado nunca). En cualquiera de los casos, los registros estadísticos oficiales no siempre permiten matizar estas cuestiones y hace que utilicemos ambos términos como sinónimos (ya que con frecuencia se nos ofrece información respecto a los extranjeros excluyendo a quienes han adoptado la nacionalidad española tras emigrar e incluyendo a los hijos de inmigrantes que han nacido en este país y no acceden a la nacionalidad española)

1.1.3.- NATURALEZA Y CONCEPTO DE CIUDADANIA

La inmigración, es cuando un ciudadano extranjero ingresa en el país con fines de establecer allí su residencia. En el caso de la emigración, es cuando una persona egresa de su país de origen hacia el exterior.

En el presente epígrafe se desarrollan los conceptos básicos de migración, emigración, refugiado, extranjero, migrante económico y ciudadanía. Se puede decir que la ciudadanía es un reconocimiento social y jurídico que otorga deberes y derechos a una persona que pertenece a una determinada comunidad. La ciudadanía ha estado vinculada a la nacionalidad, donde toda persona nacional de un país es considerada ciudadano del mismo.

²⁴ ¿*Qué es la inmigración?*, Barcelona, Integral, pág 20.

Al respecto, se debe analizar la naturaleza jurídica de la ciudadanía y responder a la pregunta ¿Cuál es la problemática del otorgamiento de la ciudadanía Europa a los ciudadanos no comunitarios?

La ciudadanía social abarca el derecho a los bienes sociales, es decir, otorga el derecho a una parte del beneficio social, por pertenecer a esa sociedad.

“Ya THOMAS HENRY MARSHALL observaba como crucial para la ciudadanía social el desarrollo de políticas públicas sociales, las cuales representan la manifestación tangible de la existencia de una comunidad política o república de ciudadanos libres y solidarios entre sí. Para MARSHALL los efectos de las políticas sociales posibilitarían comunidades más cohesionadas y un enriquecimiento de la vida civilizada. Aunque no evitarían la reproducción de la desigualdad social, las políticas sociales si pueden procurar una mayor nivelación de recursos entre las clases. Además, sí facilitarían la ‘igualdad de oportunidades’, es decir, harían posible que al margen de las diferencias de clase, edad, raza o género, los ciudadanos tuviesen los mismos derechos para desarrollar sus potencialidades vitales”²⁵

Los ciudadanos de la Unión Europea y los originarios de países terceros no tienen los mismos derechos. La diferencia entre ambos ciudadanos se profundiza, a pesar de la importancia que tienen todas las personas en la sociedad, ya que todos aportan riqueza al país, bien sea por trabajo o por el aporte cultural.

La integración social de los inmigrantes es muy importante para el mejor funcionamiento de las relaciones entre los ciudadanos nacionales y extranjeros. El inmigrante debe participar en la sociedad y hacerse parte de ella para desarrollar sus capacidades, disfrutar de derechos y cumplir con las obligaciones que la misma sociedad impone. En el ámbito laboral, el inmigrante debe participar de manera activa para colaborar con el desarrollo económico del país, producir bienes y servicios y obtener un beneficio por esa labor que le permitirá cubrir sus necesidades como persona. Por esto, es necesario plantearse ¿cuáles son las dificultades de la integración socio-laboral del inmigrante?

De modo que, la inmigración es un fenómeno de carácter complejo que encierra un cúmulo de factores económicos, sociales y políticos que alteran la voluntad de las personas. La historia de las migraciones está relacionada con la búsqueda de un mejor empleo, mayores ingresos, nuevas oportunidades educativas y mayor calidad de vida.

²⁵ LENSKI, G., (1969). *Poder y privilegio. Teoría de la estratificación social*, Buenos Aires, Paidós, pág. 48.

El primer problema que plantea la naturaleza del término inmigrante es la conceptualización de la ciudadanía. Término tradicionalmente relacionado con la idea de nacionalidad²⁶, de manera que, según esta acepción, es ciudadano el nacional de un Estado²⁷. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, se ha visto que esta relación es bidireccional ya que de un a parte, supone la exclusión de determinados grupos sociales, mujeres, extranjeros, etc.; y de otro lado, conlleva inclusión de éstos grupos, al incorporar por el transcurso del tiempo a su estatuto derechos y deberes de colectivos que en un principio estaban exceptuados del concepto en sí de ciudadanía²⁸.

En la actualidad, estamos ante el fenómeno de descentralización de la soberanía, produciéndose un trasvase de esta a ámbitos supranacionales como es el caso de la UE, lo que conlleva a que la autonomía de los Estados se vea limitada. Esta tensión de poder, hace que la inmigración sea una cuestión a dominar por el Estado que aspira a que los inmigrantes limiten su papel a meros trabajadores, convirtiéndose la inmigración en una herramienta del mercado cuyo control le corresponde al mismo. No obstante, el problema se desborda cuando a estas personas se les confieren derechos humanos²⁹, que constriñen la esfera de autonomía del Estado en esta materia, mientras que los derechos humanos a diferencia de los constitucionales, limitan el poder discrecional del Estado y reconocen derechos a los nacionales (a veces también a los extranjeros pero en la mayoría de las ocasiones no establece un sistema para hacerlos efectivos). Por el contrario, los derechos humanos devalúan la noción de nacionalidad ya que esta por encima de la misma. Sin embargo a pesar de que todos los hombres, por el simple hecho de pertenecer a la especie humana son los titulares de los derechos que se establecen en la Declaración Universal de Derechos Humanos, existen individuos entre los que se encuentran los inmigrantes, tienen derechos únicamente a nivel formal, ya que en los hechos no se dan las condiciones necesarias para su ejercicio. En este sentido, hay que traer a colación

²⁶ MARTÍNEZ ABASCAL, A., (2005). *Ciudadanía Social y Políticas Migratorias de la Unión Europea*. Colección Trabajo y Seguridad Social, edit Comares, Granada, núm. 23, pág 34.

²⁷ DE CASTRO, F., (1984). *Derecho Civil de España*, edit Civitas, Tomo II, Madrid, pág 395.

²⁸ TEZANOS, J. F., (2004). Tendencias de dualización y exclusión social en las sociedades tecnológicas avanzadas. Un marco para el análisis, en JOSÉ FELIZ TEZANOS (Ed.) *Tendencias en desigualdad y exclusión social*, Tercer Foro sobre Tendencias Sociales, edit Sistema, Madrid, pág 48.

²⁹ DE LUCAS, J., (2001). Las propuestas sobre políticas de inmigración en Europa y la nueva ley 4/2000 en España, en COLOMER VIADEL. A. (coord.) *Emigrantes y estabilidad en el Mediterráneo. La polémica ley de Extranjería*, Valencia, edit Nomos, págs. 133 y ss. Quien sostiene que el tratamiento sectorial de la extranjería, provoca el fracaso y conlleva violaciones de los derechos humanos, dando lugar a actitudes racistas y discriminatorias.

la idea de H. KELSEN³⁰ “que todo orden jurídico tiene la pretensión de ser derecho universal puesto que todo orden jurídico está contenido en el postulado de la “unidad del sistema normativo”. Por tanto, el Estado tiene la obligación de reconocer estos derechos naturales del hombre, y de establecer en el orden jurídico normas que aseguren su observancia.

Es por ello, por lo que la cuestión de la ciudadanía³¹ se ha convertido en la clave para abordar las cuestiones o elementos que giran en torno al concepto de la migración. Observándose como la situación de no ciudadanía, se transmite en muchos países a los hijos e hijas nacidos de la persona migrante. La falta de acceso a documentación de identidad es usual en los niños y adultos que carecen de documentos o cuyos documentos han caducado. Esta situación de indocumentación, es la causa de la vulnerabilidad frente a los contratistas y subcontratistas de mano de obra indocumentada, que abusan de la necesidad de los migrantes, que se emplean por salarios injustos, ocultan su acento o su identidad para no ser descubiertos y son constantemente amenazados de ser denunciados a las autoridades migratorias y en este círculo se fortalece la discriminación y la inequidad contra los migrantes.

En consecuencia, el término de ciudadanía debe suponer para el inmigrante la adquisición de la condición de soberanía, de inclusión en la estructura política y de la forma o modo de pertenencia a esta. De modo que, no basta con que se le reconozcan derechos humanos fundamentales, sino también derechos económicos, políticos y sobre todo sociales, que si no se conceden, se impide el acceso a la adquisición de la ciudadanía plena de forma que, se hace que perviva la exclusión social de que son objeto. Esto nos lleva a plantearnos la premisa ¿Puede una persona ejercer de forma igualitaria y libre la participación política³² sin tener una posición socio-económica en que sustentarse? La respuesta es desde nuestro punto de vista es negativa, es necesario el reconocimiento de derechos, económicos, sociales y prestacionales, convirtiéndose los derechos sociales en prótesis básicas de los seres humanos, condiciones “*sine qua non*” para tener

³⁰ *La paz por medio del Derecho* (trad. cast. de L. ECHÁVARRI) Buenos Aires, Losada, 1946, pág. 42. Si bien, para este filósofo que para que se de la descentralización del Derecho interno en materia de prerrogativa de derechos y transferirla de una vez por todas a una autoridad imparcial, a saber, un tribunal internacional.

³¹ Informe del Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, MR. WEISSEBRODT., (E/CN.4/Sub.2/2003/25).

³² DE LUCAS, J. et al., (2002). *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo* (Dir) AÑÓN ROIG J. M^a VALENCIA, Tirant lo Blanch. 1^a edición págs. 63-100. Sostiene que la política constituye el punto de partida para la integración cívica, cuyo objetivo sería alcanzar una democracia “inclusiva, plural, cosociativa e igualitaria”, solo desde esta “integración cívica” “se puede llegar al reconocimiento de derechos en condiciones de igualdad, tal y como se recogen en los principios recogidos en la Directiva 2000/43CE, de 29 de Junio, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independiente de su origen racial o étnico.

oportunidades vitales, que permitan que los seres humanos emigren como resultado de la libre elección y no de una necesidad desesperada³³. Si nos centramos en nuestra legislación, se aprecia como existen diferentes grados o estatutos de extranjería en función de la nacionalidad del sujeto.³⁴ Además, observamos como el término extranjero³⁵ en la actualidad no presenta dicotomía con el de nacional, sino que es una condición complementaria de la anterior, sin perjuicio de que cada Estado tenga libertad para establecer criterios propios para su adquisición (empadronamiento residencia, etc.)³⁶. Pero las directrices generales y el marco que debe ser respetado por cada Estado debe ser fijado por una entidad supranacional, en nuestro caso por la UE, si bien es cierto, que a nuestro juicio, debería de invertirse la carga de la prueba y recaer en el Estado, siendo este el que debe demostrar que el extranjero no es ciudadano del mismo, puesto que, entre otras razones tiene más medios para llevarlo a cabo y además es más acorde entre otros: con el principio de igualdad lesiva, el respecto a los derechos humanos y los principios de legalidad constitucional.

No obstante, resulta paradójico que nuestro Tribunal Constitucional, sólo considere derechos fundamentales, a los derechos de la persona (derecho a la vida, a no ser torturado, a la libertad de conciencia y a la tutela efectiva) siendo el resto de derechos infradegradados y de menor valor garantista para el sujeto, olvidándose el legislador que el art.13 de la CE, establece que los extranjeros gozaran en España de los derechos que reconozcan las leyes y también de los derechos que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y las leyes. De lo que se deduce, que el constituyente español no regula por sí los derechos y deberes del extranjero en nuestro país limitándose a enunciarlos y por tanto, el reconocimiento de la titularidad y ejercicio de los mismos viene regulado a nivel internacional e infraconstitucional, quedando sometido a límites mínimos impuestos por la propia Constitución en su art 10.1 y 2 (dignidad de las personas y derechos fundamentales reconocidos por la propia constitución) y cuya enumeración no es

³³ AÑON. M. J., (2003). Nueva Ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes. Madrid. *Revista Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los Inmigrantes: Reflexión y Debate*, Núm 3 de Junio, pág 8

³⁴ FERRERI GÓMEZ, A., (2001). *La libre circulación de nacionales de terceros Estados y miembros de la familia en la UE*. Barcelona, Institut Universitari D' Estudis Europeus; y, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (2001) *Los nacionales de terceros países en la UE*, Córdoba. Srv. Publicaciones de la Universidad.

³⁵ OLIVAN F., (1996). *El extranjero y su sombra: crítica del nacionalismo desde el derecho de extranjería*. Edit. San Pablo. Madrid., pág 5. A juicio, de este autor, el concepto de extranjero sustituye el de súbdito por el ciudadano, siendo un concepto procedente del pensamiento liberal de la Revolución francesa.

³⁶ Por todos, MONEREO J. L y MOLINA MORENO M .N., en VV.AA. (2003). *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, págs. 204-205.

hermenéutica al tratarse de derechos fundamentales y libertades públicas que pertenecen a toda persona en cuanto tal independientemente de su condición como ciudadano y que pertenecen por igual a extranjeros y españoles³⁷. Además, esa excesiva imprecisión e indeterminación del art 13.1, ha facilitado la adaptación del marco constitucional a nuevos enfoques internacionales de la inmigración y de la extranjería que el constituyente no pudo tener en cuenta. De modo que, el doble condicionamiento de los Tratados Internacionales y de los mandatos constitucionales progresivamente está suponiendo una práctica equiparación entre los trabajadores inmigrantes y los trabajadores nacionales en el goce de los derechos sociales, al estar menos justificadas en estos casos diferencias de trato en derechos que derivan de la condición de trabajador y de la tutela del trabajo. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸ y la Convención de Derechos Humanos, no sólo reconocen estos derechos a todas las personas, sino que proclama el derecho a no ser discriminado en el goce de los mismos, así como del principio general que prohíbe a los Estados adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas y den lugar a normas regresivas. Por todo ello, el legislador a la hora de imponer una restricción sobre los mismos debe tener en cuenta los siguientes condicionantes según GARCÍA AÑÓN, M. J. (2003):³⁹

a) Ajustarse al principio de legalidad.

b) Justificarse su necesidad c) proporcionalidad en su uso o justificadas con criterios como la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden u la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás

Pero ¿como va a incidir el otorgamiento de la ciudadanía europea a los ciudadanos de la UE frente a los inmigrantes que se encuentran en la Europa comunitaria? Es incuestionable, desde nuestro punto de vista, como el surgimiento de la ciudadanía europea, añade a éstos una nueva situación de desventaja, ya que a partir de la introducción de una nueva categoría de europeos, lo único que consigue es acentuar aún más las diferencias entre el estatuto de los comunitarios y el de

³⁷ GARCÍA AÑÓN, M. J., (2002). Derechos de los extranjeros y discriminación, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm 5, pág 4.

³⁸ Como se señala en la Observación general del citado Texto en su núm. 15, aprobada en el 27º período de Sesiones (1986), el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto no está limitado a los ciudadanos de los Estados Parte, sino que también debe estar al alcance de todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su condición de apátridas, entre ellos los solicitantes de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y demás personas que estén en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado Parte.

³⁹ Nueva Ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes *Rev. Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los Inmigrantes. Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, Num. 3 de Junio, pág 9

los extracomunitarios, que anteriormente a la introducción de esta ordenación, la diferencia entre extranjeros y nacionales se circunscribía en la práctica a la nacionalidad del país de acogida y debido a que los inmigrantes eran mayoritariamente trabajadores, con la equiparación de derechos sociales adquirida por éstos, la diferencia sustancial entre nacionales y extranjeros quedaba reducida únicamente a la nacionalidad del país de acogida.⁴⁰

Asimismo podemos examinar el concepto de ciudadanía desde el punto de vista teórico-político, es decir, considerarlo como status social, y de parte, otro jurídico, como status normativo. Por lo tanto, la ciudadanía se podría concebir como el resultado complejo de esas dos dimensiones para desde ellas procurar identidades compartidas como vía de salida de identidades nacionales excluyentes⁴¹

Sin embargo en la actualidad al desaparecer el solapamiento entre los conceptos nacionalidad y ciudadanía, esta última se desdibuja y se configura como una ciudadanía superpuesta o estatuto complementario de la ciudadanía nacional, superando la idea de concebir la ciudadanía europea como concepto excluyente tal y como quedaba reflejado inicialmente en el proceso de creación de la Unión Europea cristalizado por primera vez en el Tratado de Maastricht donde se señalaba “*que son ciudadanos de la Unión, los nacionales de los Estados Miembros*”. Es decir, no existe vocación aperturista hacia otros sujetos (los inmigrantes extracomunitarios), hasta que se emite por parte de la Comisión Europea una Comunicación⁴² en el año 2000, recomendando la creación de una ciudadanía cívica para las personas extranjeras residentes de larga duración⁴³, aunque esta

⁴⁰ Ejemplo de lo expuesto en nuestro país, es el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo en la elecciones municipales a los comunitarios (art 13,2CE) en cuanto derechos íntimamente vinculados con la ciudadanía y del cual no disfrutaban los inmigrantes solo los regularizados y acrediten una temporalidad en un determinado municipio.

⁴¹ ALLEGUE, P., (2001). Sobre el concepto de ciudadanía: ¿una senda ilustrada? *Rev. Jueces para la democracia* núm.41, Julio, pág 41.

⁴² Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración (COM (2000) 757 final).Siendo de nuevo ampliado el termino por la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Inmigración, Integración y Empleo (COM (2003) 336 final), donde se reconocen específicamente a los inmigrantes que sean residentes de larga duración los derechos a la libre circulación, el derecho a trabajar y el derecho de voto local. En la misma línea se pronuncia el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre el texto de la Comisión (CESE 2002) Derechos de los nacionales de terceros países (Capítulo de Inmigración, Asilo e Integración Social) .En él, destaca la importancia de la concesión del derecho al voto (apartado 4.4.6), e incluso la concesión de la ciudadanía europea a los residentes de larga duración (apartado 4.4.7).

⁴³ El concepto de ciudadanía cívica ha sido defendido entre otros por DE LUCAS, J., que la considera como proyecto de ciudadanía abierto a los inmigrantes y como el punto de partida para la concesión de la ciudadanía

categoría no incluye a las personas extranjeras Capítulo V de la Carta y la originaria de Maastricht, y que hoy, tras las modificaciones sistemáticas operadas en 1997 por el Tratado de Ámsterdam, se encuentra en la Segunda Parte rubricada- *Ciudadanía de la Unión*- del Tratado de la Comunidad Europea (arts. 17 a 22).

Además por primera vez, valientemente la UE en dicha Comunicación define el concepto de ciudadanía cívica como” el conjunto de derechos y obligaciones básicos que los inmigrantes adquieren progresivamente en un período de varios años, de tal manera que reciban el mismo trato que los ciudadanos de su Estado de acogida, aunque no hayan sido naturalizados”. Y en este sentido acertadamente AÑON Mª J Y MIRAVET, P (2008) subrayan que “ esta situación se agrava con a irrupción del concepto de ciudadanía europea, complementaria de la nacional de cada uno de los Estados miembros de la Union, que si bien, podía haber optado por solventar el problema fijando un estatuto de derechos y deberes común para los comunitarios y extracomunitarios, sin embargo debido a estar fundamentada en la nacionalidad y no en la residencia opto por una ciudadanía Europa que no es ni social ni inclusiva sino cívica”⁴⁴

En definitiva, en esta nueva conformación al inmigrante se le cierra paso para poder adquirir la categoría de ciudadano, quedando reducido su ámbito a un estadio o estatuto inferior que es el de extranjería, y en concreto, a una condición secundaria que da lugar, a un *estatuto de ciudadano único para los inmigrantes extracomunitarios*, quedando en consecuencia imposibilitados éstos, para acceder a la ciudadanía europea. La justificación de esta exclusión aparece desde nuestro punto de vista basada en las siguientes tesis:

1. Necesidad de reemplazamiento de mano de obra.
2. Reconocimiento de necesidad de inmigrantes.

En relación, con la primera premisa, el inmigrante se concibe desde una óptica de exigencia de trabajadores en determinados sectores, pero con una limitación tanto cuantitativa como temporal⁴⁵, de ahí que la solución sea el modelo de cuotas o contingentes y la obsesión por

europea .Pactos y Razones de Estado. Ciudadanía e Inmigración. Diario El País, jueves 9 de Noviembre del 2000; y por el contrario, ZAPARA-BARRERA, R. (2005) .Multiculturalidad e Inmigración. Edit por Síntesis Madrid, págs 61-90.La considera acertadamente como instrumento que reconoce al inmigrante la condición de sujeto político.

⁴⁴ La Unión Europea y la integración social y política de los inmigrantes, *Revista Sistema*, núm.7, págs 87-10.

⁴⁵ Según se desprende de la Revista *Nous reptes en el treball amb jòvens: animació i educació per a la pau* núm. 17, correspondiente al primer semestre de 2004 del “Programa de Inmigración de Cáritas”. Lo que se

protegerse de cualquier otra forma de inmigración (el reagrupamiento familiar, pero también la inmigración por razones "humanitarias" y sobre todo, la inmigración que viene precisamente en busca de trabajo y sin haber concertado previamente un contrato de trabajo).

En torno a la segunda tesis, se justifica su necesidad porque los empleos que ocupan no son cubiertos por los nacionales o por exigencias de cubrir necesidades demográficas, para hacer sostenible el sistema de pensiones .Para ello, se le reconocen derechos humanos al igual que cualquier individuo pero en cambio no se le reconocen los derechos plenos al igual que un ciudadano nacional, ya que en un primer momento, no se pretende la integración de éstos en la sociedad. De este modo, se les reconocen derechos civiles, también de forma solapada algún que otro derecho social, económico y cultural, pero en modo alguno, se le reconocen derechos políticos y sobre todo, no se le otorgan derechos de forma plena de naturaleza social. La justificación de esta discriminación negativa obedece a que la Mayoría de las legislaciones lo que se pretende es perpetuar las diferencias, de ahí que, este modelo propugne una política más flexible en materia de cupos⁴⁶ o incluso por una presencia estable de los inmigrantes entre nosotros, por motivos humanitarios.

En definitiva, la cuestión se centra en precisar por qué y cuáles de entre los derechos que constituyen el triple contenido de la ciudadanía, la garantía del Estado de derecho - de seguridad jurídica- la garantía del Estado del bienestar -los derechos sociales- y del Estado democrático -que hagan efectiva la igualdad entre todos los individuos que residen en un Estado- son imprescindibles para lograr la plena integración (destaca el estudio elaborado por DÍAZ GARCÍA⁴⁷ que considera al derecho un sistema de control social, que desempeña un papel de contención y equilibrio en los

esta haciendo es adoptar el modelo alemán denominado *gastarbeiter*, por el cual se considera al supone que el inmigrante es un trabajador huésped, sólo aceptable para encajar socialmente mientras sea útil, su aceptabilidad se limita a la duración del contrato. Si bien, en nuestro país se ha optado el sistema francés de supone que los grupos de minorías van a ir adoptando la lengua los valores, las normas y las señas de identidad de la cultura dominante y que paralelamente van a ir abandonando la cultura propia. De modo que, debe asumir el precio de esconder en su intimidad el sentimiento de pertenecer a otro país y a otras costumbres, con la renuncia de invocarlas en público.

⁴⁶ En torno al fracaso del sistema de cupos, destaca el Informe elaborado por la Federación del SOS Racismo (2002). *Contra las restricciones derivadas del sistema de cupos. Por una política de inmigración*, edit Mugak 2002, págs. 35-39.

⁴⁷ DÍAZ GARCÍA, E., (1988). *Sociología y Filosofía del Derecho*, edit Taurus, Madrid, pág 183.

procesos de cambio de una determinada sociedad social)⁴⁸, siendo la clave desde nuestro punto de vista para lograr la equiparación el contenido de derechos tanto políticos como sociales⁴⁹ y sobre todo del reconocimiento que de éstos últimos se hagan a los inmigrantes. Puesto que para los inmigrantes, la única oportunidad que tienen de acceder a la ciudadanía es convertirse en trabajadores equiparables a los nacionales. Para ser más exactos, en un tipo de trabajadores, pues los que realizan su actividad de modo precario, o en sectores ajenos al mercado de trabajo formal, no gozarán siquiera de esa oportunidad. El problema estriba en que el inmigrante debe superar una carrera de obstáculos infranqueables, para poder adquirir en primer lugar, la condición de “trabajador inmigrante” y después de la de “trabajador a secas”. Y sin embargo, cuando se adquiere finalmente la condición de trabajador, esta “*per se*”, tampoco confiere derecho de acceso a la ciudadanía. Creándose una evidente contradicción entre las declaraciones de derechos y su manifiesta inoperancia frente al inmigrante irregular, siendo en consecuencia necesario establecer un nivel de garantías legislativas, administrativas y jurisdiccionales, para evitar el conflicto social⁵⁰, y el único mecanismo adecuado para limarlo es el otorgamiento del mayor número posible de derechos fundamentales, y al mismo tiempo, la institucionalización jurídica de instrumentos, utilizados de hecho, para eliminar las diferencias y la discriminación, aunque ello exija prescindir de ciertas ventajas o aceptar modelos de convivencia ajenos que no hagan peligrar el sistema de derechos y garantías reconocidos universalmente (art. 3.2 LO4/2000)

Por lo tanto, los ciudadanos no lo son plenamente, sin el reconocimiento de la titularidad de los derechos sociales, económicos y culturales, obra en gran medida del Estado del bienestar, estos derechos son la condición real de extensión de los derechos sociales. Tal y como apuntaba GEORGES GURVITCH⁵¹ “El derecho social es la esencia misma de la democracia. Simboliza

⁴⁸ Para obtener una definición del término integración, la palabra integración viene del latín, “*integrationis*”, que según el diccionario de la Real Academia Española significa “*acción y efecto de integrar o integrarse, constituir las partes un todo, unirse a un grupo para formar parte de él*”. En base a esta definición podemos conceptualizar “*integración social*” como “el modo a través del cual se garantiza que cada persona encuentre su sitio y su función en la comunidad, pueda desarrollar sus potencialidades, asuma sus responsabilidades como ciudadano y tenga la voluntad de asentarse y participar en la vida social. A cambio, la sociedad le garantiza el disfrute de todos los bienes colectivos (cada día más escasos) y la igualdad de derechos”.

⁴⁹ BAQUERO CRUZ, J., (1998). La protección de los derechos sociales en la comunidad Europea tras el Tratado de Ámsterdam, *Rev. de Derecho comunitario europeo*, núm. 4, págs. 646-648. Trata la importancia de regulación de los derechos fundamentales de ámbito comunitario para que la acción de la Comunidad liberal no reemplace en lo económico a los Estados sociales que lo componen.

⁵⁰ PECES MORATE J. E., (2002). Inmigración y derecho. Las declaraciones de derechos y su efectividad respecto de los inmigrantes, *Rev. Estudios de Derecho Judicial* núm. 41, Madrid, págs. 179-184.

⁵¹ (1935). *L' Experiencia Juridique et la Philosophie Pluralista du Droit*, Paris, Pedone, pág 363

jurídicamente y encarna en si la idea de autogobierno colectivo en a base de igualdad y de libertad". De forma que difícilmente se apuesta por la integración de los inmigrantes (y menos aún se apuesta por abrirles el camino a la ciudadanía) si no se les reconocen esos derechos⁵².

En base a lo expuesto, para que la ciudadanía se haga efectiva, es preciso que el sujeto se sienta integrado en la comunidad de acogida donde viene prestando sus servicios, no obstante, esta integración se ve truncada desde nuestro punto de vista por dos importantes obstáculos: dificultad de obtener el inmigrante la nacionalidad del país de acogida debido a la temporalidad que las políticas migratorias le vienen otorgando a la estancia; y en segundo lugar, el acceso a los derechos de la ciudadanía fundada en la residencia no aseguran por si mismos el vinculo de pertenencia a la comunidad de acogida, ya que no se realiza de forma automática. En consecuencia esta ciudadanía social, conlleva una ampliación del espectro de sujetos a los que se les reconoce los derechos sociales, que si bien, en un principio eran derechos propios de la clase obrera, posteriormente se han ido extendiendo al resto de los ciudadanos, primero a través del reconocimiento constitucional de los mismos en las diferentes constituciones como derechos fundamentales para después extenderse al resto de personas, apareciendo bajo el amparo de la rúbrica de derechos humanos⁵³.

Además conviene precisar que en realidad el concepto de ciudadanía, es un concepto novedoso, propio de la modernidad occidental, sus orígenes más mediatos provienen de las revoluciones liberales del siglo XVIII y está caracterizado por la primacía del Estado-Nación⁵⁴, como colectividad política que agrupaba a los individuos y donde los términos ciudadanía y

⁵² RODRÍGUEZ-PIÑERO, B-F, M., (1997). Los derechos sociales fundamentales y la Conferencia Intergubernamental, edit Madrid *Rev. Relaciones Laborales* núm. 1, págs 54-63. Incluso, desde la perspectiva de evitar tratos inhumanos y degradantes se está planteando hoy el necesario reconocimiento a los extranjeros y en particular a los inmigrantes de derechos sociales entendidos como derechos vinculados a la dignidad humana independientes de la nacionalidad, en la medida que la exclusión de esos derechos suponga un menoscabo importante de esa dignidad. *Vid.* Tedh, Asunto Gaygusuz, S. 16-9-1996 (Recueil), 1996, 4, pág. 1129. *Vid.* sobre el mismo, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (1998). Derechos humanos y protección social: el affaire Gaygusuz, Comunicación a las XVII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Córdoba.

⁵³ MARTÍNEZ ABASCAL V. A., (2005). *Ciudadanía social y políticas migratorias de la Unión Europea*. op.,cit.,pág 8

⁵⁴ <http://www.historiasiglo20.org/europa/ciudad europea.htm> Realiza una evolución del término ciudadanía y dado que en esa coyuntura histórica este concepto coincidía con el de nacionalidad, para pasar posteriormente a transformarse como consecuencia de la globalización y de aparición de sociedades cada vez más multiculturales en el germen de la ciudadanía Europa.

nacionalidad se solapaban. En base a esta definición, podemos definir ciudadano “*como aquel sujeto que es titular de derechos fundamentales y tiene facultad ex legem para poder ejercitarlos libremente*” .Y por el contrario, no ciudadano, es otra categoría social inferior a la primera, que al carecer el sujeto de dicho estatus, se encuentra privado de derechos básicos así como de facultad para ejercitarlos.

De modo que, el termino ciudadanía se concibe como un status jurídico y político mediante el cual el ciudadano adquiere unos derechos como individuo (civiles, políticos, sociales) y unos deberes (impuestos, tradicionalmente servicio militar, fidelidad...) respecto a una colectividad política, además de la facultad de actuar en la vida colectiva de un Estado⁵⁵. Sin embargo, esta planteamiento es válido sólo cuando se trata de una sociedad sin connotaciones multiculturales, pero no para la sociedad actual donde debido al fenómeno migratorio, existen diferencias sustanciales entre los individuos, lo que provocan que en demasiadas ocasiones, las personas que habitan en un territorio del que no son ciudadanos están excluidos de los derechos y los deberes que comporta dicha condición. Siendo prerrogativa única y exclusiva para cada Estado, el establecer unas normas que regulen la manera por la cual un individuo adquiere la nacionalidad de ese Estado o lo que es lo mismo, la condición del status de ciudadano⁵⁶Esta vinculación obliga a definir e termino “ciudadanía democrática”, que para RODRÍGUEZ M, PALOMERO J. E., Y PALOMERO, P.,(2005) ⁵⁷ como “solo la a través del dialogo respetuoso entre los miembros, valores de libertad, igualdad, justicia, amistad, enriquecimiento mutuo, se consigue construir una nueva ciudadanía, o aquella que corresponda y sea coherente con la sociedad global: la ciudadanía cosmopolita”. Por tanto, la nueva concepción de ciudadano tal y como señala DELGADO M (2005):”tendrá que ser bastante más abierta, dinámica y plural para convertirse en el punto de encuentro y de integración, en tanto haga posible que cada una de las expresiones de la diversidad humana pueda incorporarse a ella en sus propios términos”⁵⁸.

⁵⁵ SERRANO ALBERCA, J. M., (1980). *Artículo 11*, en GARRIDO FALLA, F. *Comentarios a la Constitución Español*, edit. Civitas, Madrid, pág 146-147.

⁵⁶ MARTÍNEZ ABASCAL, J., (2005) *Ciudadanía Social y Políticas Migratorias de la Unión Europea*. Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por JOSE LUÍS MONEREO PÉREZ, edit Comares, Granada número 23.cit pág 22.

⁵⁷ Interculturalismo, ciudadanía cosmopolita y educación intercultural, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, pág 17.37, especialmente pág 19.

⁵⁸ “Diferencia e integración. La diversidad cultural en las sociedades democráticas.”FERNANDEZ E.; y MOLINA J. G., (coord.) *Multiculturalidad y educación*. Madrid, Alianza, págs 36-65, especialmente pág 62.

Una vez conformado el término de ciudadanía, intentaremos realizar una aproximación jurídica al concepto de ciudadanía social, lo cual nos obliga a tomar como referencia la definición dada por MARSHALL, T. H. que la concibe como “*el estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una sociedad, donde sus beneficiarios son iguales en cuanto a derechos y obligaciones*”⁵⁹. De lo que se desprende, que dicho concepto conlleva el reconocimiento y ejercicio de derechos civiles, políticos y sociales. De modo que, si extrapolamos esta definición, al plano de la UE, se observa como, surge la paradoja, de que el inmigrante para que pueda disfrutar de estos tres grupos de derechos y por consiguiente de la ciudadanía europea, es imprescindible que previamente haya obtenido la ciudadanía nacional del país donde viene prestando sus servicios. En consecuencia, es preciso realizar un análisis del tratamiento de la ciudadanía social en las políticas migratorias de la UE y que actualmente se materializan en relación a tres medidas: el acceso a libertad de circulación, el control de flujos migratorios (cuyo análisis realizaremos en el apartado 6) y política de integración social.

En relación con la primera, su introducción obedece sin lugar a dudas, a uno de los pilares básicos por lo que se construyó la UE, la idea del mercado común. Quedando plasmada su inserción tempranamente en art. 14 (A) del Tratado CEE⁶⁰, por el que se establece el “*mercado interior*”, entre otros motivos para la libre circulación de las personas y en el art. 18 (8A) del mismo cuerpo normativo, por el que se reconoce el derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Sin embargo, en la práctica el estatuto jurídico de ciudadano europeo garantiza a los ciudadanos de la UE, una incompleta libertad de circulación y residencia, tal y como queda reflejado en la baja movilidad laboral que existe en los trabajadores de la UE, siendo las causas fundamentales que justifican esta inercia de los trabajadores en desplazarse a otros mercados en el seno de la Unión, debido fundamentalmente a obstáculos jurídicos, lingüísticos y la falta de información y asistencia que se les proporciona⁶¹. Posteriormente fue recogido este principio por el TCCE en los arts 48 y 51 bajo la rúbrica, “*Fundamentos de la Comunidad*”, de cuyo contenido se desprende su vocación de dotar a este

⁵⁹ MARSHALL, T.H., y BOTTOMORE, T., (1998). Ciudadanía y clase social, edit Alianza, Madrid, pág 37.

⁶⁰ Recordemos que la Comunidad Económica Europea (CEE) fue una organización internacional creada por los Tratados de Roma del 1957 con la finalidad de crear un mercado común europeo.

⁶¹ MERCADER UGUINA J.R., y MORENO SOLANA A., (2007). De la movilidad de los trabajadores a la movilidad de los ciudadanos, *Rev. Relaciones laborales* núm. 13, Julio, pág. 983-1014

principio de naturaleza de derecho subjetivo para el trabajador. Apareciendo posteriormente regulado en el Tratado de Ámsterdam, donde se reconoce por primera vez, el derecho a la libre circulación⁶² y a la estancia de los ciudadanos en el marco de la UE y para ello, se adopta la abolición de las fronteras interiores entre los diferentes Estados de la Unión, como contrapunto se aumentan los mecanismos y controles de las fronteras exteriores a la Unión⁶³ y se fijan las pautas a seguir por los Estados en materia de asilo⁶⁴, refugiado, personas desplazadas y medidas aplicables a los inmigrantes que se encuentren en el ámbito espacial de la UE. Sin embargo, la Mayor parte de estas medidas según fija el propio Tratado de Ámsterdam (dada su insuficiencia y sobre todo su

⁶² El artículo 62 TCE, fija las condiciones de libre circulación de los nacionales de países terceros, pero siempre refiriéndose aquellos que se encuentren en situación regular en el territorio de la UE, por lo que quedan excluidos de forma implícita los inmigrantes ilegales económicos que se encuentran asentados en su territorio.

⁶³ MANCINI, C. F., (1989). Política comunitaria e nazionale delle migrazioni nella prospettiva europea. *Revista de Diritto Europeo* .Núm. 2, pág 310; y PÉREZ VERA, E. (1996). *Entrada de los nacionales no comunitarios*, en *VVAA Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, pág 99, subrayan el notable incremento de controles exteriores para hacer efectivo la desaparición de los controles interiores.

⁶⁴ El artículo 63 TCE, expresamente fija un plazo de cinco años para que el Consejo a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam regule:

1.- Medidas en materia de asilo, con arreglo a la Convención de Ginebra de 28 de Julio de 1951 y al Protocolo de 31 de Enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados y a otros tratados pertinentes, en los siguientes ámbitos:

- a) Criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.
- b) Normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.
- c) Normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países.
- d) Normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado.

2.- Medidas relativas a los refugiados y personas desplazadas, en los siguientes ámbitos:

a) Normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección internacional.

b) Fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida.

3.- Medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos:

a) Condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar.

b) Inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales.

4.- Medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros.

Las medidas adoptadas por el Consejo en virtud de los puntos 3 y 4 no impedirán a cualquier Estado miembro mantener o introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales que sean compatibles con el presente Tratado y con los acuerdos internacionales.

Las medidas que deban adoptarse con arreglo a la letra b) del punto 2, a la letra a) del punto 3 y al punto 4 no estarán sometidas al plazo de cinco años mencionado.

inaplicabilidad por los Estados) en cumplimiento de lo previsto en el apartado 3 del artículo 63 del Tratado CE, se obliga a que antes de 2004 el Consejo deba regular las siguientes materias:

a) Las disposiciones relativas a la definición de un estatuto jurídico común de los inmigrantes legales.

b) La lucha contra la inmigración clandestina.

c) La coordinación de las medidas de alejamiento y retorno de residentes ilegales.

d) Las condiciones de entrada y permanencia.

Sin embargo, en la práctica⁶⁵ estas medidas no han llegado a cristalizar hasta la fecha. No habiéndose producido la regulación y extensión del derecho de libertad de circulación por el territorio de la UE, a los nacionales de terceros países a pesar de que su situación sea regular, quedando condicionado su reconocimiento a la voluntad unilateral de cada Estado en su legislación de extranjería que puede atemperar su contenido, dando lugar a discriminaciones entre miembros de una misma familia pero de nacionalidad distinta, que deseen viajar juntos en el territorio de la Unión, y a los trabajadores nacionales de países terceros que ejercen su actividad legalmente en un Estado miembro y son enviados por su empresa a prestar sus servicios en otro Estado miembro, quedando condicionada su libertad en el límite temporal de la libertad empresarial de la relación laboral a la que necesariamente esta subordinada⁶⁶. Siendo necesaria a nuestro juicio, una Directiva que reconozca y regule este derecho para poner fin a las situaciones discriminatorias que en la actualidad existen. Puesto que, a pesar de los opacos y fugaces intentos de regularización por parte de la UE en relación con la libre circulación de trabajadores⁶⁷, en la práctica esta no es más que un ficción, tal y como queda constando expresamente en la Directiva 64/221/CEE en su art. 3.2 cuyo tenor literal señala *“su ámbito personal de aplicación no afecta a las diferencias de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el*

⁶⁵ Fruto de este intento de consenso fue el Consejo Europeo de Sevilla celebrado en Junio de 2002, en donde los Estados miembros se comprometieron a adoptar una política común en materia de asilo e inmigración, para lo cual se acordaron llevar a la práctica los siguientes mecanismos: establecimiento de un sistema común de identificación de los datos de visados, la conclusión de acuerdos de readmisión con los terceros países y la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración.

⁶⁶ CASAS BAAMODE, M. E., (2002). *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la UE y en el Espacio Económico Europeo*, edit Civitas, Madrid, págs 44-47.

⁶⁷ Directiva 2000/43/CE de 29 de Junio, su contenido trata sobre la aplicación de este principio sin tener en cuenta el origen racial y étnico del sujeto, así como la Directiva 2000/78/CE de 27 de Noviembre sobre la creación de un marco para el establecimiento de la igualdad de trato, empleo y ocupación.

territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas”.

Por todo ello, y a pesar de esta preceptividad normativa, la ciudadanía nacional continua siendo un filtro para poder acceder el trabajador extracomunitario a la ciudadanía comunitaria, además el marco que compone esta última, no conlleva un abanico de derechos sociales, políticos y civiles, sino que por el contrario, esta se inclina por circunscribirse sobre todo a derechos de carácter político, pasando a convertirse en un estatuto de ciudadanía vinculado a dos vertientes: libre circulación de trabajadores (restringiendo su reconocimiento a los nacionales de los Estados miembros) y derechos políticos, sobre los que destacan los relativos a la participación activa y pasiva en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo, (del que obviamente están excluidos los inmigrantes extracomunitarios). En base a lo expuesto, consideramos el concepto de ciudadanía como algo inacabado, no cerrado, *in fieri* y en consecuencia, todavía sujeto a un proceso de elaboración y cuya transformación es imposible, sin que se recoja en una Directiva el reconocimiento de igualdad de determinados derechos sociales, políticos y personales entre nacionales e inmigrantes extracomunitarios.

Sin embargo, ello no opta, a que por parte de la UE se intente realizar una labor legislativa en la materia, prueba de ello se encuentra en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 9 de Diciembre del 2000, que apunta por primera vez la posibilidad de ampliar el estatuto de ciudadanía relativo a la libertad de circulación a los extracomunitarios cuya situación sea legal en el territorio de un Estado miembro (art. 45.2) –el problema que plantea el citado Texto es la carencia de fuerza vinculante para poder exigir su cumplimiento por parte de cualquier Estado de la UE-.

Asimismo el principio de libertad de circulación se extiende a los familiares del inmigrante en virtud del derecho a la reagrupación familiar, si bien, nos situamos ante un derecho recortado, puesto que su ejercicio se condiciona a que el reagrupante tenga un tiempo mínimo de residencia legal de 2 años y un contrato de la menos un año que demuestre su vocación de permanencia en el país. Además de la necesidad de cumplimentar otros requisitos complementarios como son: tener una vivienda adecuada y medios económicos para cubrir al reagrupado de modo que no suponga una carga financiera ni social para el país que le acoge, etc.

En una situación similar se encuentran el residente de larga duración, que debe acreditar un tiempo de residencia legal e ininterrumpida de cinco años anteriores a la solicitud, y además se le

van a exigir los mismos requisitos económicos y sociales que al reagrupante, si pretende desplazarse a otro Estado de la Unión. En definitiva, no se le va a reconocer la libertad de circulación ya que su situación no es igual ni tan siquiera equiparable a la del nacional de cualquier Estado miembro de la UE, pese a residencia legal y vocación de permanencia en Europa, lo que le obliga a volver a repetir la tramitación y cumplimiento de requisitos si decide cambiar de residencia en la Unión.

Con respecto al principio de libertad de circulación su fundamentación básicamente descansa en el “principio de no discriminación por causa de la nacionalidad” con el que se encuentra interrelacionado. Si bien, esta discriminación obedece desde nuestro punto de vista a por dos razones principales:

- a) Obstáculos de carácter legislativo, administrativo o reglamentario.
- b) Por falta de armonización de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros.

De modo que, para franquear estos obstáculos, este principio se ha visto avocado a sustentarse en un auténtico conjunto de derechos subjetivos susceptibles de ser invocados por las personas pertenecientes a los Estados comunitarios ante los órganos nacionales y comunitarios⁶⁸

Apreciándose la ausencia de configuración del citado principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad en el derecho comunitario⁶⁹. En este sentido, el art. 13 del TCE establece: “...*Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico⁷⁰, religión o convicción, discapacidad, edad u orientación sexual*”. Si bien, reiteramos que esta libertad queda circunscrita a los ciudadanos nacionales de países miembros de la UE, quedando excluidos implícitamente los inmigrantes extracomunitarios. En definitiva, existe por primera vez

⁶⁸ PERELLÓ GÓMEZ, N V., (2003). Libertad de circulación de trabajadores dentro del contexto comunitario europeo. *Gaceta Laboral*, Abril, Vol.9, núm.1, págs.41-63.

⁶⁹ BALLESTER PASTOR, A., (2006). *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 27-81.

⁷⁰ Con respecto a la discriminación por razón racial o étnica, la Directiva 2000/43 en su art. 4, permite que los Estados adopten discriminación basado en estos dos criterios siempre y cuando constituyan un requisito profesional esencial, el objeto sea legítimo y el requisito sea proporcionado.

un reconocimiento en el acerbo comunitario de los derechos fundamentales⁷¹. Sin embargo, resulta paradójico, que dentro de este elenco de derechos, no figure entre ellos, el criterio de la “no discriminación por razón de la nacionalidad” y cuya justificación parece deducirse del art. 137 del mismo cuerpo normativo, que establece la competencia comunitaria en el siguiente ámbito “...condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad”. De modo que, en virtud del contenido del citado artículo, de una primera lectura parece deducirse que el derecho comunitario se decanta por permitir la discriminación laboral entre los trabajadores comunitarios y los que no lo son. Sin embargo, tras el examen de las regulaciones constitucionales de cada Estado miembro de la UE, se observa como tanto las constituciones como los convenios internacionales prohíben esta práctica. En este sentido, se observa como en la Carta de los Derechos Fundamentales en la Cumbre de Niza de Diciembre del 2000, se recoge expresamente un Capítulo específico (Capítulo V) relativo a la ciudadanía⁷², de forma que la conjunción de este capítulo con los artículos 61 a 63 del Tratado de Ámsterdam de 1997, constituyen el marco para definir la ciudadanía europea. Posteriormente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (que carece de fuerza vinculante) en su art. 21 expresamente prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad, al señalar: “ *Se prohíbe toda discriminación*⁷³, y en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos⁷⁴ o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

El problema que se plantea es que no regula por parte del legislador comunitario, el posible trato discriminatorio del trabajador extracomunitario cuando pretende acceder al mercado de

⁷¹ Entre otros destaca la necesidad de una regulación comunitaria en materia de derechos fundamentales GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (1996). Les droits fondamentaux et la revision du traité sur l' Unión européenne, edit *Cahiers de droit europeen*, págs. 162 y ss.

⁷² En concreto se alude a la ciudadanía en 8 artículos: Derechos electorales, de acceso a los documentos, de petición, libertad de circulación y residencia, reconocidos para todos los ciudadanos de la Unión.

⁷³ Este artículo, cuyo correlativo en nuestro texto constitucional, se ubica en el art. 14 en términos muy similares pero haciendo omisión a la pertenencia de una minoría nacional. En un voto particular, promovido por varios Magistrados a la STC 75/1983 de 3 de Agosto, considera a la igual como un derecho subjetivo de todos los ciudadanos, un principio fundamental del derecho que restringe de forma clara cualquier excepción y como un principio limitador de la acción de los poderes, en especial el legislativo.

⁷⁴ Destaca la interesante postura sostenida por GÓMEZ MUÑOZ (2001). *La prohibición de discriminación por causas étnicas o raciales*, edit Temas Laborales, núm. 59, pág 76, en la que aboga por el establecimiento de una discriminación positiva a favor de los trabajadores extranjeros extracomunitarios.

trabajo, tal y como si lo recoge expresamente el Convenio 143 de la OIT, dedicando la II parte rubricada Igualdad de Oportunidades y de Trato, a promover esa libertad y en particular queda concretizada en su art 10 que literalmente señala: *”Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio”*. Actualmente esta deficiencia esa siendo subsanada por directivas comunitarias reguladoras de las condiciones de trabajo⁷⁵.

De lo expuesto se desprende como se otorga un amplio margen de actuación a los Estados para regular la política migratoria⁷⁶ solo recortado por tres Directivas:

a) Directiva 2003/86 de 22 de Septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar reconocido a los migrantes extracomunitarios (estableciendo un contenido mínimo que debe ser regulado por los Estados: legitimación activa, medios de prueba, admisibilidad, plazo de resolución y consecuencias de ausencia de la misma, conteniendo en cambio, como elemento positivo la necesidad que se impone al Estado de motivar las resoluciones denegatorias).

b) Directiva 2003/109 de 25 de Noviembre, relativo al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración⁷⁷.

c) Directiva 2004/144 de 13 de Diciembre, sobre requisitos necesarios a cumplimentar para la admisión de nacionales de terceros países basadas fundamentalmente en la temporalidad de la estancia y que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: estudios, practicas no

⁷⁵ Directiva 2000/43 en su Art. 3, al referirse a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2000/78, que desarrolla un marco general para la aplicación de igualdad de trato en el empleo y la ocupación; Directiva 76/2007 relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de acceso al empleo, promoción, formación profesional y condiciones de trabajo.

⁷⁶ SEMPERE NAVARRO, A., (2000). Los permisos de trabajo para extranjeros *Aranzadi Social* núm. 11, pág 15 y RUIZ CASTILLO, M. M^a (2003). Marco legal de la inmigración en España. Aspectos laborales, *RDS* núm. 22, págs. 26 y ss.

⁷⁷ Destaca la propuesta de Directiva del Consejo relativa al Estatuto de los Nacionales de Terceros Países Residentes de Larga Duración (D.501 PC 0127) en la que se reconocen como principios generales del Derecho Comunitario los derechos humanos garantizados en el Convenio de Derechos Humanos y donde se equipara la igualdad en el trato en materia de derecho de educación y formación profesional, empleo, protección y asistencia social, además de otorgar una Mayor protección a la medida de expulsión.

remuneradas o servicios de voluntariado .En definitiva, las Directivas recogidas suponen desde nuestro punto de vista el reconocimiento del contenido de un conjunto de derechos mínimos que corresponden a los migrantes extracomunitarios en el seno de la UE.

¿Este planteamiento nos sitúa en la disyuntiva de cual es el tratamiento que se realiza de la ciudadanía social en la política migratoria de la UE? La respuesta a esta cuestión es una política de control de flujos, una delimitación del acceso a la libertad de circulación para los inmigrantes extracomunitarios y en los últimos años, un despliegue limitado y tardío de política de integración sociocultural. Lo que se traduce en escasa normativa de extranjería por parte de la UE, que comparte su regulación con las normas de cada Estado miembro, así como por los acuerdos mixtos celebrados en su caso por ese tercer Estado con la UE y sus Estados miembros⁷⁸

En relación con el primer punto, esta política de control migratorio queda plasmada en la fijación de contingente de entrada para los trabajadores inmigrantes. Asimismo se realiza un reforzamiento en el control exterior de fronteras –solo para los trabajadores extracomunitarios basado en razones económicas (punto 5 del preámbulo del Reglamento 539/2001).Resultando paradójicamente contrario a lo preceptuado en el art. 2.1 y 3.1 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo de 25 de Febrero⁷⁹ y en el art. 27, núms. 1 y 2 de la Directiva 68/360/CEE, donde se señalan como motivos de denegación de entrada en el territorio de la UE o de expulsión del mismo de forma excepcional, han de basarse en razones de orden publico, seguridad o salud publica, fundamentadas en el comportamiento personal, excluyéndose de forma expresa su invocación bajo fines económicos (si bien, en la practica la mayoría de de las denegaciones suele basarse en esta causa).

Un paso atrás en materia migratoria el plano europeo ha supuesto desde nuestro punto de vista la aprobación por el procedimiento de codecisión el 18 de Junio de 2008, la Directiva⁸⁰ “*sobre procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio*”, la cual tiene fuerza vinculante y cuyo objetivo es armonizar los procedimientos que siguen los Estados miembros en la repatriación

⁷⁸ JIMÉNEZ PIERNAS, C. B., (2002). La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 6 y núm. 13, págs. 857-894

⁷⁹ Recordemos que la Directiva 64/221/CEE ha sido derogado a partir del 30 de Abril del 2006 (art.38.2 Directiva 2004/38/CE) en su virtud entra en aplicación en esta materia el Capítulo VI (art.27 al 33 ambos inclusive) de la Directiva 2004/38/CE.

⁸⁰ COM (2005)0391 – C6-0266/2005 – 2005/0167((COD)) P6_TA-PROV (2008)0293

de inmigrantes irregulares, ya que hasta fecha de la aprobación de esta Directiva existía una libertad por parte de los Estados de la UE en esta materia. Justificándose su irrupción en el plano normativo europeo, en la necesidad de protección frente a la creciente “amenaza” de la inmigración descontrolada ante la actual situación de crisis económica. Las principales medidas contenidas en esta disposición podemos resumirlas en las siguientes:

a) Art 3. Se prevé la repatriación-retorno- (esta medida no es propiamente una repatriación sino que en sentido técnico se trata de una expulsión), al país de origen del inmigrante, a un país de tránsito con el que la UE tenga acuerdo de repatriación ó a otro a voluntad del inmigrante siempre que sea admitido por éste.

b) Una vez emitida la orden de expulsión, se establece un periodo de retorno voluntario para el inmigrante entre 7 y 30 días.

c) Transcurrido dicho periodo se procede al internamiento del inmigrante durante un plazo de 6 meses ampliable a otros doce meses más (un total de 18 meses) en caso de falta de cooperación del inmigrante para su repatriación o problemas para la obtención de permisos en país implicado (art. 14).

d) Durante dicho internamiento el inmigrante está privado de libertad, bastando una mera resolución administrativa, si bien, se requiere a la mayor celeridad posible control judicial.

e) Se permite la detención de menores no acompañados, si bien, su adopción solo se adoptara como ultimo recurso y por el menor tiempo posible (art 15) volviendo a tener protagonismos los centros de internamiento de menores, convertidos en un “*tertium genus*” configurándose en un limbo jurídico cuya naturaleza es desconocida ya que de una parte no es prisión, pero tampoco es un centro de acogida ni integración, convirtiéndose en un régimen de privación de libertad con débiles garantías.

f) Los artículos 3 y 8 autorizan a que estos menores sean expulsados a países donde no tenga un tutor o familia, siempre que haya estructuras adecuadas de acogida.

g) Durante la estancia en ese país se les debe garantizar el derecho a la educación pero no se les reconoce el derecho en cambio a la justicia gratuita, continuando sino facultativo su atribución por parte de cada Estado (la entrada en vigor de esta medida no se producirá hasta el año 2009 siendo cubiertos dichos gastos por la UE)

h) Durante el periodo de tiempo que el inmigrante permanezca expulsado, tiene prohibida su entrada a territorio comunitario durante cinco años.

Siendo los puntos más criticables de la citada Directiva los siguientes:

a) Que la autoridad administrativa pueda acordar la privación de libertad de forma arbitraria sin las suficientes garantías jurisdiccionales.

b) Autorizar los plazos de detención desproporcionados.

c) Se vulnera en los centros el derecho a la comunicación, tutela judicial efectiva, derecho a la defensa, principio de presunción de inocencia y otras garantías irremplazables en los procedimientos administrativos sancionadores.

d) Conllevan una doble imposición al inmigrante afectado puesto que de una parte se les priva de libertad y por otra se les prohíbe el regreso a territorio europeo durante cinco años.

e) Se vulnera los derechos del menor ratificado en documentos internacionales, permitiéndose su internamiento en centros y admitiéndose su posterior expulsión sin garantía alguna de reagrupación familiar; se lesionan doblemente los derechos de los inmigrantes al permitirse la expulsión aun país tercero que no sea el de origen.

f) Por ultimo, permite a los inmigrantes detenidos y cuya estancia en cualquier país de la UE no exceda de siete días a la expulsión de su territorio sin ni tan siquiera las garantías exiguas que establece esta Directiva.⁸¹

Por su parte, la Constitución Europea, que no ha llegado a aprobarse, de haberlo hecho, desaprovecho el momento histórico idóneo para definir el significado del termino “*ciudadanía europea*” y en consecuencia, el concepto continua pendiente de definir y simplemente se limitaba a reconocer⁸²determinados derechos⁸³ que derivan de su posesión, así mismo hay que recordar que

⁸¹ DE LUCAS, E. J., (2008). La inmigración y la lógica del estado de sitio. Directiva de retorno, núm. 3 Agosto 2008, ppublicada en *Le Monde Diplomatique*, Paris.

⁸² En el artículo I-8 del Texto de la Constitución Europea (pendiente de ratificación por todos los Estados) se recogen los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión :

- derecho de circular y residir libremente.
- derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales.
- derecho de acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares.
- derecho de formular peticiones al Parlamento y de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo.
- derecho de dirigirse a las instituciones y organismos consultivos de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y de recibir una contestación en esa misma lengua.
-

⁸³ A juicio de AGUELO NAVARRO, P., y CHUECA SANCHO, A. G., (2005). La Constitución Europea y los extranjeros, *Rev. Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 8, págs. 215-225. Aclara que las normas contenidas en la Constitución Europea son principios no derechos, siempre la diferencia importante, puesto que los derechos deben respetarse y pueden exigirse frente a los tribunales, mientras que los principios solo

esta no sustituye en modo alguno a la ciudadanía nacional sino que es adicional a la misma. Según Miralles Sangro⁸⁴, la noción de ciudadanía de la UE debe impulsarse hacia una dinámica jurídica, social, política y económica que permita hacer realidad el principio de no discriminación por razón de nacionalidad ¿Pero qué papel juega en la ciudadanía los derechos sociales? En realidad, estos derechos, son la vía por la que los ciudadanos que gozan de igualdad jurídica formal y material ante el Estado, pueden reclamar de éste la satisfacción de necesidades primarias para la vida y entre ellas el trabajo, ya que está obligado a realizar una redistribución de las riquezas entre sus miembros, pero en la práctica el este postulado no se cumple y se limite a cubrir prestaciones publicas mínimas, incrementando el sector del mercado de previsión social.⁸⁵ Sin embargo, tanto el legislador tanto europeo como nacional, suele olvidar que únicamente a través de la vía de la igualdad de derechos se consigue la efectiva integración de los inmigrantes⁸⁶.

Con respecto a la segunda premisa, relativa a las dificultades que plantea la integración socio-laboral del inmigrante en el Estado miembro de acogida⁸⁷. Su implementación en la UE, ha sido gradual y parca en resultados. En concreto, se sitúa en los años noventa, llevándose a cabo su instrumentalización por diferentes Comisiones de las Comunidades Europeas, entre las que debe destacarse la relativa a la Inmigración, Integración y Empleo⁸⁸ que fija el marco jurídico legislativo general de la política de integración cuyos pilares básicos deben ser: el derecho a la reagrupación familiar ; el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración ;

hay que “*observarlos*”, no tienen fuerza vinculante, no dando lugar a derechos inmediatos o demandas directas de acciones positivas dirigidas a las instituciones de la Unión o las autoridades de los Estados miembros. Además a pesar de contener un título el V dedicado a la ciudadanía, esta tiene un sentido excluyente, debido a que la Mayoría de derechos se conceden a los ciudadanos, no a los extranjeros que residan en la UE (Eje Art. II-99 relativo al derecho al sufragio activo y pasivo en las Elecciones al Parlamento Europeo que se atribuye exclusivamente a los ciudadanos de la Unión y el Art. II-100. con el mismo contenido pero cuyo contenido se circunscribe a las elecciones municipales cuyo derecho corresponde a los ciudadanos de la UE)

⁸⁴ MIRALLES SANGRO, P., (2001). Presente y futuro de la ciudadanía de la Unión Europea , en *Rev. De Derecho de la Unión Europea*. núm. 1 del 2º semestre, págs 156-157.

⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., (1999). *Derechos Sociales de la Ciudadanía y el Ordenamiento Laboral* de CES, Madrid, pág.162.

⁸⁶ AAVV., (2009). *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, DE LUCAS, J, y SOLANES, A., (Eds), Dykinson, Madrid, págs. 355-386.

⁸⁷ BENZO SAINZ, F., (1998) .La política de inmigración del Ministerio del Interior, en Extranjería e Inmigración en AA. VV., *España y la Unión Europea*, colección Escuela Diplomática núm. 3 (ed. ESCOBAR HERNÁNDEZ C.) Madrid, pág. 130.

⁸⁸ COM (2003) 336 final. Comunicación de 3 de Junio de 2003 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre Inmigración, Integración y Empleo pág 29.

las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena o de actividades económicas por cuenta propia; la admisión de estudiantes y voluntarios ; la política de asilo (normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo y normas mínimas sobre los requisitos que deben cumplir los nacionales de terceros países y las personas apátridas para poder optar al estatuto de refugiado o gozar de otro tipo de protección internacional); la lucha contra la discriminación (Directiva 2000/43/CE y 2000/78/CE); y la concesión a los nacionales de terceros países de la misma protección que tienen los trabajadores comunitarios en el ámbito de la Seguridad Social cuando se desplazan en la Unión Europea. Con respecto, a la justificación de su introducción en las políticas europeas obedece, a fijar un marco base para conseguir implementar en la UE, la igualdad de trato en el empleo y establecer medidas de cualquier para luchar contra cualquier tipo de discriminación en el trabajo .No obstante, si bien, se demanda mano de obra inmigrante para solventar el problema generado por el envejecimiento demográfico de los trabajadores integrantes de la UE, también es cierto que se especifica la necesidad de subordinación e interrelación de esta demanda como la evolución del mercado laboral. Estas directrices que fueron recogidas en el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa de 23 y 24 Marzo de 2000 rubricado *hacia la Europa de la innovación y el conocimiento*, donde se solicita a los Estados miembros, que adopten medidas que favorezcan la integración de los inmigrantes.⁸⁹

De lo anteriormente expuesto, se deduce que en Europa en la actualidad no se esta realizando una política socio-laboral para los inmigrantes, solo se les reconoce una serie de derechos prestaciones puntuales como es en el caso de la protección social dispensada a las prestaciones en materia de Seguridad Social, al inmigrante que ostente una situación legal, pero que en modo alguno comporta la concesión de un sistema de Seguridad Social (que a nivel europeo no existe)sino que por el contrario lo que se reconocen son derechos puntales a los mismos⁹⁰, como son el derecho a acumular los periodos cotizados en diferentes Estados (pero para que se reconozca

⁸⁹ Respondiendo de este modo, al mandato del Consejo Europeo expresado en el Programa de La Haya (4 de Noviembre 2004), el Consejo fijaba unos principios básicos comunes en relación con la política de integración que debían desarrollar los Estados miembros pero que carecían de fuerza vinculante.

⁹⁰ A pesar de aparecer recogido como objetivo primordial para los países integrantes de la UE, tal y como queda reflejado en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de Mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» [COM (2005) 184 final].

se exige que la prestación de servicios se haya realizado en más de un Estado y para trabajar en cada uno de ellos, previamente ha debido obtener la autorización de residencia para poder tener derecho a la acumulación de dichas cotizaciones⁹¹

Con respecto al reconocimiento de los derechos culturales de los inmigrantes. La respuesta que ha dado la UE es la de no implicación comunitaria y relegar el reconocimiento y uso de estos derechos a los Estados miembros que la conforman, sin fijar unas directrices ni tan siquiera un pretendido intento de armonización en la materia, tal y como recoge el art.151 del Tratado de la Comunidad Europea en su versión consolidada que en materia cultural *”excluye toda armonización de las normas legales y reglamentarias de los Estados miembros y si fuere necesario el apoyo o complemento de la acción de éstos en determinados ámbitos relativos a dicha materia, pudiendo adoptar el Consejo por unanimidad a este respecto, medidas de fomento mediante el procedimiento de codecisión, así como recomendación”*, correlativo a este artículo se expresa el art.280,núms. 2 y 5 a) del mismo texto, que encomienda a la ley o ley marco europea la instauración de medidas de fomento en esta materia.

En este sentido, conviene que la relegada Constitución Europea de 29 de Octubre del 2004, recogía el derecho a la libertad de pensamiento, de religión y derecho a la educación (art.74) que pese a estar dirigido hacia la integración cultural de los inmigrantes, no son reconocidos como derechos subjetivos de los mismos los mencionados derechos al parecer regulados en la Parte II que carecía de fuerza vinculante y en consecuencia éstos derechos fundamentales como otros de índole social o política quedan reservados exclusivamente a los ciudadanos de la UE, insertando el ejercicio y disfrute de los mismos a su condición de nacional de un Estado miembro, siendo estos los únicos sujetos en consecuencia titulares de derechos.

En definitiva, al haberse desplomado la aprobación de la Constitución Europea,, la única vía que subsiste en la actualidad para el reconocimiento de los derechos sociolaborales de los trabajadores inmigrantes son las que proporcione el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que debe conjugar el principio de libertad de empresa con el de reconocimiento de los derechos

⁹¹ El artículo 1 del Reglamento 859/2003/CE, viene a aclarar el vacío legal existente en la materia y la situación de desprotección, en la que se encontraba en inmigrante al quedar hasta ese momento regulado por la normativa interna del Estado miembro y en su defecto por lo regulado por los Convenios Internacionales, lo que daba lugar no solo a desprotección sino también a discriminación del inmigrante económico regular.

socioculturales, atemperando su inserción y acomodándolos, de acuerdo con los principios de adecuación y de proporcionalidad, lo que conduciría a la postre a una posible integración sociolaboral y la consiguiente operatividad de su ciudadanía social, que se produciría a través del reconocimiento del pluralísimo cultural y el respeto a los derechos humanos de los inmigrantes económicos⁹².

Finalmente, nos encontramos desde nuestro punto de vista, ante un problema de carácter multidimensional, correspondiéndole a la UE fijar las directrices y marco mínimo que los Estados miembros deben cumplir pero en última instancia, la competencia ejecutiva en esta materia corresponde sin lugar a dudas a cada Estado a través de sus políticas nacionales en concomitancia con las diferentes Administraciones autonómicas y locales y con los agentes sociales dotándolos de medios financieros para ello, si perjuicio de que estos se acojan a financiación de programas específicos previstos por la UE (EQUAL, URBAN II , HORIZON, Fondo Social Europeo, etc.) y medios propios. Puesto que, son éstos los que mejor conocen la realidad del inmigrante, sus necesidades y los mecanismos precisos para conseguir una integración socio-laboral efectiva y eficaz para esta categoría de trabajadores.

Por ultimo, recordar que la única vía admisible en nuestro derecho para acceder a la ciudadanía, es a través de un mismo modelo “*ius sanguinis*”, derecho étnico o de sangre, y el “*ius soli*”, derecho de suelo o principio territorial. Entre ambos polos, se abre la posibilidad de adquirirla por otras circunstancias: matrimonio, nacimiento, asilo, tutela-guarda, residencia, etc. De modo que, la forma de acceso al status de ciudadano y la condición en que estos quedan, dependerá del modo de adquirirla, lo cual conlleva a una revisión de la actual concepción de la ciudadanía.⁹³

1.2. TRABAJADORES EXTRANJEROS Y DERECHOS SOCIALES

Toda persona tiene un conjunto de derechos que le otorgan las leyes nacionales e internacionales. En el ámbito de la inmigración se pueden enumerar los derechos personales, políticos, sociales, económicos y culturales, que serán desarrollados en el presente epígrafe.

⁹² MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., (2005). *Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea*. *op. cit.* ,pág 32

⁹³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, R. M., (2006). *Inmigración y ciudadanía*. Edit Sistema. Madrid. núm. 190-191 y págs. 93-104.

El contenido de estos derechos se encuentra en las diferentes normas legales que están vigentes en España y en la Unión Europea, por lo que el inmigrante se debe regir por estas normas para su ingreso, permanencia y desarrollo social – laboral en el país. Al respecto es necesario preguntarse ¿Existe discriminación en el trabajo de los inmigrantes en comparación con la población nativa?

En principio, el extranjero tiene la obligación de someterse a las normas del Derecho interno del Estado en que se encuentre, especialmente a las de carácter penal, así como a las de índole administrativa que el Estado promulga para reglamentar el régimen de entrada, estancia y salida de los extranjeros en su territorio.

Así, el artículo 8 del Código Civil español dispone que las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallan en territorio español, es decir, con independencia de que sean españoles o extranjeros.

En cuanto a los derechos de los extranjeros, hay que distinguir:

a) Los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana.

b) Por el contrario, no es posible el acceso a otro tipo de derechos, ya que la *ley los* ha reservado exclusivamente para los españoles.

c) Finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales.⁹⁴

De modo que, las personas que se encuentran en el territorio de un Estado, sea nacional o extranjero, tienen derecho a que le sean respetados sus derechos humanos siempre que estos sean incorporados por el ordenamiento jurídico cuando se produce su normatividad, ya sea en el plano nacional como en el internacional⁹⁵. Así se viene reconociendo en los tratados y convenios internacionales y en los textos constitucionales de los diferentes países.

“Los tratados internacionales y el principio de reserva de ley plantean una relación que no se corresponde con el alcance que esta última tiene en el derecho interno. La existencia de una reserva

⁹⁴ ALONSO, F., (2007). Los derechos de los extranjeros en España, *Boletín Oficial del Estado*, pág. 16

⁹⁵ PECES BARBA MARTÍNEZ, G., (1988). *Reflexiones sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en Escritos sobre derechos fundamentales, Eudema, Madrid, pág 206.

de ley orgánica no obliga a que los tratados internacionales que se celebren sobre esa materia se aprueben mediante una norma de ese carácter. Lo mismo podría decirse en relación con la reserva de ley ordinaria. El hecho de que exista esa tal reserva no implica que la aprobación del tratado internacional necesite la participación de las Cortes Generales.”⁹⁶

El trabajador extranjero que se encuentre legalmente en el país encuentra subordinado los derechos sociales al modelo de Estado de Bienestar y al sistema político para su configuración, ya que el Estado tiene como finalidad el de proteger al trabajador de incertidumbres del mercado (paro, enfermedad, pobreza), siempre que se encuentre en situación regular y cumpla con los requisitos de ley. Además ya que muchos de los derechos sociales son de configuración legal, se admite esta diferenciación en su ejercicio, dando lugar tal y como señala GARCÍA AÑÓN, M.J. “a una igualdad como diferenciación positiva”⁹⁷ que viene fijada por el legislador ordinario quedando únicamente limitado por lo establecido por los Tratados y la Ley. Apareciendo del examen de las diferentes leyes de extranjería en nuestro país como la mayoría de los derechos sociales y laborales tienen este carácter, subordinando su reconocimiento y ejercicio al cumplimiento de requisitos administrativos.

Asimismo se puede observar que los derechos constitucionales continuarán incorporándose a los clásicos derechos de libertad consagrados en el régimen liberal. Sin embargo, pasarán a prever también derechos sociales los cuales se fundamentan sobre otras bases, pero cuya aplicabilidad demuestra aún ser objeto de muchas divergencias, tanto en la doctrina como en la práctica judicial de varios ordenamientos que los consagran. De entre los derechos sociales, se encuentra aún una subdivisión, conocida por derechos sociales prestacionales. Estos derechos tienen como pretensión exigir del Estado prestaciones materiales específicas, obligando al Poder Público a que adquiera y alcance para el ciudadano determinados bienes; cuando estos carezcan de recursos materiales para adquirirlos o cuando inexistente la posibilidad de adquirirlo por indisponibilidad en el mercado.

Ocurre que, en la mayoría de los casos, ese deber del Poder Público no aclara suficientemente la forma de proporcionar un derecho subjetivo, por cuanto, como norma constitucional su previsión por lo común se da de modo genérico, sin la especificación de los casos concretos y según la estructura clásica de la regla. Además, son tantas las posibilidades potenciales de prestación que encajarán en el extenso supuesto fáctico constitucional, que generalmente tiene

⁹⁶ LASAGABASTER, I., (1996). Ciudadanía y Tratado de Schengen: Naturaleza jurídica de las disposiciones del Comité Ejecutivo. *Revista de Instituciones Europeas*, Volumen 23. N° 1, pág. 55

⁹⁷ GARCÍA AÑÓN; (2002) .Derechos de los extranjeros y discriminación, *op. cit.* pág 22.

normas bien definidas como normas a la espera de una reglamentación del legislador. No serán, por tanto, verdaderos derechos.”⁹⁸

El Estado debe garantizar a los ciudadanos, a través de los poderes públicos, la promoción de las condiciones de igualdad y facilitar su participación en la vida política, económica, cultural y social, tal como lo establece el artículo 9.2 de la Constitución Española.

1.2.1- INTRODUCCIÓN

En este apartado trataremos de analizar el estado de los derechos de los extranjeros en el ordenamiento jurídico laboral español. Para cuyo análisis es necesario tomar como elemento diferenciador la situación administrativa regular o no de los extranjeros que se encuentran en España.

En ambos casos, el estudio lo realizamos distinguiendo ocho puntos: en primer lugar, efectuaremos un examen de los diferentes tipos de derechos personales de los que son titulares, independientemente de su situación de regularidad o no (lo que nos obliga a delimitar el concepto de libertades públicas) y en segundo lugar, analizaremos los derechos políticos que les corresponden a los extranjeros; en tercer lugar, delimitaremos lo referente a los derechos estrictamente derechos prestacionales, realizaremos un planteamiento genérico de todos los derechos sociolaborales; en cuarto lugar, el estudio lo centraremos en el derecho de los extranjeros extracomunitarios a la Seguridad Social y a sus prestaciones; y en quinto lugar, en los derechos colectivos de trabajo, especialmente, en el derecho de libertad sindical, el derecho a la representación colectiva y el derecho de huelga. Posteriormente, en sexto lugar, estudiaremos que estadio ocupan los siguientes derechos en Estado del Bienestar: derechos de ámbito cultural y educativo, habitaciones y por último el derecho al medio ambiente así como la preceptividad o no de la que son objeto por parte del legislador, para de este modo, comprobar el tratamiento constitucional que se efectúa de estos en el decálogo de derechos y en séptimo y último lugar, analizaremos el desarrollo y fase actual de los derechos sociales en el marco jurídico del derecho europeo.

⁹⁸ MOLLER, M., (2008). *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos*, Tesis Doctoral presentada en la Universidad de Burgos, pág. 14

1.2.2. CONFIGURACION JURIDICA.

Del desglose del presente esquema surge la primera premisa *¿Es el inmigrante sujeto de derechos? ¿Y si es así, de que derechos son titulares?* Con respecto, a la primera cuestión, nos obliga a definir el término sujeto de derechos, el cual hace referencia a la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones. Dicho de otra forma, los deberes de los inmigrantes, como del resto de ciudadanos, son el correlato de los derechos que les atribuimos. No puede haber deberes sin derechos. Y tener derechos y su correlativo que son los deberes, supone que, con independencia de su situación administrativa, no se les invisibilice. Asimismo recordamos que el único sujeto que tiene capacidad para otorgar o denegar esta titularidad es el Estado, identificando al inmigrante como sujeto jurídico distinto al nacional, tal como se desprende de su reticencia a no atribuirle la nacionalidad y cuya plasmación se constata en una normativa concreta de extranjería para estos sujetos, justificando este tratamiento desigual al inmigrante basado en la idea de la nacionalidad.

En base a lo expuesto, se observa como por parte del legislador español existe una injustificada discriminación entre derechos de los extranjeros y derechos de los ciudadanos nacionales y cuya cotejo queda recogido en el tratamiento dispensado por parte de éste en las diferentes leyes de extranjería, enfoque que desde nuestro punto de vista, es contrario a la legalidad porque hoy, ya resulta insostenible una interpretación restrictiva, como la que pretende que la distribución de las esferas de derechos entre los ciudadanos y las distintas categorías de extranjeros basada en la ciudadanía sea conforme a lo que dispone la Constitución española en su artículos 10 y 13. A nuestro juicio, esa interpretación permite restringir a un grupo pequeño el elenco de derechos realmente universales y sólo reconoce el resto de derechos -la plenitud en el reconocimiento y garantía- a quienes puedan presentarse como ciudadanos, siendo el resultado obtenido contrario al principio de legalidad que se pretende justificar, ya que objetivo que se produce es inseguridad jurídica y en realidad, este postulado es contrario al Estado de Derecho, que tiene como núcleo el carácter garantista y expansivo en el reconocimiento de los derechos humanos. Es por ello, por lo que desde nuestro punto de vista, creemos que actualmente los principios del garantismo universalista y de la democracia inclusiva, aparentemente reforzados en una sociedad caracterizada por el proceso de globalización, hacen cada vez más difícil de aceptar esa discriminación en el reconocimiento y garantía de derechos .Sino que por el contrario, la

igualdad en ese reconocimiento y garantía aparece cada vez más como exigencia insoslayable. Y lo que habría que justificar exhaustivamente son las limitaciones a esa igualdad.⁹⁹

Además a esta situación hay que añadir otro condicionante propio de la coyuntura económica en la que nos encontramos, el proceso de deslocalización¹⁰⁰ de la inmigración, tal y como sostiene acertadamente GARCÍA MURCIA, J.¹⁰¹, unido a la esperanza de mejora del mundo subdesarrollado, nos obliga a la salvaguarda de una serie de derechos que deben tener vocación de universalidad y donde es preciso equilibrar el ejercicio de las libertades individuales (de movimientos, de iniciativa económica, etc.) con el correlativo despliegue de una política social en la que sustentarse.

A pesar de ello, en el marco legal vigente en nuestro país al igual que el resto de países integrantes de la UE, existe una clara negación del principio de igualdad en el reconocimiento y garantía de los derechos de los inmigrantes, pues la igualdad pasa a ser un criterio hermenéutico, de ahí, que el legislador español realice un tratamiento diferenciado según sea la naturaleza del derecho de que se trate y que a continuación pasaremos a examinar. Para lo cual, tomaremos como punto de partida la sistemática de división de los derechos del entre cinco tipos: personales, políticos, sociales, económicos y culturales.

En el primer grupo, lo conforman un status jurídico común para el inmigrante independientemente de su situación administrativa, se encuadraría los derechos inherentes a la condición humana¹⁰² y que pertenecen en igualdad de condiciones a extranjeros y españoles¹⁰³ De

⁹⁹ FERRAJOLI, L., (2004) *Derechos y garantías: la ley del más débil*, edit Trotta, Madrid, pág. 19. Define a mi juicio acertadamente la delimitación plena únicamente de los derechos universales a los inmigrantes como "la penosa cobertura de un privilegio"

¹⁰⁰ MOREAU, M .A. (2005). *L'internationalisation de l'emploi et les délocalisations en Europe: perspectives juridiques*, publicado por European Univesity Institute, Florence, Departament of law, núm. 9, págs. 4-40.

¹⁰¹ Deslocalizacion y tutela de los derechos sociales. *Revista Relaciones Laborales*, publicada por la Ley, en Madrid, Marzo 2007, núm.6, págs. 109-110.

¹⁰² Su concesión es universal y son los únicos que conllevan una plena garantía la efectividad en su ejercicio .Correlativo al mismo, es el Convenio Europeo (1950) modificado por última vez en el 2003 estructura el contenido tres Títulos: Derechos y libertades, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Disposiciones diversas. Dicho Convenio obliga a los Estados que lo suscriben a respetar los derechos económicos contenidos en su Título I. Es por ello, por lo que en su artículo 1 manifiesta que "las Altas partes contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio" y cuyo contenido coincide con lo dispuesto en el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, donde se incluye, tácitamente a los extranjeros, aunque expresamente no se mencionen.

¹⁰³ Clarificador es el trabajo sobre el concepto de derechos y libertades del inmigrante, realizado por VIDAL FUEYO, C., (2009). Los derechos y libertades de los extranjeros en la Constitución Española en la obra colectiva *Los derechos de los inmigrantes en España*. (coord.) por ELISEO AJA FERNÁNDEZ, ed. Tirant

ahí que el legislador cuando los invoca utiliza formulas impersonales, “*todos tienen derecho a...*”, “*toda persona tiene derecho...*” o “*nadie podrá ser obligado a...*” y en consecuencia aplicables al extranjero por su condición de ser persona. Recogiéndose en nuestra Carta Magna estos derechos personales en el Título I y en concreto en el artículo 10.1 del citado Texto¹⁰⁴ son los siguientes : derecho a la vida y a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, a la libertad individual(STC 107/1984) ;a la tutela judicial efectiva (cuya incorporación fue tardía con respecto al resto de derechos personales STC 99/1985 de 30 de Septiembre); a la libertad personal(STC 115/1987 de 7 de Julio); a la igualdad y a no ser discriminado por razones de sexo, edad o religión (art. 14CE).En base a lo expuesto y partiendo de la regla general de nuestro Estado de Derecho, de que todo cuanto no está expresamente prohibido es lícito jurídicamente, nos permite ampliar este estadio de derechos individuales e incluir en su contenido a derechos fundamentales como: derecho a la intimidad(art. 18.1CE), libertad ideológica (art. 16.1CE),de expresión, pensamiento, ideas y creencias (art. (20CE) derecho de comunicación (art 20.3CE) que se extiende a la otras libertades como son la de enseñanza, conciencia, expresión e información¹⁰⁵.

Observándose como en este elenco de derechos enunciados, el legislador no se pronuncia en torno al derecho a la dignidad humana¹⁰⁶, quedando en consecuencia, la duda sobre su naturaleza

Lo Blanch, Valencia, pág 25-50; y, de GARCIA VAZQUEZ, S., (2007). *El estatuto jurídico –constitucional del extranjero en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

¹⁰⁴ A juicio de estos autores la Constitución española los principios consagrados en el Art. 10 de la CE, cumplen una función interpretadora de todas las normas, tanto internas como internacionales, transformando valores morales en jurídicos, otorgándoles en consecuencia un superrango constitucional, del que derivaran los derechos y libertades que van a irradiar todo nuestro texto constitucional. ALZAGA VILLAAMIN, O., (1988). *La Constitución española de 1978*. Madrid, ed. El Faro, pág 155.En la misma línea doctrinal se sitúa FERNÁNDEZ SEGADO, F., (1995). *La dignidad de la persona humana en el ordenamiento constitucional español*, en RVAP, núm. 43. 1995, págs. 66 y ss. Que considera que la dignidad de la persona constituye la fuente de los derechos dimanantes en nuestra Constitución en particular de los enclavados en el Título I Capítulo II.

¹⁰⁵ PAREJO ALFONSO, L., (2000). *Minorías y Constitución*. En derechos culturales y Derechos Humanos de los Inmigrantes, edit Universidad de Comillas, Madrid, pág 159-162.

¹⁰⁶ VIDAL FUEYO, C., (2001). La nueva Ley de Extranjería a la Luz del Texto Constitucional, en *REDC*, núm. 62, Madrid, pág 190.Según este autor todos los derechos fundamentales y libertades publicas, están vinculados y forman parte de la propia consideración del concepto dignidad como libre autodeterminación de la persona.

de ser derecho fundamental para nuestro ordenamiento jurídico, o si bien por el contrario, cabría ser considerado como un principio que el jurista debe ir aplicando caso por caso¹⁰⁷

Las posturas doctrinales al respecto evidentemente son dispares, si bien, a nuestro juicio, no compartimos la idea de que sea la casuística la que le confiere el carácter o no de fundamental, sino que por el contrario, consideramos que tienen intrínsecamente esta naturaleza en base a su regulación en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, que a pesar de carecer de fuerza vinculante afirma “*La fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana*”. En el mismo sentido, se pronuncia el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuyo tenor literal señala, “*que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Y cuyo reconocimiento constitucional en nuestro ordenamiento jurídico se efectúa en el art 10.2 que dispone “*que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y a los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”. En este sentido conviene recordar la naturaleza que le dota a este derecho, SEE H. COING (1951)¹⁰⁸: La dignidad humana, no es un nuevo interés, sino que constituye un verdadero elemento de valor decisivo en el Derecho Privado, ya que” no tiene el mismo valor del hecho que hay que ordenar sino que se encuentra por encima de ellos”. En consecuencia, el último fundamento de toda aplicación del derecho es “una reflexión acerca de los valores sobre los que descansa nuestro ordenamiento jurídico”

No obstante, tal y como ya apuntamos este estudio resulta incompleto sino definimos que son libertades públicas. Del contenido de la CE, se desprende una ausencia de definición terminológica, falta de sistemática y ambigüedad en el tema, tal y como se deduce de su art 13.1 que se rubrica “*De los Derechos y Deberes Fundamentales*”, cuyo tenor literal señala expresamente “*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley*”. (Sin que se dote de contenido al término libertades públicas).

¹⁰⁷ GOIG MARTÍNEZ, J. M., (2004). *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, edit Universitas Internacional S. L, págs. 84-85.

¹⁰⁸ System, *Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft. Juristenzeitung*, Zuerst erschienen in: págs 481-485, especialmente pág 485.

Pasando el legislador en el Capítulo siguiente a entrelazarlas con derechos que el constituyente otorga el rango de fundamentales (derecho a la vida, a la integridad física, a no ser discriminado, etc.) dando lugar, a una deslocalización de estas libertades.

Esta ausencia de definición y de ordenación por parte del legislador, ha provocado que la doctrina se pronuncie en torno a esta cuestión, existiendo una línea encabezada por GÓMEZ REINO Y CARNOTA, que señala “*que no todo el contenido del Capítulo II del Título I regula derechos de libertad, ni tampoco agota este capítulo el tema de las libertades públicas. Añadiendo que los artículos 6 y 7 de la CE, no aluden a libertades individuales sino que se refieren a la libertad de partidos, sindicatos de trabajadores y de asociaciones empresariales*”¹⁰⁹ y contraria a esta postura, se encuentra la corriente doctrinal dirigida por FERRER SANCHIS,¹¹⁰ que sostiene que, aunque queden excluidos algunos derechos, el concepto de libertades públicas se circunscribe a los derechos contenidos en la Sección Primera. A nuestro juicio, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, con una clara ausencia de sistemática, hecho que se constata por la dispersión y desorden con la que aparecen en el texto constitucional, ubicándolas junto a principios y programas económicos, asimismo encontramos el en el conjunto del Título I, derechos sociales y culturales junto a garantías jurisdiccionales algunas incluso se encuentran ubicadas fuera del citado Título tal y como sostiene Sagarra Trías.¹¹¹

Además a nuestro juicio, el concepto de libertades públicas al figurar diseminado por todo el texto constitucional, implícitamente le otorga a dichas libertades un carácter omnicompreensiva que conlleva una extensión de su ámbito subjetivo, no solo limitado a los españoles sino que se generaliza a los extranjeros independientemente de su situación regular o no en nuestro país.

Con respecto al segundo grupo analizaremos si los extranjeros en general y los inmigrantes en particular tienen derechos políticos en el ámbito de la UE y en nuestro ordenamiento jurídico y

¹⁰⁹ GÓMEZ REINO y CARNOTA, E., (1978) .Las libertades publicas en la Constitución, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, Vol. I, UNED, Madrid. págs. 31-67.

¹¹⁰ FERRER SANCHIS, P. A., (1978). *Comentarios de Derecho Internacional Privado en la Constitución Española de 1978*. Lecturas de la Constitución Española. UNED, Madrid. pág 61.

¹¹¹ SAGARRA TRÍAS, E., (2002) *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura*, edit Universitat de Barcelona, pág 100. Este autor justificando su argumentación en base a que la CE no realiza un tratamiento global del régimen de extranjería, siendo las diferentes ramas del derecho las que regulen su tratamiento. Excepcionalmente la única parcela que a su juicio preceptúa el goce de dichas libertades es el Derecho Publico, si bien, lo hace de forma ambigua y recortada puesto que, para este campo del derecho las únicas libertades públicas reconocidas plenamente a los extranjeros son: la extradición, el derecho de asilo y el derecho de los apátridas.

si es así, cuales son estos derechos. En relación con la primera cuestión, es necesario diferenciar entre los ciudadanos comunitarios y los que no lo son. Para los primeros, el derecho comunitario les confiere únicamente con carácter exclusivo, el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. Así pues, queda constado su reconocimiento por parte del derecho comunitario en el art 8.B del Tratado de Maastricht¹¹² que señala, “ *Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional, tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro donde resida, en las mismas condiciones que los nacionales de ese Estado sin perjuicio de las excepciones que el Estado miembro propuestas por la Comisión y previa consulta del Parlamento Europeo se establezcan cuando exista algún problema específico por parte del algún Estado miembro*” Transcripción hecha en el art. 19 del Tratado de Ámsterdam y mismo artículo del Tratado de Niza, resolviendo su justificación en proceso de integración comunitaria, habida cuenta del reconocimiento de la ciudadanía europea, así como por la contundencia de las migraciones internacionales. Siendo un derecho tradicionalmente otorgado exclusivamente a los nacionales, tal y como queda reflejado en el art 23.1 de la CE que debe ser puesto en relación con el 13.2 del mismo Texto, si bien, este último admite su otorgamiento a los ciudadanos comunitarios condicionando su concesión a que el extranjero comunitario cumpla una serie de requisitos: residencia legal en nuestro país y que una ley o Tratado aplique criterios de reciprocidad a los españoles residentes en ese país.

Sin embargo, a nuestro juicio, debemos realizar la siguiente matización del contenido de citado art. 8.B.1 del TCE, puesto que, el mismo no fija un periodo de residencia anterior, sino que atribuye el derecho al sufragio exclusivamente a los nacionales de los Estados miembros que residan en otro Estado miembro de la UE sin establecer ningún otro tipo de restricción, a excepción de la residencia en el mismo, tal y como se desprende del tenor literal del mismo: “Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”. Mientras que para los extranjeros extracomunitarios el legislador ha eliminado el requisito establecido en la Ley 4/2000 que fijaba el condicionante del principio de reciprocidad para su reconocimiento para actualmente en la nueva redacción dada por la LO 2/2009 de extranjería cambiar de orientación haciendo desaparecer dicho requisito, quedando supeditando actualmente el ejercicio de este derecho en España exclusivamente “para los extranjeros residentes “ subordinando su ejercicio a lo dispuesto en la

¹¹² Tratado de Maastricht de 7 de Febrero de 1992.

CE, Tratados Internacionales y la Ley(art 6.1) Además, también consideramos un error por parte del citado Tratado (se perdió también la oportunidad histórica de haberse realizado posteriormente en los Tratados de Ámsterdam o Niza) de no extender el ámbito competencial de este derecho, a la esfera autonómicas para que después de su consolidación y consensuación, gradualmente se ampliara a las elecciones generales y de este modo, se conseguiría una integración más efectiva por parte del ciudadano europeo, de forma que, se dejaría una vía abierta al resto de extranjeros, es decir a los inmigrantes extracomunitarios.

En relación con el derecho público de petición, su ámbito material consiste en que se pueda presentar una petición al Parlamento Europeo, individualmente o en asociación con otras personas-ciudadanos europeos o extranjeros-sobre asuntos de actuación y competencia de la Comunidad o sus Instituciones que les afecten directamente¹¹³. Por su parte, su tratamiento en el derecho comunitario queda fijado en el art 8.D del TUE, en correlación con el art 138E del Tratado de Maastricht y los arts 194 y 195 de los Tratados de Ámsterdam y Niza, en el que se establece que: *”los extranjeros residentes en el ámbito de la UE podrán dirigirse al Defensor del pueblo Europeo, sobre asuntos relativo a casos de mala administración en la acción de las instituciones y órganos comunitarios”*. En consecuencia, quedan excluidas de su contenido las peticiones dirigidas al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia. De lo que se deduce que los migrantes regulares residentes en la UE, no gozan plenamente de este derecho sino que tienen restringido su reconocimiento y ejercicio ante las Instituciones comunitarias¹¹⁴. Esta carencia desde nuestro punto de vista, es inaceptable, ya que no se puede privar del derecho a entablar un recurso directo del particular(independientemente de su situación de regularidad) cuando vea violados sus derechos fundamentales, bien por actuaciones directas de la misma Unión, o bien, por actuaciones de los Estados miembros al aplicar el derecho de la Unión. Por lo que, la superación de esta carencia exige una profunda revisión de la normativa comunitaria y consideramos que debería ser introducido como derecho fundamental en el Tratado de Lisboa.

En cuanto a la configuración de este derecho en el ordenamiento jurídico español, debemos destacar que estaba en principio circunscrito únicamente a los españoles tal y como quedaba consagrado en art. 29 de la CE y en este sentido se recogía en la STC 161/1988 de 20 de Septiembre, que lo limitaba solamente en poder solicitar gracia, expresando suplicas o formulando quejas y que establecía que a pesar de ser un derecho en principio cuyo ejercicio y titularidad

¹¹³ GARRIDO FALLA, L F., (1985). *Comentarios a la Constitución*, 2 ed. Civitas, Madrid, págs. 591-599.

¹¹⁴ (COM 2001)428 final, 25.7.2001) *La Gobernanza Europea. Un libro Blanco*

correspondía exclusivamente a los españoles, podría ser conferido a los extranjeros, si bien, en este caso habrá que tener en cuenta la subordinación a los Tratados y a la Ley Interna. Sin embargo, tras la incorporación de nuestro país en la UE y en base al art 138TCE que señala textualmente “*que el derecho de petición le corresponde a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro*”. Artículo que debe ser puesto en correlación con el art. 1 de la propia ley reguladora de este derecho en nuestro país LO 4/2001 de 12 de Noviembre la cual extiende su ámbito subjetivo a “*toda persona natural o jurídica, sin hacer distinción alguna sobre su nacionalidad, como cauce para la defensa de sus intereses legítimos y como participación ciudadana en los asuntos públicos*”. En consecuencia, a pesar de la extensión subjetiva de su ámbito al migrante regular, no existe una equiparación real sino recortada, sustentada en la imposibilidad que tiene éste de acudir a la segunda instancia, quedando de este modo, mermada desde nuestro punto de vista la tutela efectiva de este derecho para estos sujetos.

Con respecto al tercer grupo derechos prestacionales, realizaremos un planteamiento genérico de todos los derechos sociolaborales, estableciéndose los niveles en los que, no siendo relevante la nacionalidad, los extranjeros son titulares en las mismas condiciones que los autóctonos y aquellos que, siendo de configuración legal, exigen unos presupuestos para su ejercicio. En primer lugar, existe un reconocimiento internacional del derecho al trabajo de toda persona independientemente de su situación administrativa tal y como queda consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 23.1 cuyo tenor literal señala “*Toda persona tiene derecho al trabajo, la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección al desempleo*”. En el mismo sentido se pronunció el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 6. Sin embargo, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹¹⁵, no se recoge este derecho, limitándose a condenar la esclavitud y los trabajos forzados. Siendo finalmente regulado en la Carta Social Europea de 18 de Octubre de 1961 en su art. 1, ciñéndose a perfilar este derecho tal y como se desprende de su art. 1”*Derecho al Trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las partes contratantes se comprometen...*”

¹¹⁵ Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950, publicado en el BOE núm. 267 de 7 DE Noviembre de/2007, modificado el 10 de Octubre de 1979 y 30 de Septiembre de 1986, donde se establece de la reserva española a los artículos 5 y 6 del Convenio.

Finalmente la Carta de Derechos Fundamentales de la UE¹¹⁶, perdió la oportunidad histórica desde nuestro punto de vista, de dotar de contenido social al derecho del trabajo, debiendo de configurarlo no como una obligación del Estado de garantizar el trabajo, sino como un compromiso de la política económica de priorizar entre sus objetivos la creación de empleo. En su lugar, el citado Texto reconoce en el Capítulo II, dedicado a las libertades, la de elegir profesión en concreto en su art 15.1 señala expresamente, "Para ganarse la vida, toda persona tiene derecho a ejercer una profesión libremente escogida". Además en su art 9, al referirse a la definición y ejecución de sus políticas y acciones, señala que se tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, de lo que se deduce que nadie pueda impedir que trabajemos, aunque nadie está obligado a garantizar que podamos. Nos encontraríamos ante un derecho de *inclusión social*, a través del cual se garantiza la libertad de circulación de personas y servicios dentro de la Unión, siendo el derecho al trabajo configurado como derecho social que forma parte de la ciudadanía y que incompatibiliza integración social de los inmigrantes con control de los flujos migratorios.¹¹⁷

A nuestro juicio, consideramos inadecuado incluir este artículo entre libertades fundamentales como la de expresión, pensamiento o investigación en una coyuntura económica desacelerada como la actual, con altos índices de paro y de precarización, declarar que nadie ni tan siquiera el Estado puede impedir que cada uno elija libremente su profesión en las actuales circunstancias laborales europeas donde la libertad de elección del trabajo es solo un paradigma irreal, puesto que, muchos trabajadores se ven obligados a aceptar cualquier trabajo, generalmente en régimen de contrato temporal.

Además con respecto a este derecho, se vuelve a hacer referencia en el capítulo titulado "Solidaridad" donde se incluye un artículo relativo a la jornada laboral en concreto el art 29.2 que establece, " Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos diarios y semanales de descanso.". Situándonos en este caso, frente a derechos del trabajador que no requieren "prima facie" de prestaciones del Estado para poder realizarlos¹¹⁸.

¹¹⁶Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 14 de Diciembre, *Diario Oficial de la Unión Europea* (2007/C 303/01)

¹¹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., (2009). *La protección de los derechos fundamentales: El modelo europeo*, edit Bomarzo, Albacete , pág 212

¹¹⁸ PRIETO, L., (2004). Los derechos sociales y el principio de igual substancial, en CARBONELL M. PARCERO C., JUAN ANTONIO y VÁZQUEZ F., (compiladores) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 3ª Edit ,México, UNAM Porrúa, pág 23.

Pero de nuevo el constituyente europeo vuelve a crear un vacío jurídico, al no señalar cual es el número máximo de horas de la jornada laboral diaria, señalando únicamente que el trabajador tiene derecho a la “*limitación de la duración máxima del trabajo*” y a “*períodos diarios de descanso*”. Por tanto, si se deja al trabajador descansar una hora al día y se le obliga a trabajar las otras 23 se habrá cumplido la letra de esta disposición.

En cualquier caso, es concluyente que en las circunstancias europeas actuales este artículo no supone freno alguno al proceso de flexibilización de la distribución de la jornada laboral. En todos los países europeos, los empresarios continúan decidiendo unilateralmente la distribución de la jornada laboral, pudiendo intensificar la duración de la jornada en los periodos de Mayor demanda y relajarla en los de menos, sin tener en cuentas los intereses ni las necesidades de descanso de los trabajadores.

En correlación con estos textos internacionales, la Constitución Española reconoce este derecho-deber en su art. 35, pero la titularidad del mismo recae exclusivamente en los españoles, excepto que la Ley o Tratados dispongan lo contrario.

De modo que, no existe igualdad de trato entre españoles y extranjeros en el acceso a un puesto de trabajo. Ahora bien, por el contrario, una vez que se ha producido la relación laboral, la equiparación entre ambos en esta materia es innegable: salario, promoción, condiciones de trabajo, etc. Asimismo este derecho conculca otros derechos laborales como son: derecho a sindicación; huelga; respeto a la intimidad en el trabajo; desempleo; a una remuneración suficiente; servicios sociales; adoptar medidas en caso de conflicto colectivo, etc. En definitiva, existe una discriminación positiva admitida por el legislador español a favor de los españoles, pero sin que ello conlleve, que los inmigrantes se vean privados de la posibilidad de trabajar en España porque existan trabajadores españoles en paro.¹¹⁹

Además al derecho al trabajo debemos añadir otro derecho propiamente relacionado con el mercado de trabajo, la libertad de empresa, regulado en la CE sin reconocerse su titularidad exclusiva a los españoles, de ahí, que el constituyente español vuelva a acudir al recurso de utilizar formulas impersonales, “*Se reconoce...*” por lo que la titularidad corresponde a cualquier sujeto, sin embargo, del examen de las diferentes leyes de extranjería se infiere que serán estas normas las que delimiten su ámbito subjetivo, además de los españoles a los extranjeros, pero no a todos, sino que se vuelve a recortar el derecho de estos últimos, otorgándose únicamente a aquellos cuya

¹¹⁹ RAMOS QUINTANA, M., (1989). *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, edit. Tecnos., págs. 77 y ss.

situación administrativa sea regular en España. Justificación sustentada en la sistemática en la que figuran estos artículos Sección II del Título I, que les priva del carácter de derecho fundamental al igual que el derecho al trabajo, al parecer fuera del Título I, Capítulo I. En concreto, en relación con el derecho de libertad de empresa aparecer regulado en art. 38 de nuestra Carta Magna y cuya titularidad también ostentan los extranjeros, si bien, con un doble condicionamiento de una parte a la normativa interna administrativa-laboral que regula su ejercicio (STC 83/1984 de 24 de Julio) y de otro, a la existencia también de normas que limiten estas actividades, al tratarse de inversiones extranjeras. De este modo, podemos sintetizar en ocho las facultades que confiere este derecho: adquirir la propiedad de los medios de producción; adquirir bienes y productos; contratación de trabajadores, poder de dirección en su empresa; derecho de participación en los órganos representativos de la misma; derecho a la negociación colectiva; libre asociación empresarial y finalmente, a obtener beneficio por su trabajo. No obstante, en la práctica resulta difícil delimitar los derechos y obligaciones de contenido entre los netamente económicos y los vinculados a los derechos sociales.

Además, estos derechos socioeconómicos (derecho al trabajo y a libertad de empresa) tienen su proyección en la Carta Social Europea, donde la violación del contenido de dichos derechos queda fuera del control jurisdiccional¹²⁰ y a lo más que se llega es a dictar una Recomendación sobre su infracción, que carece debido a la naturaleza de la resolución de fuerza vinculante para el país destinatario que presuntamente ha cometido la infracción.

De otra parte, en cuarto lugar, el estudio lo centraremos en el derecho de los extranjeros según sea su condición administrativa comunitaria o extracomunitaria a la Seguridad Social, así como las prestaciones a que tienen derecho según la limitación señalada. Si bien, antes de profundizar en su estudio, debemos matizar que la Seguridad Social, como derecho con entidad

¹²⁰ Se observa como la Carta Social Europea prevé un mecanismo de control internacional arts. 21-29, que descansa sobre los informes que los Estados presentan periódicamente ante el Comité de Derechos Sociales que, a su vez, eleva al Comité de Ministros un Informe donde se sugieren, en su caso, las Recomendaciones que habrán de dirigirse a cada Estado afectado. El Comité de Ministros, en fin, elabora una Resolución de conjunto referida al período considerado y, en su caso, Recomendaciones individuales a los diferentes Estados. El Protocolo Adicional de Reclamaciones Colectivas (firmado en 1995 y ratificado por once Estados, entre los que no se encuentra España) prevé una nueva técnica de garantía sobre el modelo del Comité de Libertad Sindical de la OIT, en virtud de la cual se admiten reclamaciones colectivas que aleguen violaciones de la Carta y que pueden plantearse por distintos sujetos nacionales e internacionales (sindicatos de trabajadores y de empresarios y organizaciones internacionales no gubernamentales dotadas de estatuto consultivo ante el Consejo de Europa) ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, que elabora un Informe al Comité de Ministros, el cual puede adoptar una Recomendación dirigida al Estado demandado., SAMUEL, L.(2002). *Droits sociaux fondamentaux.Jurisprudence de la Charte social européenne*, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Estrasburgo, 2ª ed. pág 105.

propia, no figura en ningún texto comunitario reconocido de forma expresa, sino que tal y como se desprende del Tratado de Roma se limita únicamente a regular materias transversales relacionadas como la misma, como fue la propugnación de determinados principios como la acumulación del periodo de cotización (art. 51) o la libertad de circulación y establecimiento al que el mismo Texto dedica un Capítulo completo, en concreto el II, justificación que reside en que la finalidad fundamental del Tratado era de índole económica y no social, siendo introducido este carácter vía Directivas, como establece el segundo párrafo del art. 100 TCEE. Se pueden destacar tres puntos fundamentales en este apartado.

En primer lugar, en el art. 117 TCEE se reconoce la necesidad de *"promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso"*. El mecanismo que se propone para conseguir esta finalidad es el "funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales". Es decir, se fundamenta en la idea de que si la economía funciona bien, de la misma manera marcharán las relaciones sociales. Sin embargo, enseguida se comprobó que si Estados miembros no tomaban una postura más activa, el pretendido desarrollo no se produciría.

En segundo lugar, según el art. 118, se deberá promover *"una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social"*, y cita toda una serie de materias que especialmente se quieren proteger: *"empleo, derecho del trabajo y condiciones de trabajo, formación y perfeccionamiento profesionales, seguridad social, protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, higiene del trabajo, derecho de sindicación y negociación colectiva entre empresarios y trabajadores"*. A esta lista, debe añadirse la *"igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo"* (art. 119 TCEE) y la existencia de *"régímenes de vacaciones retribuidas"* (art. 120 TCEE). Pero, pese a las buenas intenciones del Tratado, la colaboración entre los Estados miembros no ha sido estrecha, sino más bien esporádica, y ha producido que la interpretación de los textos haya sido restrictiva en su conjunto¹²¹

En tercer y último lugar, el art. 122 TCEE establece un sistema de control del Parlamento de doble nivel. Por un lado, la Comisión deberá elevar un informe anual sobre *"la evolución de la situación social en la Comunidad"*. Pero a su vez, el propio Parlamento puede *"invitar a la Comisión a elaborar informes sobre problemas particulares relativos a la situación social"*.

¹²¹FRAGA IRIBARNE, M., (1989). La dimensión social de la Europa comunitaria, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 37, edit Civitas, Madrid, pág. 23.

En conclusión, la configuración de la política social en el TCEE es un mero intento de armonización de los sistemas sociales, limitándose a conseguir una aproximación de la normativa de los países nacionales en materia de Seguridad Social, siendo la prohibición de la discriminación salarial por sexo, el único impedimento que expresamente se establece y a pesar de resultar loable por parte de la UE, el que la cuestión social sea un tema a consensuar y a integrar en una futura regulación normativa Europa, su resultado hasta el momento debe valorarse negativamente debido a que no ha sido firmado por todos los Estados, entre el destaca el Reino Unido, hecho además constanding en que el tratamiento de las siguientes materias sólo se exige el procedimiento de consulta ante el Parlamento Europeo para su aprobación: Seguridad Social y protección de los trabajadores; protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios (incluida la cogestión, pero no el derecho sindical); condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la comunicada; y finalmente, contribuciones financieras dirigidas al fomento del empleo (distintas de las del FSE) ¹²²

Por su parte, el Tratado de Maastrich las únicas referencias realizadas son las relativas a la política social que figuran en los arts 140, 146, 149 y 150. En el primero, se establece el propósito de realizar acciones en general en esta materia y en particular hace hincapié en las relativas a formación y perfeccionamiento profesionales. De otro lado, el art 146 crea un Fondo Social Europeo destinado, entre otras cuestiones, a fomentar las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores y su adaptación a los sistemas productivos mediante la formación y la reconversión profesionales. Y finalmente los arts 149 y 150, inciden en la cuestión social transversalmente, estableciendo una base de acción en el área educativa y estipulan que la Unión aplicará una política de formación profesional con objeto de apoyar y completar la acción de los Estados miembros, en la que se hace especial énfasis en la inserción y reinserción profesional en el mercado laboral pero refiriéndose exclusivamente a los educadores y personas en formación.

En el mismo sentido, se pronuncia el Tratado de Ámsterdam en su art 118c en el que se limita a señalar que la *“...Comisión fomentara la colaboración entre los Estados miembros y facilitara la coordinación de sus acciones en los ámbitos de política social... particularmente en las materias relacionadas con: el empleo; derecho del trabajo y condiciones de trabajo; formación y perfeccionamiento profesional; Seguridad Social; protección contra los accidentes de trabajo y*

¹²² ALONSO OLEA, M., (1986) .Aspectos sociales de la Comunidad Económica Europea. En *Anales de la Academia de Ciencias. Morales y Políticas*, año XXXVIII, Madrid, núm. 63, págs. 243-251.

enfermedades profesiones; la higiene del trabajo; y finalmente el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores... ”.

Por su parte, en la CEDF en concreto en su art 32.1, se refiere expresamente al derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales y cuyo tenor literal es el siguiente, ” *La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en caso de maternidad, enfermedad, accidente laboral, dependencia o vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales*”.

En relación con esta norma, hay que recordar en primer lugar que el nuevo redactado del artículo 147 TCE excluye expresamente la armonización de la legislación social. Es decir, que se prohíbe a las instancias europeas dictar normas destinadas a homogeneizar las prestaciones sociales de los diferentes Estados miembros, excluyendo así la posibilidad de que la UE pueda compeler a los Estados a asumir obligaciones sociales específicas. Además, desde nuestro punto de vista, este precepto realiza una remisión tan amplia a la normativa comunitaria y estatal que carecen prácticamente de contenido, limitándose a enunciar determinados derechos sin señalar cuál debe ser su contenido mínimo, de modo que, si se examina cuidadosamente se verá que no garantiza “*plenamente*” protección, sino simplemente “*alguna*” protección. Ejemplo de lo expuesto, lo constituye el derecho a la salud pasa a ser “*derecho*” a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales omitiéndose cualquier tipo de obligación internacional por parte de la UE en esta materia, dejando esta competencia en manos de cada Estado para que este decida unilateralmente quienes van a ser los beneficiarios de la misma. De otro lado, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se reconoce el derecho prestacional a la Seguridad Social en su art 34 y cuyo ámbito espacial se circunscribe a los trabajadores comunitarios , haciendo referencia expresa a las contingencias que universaliza su percepción: maternidad, enfermedad, accidente de trabajo, dependencia o vejez y desempleo Ajustando su ejercicio a la normativa comunitaria y a las prácticas de los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado. Finalizando el citado artículo recogiendo dos tipos de ayudas: la social equivalente a la seguridad social y la de vivienda, y cuyo denominadores comunes lo conforman en primer lugar, en que ambas son asistenciales, no son constitutivas de derecho y en consecuencia subordinada a la discrecionalidad de cada Estado para su otorgamiento y prestación y en segundo lugar, se amplía el ámbito subjetivo de destinatarios a sujetos que no tienen que ostenta la condición de comunitarios, si en cambio deben quedar subsumidos en la categoría de ser sujetos carentes de recursos y encontrarse residiendo aunque su

situación administrativa sea irregular en el territorio de la UE. Además del análisis de este derecho se observa como este instrumento internacional a pesar del reconocimiento del derecho a la Seguridad Social en un plano general, no se fija el contenido mínimo¹²³ que debe tener la Seguridad Social de cada Estado y cuya delimitación vendrá determinada por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. En consecuencia, lo que en definitiva se consagra es que continúa siendo competencia exclusiva de cada Estado miembro la fijación del contenido de los derechos sociales, ya que el derecho comunitario no puede armonizar la legislación social¹²⁴.

Finalmente, del análisis del Tratado de Lisboa¹²⁵, se desprende como en el artículo 18 modificado del TCE hace referencia al derecho a la libertad de circulación en la Unión para todos los ciudadanos de la Unión creando un nuevo apartado el 3, que expresamente establece "*el Consejo, decidiendo de acuerdo con un procedimiento legislativo especial, puede adoptar medidas referentes a la Seguridad Social o a la protección social*". Y a pesar del alcance limitado de este artículo y exigir para su aprobación la unanimidad de los Estados miembros de la UE. A nuestro juicio, de esta disposición se desprende la vocación por parte de la UE de garantizar una política social común mínima en su seno. Hecho además corroborado por lo dispuesto en el art 42 modificado del TFUE, relativo a los derechos de los trabajadores migrantes en materia de Seguridad Social. También es necesario significar la sustitución que se efectúa en la citada norma del procedimiento de la unanimidad de los Estados por un procedimiento más complejo que permite a un Estado bloquear momentáneamente un proyecto durante cuatro meses.

Además la declaración 14 añade que "*en caso de que un proyecto de acto legislativo (...) afectase a los aspectos fundamentales del sistema de Seguridad Social de un Estado miembro (...) los intereses de dicho Estado miembro se tendrán en cuenta debidamente*". La necesidad de tal declaración dice mucho sobre lo que puede preverse.

¹²³ A nuestro juicio, se ha desaprovechado la oportunidad histórica de dotar de un contenido mínimo a los derechos sociales, con fuerza vinculante para los Estados miembros de la Unión, pero por razones financieras y por no aparecer como objetivo básico de la Unión, éstos han quedado constreñidos a un papel testimonial y de mera declaración de buena voluntad, que en muchas ocasiones los Estados no pueden llevar a la práctica por falta de medios para hacerlos efectivos.

¹²⁴ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., (2001). La Carta de derechos de la UE y la dimensión social de la ciudadanía europea. *Revista Opinión* núm. 137 de 5 de Septiembre.

¹²⁵ Tratado de Lisboa firmado el 13 de Diciembre del 2007 (Pendiente de aprobación por Suecia, la República Checa e Irlanda)

En consecuencia, tras el análisis de la normativa comunitaria, podemos afirmar que hoy día continua siendo la Seguridad Social competencia propia de cada Estado a pesar de que existen importantes conatos para su generalización y futura regulación común por parte de la UE. De modo que, tendremos que tomar como punto de partida el tratamiento que se efectúa en la CE en dicha materia. Para lo cual, debemos de tener en cuenta, en primer lugar la sistemática que ocupa en el citado Texto, art 41 de la CE, que señala “*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de SS para todos los ciudadanos...*” De lo que se deduce desde nuestro punto de vista, que no se reconoce como un derecho pleno por parte del constituyente español sino que nos encontramos ante un principio, tal y como expresamente se desprende de su tenor literal “*Principios rectores de la política social y económica*” y de su ubicación Capítulo III (artículos 39 a 52) y cuya consecuencia más directa, es el vaciar de contenido a un importante número de derechos, sobre todo sociales, convirtiendo esos derechos en simples objetivos programáticos. De modo que, sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen y cuando estas los desarrollen, en el caso español, por la correspondiente ley de extranjería. La cual diferencia para su titularidad y ejercicio en subordinación a la situación administrativa del migrante en nuestro país, justificación que descansa a nuestro juicio, en ser un derecho expresamente vinculado a la ciudadanía

En consecuencia, el uso y disfrute de este derecho viene condicionada a la situación documental del migrante. Es decir, si su situación es regular se encuentran en igualdad de condiciones que los españoles, de modo que, tendrán derecho además de a las prestaciones que otorga el sistema de SS en modalidad contributiva, sino también a las no contributivas y a la protección de la familia, pero si por el contrario no es así, solo tiene derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

Esto nos lleva a plantearnos la siguiente premisa *¿Tienen los migrantes extranjeros derecho a la renta activa de Inserción?* Para responder a la misma, hay que diferenciar entre los ciudadanos comunitarios que tienen una equiparación absoluta con los españoles, en virtud de los Reglamentos 1408/1971 y 574/1972 y del RD 766/1992, de 26 de Junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la UE, los cuales debido a su incorporación al sistema contributivo de Seguridad Social, tienen derecho a la prestación por desempleo, a la ayuda familiar y a la renta activa de inserción y extensible por su condición de especial vulnerabilidad a los Refugiados y Asilados tras la ratificación por España de la Convención del Estatuto del Refugiado

de Ginebra¹²⁶ El problema desde nuestro punto de vista, surge si es extensible el ámbito subjetivo en materia de renta de inserción activa a los migrantes extranjeros irregulares. Para lo cual, debemos matizar que a pesar de a la dificultad de desdibujar la terminología asistencia del concepto de prestación, la controversia hay que centrarla, no tanto en la distinción conceptual de ambos términos sino en la posibilidad o no de integración de los niveles de la Asistencia Social dentro de la Seguridad Social.¹²⁷

A nuestro juicio, nos situamos no ante una prestación pura, en sentido estricto, puesto que depende de que existan determinados presupuestos para su concesión, debido a que no depende de la cotización del sujeto. Sino que en realidad nos encontramos ante un derecho pero cuya articulación jurídica reviste la forma de prestación de asistencia social¹²⁸, encontrándose más próxima a una renta mínima de inserción¹²⁹ que a una prestación de desempleo, constituyendo un tipo de ayuda asistencial que le gustaría al gobierno generalizar en sustitución de un verdadero sistema de cobertura al desempleo y que atiende a colectivos definidos por una edad mínima y máxima y por su situación de necesidad demostrada, con el objetivo básico de procurar su inserción social y laboral, argumentos más que suficiente para afirmar que se trata de una prestación asistencial (dirigida preferentemente a parados de larga duración, mayores 45 años, discapacitados, emigrantes retornados y víctimas de violencia de género). Ahora bien, la cuestión se enturbia cuando se trata de establecer si estamos ante una prestación de carácter asistencial que debe incluirse en el nivel complementario de la Seguridad Social o si, por el contrario, estamos ante una prestación que pertenece al ámbito de la Asistencia Social. De modo que si optamos por la

¹²⁶ Ratificación del Estatuto de Refugiado y Asilado en España por la Ley 5/1984 de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición del refugiado. (Boletín Oficial del Estado de 21 de Octubre de 1978).

¹²⁷ LÓPEZ LÓPEZ, J., (1991). El artículo 149.1.17 CE como título de legitimación competencial para las CCAA en materia de renta mínima, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, edit Civitas, Madrid, núm. 48 Julio-Agosto, págs. 533-543

¹²⁸ PÉREZ DEL RÍO, T., (1995). *El concepto de prestaciones de Asistencia Social establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y la normativa española*, edit. en Temas Laborales, Sevilla por la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 7, Abril-Junio 1986, pág. 75-90. Asimismo, AAVV (1996). *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid y HURTADO GONZÁLEZ, L. (2000) Seguridad Social versus Protección Social, en *Actualidad Laboral*, núm.13, de 27 Marzo-Abril, págs 201-215

¹²⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., (1996). *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, edit Civitas, Madrid, págs 223 y ss. Argumenta magistralmente como una de las vías para reparar la virtualidad en la sociedad actual el derecho del trabajo, sería la incorporación de una dimensión de prestación asistencial una renta mínima o básica y una dimensión ocupacional (inserción ocupacional a través de la predisposición de acciones individualizadas o personalizadas).

primera respuesta, su competencia correspondería exclusivamente a la CCAA dada la proximidad existente entre beneficiario y el citado ente territorial. Pero si en cambio, nos decantamos por la segunda, sería competencia del Estado la fijación de unos mínimos, debiendo en este caso garantizar su disfrute a todos los ciudadanos en base al principio de igualdad proclamado en el art. 139.1CE y del de solidaridad (arts. 2 y 138.1 CE) y cuya consecuencia más mediata sería vaciar de contenido al art 148.1.20 CE cuyo tenor literal es el siguiente, "*las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias (entre otras, en materia de) Asistencia Social*".

De lo anteriormente expuesto se desprende que dado el intrusismo de la seguridad social en la asistencia social y dado el carácter universal de esta prestación (dirigidas al conjunto de la población que se encuentra por debajo del que se establezca como mínimo de subsistencia). Desde nuestro punto de vista, no existe ningún obstáculo para los migrantes irregulares quedaran encuadrados en un futuro como beneficiario de esta prestación, ahora bien, fijando mecanismos correctores para su otorgamiento y quedando condicionado su concesión a las disponibilidades financieras del Estado, todo ello, sin perjuicio de que las CCAA que unilateralmente lo aprueben y dispongan de recursos suficientes incluyan a este colectivo como sujeto beneficiario, circunstancia que provocaría una clara discriminación del migrante según la CCAA donde venga prestando sus servicios. Una solución posible sería a nuestro juicio la implementación de una prestación única, general, fruto de la aportación conjunta de la Administración Central y de las CC. AA., las cuales podrían complementar esas cantidades en función de baremos familiares, costes de la vida en su territorio, situaciones de multiexclusión, etc. Esta medida constituiría una vía para construir un sistema de protección universalizado, articulado, coherente y adaptado a la realidad específica de cada región. Configurando esta prestación como un auténtico derecho social fundamental de naturaleza personal, derecho que sería independiente de cualquier valoración administrativa y que se adquiriría por su titular desde el mismo momento en que cumple las condiciones exigidas por la normativa, convirtiéndose en un derecho fundamental a la garantía de un mínimo de recursos¹³⁰ a través del cual se conseguiría la integración de grupos objeto de exclusión social, entre los que se encuentran los inmigrantes. Además no hay que olvidar, que uno de los condiciones impuestos por el legislador para su otorgamiento es que el sujeto participe en la inserción laboral, de modo que, si esta última premisa no se produce por falta o inadecuación de medios, se desvirtúa su naturaleza de derecho y adquiere el carácter puro de concesión.

¹³⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., (2000). *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*., op., cit. pág 33.

No obstante, consideramos que en la coyuntura actual de nuestro país no es posible la extensión de su ámbito subjetivo¹³¹ a los migrantes extranjeros irregulares, a pesar de su vocación de universalidad, debido a que uno de los requisitos para su concesión es estar inscrito como demandante de empleo, suscribir el compromiso de actividad y haber agotado prestaciones anteriores y recordemos que a este colectivo le está vedada su inscripción en el INEM, debido precisamente a su situación documental, además tampoco pueden acreditar los ingresos que tiene la unidad económica a la que pertenecen dado que no posee recibo de salario ni nomina que pueda acreditar sus rentas, puesto que, la prestación de servicios la realizan en el mercado informal. Todo ello sin perjuicio, a que en futuro se amplíe los supuestos fijados por el RD 1369/2006, de 24 de Noviembre, regulador de las rentas de inserción activa en España y se incluya en el apartado de beneficiarios a los migrantes irregulares. Por su parte, el reflejo de estas actuaciones en el marco de nuestro ordenamiento jurídico interno encuentra su acomodo en el Art. 9.2 CE que señala como obligaciones de los poderes públicos entre otras [... *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*]. Y que debe ser puesto en correlación con el Art. 2g) de la Ley 56/2003 de 16 de Diciembre de Empleo, cuya referencia expresa a los inmigrantes se efectúa en el artículo citado, pasando a denominarlos “*colectivo migratorio externo*”, y en consecuencia, deben ser los destinatarios de las políticas activas de empleo (en base al art. 26 del mismo Texto).

De otra parte en quinto lugar, nuestro estudio lo centraremos en la posición jurídica del inmigrante en materia sindical, huelga y conflicto colectivo. Con respecto al análisis del derecho de sindicación y huelga, nos encontramos ante un derecho complejo que comprende tanto la facultad de afiliación, la creación de sindicatos y la fundación de -o la *afiliación a*- organizaciones de segundo nivel, incluidas las internacionales¹³². Son en consecuencia dos las limitaciones que presentan la titularidad y ejercicio de este derecho en España. En primer término, el reconocimiento de la titularidad de la libertad de sindicación al migrante regular, si bien recortando este derecho por el apostillamiento que supone la exclusión subjetiva del reconocimiento del

¹³¹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., (1998) *Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social*, Edit en Temas Laborales, núm. 16, págs. 99 y ss. En el mismo sentido, VALDÉS DALRÉ, F. (1994) Estado Social y Seguridad Social (I) y (II), Edit por la Ley, en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 22 y 23, págs. 63-78.

¹³² OJEDA AVILÉS, A., (2002) *La libertad sindical*, en MONEREO J. L.; MOLINA C., y MORENO N., (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, págs 1035-1055.

derecho de fundar sindicatos a los extranjeros independientemente de su situación administrativa. En segundo lugar, la prohibición de sindicación de los migrantes irregulares añadida a la prohibición de fundar sindicatos de los trabajadores extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa incluso aunque esta sea legal. De modo que, a los primeros se les reconoce el derecho a afiliarse pero no a crear sindicatos, esta limitación tienen una innegable importancia socio-política, puesto que su reconocimiento implicaría la cesión de un margen de co-decisión política y que a la postre conduciría al reconocimiento de participación política de los inmigrantes especialmente al derecho al sufragio activo y pasivo, situando en consecuencia a los sindicatos autóctonos en una posición tutelar respecto a los trabajadores extranjeros.¹³³

En cuanto a los segundos, los trabajadores extranjeros que ostenten la condición de migrantes irregulares no tienen reconocido la titularidad del derecho de sindicación, quedando supeditado su titularidad y ejercicio a la existencia de la correspondiente autorización administrativa para trabajar. De manera que, cuando estén autorizados para trabajar podrán ejercer el derecho de huelga. En ambos casos, nos encontramos ante derechos sociales que conllevan libertades individuales de un lado y por el otro generan obligaciones de no hacer, de abstención y de respeto (además de obligaciones de tutela). De lo que se deduce, que esta incidencia administrativa en las facultades de ejercicio de ese derecho, está determinada por la necesidad de coordinarlo con los derechos o intereses de la comunidad, de manera que la autorización administrativa cumple una función de control, sujetando la actividad autorizada a determinadas condiciones o requisitos cuyo incumplimiento puede dar lugar a la imposición de sanciones o a la propia revocación de la autorización. En este sentido, se pronuncia Karl ENGISCH(2001)¹³⁴ :los derechos son proposiciones jurídicas “de deber ser” vigentes, que expresan la voluntad del legislador o de la comunidad jurídica(el Estado) que exigen una determinada conducta (obligación) de los sometidos al Derecho.

Existiendo una evidente contradicción de nuestro ordenamiento jurídico interno con la normativa europea en esta materia, tal y como queda constanding en el 23.4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que reconoce “*el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses*”. Lo que se complementa con el art 2.1, del mismo

¹³³ AJA FERNÁNDEZ, E., y Díez BUESO, L., (2005). *La participación política de los inmigrantes* núm. 2, págs. 7-20.

¹³⁴ *Introducción al pensamiento jurídico*, (traduc) de GARZÓN VALDÉS E.; Edición de MONEREO PÉREZ J. L.; Comares, Granada, págs 127-160, especialmente pág 20.

cuerpo legal, que prevé que *“toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza...o por cualquier otra condición”*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art 8.1.a), vuelve a reiterar el reconocimiento de este derecho subrayando además que *“no podrán imponerse otras limitaciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”*. Restricciones que no concurren para justificar las limitaciones de nuestro derecho de extranjería. De igual modo, el Convenio nº 87 de la OIT, de 9 de Julio de 1948, suscrito por España, reconoce en su art 2 el derecho de libertad sindical a los trabajadores *“sin ninguna distinción”*, y señala además de forma imperativa en su artículo 3.2 el deber para las autoridades públicas de abstenerse de cualquier intervención que tienda a limitar tal derecho o a entorpecer su ejercicio. Finalmente en el art 11.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 4 de Noviembre de 1950 dispone que *“toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y el de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”*. Incorporando en el apartado 2 del art. 11 del mismo texto legal que *“el ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos”*. Derecho que vuelve a ser transcrito por el art. Artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos añadiendo además en su párrafo 3, que del contenido de este artículo no se infiere en modo alguno, la posibilidad por parte de cualquier Estado integrante de la OIT a lesionar el derecho de libertad sindical. Por su parte en la Carta Social Europea de Derechos Fundamentales se alude a este derecho en su art. 12 donde se recoge la libertad sindical, pero sin dotarla de un carácter autónomo. Siguiendo el patrón de la Convención Europea de Derechos, el precepto la considera como una de las manifestaciones de la libertad de asociación. Se enfoca, pues, desde la óptica de las libertades políticas fundamentales de carácter negativo, de las que surge la obligación de no coartar la libertad. Razón que justifica a nuestro juicio, que la Carta no la encuadra junto al resto de derechos sociales de carácter positivo, en los que los poderes públicos se hallan obligados a actuar para fomentar el ejercicio del derecho. En el mismo sentido, se manifiesta el contenido del artículo, 22 de nuestra Carta Magna, donde las referencias efectuadas en relación con el derecho de asociación son extensibles *mutatis mutandi* al

derecho de sindicación del artículo 28.1 de la misma, habida cuenta que los sindicatos no son sino una modalidad específica de asociaciones.

Tal y como hemos constatado la imbricación de esta normativa en nuestro ordenamiento jurídico constitucional ha quedado plasmado en el art. 28.1 de la CE, donde el legislador vuelve a hacer desde nuestro punto de vista un uso abusivo de la formulas impersonales y dispone expresamente: *”Todos tienen derecho a sindicarse libremente... La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos”* y en su párrafo 2, insiste en señalar el reconocimiento de este derecho a los que ostente la condición de trabajadores tal y como se recoge en el tenor literal de dicha disposición *“Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses(...)”* Disposición que debe ser puesta en concordancia con La LO 11/85, de 2 de Agosto, de Libertad Sindical que reconoce por su parte en su art. 1.1 el derecho de todos los trabajadores a sindicarse sin establecer distinción en función de la situación administrativa del mismo sino únicamente en su condición de trabajador.

De lo expuesto se desprende que para el constituyente español estos derechos colectivos tienen el carácter de ser derechos fundamentales, extendiendo su ámbito subjetivo a cualquier persona incluidas los extranjeros irregulares, pero a renglón seguido recorta su ejercicio en el art 13.1 donde se establece que *“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”*. Este artículo puesto en relación el art. 10.2 del mismo cuerpo normativo, es conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España anteriormente mencionados, que puestos en concordancia con el art 96.1 de la CE son parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico interno desde el momento de su publicación, de conformidad con la normativa de Derecho internacional ratificada por España, de lo que se deduce que el reconocimiento pleno al derecho de sindicación y huelga está garantizado en su normativa de manera reiterada.¹³⁵

¹³⁵ STC236/2007 de 7 de Noviembre sobre recurso presentado por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, El TC puntualiza que este derecho corresponde no solo a quienes tengan la condición de trabajadores/as., en contra de la opinión del Abogado del Estado que sostenía que no se debe otorgar este derecho a quien no tiene derecho a trabajar. Dejando de este modo, el fallo de esta sentencia abiertas varias posibilidades para que el ejecutivo regule en la futura Ley de extranjería, la forma en que los extranjeros irregulares pudieran ejercer el derecho de reunión asociación y sindicación.

En conclusión, a mi juicio la posibilidad de que los inmigrantes irregulares puedan afiliarse e incluso crear su propio sindicato, en la coyuntura actual es un derecho fundamental inalienable y universal inherente a su condición de trabajador que constituye el núcleo mínimo e indisponible de libertad sindical que el legislador no puede limitar si en cambio puede disponer de un contenido adicional de dicha libertad formado por los derechos siguientes: participación institucional, promoción y participación en las elecciones para órganos de representación de los trabajadores así como los derechos relativos a las prerrogativas y garantías atribuidas a los representantes sindicales para el ejercicio de sus funciones. Por tanto, ya que estos derechos desbordan el contenido esencial del derecho de sindicación y por tanto cabe su trasgresión por parte del legislador para recortarlos a determinados grupos de sujetos que estén sometidos a una normativa específica como ocurre con los jueces, militares y extensible porque no, a los extranjeros irregulares. Además a esta posibilidad de recorte de derechos adicionales debemos añadir el condicionante de que el inmigrante dada su situación administrativa, va a ser reacio a afiliarse ante una organización que depende económicamente del Estado con lo que su potencial reivindicativo queda neutralizado quedando reducido actualmente sus funciones en asociaciones asistenciales del Estado o de la CCAA, restándole credibilidad frente al inmigrante y sin poder decisorio frente al empresario, unido al hecho, de que una de las causas de la crisis de representatividad de los sindicatos es a nuestro juicio, la despreocupación que tiene en la actualidad la acción sindical, tendiendo a conceder menos importancia a los trabajadores inestables con los que se sienten desidentificados¹³⁶, puestos que los cargos sindicales generalmente suelen tener una relación laboral estable.¹³⁷ Todo ello sin perjuicio que considero que debe ser un derecho colectivo que debe tener el inmigrante tanto en su vertiente organizativa o asociativa como en su vertiente dinámica. De modo que no el ejercicio de la acción sindical por parte de los inmigrantes irregulares, conlleva cerrarles el paso para el acceso al voto que es si va a ser más determinante por parte de los partidos políticos para ser oídos.

¹³⁶ NOVAJRA MIQUEL A., (2004). El papel de los sindicatos en la integración social de los inmigrantes ¿asignatura pendiente? En F. CHECA, Y ARJONA A, *Inmigración y derechos humanos. La integración como participación social*. Barcelona, edit. Icaria. Compartimos la opinión vertida por el citado autor, que considera que la desidentificación de los inmigrantes con los sindicatos es debida fundamentalmente a la crisis del Estado del bienestar y al escaso protagonismo como factor incluyente que en la actualidad tiene la ciudadanía social, siendo estos factores los que han provocado que el proceso de integración social normalizada a través de trabajo, debido a la tendencias individualizadoras de la relación laboral provoquen el debilitamiento de la posición del sindicato.

¹³⁷ CACHÓN RODRÍGUEZ, L., (1998). Los sindicatos españoles y la inmigración, *Rev. Migraciones* núm. 4, Madrid, pág 71-109.

Por último, en relación con el derecho a la negociación colectiva es un derecho de reconocimiento tardío por parte de la UE, en concreto, este no se produjo hasta el Tratado de Maastrich pero a nuestro juicio a propósito y de forma residual, no fue recogido en la parte principal y dispositiva del mismo, sino que figura en el Anexo de dicho Texto, específicamente su ubicación se realiza en sus arts 2 y 3 rubricado “*Acuerdo de Política Social*” cuyo tenor literal es el siguiente: “*La Comisión Europea consultara a los interlocutores sociales antes de tomar cualquier decisión sobre política social. Por su parte, los actores sociales pueden iniciar negociaciones directas, lo cual paraliza la acción normativa heterónoma comunitaria*”. A ello hay que añadir, dos convenios fundamentales adoptados por la OIT en 1998, que consagran el compromiso de gobiernos, organizaciones empresariales y sindicales de respetar y defender los valores humanos fundamentales ,dotándolos de un carácter vital para la vida económica y social son el Convenio 87 sobre libertad de sindicación de 1948, que reconoce expresamente en su art 3.1 el derecho de las organizaciones empresariales a formular su programa de acción, dentro del cual creemos se encuentra subsumido implícitamente el derecho a la negociación colectiva. Y posteriormente el Convenio 98 de la OIT de 1949, que contempla de forma expresa este derecho, señalando que debe ser estimulado y fomentado. En base a estos dos convenios, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, estipula expresamente este derecho en su art 12 a las organizaciones de empresarios y de trabajadores, añadiendo en su párrafo 2, el carácter voluntario de esta norma dada su subordinación al principio de autonomía colectiva. Finalmente, esta disposición fue incorporada al TCCE en los artículos 138 y 139, en los que se le doto del carácter de ser fuente de derecho comunitario.

La incorporación de este derecho a nuestro ordenamiento jurídico, se produjo en el art 37.1 de la CE cuyo contenido es el siguiente: “*La Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios*” De lo que se infiere que, no constituye en modo alguno una obligación por parte de los sujetos legitimados sino que en realidad nos situamos ante un derecho de los empresarios y trabajadores frente al Estado, el cual esta obligado a abstenerse de obstaculizar este dialogo así como se obliga a garantizar y promocionar esta institución. No obstante, esta norma debe ser puesta en concordancia con el art 28.1 del mismo Texto, relativo al derecho de libertad sindical del que se deduce que el único sujeto titular de este derecho es el sindicato, al constituir el mismo un

derecho básico de actuación sindical sin cuyo contenido dicho derecho queda desvirtuado. La configuración jurídica de derechos básicos queda constando en el art. 4c), del ET.¹³⁸

Lo anteriormente expuesto nos lleva a plantearnos la siguiente premisa *¿Por qué no se reconoce en el nuevo marco laboral en España el derecho a la negociación colectiva a los inmigrantes irregulares? ¿Sería conveniente su extensión a este colectivo? ¿Hacia dónde deben dirigirse las actuaciones de los sindicatos con respecto a estos trabajadores?* Del análisis que realizaremos en el capítulo siguiente, relativo al examen de las diferentes leyes de extranjería en nuestro país se desprende una discriminación negativa a otorgar el ejercicio y titularidad de este derecho al inmigrante irregular, al contrario de lo que ocurre con el migrante en situación legal en nuestro país, la justificación de obstaculizar el reconocimiento de este derecho básico por parte del Estado, obedece desde nuestro punto de vista, en impedir que éstos demanden derechos sociales unido al hecho de que otorgarles este derecho conlleva una mayor participación socio-económica que el Estado pretende por todos los medios retrasar, y cuya consecuencia más mediata es continuar manteniendo la explotación empresarial y el temor de este colectivo, que no puede dada su pertenencia al mercado informal demandar. En este sentido el Tratado de Lisboa introduce como innovación en la materia, el otorgar a la Carta de los Derechos Fundamentales el mismo valor jurídico que a los Tratados, lo que conlleva el dotar de carácter jurídico vinculante a dicho corpus normativo, entre cuyos derechos se incluye el derecho de negociación y de acción colectiva¹³⁹. Asimismo introduce como novedad el insertar numerosos derechos sociales nuevos. Sin embargo, a nuestro juicio, consideramos que sería deseable la introducción de una “cláusula de progreso social” en forma de Protocolo, vinculante a los Tratados existentes con el fin de constatar que el Tratado no puede interpretarse de manera que afecte en forma alguna al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluidos el derecho a la huelga y a la acción colectiva a nivel nacional y transfronterizo.

¹³⁸ AGUT GARCÍA, C., (2007). *Manual de Derecho Sindical* (Dir GARCÍA NINET J. I.) 2 edit. Atelier Barcelona, págs 237-263.

¹³⁹ La preocupación por el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en el seno de la UE ha quedado patente en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 22 de Octubre de 2008, sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea (2008/2085(INI)). Entre cuyas peticiones formula que no se debe de amenazar el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, en los convenios de la OIT y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluidos el derecho a negociar, concluir y aplicar convenios colectivos y el derecho a desarrollar acciones sindicales.

Además desde nuestro punto de vista, es evidente que sería un logro para el Estado social, la equiparación de los derechos colectivos entre españoles e inmigrantes independientemente de su situación administrativa. Todo ello, sin perjuicio de que los sindicatos realicen funciones informadoras y de promoción de estos trabajadores al igual que si se trata de sus afiliados¹⁴⁰. Puesto que, dentro de las funciones básicas que creemos que deben cumplir los sindicatos se encuentran la integración y defensa de los grupos más vulnerables del mercado laboral: mujeres, jóvenes, discapacitados y por supuesto, también inmigrantes. Para ello entre las actuaciones que consideramos básicas a desarrollar prioritariamente ante este colectivo son: reconocer expresamente en la negociación colectiva el derecho a la formación de los inmigrantes, planteando programas formativos que garanticen la promoción profesional, y ofreciendo al mismo tiempo el aprendizaje de nuestro idioma para facilitar la integración; facilitar en el idioma de origen la formación en materia de prevención de riesgos laborales; asegurar el cumplimiento del principio de causalidad en la contratación, impidiendo que por la condición de extranjeros se prive de estabilidad en el empleo a personas de otras nacionalidades. Finalmente controlar la aplicación efectiva de las cláusulas salariales, que es en definitiva la preocupación fundamental de este colectivo, que como anteriormente señalé son reacios a acudir a una institución que realiza una clara cooperación institucional dado su rol semi-público para demandar mejoras laborales y sociales puesto que temen que en su lugar, la respuesta sea la devolución a su país de origen

En sexto lugar, estudiaremos que estadios ocupan los siguientes derechos en el Estado del Bienestar: derechos de ámbito cultural y educativo, habitaciones y por último el derecho al medio ambiente así como la preceptividad o no de la que son objeto por parte del legislador.

En relación con los derechos culturales, en primer lugar, hay que puntualizar que son básicamente derechos humanos relacionados con aspectos culturales, y que a pesar de tener una naturaleza individual tienen una dimensión colectiva, “*constituyendo las comunidades un factor importante en la creación de una vida valiosa para los individuos, ya que estas comunidades deberían estar protegidas por derechos colectivos*”¹⁴¹. Además se le suele dotar de un carácter general en su formulación lo que conlleva a su simplificación,¹⁴² vaciándolos de dimensión

¹⁴⁰ Compartimos la opinión de TRINIDAD GARCÍA, M. L., (2005) *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España* (estudio de la LO 14/2003) y su *Reglamento de desarrollo*, edit Lex Nova, Valladolid, págs 204-205. Que considera inviable ilegalizar un sindicato por el mero hecho de afiliarse a irregulares o ilegalizar una huelga porque se manifiesten inmigrantes irregulares.

¹⁴¹ *Towards a Right to Cultural Identity in International Human Rights Law*. (2004) Presentado en el Seminario Internacional sobre Diversidad y Derechos Culturales, Sao Paulo, Abril.

colectiva. Este hecho queda constatado en la Declaración de Derechos Humanos en su art 2, que textualmente señala *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”*.Artículo que debe ser puesto en correlación con el art 27 del mismo Texto, que proclama el derecho que le asiste a toda persona *“a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”*, de lo que se desprende que la citada Declaración, tiene un marcado perfil individualista, puesto que no se ampara directamente las reivindicaciones culturales formuladas por los diferentes grupos entre los que se situaría el de los inmigrantes, sino que por el contrario, considera la cultura como un derecho subjetivo que tiene cada individuo. Sin embargo, el reconocimiento del carácter de derecho fundamental no se efectúa hasta que se aprueba la *Resolución* sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea (1997) del Parlamento Europeo, en particular su art 29. Por su parte, el TUE en su art 151 impone a la Comunidad Europea la obligación de contribuir al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional disposición que debe ser puesta en correlación el art 3.q) del TCCE que fija como objetivo de la UE el de participar en el desarrollo de las culturas de los Estados miembros. Sin embargo, en el art 3 del TUE inhibe a la UE de inmiscuirse en materia relativa al acceso de la cultura, admitiéndose en consecuencia la posibilidad de reconocer límites a la armonización de la Unión señalando expresamente *“Que la materia relativa al acceso a la cultura e información, y la libre determinación de las políticas culturales y de desarrollo de la participación no son objeto de la acción de la Unión Europea”*. Apostillando en su art 92,3 letra d) que *“Se otorgaran ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común”* De lo que se desprende que los derechos culturales no constituyen en modo alguno preocupación por parte de la UE, sino que se subraya expresamente la preocupación eminente económica de la UE y de forma residual y subsidiaria y siempre que no lesione el libre mercado propugnado por la misma se atenderá a su financiación, negándole desde nuestro punto de vista el reconocimiento como derecho, segregándolo a un plano secundario más próximo al concepto de asistencia.

¹⁴² TORNOS, A., (2000). *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes* .En *“Los Derechos culturales de los inmigrantes considerados en perspectiva antropológica”* ,edit por Ortega Ediciones Graficas. (Alcobendas) Madrid, pág. 176.Define a mi juicio acertadamente la ambigüedad en el tratamiento de la citada Declaración de estos derechos, justificación que descansa según el citado autor en la necesidad de conseguir un consenso en cuanto a derechos, en lugar de definirlos, provocando el efecto no deseado de individualismo y uniformismo de los derechos reconocidos.

De otro lado, sin fuerza vinculante vuelve a ser recogido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que informa que todos los Estados deben proveer a su desarrollo cultural en su art 1, norma que debe ser puesta en concordancia con el art 2 del mismo Texto, que señala que es obligación del Estado el garantizar el ejercicio de los derechos, (sin especificar a que tipo de derechos se refiere el legislador comunitario) e impedir cualquier tipo de discriminación sobre los mismos y finalmente, en el art 15 del mismo cuerpo normativo establece como obligación de todo Estado el de derecho de toda persona a participar en la vida cultural.

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en su Titulo III relativo a la igualdad, proclama en su art 22 la obligación por parte de la UE de respetar la diversidad cultural, lingüística y religiosa. Y finalmente en el Tratado de Lisboa, se recoge este derecho en su art 2.3 final, señalando textualmente: “*La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo*”. A mi juicio, la cultura de los inmigrantes en cuanto ciudadanos que viven en la UE (independientemente de su situación documental) forma parte indiscutible del patrimonio cultural europeo. Este artículo debe ser puesto en correlación con el nuevo art 1 bis del mismo Texto, que proclama el respeto entre otros valores el de los derechos humanos especificando que se entienden incluidos dentro de esta categoría los derechos de las personas pertenecientes a las minorías (Es decir, de forma específica se incluye en el acervo de los derechos humanos, los pertenecientes a los inmigrantes como grupo integrante de una minoría)¹⁴³

Con respecto a nuestro tratamiento de la legislación española en esta materia, estos derechos aparecen recogidos en el art 44 de la CE que establece “*Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho*”. Se observa como por parte del constituyente español vuelve a recurrir a formular impersonales cuando se trata de determinados derechos para posteriormente en su art 50, recortar este derecho “*todos los ciudadanos y en particular a los jóvenes y la tercera edad*”, es decir, de nuevo hay una remisión al concepto político de “ciudadano” lo que implicaría a priori a tenor literal de este termino la exclusión de los inmigrantes irregularles pero si este precepto se pone en relación con el art 10.2 del mismo Texto que establece que “*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos*

¹⁴³ Vid, QUESADA SEGURA, R (2007). *La no discriminación, la Igualdad de trato y de oportunidades en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Revista del MTAS, Número extraordinario, Madrid.

Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” esta exclusión no produciría efecto alguno. En definitiva, del examen de nuestro ordenamiento jurídico interno se deduce que el papel del Estado en relación con este grupo de derechos se reduce a tratar de eliminar los obstáculos que impiden la participación social y política de los grupos culturales marginados así como apoyar a los diferentes grupos para que divulguen sus culturas.

Por último, inserto en el derecho a la cultura destaca por su relevancia el derecho a la educación, participando ambos del carácter de ser derechos transversales, cuyo reconocimiento internacional se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art 26 que establece *"Toda persona tiene derecho a la educación [...] La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales [...] Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos"*. Siendo recogido este derecho con idéntico contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art 13, con la única diferencia semántica de la cambiar el termino *"la educación tendrá por objeto..."* por el de *"la educación debe orientarse..."*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art 18, no profundiza en dotarlo de contenido limitándose a establecer el compromiso del Estado de respetar y garantizar la libertad de los padres en la educación religiosa que deben recibir sus hijos, sea conforme sus propias convicciones. No siendo objeto de regulación alguna en el TUE ni en el Tratado de Maastrich el citado derecho, debido a la índole económica y no social de ambos textos. Finalmente la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, reconoce de forma más pormenorizada este derecho en su art 14 cuyo contenido literal es el siguiente:

1.- Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.

2.- Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.

3.- Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

Por su parte, se observa una bifurcación en el tratamiento realizado por el legislador español cuando se promulga la Constitución Española. Apreciándose como antes de irrupción en el panorama constitucional vigente, se producía la reivindicación del derecho a la educación como

derecho generalizado de sus ciudadanos en detrimento de la libertad de enseñanza, debido a la conceptualización de la educación como servicio público en sentido jurídico condicionado al enfrentamiento político entre iglesia y Estado¹⁴⁴ Sin embargo, se produce un sesgo tras la entrada en vigor del citado texto y en concreto, tras la plasmación de su art. 27 del derecho a la educación ,quedando a partir de ese momento constitucionalizado simultáneamente ambos derechos, dotándolos de carácter de derecho público prestacional y cuyo contenido literal del mismo es el siguiente:

1.- Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

2.- La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3.- Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4.- La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5.- Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6.-Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7.- Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la Ley establezca.

8.- Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes.

9.- Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca.

10.- Se reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la Ley establezca.

¹⁴⁴ FERNÁNDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR, A., (1988). *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: los derechos educativos en la Constitución Española*. edit Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pág. 18.

Del análisis del presente artículo destaca además de su amplitud, el reconocimiento por parte del constituyente español del derecho a la enseñanza, dotándola del carácter de obligatoriedad exclusivamente para la educación básica. Pero en cambio para el resto de enseñanzas (secundaria y la superior) se prevé su implementación progresiva es decir se establece una concordancia con el art. 26.1 de la Declaración universal, "...*la educación de ser gratuita al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los meritos respectivos*". Es decir, nos situamos ante un derecho que tiene una dimensión de garantía institucional y que hay que coaligar y a su vez deslindar de otros derechos subjetivos, lo cual obliga a elaborar de forma pormenorizada no solo el derecho a la educación sino también los derechos con los que colisiona: derecho de los grupos sociales a crear, y dirigir centros, de los alumnos y padres a la educación, a la elección del tipo de educación y a la participación y de los profesionales a la libertad de expresión docente, a la libertad de cátedra y a participar en la gestión de los centros.

En definitiva, nos encontramos ante un derecho individual fundamental, inherente a la persona y por tanto, coaligado al desarrollo de la personalidad humana y cuyo contenido viene condicionado por la libertad de expresión consagrada en el art 20.1 de la CE, dotando exclusivamente de gratuidad a la educación básica, subordinando esta cualidad no sólo a la voluntad política del legislador sino también al soporte financiero del Estado de acuerdo con sus posibilidades. Sin embargo, a mi juicio, el legislador ha errado al excluir del derecho a la educación no obligatoria respecto a los extranjeros no residentes, pero con estancia legal en el territorio. Pudiendo dar lugar a motivo de inconstitucionalidad. En cambio, la exclusión de este derecho para los extranjeros que se encuentren regularmente en España es admisible, puesto que, se les reconoce el derecho mientras se encuentren en situación de minoría de edad, argumento que reitero tiene su fundamento en ser un derecho inherente al desarrollo de la personalidad. Tampoco se desprende de los Convenios Internacionales relativos a la educación analizados una percepción clara que obligue al Estado a prestar una enseñanza no obligaría a los extranjeros que se encuentren en situación de ilegalidad en base al principio "*in dubio pro legislatore*". De modo que, en convergencia con los textos internacionales analizados, el tratamiento que efectúa nuestra Carta Magna de los derechos culturales consagrados en la misma, se desprende que al margen del derecho a la educación y de la cultura, el resto de derechos culturales según nuestro constituyente son simplemente principios rectores de la vida socio-económica, de modo que, la extensión de su ámbito subjetivo a los inmigrantes queda finalmente supeditada a la discrecionalidad del Estado.

Finalmente añadiremos un subgrupo que a pesar de estar integrado en el elenco de derechos inherentes a la persona tal y como constataremos en el acervo comunitario y constitucional, su punto de imbricación se sitúa en que, el sujeto no puede reivindicarlos directamente ante los tribunales, porque tal y como seguidamente pasaremos a analizar, son derechos que no tienen el carácter de fundamental y en consecuencia, carecen de fuerza vinculante y cuyo ejercicio se subordina a las disponibilidades financieras del Estado y a la decisión unilateral de disposición de estos recursos para la consecución de los fines contenidos en estos derechos, corriendo el riesgo de ser desnaturalizados al ser incluidos en la categoría de derechos humanos debido a que su destinatario no es un sujeto determinado sino la colectividad, dificultad que se acrecienta debido a la imprecisión de su objeto que obstaculiza que se asegure la organización de una adecuada protección jurídica, que proporcione plena efectividad a estos derechos¹⁴⁵. El primer tratamiento supranacional de este derecho se ubica en Declaración de Derechos Humanos en su art. 25.1 cuyo tenor literal es el siguiente: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda...”* En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales en su art 11. 1, añadiendo que los Estados tomaran medidas para facilitar el ejercicio de este derecho pero apostilla que éstas no son obligatorias, puesto que, tal y como se especifica en el final de dicho artículo *“...reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”* Es decir, no se puede imponer su cumplimiento a ningún Estado, dejando su aplicabilidad condicional a la discrecionalidad del mismo. En la misma dirección, se vuelve a pronunciar la Convención sobre los Derechos del Niño en su art 27. 3 y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en el párrafo h) de su art 14..Asimismo en la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art.8, su reconocimiento es sesgado, realizándose a través del derecho al respeto a la vida privada y familiar, al igual que se efectúa en la Carta Social Europea en sus arts 15, 16, 19,23,30 y 31, donde no se contempla directamente el derecho a la vivienda. Por su parte, destaca el tratamiento efectuado por la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea en el capítulo IV rubricado *“Solidaridad”*, en concreto en su art 34.3 epigrafiado *“Seguridad Social y Ayuda Social”* que textualmente señala *“Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no*

¹⁴⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., (2000). *La protección de los derechos fundamentales: El modelo europeo*, op. cit passim.

dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales". Es decir, el derecho a la vivienda se transforma y devalúa de derecho a ayuda, dotándolo desde nuestro punto de vista, de un carácter asistencial. Finalmente el Tratado de Lisboa, no normativiza directamente este derecho, aludiendo al mismo de forma implícita en su art. 2, que dispone que en base a lo dispuesto en el art. 1.8 de su Texto y en concordancia con lo dispuesto en el art 10.2 de la CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales. Resultando paradójico que nuestra Carta Magna realice una regulación más amplia que la que se efectúa en el ámbito comunitario, y en concreto, recoge este derecho en su art. 47 cuyo tenor literal es el siguiente, *"Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación"*. No obstante, debido a su encuadramiento en el Capítulo III, dedicado a los *"Principios rectores de la política social y económica"*, se deducen a nuestro juicio tres consecuencias fundamentales:

a) Que no es un derecho fundamental, de modo que, participa de idéntica naturaleza de las disposiciones comunitarias anteriormente analizadas, que propugnan su naturaleza no preceptiva.

b) Sólo se reconoce este derecho a los españoles, quedando en principio excluidos de su ámbito subjetivo los extranjeros, si bien, nuestra legislación interna a través de las leyes de extranjería no ha seguido un criterio uniforme en esta materia (Así sirva de ejemplo en la LO 7/85 sólo reconoce el derecho a los inmigrantes regulares, en la LO 4/2000 a todos los inmigrantes cualquiera que sea su situación documental) siendo la tendencia actual en el panorama normativo español el decantarse por la integración de todos los inmigrantes.

c) La situación actual de la actividad urbanística realizada por parte de las diferentes administraciones públicas no responde al mandato constitucional, sino que, en la práctica actúan como instrumentos del negocio inmobiliario, sin que se garantice realmente el derecho a una vivienda digna, a pesar de la continua clasificación de suelos para su transformación y del incremento del número de viviendas construidas anualmente de naturaleza social. Estando lamentablemente dirigidos los planes de urbanismo, a cubrir otras necesidades, ya sean turísticas para españoles o extranjeros o destinadas a la inversión, con el único fin de colocar el dinero, obtenido legal o ilegalmente, en lugar seguro y donde la rentabilidad está, por lo menos hasta ahora, garantizada. Además desde nuestro punto de vista, el derecho a una vivienda adecuada no

sólo presupone la provisión de viviendas de protección oficial sino también el cumplimiento de otras obligaciones estatales que son menos costosas que van desde el reconocimiento de seguridad jurídica en la interdicción de las cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, hasta la derogación de preceptos discriminatorias en las leyes urbanísticas o la prohibición de desalojos arbitrarios¹⁴⁶.

Finalmente con respecto al derecho al medio ambiente, no ha sido positivizado en la Declaración de Derechos Humanos, siendo tratado de forma transversal en el citado Texto en su art 25.1 donde se preceptúa *"toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar(..)"*. Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art 12, 2 b), establece entre las medidas que deben adoptar los Estados Partes del Pacto se encuentran *"(...el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente"*. Siendo objeto este derecho de entidad propia como tal, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Junio de 1992 donde se promulgan dos declaraciones firmadas en Río de Janeiro, (a nuestro juicio, se cometió el error de no haberle dado fuerza vinculante al contenido de esta Declaración con lo que este derecho habría adquirido el carácter de fundamental) dentro de en las cuales se reconoce específicamente el derecho al medio ambiente son:

a) La Declaración de Principios o Declaración de Río sobre el Medio ambiente y el Desarrollo, la cual en su Principio núm. 1 afirma que *"los seres humanos tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza"*.

b) Principios núm. 2 letra b), que recomienda *"Los recursos y tierras forestales deberían gestionarse de modo sostenible, para satisfacer las necesidades sociales, económicas, ecológicas, culturales y espirituales de las generaciones presentes y futuras... "*

c) Por ultimo, en su principio 11 se estipula la obligación del Estado de regular mediante leyes específicas el medio ambiente.

Sin embargo, el reconocimiento como derecho exigible en el ámbito comunitario no se positiviza hasta que se aprueba el Acta Única Europea, que conlleva al reconocimiento expreso de la necesidad de mantenimiento de un nivel elevado de protección medioambiental. Son varias las

¹⁴⁶ CARBONELL SÁNCHEZ M., (2005). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli coord.* por MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ Y PEDRO SALAZAR UGARTE, edit Trotta, Valencia, págs 171-210.

disposiciones contenidas en el Acta Única Europea sobre esta materia, entre ellas tienen especial importancia los artículos 100A, 130R. En el artículo 100^a, se establece en el apartado tercero que” *la Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado*”. En el apartado 1 del artículo 130 R, se afirma que la acción de la Comunidad, por lo que respecta al medio ambiente, tendrá por objeto “(...) *conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente; contribuir a la protección de la salud de las personas; garantizar una utilización prudente y racional de los recursos naturales(...)*”. En el apartado 2 del artículo 130 R, finalmente dispone que “*La acción de la Comunidad, en lo que respecta al medio ambiente, se basará en los principios de la acción preventiva, de corrección, preferentemente en la fuente misma, de los ataques al medio ambiente y de que quien contamina paga. Las exigencias de la protección del medio ambiente serán un componente de las demás políticas de la Comunidad*”.

Transposición que fue incorporada en el art. 2 del TCUE, mediante la cual se consagran entre otras las siguientes funciones de la UE “...*un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros*“. Asimismo para hacer posible su ejecutividad en el art. 3 del mismo Texto, se compromete en regular una política medio ambiental. Por su parte, la Carta de derechos fundamentales de la UE, reconoce expresamente en su art. 37 la protección del medio ambiente y cuyo tenor literal señala “*Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad*”. Y finalmente el Tratado de Lisboa en el art. 6.1 asume los derechos y principios consagrados en la Carta Social Europea dotándolo de la misma fuerza que los Tratados. Y en su art 10.A .2 apartado f) contenido en el Capítulo 1 rubricado “*Disposiciones Generales relativas a la Acción Exterior de la UE*”, dispone: “*La Unión definirá y ejecutará políticas comunes y acciones y se esforzará por lograr un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales con el fin de...contribuir a elaborar medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y de la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales, para lograr el desarrollo sostenible*”

En convergencia con esta normativa comunitaria la CE en su artículo 45.1, reconoce el derecho y deber de disfrutar y conservar el medio ambiente en su apartado 1, fijando en el apartado 2 del mismo artículo, la obligación de los poderes públicos de proteger y mejorar el

mismo en base a la solidaridad colectiva. Recogiendo de este modo, la obligación establecida en los artículos 11 y 12. 2, b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que en virtud de la aplicación de los arts. 10.2. y 96. 1 de la CE, impone al legislador español la prohibición de poder dictar normas que vayan en contra de un nivel de vida adecuado o que supongan un atentado al medio ambiente o a unas condiciones dignas de higiene en el trabajo. Surgiendo la premisa *¿Qué órgano de la Administración es el competente para velar por el cumplimiento de esta obligación?* La respuesta viene establecida en los arts. 148 y 149 de la CE. Con respecto a la competencia propia de las CCAA estas tienen también reconocida dos funciones en esta materia:

a) Una normativa en materia de medio ambiente, en aplicación del artículo 150, párrafo 1 de la CE, y por el artículo 149 número 23 de la CE artículos completados por diversas normas autonómicas que lo desarrollan.

b) Otra indirecta en materia de gestión de protección del medio ambiente en base al apartado 9 que les atribuye a las CCAA esta función.

c) Posibilidad de que estas puedan asumir competencias en las materias enumeradas en el arts 148 apartados 3, 7, 8, 10, 11, 13, 18, y 21 cuando esta competencia le haya sido transferida por el Estado en los siguientes sectores relacionados con el medio ambiente: la ordenación del territorio; urbanismo y vivienda; la utilización racional de los recursos naturales; agricultura y ganadería; montes y aprovechamientos forestales; aprovechamientos hidráulicos, aguas minerales y termales; pesca en aguas interiores, marisqueo y agricultura, caza y pesca fluvial; fomento del desarrollo económico y promoción y ordenación del turismo, sanidad e higiene.

Y por último en relación con la competencia exclusiva del Estado en esta materia, viene recogida esta facultad en el apartado 23 del art 149 de la CE, que establece que él es el único que puede dictar legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección y por consiguiente, que puedan ejecutar servicios en conexión con esta materia, reservándose la competencia en cuanto al corpus normativo sustantivo exclusivamente como atribución propia suya.

En último lugar, analizaremos los derechos sociales, su desarrollo y fase actual en el marco jurídico del derecho europeo y en nuestro ordenamiento jurídico interno. Para lo cual hay que tener en cuenta tal y como señala GUSTAVO RADBRUCH, que “la transformación del derecho liberal en derecho social, se encuentra condicionado en las nuevas limitaciones que impone el derecho

público al privado, en especial en el derecho a la propiedad y a la libertad contractual”¹⁴⁷. Para ello, en primer lugar, conviene precisar como en el ámbito internacional, los derechos sociales han seguido una evolución distinta a la de los derechos civiles y políticos. En un plano universal, su impulso procede de los instrumentos del sistema de las Naciones Unidas. En primer lugar, destaca la Declaración de Derechos Humanos que en su art. 22 dispone “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a... obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*” de lo que se desprende una ausencia de definición en relación con los mismos, así como de fijación de contenidos, limitándose el citado instrumento internacional a enumerar los que a su juicio considera fundamentales, no ocurriendo en cambio igual con los derechos civiles y políticos que sí desarrolla. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales recoge en su Preámbulo que para que el ser humano sea libre, es preciso que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar tanto de sus derechos económicos, sociales y culturales, como de los derechos civiles y políticos. Sin embargo, no se va a producir el desarrollo de los derechos sociales hasta que se promulgo la Carta Social Europea que también utiliza idéntica sistemática ubicándolas en su Preámbulo, dotándolos en consecuencia de un marcado carácter pragmático que les resta desde nuestro punto de vista eficacia y cuyo tenor literal es el siguiente, “... *que el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social*”. Además del examen de su contenido dispositivo (arts. 1-50) se dilucida la yuxtaposición que existen entre los derechos de índole, social, política, civil y económico. Error parcialmente corregido a nuestro juicio por el Protocolo Adicional a la Carta¹⁴⁸ donde se determinan medidas específicas para ampliar la protección de los derechos sociales y económicos garantizada por la Carta Social Europea de 1961. *¿Pero qué ocurre si algún Estado de la Unión no lo ratifica? ¿Tiene carácter vinculante el contenido de la Carta Social Europea así como su Protocolo adicional?* lo cierto, es que los derechos contenidos en estos instrumentos internacionales no se encuentran positivizados, tienen un mero valor declarativo y hasta que estos derechos no son dotados de reconocimiento material por las constituciones de los Estados miembros y por los ordenamientos jurídicos internos, carecen de eficacia normativa. Respondiendo a nuestro juicio, la justificación de

¹⁴⁷ (1999) .Filosofía del Derecho, (Dir, edición y título Preliminar JOSE LUÍS MONEREO PÉREZ), ed. Comares Granada, 1999, pág.164.

¹⁴⁸ Protocolo Adicional a la Carta Social Europea firmado en Estrasburgo 5 de Mayo de 1988.

esta laguna por parte del constituyente, en la índole inminentemente económica que tiene la Comunidad Europea “*per se*”, hecho que ha quedado constando en la insuficiente importancia prestada a los derechos sociales, de ahí, la escasa protección que se presta a los derechos sociales en los tratados constitutivos. Observándose como la UE jamás hasta el momento actual ha tenido vocación de protección de los derechos sociales dentro de su territorio. Para ello, basta recordar que en el Tratado de Maastricht donde se dejó libertad absoluta a los Estados para regularlo, puesto que no aprecia como objetivo de la UE su protección. Si bien, más tarde en el Tratado de Ámsterdam de 1997, la Unión Europea se “*adhirió*” a los derechos sociales reconocidos en la Carta Social Europea de 1961 y en la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 1989. Por su parte, del análisis de la Carta Comunitaria se desprende que la política social comunitaria en un principio estaba reducida a una categoría residual, subordinada a la política económica (fin primordial por el que se constituyó la CCE) para pasar a partir del año 1974, a convertirse en uno de los pilares necesarios en los que descansa el mercado común, para lograr un eficaz funcionamiento del mismo y pasar a un plano de complementariedad, quedando su proyección reducida finalmente al ámbito político, como queda reflejado en el hecho de que los gobiernos que forman parte del Consejo de Europeo, se comprometen entre si y frente a sus ciudadanos “*en el respeto*” (no el cumplimiento *sensus stricto* de su contenido). No optando a que en un futuro cuando se consiga la efectividad de la Unión no sólo económica y de seguridad común, sino política y judicial, se transforme este valor declarativo en carácter obligatorio, como probablemente ocurra en un futuro muy próximo y deje de ser considerado este instrumento fundamental como hasta el momento, como conjunto de principios inspiradores que se proyecta sobre las legislaciones de los Estados miembros de la Unión en materia social y adquiera una eficacia constitutiva los derechos contenidos en la misma.¹⁴⁹

Por todo expuesto, hay que matizar las dificultades empíricas que conllevan la aplicación de los derechos sociales que contiene la Carta Social, justificación que reside entre otras causas en la aplicación del principio de subsidiariedad en materia social comunitaria, que establece que la competencia reguladora de esta materia descansa en los Estados y no en una institución paracomunitaria como lo es la Carta. De modo que, no basta simplemente con declaración de derechos, sino que es preciso positivar estos derechos en una instancia comunitaria, para que de de

¹⁴⁹. MONEREO PÉREZ, J. L., (1993). Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (y II) *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 57, págs. 834-856.

este modo, a través de salvaguardar de sus garantías jurídicas¹⁵⁰ se pueda exigir su aplicabilidad por el ciudadano. Además en relación con el contenido de éstos derechos, se debe acatar por los mismos la pluralidad armonización jurídico-formal de las legislaciones nacionales, para de este modo, conseguir una convergencia en la política social de los mismos, quedando de este modo en principio relegada su eficacia a la función integradora y conformadora de Tratados o Convenios Internacionales de fuerza vinculante a los que se acompaña, hecho que, no parece oponerse al espíritu inspirador e integrador que parece entrever el artículo 10.2 de la Constitución española y que concuerda con la imprecisión propia de los Textos que contienen protección de derechos humanos¹⁵¹.

Además conviene destacar que en la propia Carta de Derechos Sociales, se aclara que sólo se podían tomar en consideración aquellos derechos sociales que ya estuvieran reconocidos en anteriores Cartas a las que la Unión se hubiera adherido. De este modo, se cierra el paso a la introducción de nuevos derechos, así como a la posibilidad de dotar a los contemplados de Mayor contenido. Ello implica la fijación por parte del Consejo, de la fijación de un contenido “*minimun*” que los derechos sociales deben tener, con el fin de evitar una desregulación social por parte de los Estados miembros, constituyendo la dirección social a la que aspira la construcción europea y cuyo soporte material lo conforman la fuerza política que “*per se*” tiene el Consejo Europeo, que pese a carecer de fuerza vinculante, es innegable la proyección jurídica que ejerce sobre las instituciones comunitarias. Todo ello, sin perjuicio de que pese a su denominación equivocada de *derechos fundamentales* éstos no son reconocidos como tales, si lo son en cambio, como valores superiores no positivados en el Derecho comunitario pero con un valor innegable de ser fuente inspiradora no sólo de las prácticas comunitarias, sino también de los ordenamientos nacionales y en consecuencia, de las decisiones adoptadas por el Tribunal Superior de las Comunidades Europeas (al que informa al ser catalogado por dicho Tribunal como *Principios Generales del Derecho* pero sin fuerza vinculante). Sin que ello suponga, ampliación de las competencias de la comunidad europea, tal y como expresamente se señala en su Preámbulo, ni tampoco se de la inserción de los

¹⁵⁰ Tal y como señala. PECES BARBA G., (1980). *Derechos Fundamentales*, 3ª Edición, edit Latina, Madrid. págs. 167-168. “*Toda norma de de Derecho positivo realmente existente, necesita de los tribunales de Justicia para que su titular pueda acudir e demanda de protección en caso de desconocimiento de un tercero. Los derechos fundamentales no son una excepción, a esta regla. Si un derecho fundamental no puede ser alegado, pretendiendo su protección, se puede decir que no existe como tal derecho en sentido jurídico.*”

¹⁵¹. MONEREO PÉREZ J, L., (1992). *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores* op. cit. pág 55

derechos humanos en el derecho comunitario, y es por ello, lo que a nuestro juicio justifica que se ha optado por insertar los derechos sociales en la categoría de derechos humanos, haciendo desaparecer la preceptividad que conlleva la etiqueta de denominarse derechos fundamentales a esta vía declarativa de derechos. Asimismo, no debemos olvidar que los actuales derechos humanos que parecen positivados en las Constituciones de los Estados miembros de la UE, en un principio carecían de fuerza vinculante y tenían un mero valor declarativo que con el transcurso del tiempo se ha ido transformando hasta hacerlos obligatorios. Lo expuesto justifica que la versión consolidada de la UE las únicas referencias sociales que se efectúan en su Texto podemos reducirlas a tres: cláusula social, iniciativa ciudadana y Carta de Derechos Fundamentales. Con respecto a la primera, figura en el art. 9 del Tratado de Funcionamiento de la UE¹⁵² que establece *“la definición y ejecución de sus políticas por lo cual, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”*. En relación con la segunda, en el art. 10 .3 del Tratado de la UE dispone *“que todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos”*. Y finalmente, por último, con respecto a la tercera, en el art. 6 del citado Texto, señala en relación con la Carta de Derechos Fundamentales que *“la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales... la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”*. Disposiciones que ponen de manifiesto la peculiaridad de que el derecho originario de las Comunidades Europeas carezca de una declaración de derechos fundamentales que pudiera actuar como parámetro de validez de la legislación derivada¹⁵³.

Requisito subsanado cuando se promulga la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales, que constituye, la piedra angular de los derechos sociales en el marco normativo europeo figurando estos derechos diseminados en todas las rubricas de dicho texto y volviendo a reincidir en el error de solaparlos con los derechos de índole político y civil. A pesar de ello, el decálogo de derechos sociales fundamentales contenidos en la misma es deficitario si lo comparamos con los derechos de la misma naturaleza que se consagran en las constituciones de los

¹⁵²Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. C 115/13 Diario Oficial de la Unión Europea de 9 de Mayo de 2008.

¹⁵³ RODRÍGUEZ, A., (2001). Integración europea y derechos fundamentales, en AZPITARTE SÁNCHEZ, M.; *Teoría y realidad constitucional*. Madrid, Civitas, pág 387. Analiza las causas de que exista una ausencia de declaración de derechos fundamentales en los Tratados constitutivos de la UE.

Estados miembros de la Unión. Siendo constitucionalizado por los diferentes Estados que suelen incluirlos generalmente en su parte dogmática.

De lo expuesto, se desprende la prohibición por parte de las instancias europeas de dictar normas destinadas a homogeneizar las prestaciones sociales de los diferentes Estados miembros, excluyendo así la posibilidad de que “*desde Europa*” se obligue a los Estados a asumir obligaciones sociales específicas. Dando de este modo lugar, a que el tratamiento que realiza el derecho comunitario en relación a los derechos sociales, sea más restrictivo que el que efectúan las Constituciones de algunos de los Estados miembros de la UE. La justificación de esta limitación obedece a la voluntad implícita contenida en la Carta que no pretende incrementar el poder jurídico de la Unión en concordancia con lo dispuesto en el art 6 del tratado Constitutivo de la Unión, materializando este recorte en la aplicación de las cláusulas horizontales de la Carta.

Por otro lado, también debemos destacar del examen de la citada Carta una mejora en la sistemática utilizada en relación con la ubicación de estos derechos dedicando los Capítulos I-III¹⁵⁴, a derechos inherentes a la persona y cuyo contenido no puede ser objeto de restricciones, de modo que, su inobservancia no da lugar a sanción de ningún tipo y el Capítulo IV fundamentalmente a derechos de los trabajadores (arts. 27-33). Repitiendo a partir del art 34 -36, a nuestro juicio el error por parte del legislador comunitario de volver a entremezclar derechos de diferentes índoles. De este modo, observamos como en el art. 34 relativo a la Seguridad social y ayuda social, parece diferenciar entre una dualidad de destinatarios, de una parte los trabajadores europeos, a los que se les reconoce el derecho subjetivo a la Seguridad Social y de otro lado, personas indeterminadas sin recursos suficientes a los que se alude en mismo artículo al final del párrafo 3 del, donde se hace referencia expresa a “*la ayuda social de las personas sin recursos*”, lo cual equivale a “*asistencia*”, es decir, a no a reconocimiento de derecho, en el mismo sentido se pronuncia en el mismo párrafo referenciado cuando se alude a la “*ayuda a la vivienda*” de nuevo nos encontramos ante una negación del derecho para todos, especialmente a los más necesitados pero recordemos que si no se le reconoce la cualificación de derecho no se puede exigir su cumplimiento. En consecuencia, el legislador europeo considera destinatario de estas ayudas a cualquier persona siempre que el Estado tenga positivizada las mismas y decida destinar recursos para su financiación. Destinatarios indeterminados, no sujetos de derechos, son también a nuestro juicio a los que se refieren los arts. 35-36. De este modo, se observa como en el art 35, se continúa

¹⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J, L., (1992). *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (y II)*, págs. 61-65.op. cit. passim.

refiriendo a la protección de la salud, pero cuyo ejercicio se subordina al ordenamiento interno de cada país. Al igual que ocurre con el acceso a los servicios de interés económico general art. 36, donde de nuevo, se hace una remisión expresa a la legislación interna de Estado. Finaliza este Capítulo IV de la Carta con los arts. 37 y 38 relativos a la protección del medio ambiente y a los consumidores respectivamente y donde el legislador se ha limitado a postular una política de integración en el ámbito territorial de la UE, como simple principio declarativo de propósitos sin reconocerle el carácter de derecho. Las consecuencias que se extraen de lo expuesto, son a nuestro juicio, el marcado carácter garantista por parte de los instrumentos internacionales analizados sobre todo por la Carta de Derechos fundamentales de la UE, De modo que, los derechos sociales que el Estado reconoce y las garantías que para que sean efectivas se brindan vienen fijados en la Constitución de cada Estado, quien fijara las necesidades sociales que son objeto de protección, además de otros instrumentos legislativos (como son las diferentes leyes laborales) y que a pesar de entrar en colisión con los derechos de los empleadores no pueden vulnerar los derechos legítimos de los que éstos son titulares¹⁵⁵. En este sentido, es preciso destacar que la Mayoría de Estados mantiene una división entre los derechos sociales subjetivos, esto es, directamente ejercitables e invocables ante los tribunales, y los derechos programáticos, que solo pueden ponerse en práctica a través de la ley y cuya significación jurídica radica en expresar valores que pueden justificar ciertas limitaciones de otros derechos protegidos. Por todo ello, el modelo seguido por la CE, es diferenciar por un lado entre derechos y libertades en sentido estricto y por el otro, principios rectores de la política social y económica. Los primeros, directamente aplicables, comprenden en el ámbito social, tan sólo el derecho a la educación, a la libertad sindical y a la huelga. Los segundos insertados en los principios rectores de la Constitución incluyen la mayoría de los derechos sociales que poseen un carácter programático, y cuya protección es sensiblemente inferior a los del grupo anterior. No obstante, no se puede entender éstos derechos sociales, sino como elemento integrador de del concepto de *ciudadanía social* entendiéndose esta como el conjunto de derechos políticos, civiles y sociales atribuidos al ciudadano¹⁵⁶ a los que el Estado se

¹⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., (1999). *Derechos Sociales, Ciudadanía y Ordenamiento laboral* “op. cit. passim.

¹⁵⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., (1999). *Derechos Sociales, Ciudadanía y Ordenamiento laboral*, op. cit. passim. Coincidimos con este autor, al señalar que el concepto de ciudadano debe ser apreciado desde una perspectiva amplia, no sólo identificada con la nacionalidad sino por la pertenencia a una comunidad política nacional o supranacional, lo que no implica que el contenido de este término sea excluyente con la condición o categoría de extranjero.

obliga a garantizar un nivel mínimo acorde con sus disponibilidades financieras y que el propio Estado reconoce en el art 9.2 CE de disponer de medios precios para hacerlos realmente efectivos.

Finalmente no debemos olvidar el tratamiento que se efectúa en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de este grupo de derechos, donde se promulgan una serie de derechos y principios mínimos que deberán respetarse dentro de la Unión Europea por sus Estados miembros a la hora de aplicar el derecho comunitario. Sin embargo, su Texto pasa a convertirse en una mera declaración de principios, inspirador de las legislaciones nacionales, carente de eficacia jurídica, por lo que el sujeto no es tutelado con garantías jurídicas¹⁵⁷. De otro lado, este instrumento internacional reviste un carácter innovador, no sólo por su carácter escrito¹⁵⁸ y ser una recopilación de los derechos reconocidos por las máximas autoridades europeas en la materia: Tratado de la Unión Europea y Tratados Comunitarios, Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Cartas Sociales aprobadas por la Comunidad y Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sino sobre todo porque de su contenido intrínseco, se unifican derechos de naturaleza diferente¹⁵⁹: humanos, económicos y sociales, aplicando de este modo el principio de indivisibilidad de los derechos¹⁶⁰. Figurando junto a los

¹⁵⁷ Tal y como señala. PECES BARBA, G., (1980). *Derechos Fundamentales*, op. cit, pág 55 “*Toda norma de de Derecho positivo realmente existente, necesita de los tribunales de Justicia para que su titular pueda acudir e demanda de protección en caso de desconocimiento de un tercero. Los derechos fundamentales no son una excepción, a esta regla. Si un derecho fundamental no puede ser alegado, pretendiendo su protección, se puede decir que no existe como tal derecho en sentido jurídico.*”

¹⁵⁸Es la primera vez que la Comunidad Europea consigue plasmar por escrito una relación de derechos fundamentales (que si bien no son nuevos, lo que se pretende es hacer más visible los ya reconocidos y recopilar los derivados de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la materia) todos los Estados reconocen como básicos y que deben respetarse por cualquier Estado de Derecho que forme parte de la UE.

¹⁵⁹ Desde nuestro punto de vista hay que precisar que los derechos sociales engloban a los derechos humanos ya que ambos son derechos del hombre y la diferencia fundamental estriba en que para los primeros el Mayor grado de protección se alcanzan colectivamente y tienen una naturaleza prestacional por parte del Estado que es el sujeto que debe brindarlas mientras que los derechos humanos, la protección la de hacer valer el sujeto individualmente. Por su parte, los derechos políticos suponen la ordenación de las relaciones entre el Estado y el individuo ,recortando el poder del primero como consecuencia de su interrelación con el sujeto y por ultimo derechos económicos son aquellos que tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico cuya ejecución es compromiso del Estado .Todos estos derechos están interrelacionados y son complementarios unos de otros

¹⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., (2000). *La protección de los derechos fundamentales: El modelo europeo*. op. cit, passim. Acertadamente este autor sostiene que el principio de la unidad de la dignidad humana constituye el fundamento de todos los derechos fundamentales y del carácter indivisible y universal de los valores y de los derechos que lo formalizan. Lo que supondría el desplazamiento de los derechos con validez particular a los derechos de validez universal, de manera que se consagrara la premisa de que la persona por la mera

derechos civiles y políticos tradicionales, los derechos sociales y económicos, en un texto único, lo cuál no se había logrado materializar en ningún acuerdo internacional europeo. No obstante, la Carta si bien, tiene un valor jurídico-político innegable, adolece del defecto de no reconocer derechos a la ciudadanía comunitaria¹⁶¹, ni proteger específicamente los derechos de la persona en el ámbito de la Comunidad Europea, debiendo acudir para conseguir este reconocimiento supranacional al Tratado Constitutivo de la Unión Europea y en concreto al artículo 8 del Título II de dicho instrumento, donde se genera y configura el concepto de ciudadanía europea¹⁶². Dicho término perfila esta ciudadanía vinculada al proyecto de construcción europea y cuya institucionalización se ha visto obstaculizada por el fracaso de la aprobación de la Constitución Europea, volviendo a ser retomada por el Tratado de Lisboa y cuya connotación más importante es a nuestro juicio, el debilitamiento de la soberanía nacional a cambio de una ciudadanía que desborda las fronteras nacionales y que se vincula a valores universales como los derechos humanos. Sin embargo, otro error añadido en el decálogo de derechos que contiene, es el reconocimiento de una eficacia normativa mínima a estos derechos, postulado contradictorio con la vocación de extensión de los mismos a todos los sujetos, incluidos los inmigrantes. Además conviene precisar que, si partimos de la premisa de que para ser ciudadanos y participar plenamente en la vida pública un sujeto necesita encontrarse en una cierta posición socio-económica. En consecuencia, la noción de ciudadanía no puede ser independiente de la dimensión social y económica. Por tanto, la ciudadanía no puede quedar sintetizada en la titularidad de determinados derechos, sino que se exige la satisfacción también de los derechos sociales, siendo preciso que la UE, dote de fuerza a estos derechos para que el inmigrante pueda hacerlos valer, frente al Estado y ante la UE a través de los tribunales. De lo que se desprende que los derechos fundamentales y entre ellos los derechos sociales pueden considerarse instrumentos dirigidos a proteger necesidades e intereses radicales de las personas frente a los abusos y la arbitrariedad del poder, en este sentido conviene recordar tal y como señaló EDUARDO ROJO TORRECILLA

condición de ser portadora de derechos universales se le reconozcan de forma implícita la cualidad de ciudadanía universalista.

¹⁶¹ Compartimos la opinión sostenida por MOLINA NAVARRETE, C., en la Ponencia presentada en el XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 8 y 9 de Junio de 2001, donde en su opinión, la antinomia entre igualdad y ciudadanía, deberá resolverse con la superación de la ciudadanía, la desnacionalización plena de los derechos fundamentales, hasta ahora entendida sólo de forma parcial aunque en ascenso (STC. 94/1993), y la desestatalización de las nacionalidades.

¹⁶² MONEREO PÉREZ, J, L., (1992). *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (y II)* op. cit. passim.

(2011)¹⁶³.” la ciudadanía no es el único instrumento para que el inmigrante adquiriera derechos además lo realmente importante en materia de derechos es que tengan garantías no su estructuración “En base a lo expuesto, la igualdad del derecho en particular en materia de derechos sociales ha pasado a convertirse en un criterio hermenéutico, debido a que en el actual contexto del andamiaje internacional y de los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado, existe una evidente negación del principio de igualdad en el reconocimiento y garantía de los derechos de los inmigrantes. Existiendo una clara disociación entre reconocimiento y ejercicio de los derechos sociales en función de la condición -administrativa- de irregularidad de la presencia de algunos inmigrantes en nuestro país.

Es decir, a los inmigrantes irregulares se les reconocen los mismos derechos sociales que a los inmigrantes cuya presencia es regular, pero no su ejercicio. En consecuencia, los derechos sociales adquieren en el estadio actual del Estado de Bienestar una nueva dimensión, lo cual obliga a que el legislador verifique su grado de implementación así como adoptar las medidas necesarias que permitan su cumplimiento, para que de este modo, se pueda proporcionar a los destinatarios de los mismos seguridad jurídica y protección frente a la arbitrariedad de la Administración, además es preciso su sometimiento al control social, puesto que en caso de incumplimiento por parte del Estado o ante las restricciones arbitrarias de dichos derechos por parte del legislador, implicaría la deslegitimación del Estado ante la opinión pública, que cada vez más insistentemente exige transparencia en la gestión, consiguiéndose de este modo, soslayar al menos parcialmente la discriminación en las políticas públicas¹⁶⁴

Pero estas políticas deben ser activas porque para que se pueda ejercitar un derecho es preciso que se den condiciones objetivas que permitan este ejercicio¹⁶⁵ siendo inoperantes las referenciadas políticas si los derechos sociales contenidos en las mismas no son orientados hacia su realización, lo cual obliga a que cada Estado maximice los recursos disponibles para destinarlos a su cumplimiento, al menos en lo que respecta a los que ostenta la etiqueta de “*fundamentales*”,

¹⁶³ Ponencia: La Seguridad Social de los trabajadores extranjeros: Ciudadanos de primera o segunda En el I Congreso de Migraciones de Andalucía celebrado en Granada, 16-17 de Febrero de 2011.

¹⁶⁴ PISARELLO, G., (2002). Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales, en CARBONELL, M (compilador) *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, pág. 115.El cual señala acertadamente que “Desde su irrupción como categoría histórica y teórica, la suerte de los derechos sociales ha estado anclada a la del propio Estado”.

¹⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., (2000). *La protección de los derechos fundamentales: El modelo europeo*, op. cit, passim.

debiendo integrar los países que conforman la UE en su parte dispositiva, confiriéndoles un carácter vinculante y exigible en caso de incumplimiento, garantizar un contenido mínimo de los mismos, y dedicar una atención preferente a priorizar su reconocimiento y facilitar su ejercicio sobre todo en la protección de los colectivos más desprotegidos, entre los que se encuentran los inmigrantes sobre todo aquellos que presentan irregularidades en su situación documental. Observándose desde nuestro punto de vista, en el actual proceso constituyente (se repite el mismo error que cometido la fallida Constitución Europea) se ha visto afectado por tal déficit estructural de ciudadanía que ha supuesto una quiebra para la conquista de la democracia paritaria en Europa, como refleja paradigmáticamente en el Tratado de Lisboa.

En conclusión, la consolidación más plausible del Tratado de Lisboa es el reforzamiento de los derechos fundamentales al atribuir a la Carta de Derechos Fundamentales el mismo valor jurídico que los Tratados, si bien, no incorpora el texto de la Carta, debido fundamentalmente a la desconfianza que todavía provoca este instrumento internacional en los Estados integrantes de la UE, con justificación, puesto que a través de la vía de la jurisprudencia que crea el TJCE como mecanismo de control del respeto de los derechos por parte de los Estados, así como de las instituciones comunitarias en la regulación de estos derechos, se produciría la consagración del decálogo de estos derechos a nivel supranacional. De modo que, si se le reconoce a la Carta fuerza jurídica obligatoria al nivel de los Tratados, se va a producir un enfrentamiento entre la articulación de catálogos de derechos contenidas en la misma con los derechos positivados en las constituciones de los diferentes Estados. Y puesto que la prevalencia del derecho comunitario descansa en salvaguardar la eficacia de la normativa comunitaria y aplicación uniforme en el territorio de los Estados, como regla general imperaría este, a excepción de que el ordenamiento jurídico de algún Estado ofrezca un tipo de protección superior al nivel comunitario, en cuyo caso la controversia sobre el derecho aplicable se resolvería a favor de este último debido a garantizar la mejor protección para el individuo. Por consiguiente, el Tratado de Lisboa, al atribuir a la Carta de Derechos Fundamentales el mismo valor que los Tratados, le está proporcionando un reforzamiento de su garantía efectiva y a su vez supone un impulso jurídico a la actividad legislativa de las instancias comunitarias¹⁶⁶.

¹⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., (2000). *La protección de los derechos fundamentales: El modelo europeo*, op. cit, passim.

De lo anteriormente expuesto, surge la premisa de que si los Derechos contados en los instrumentos internacionales analizados solo son aplicables a los comunitarios o si por el contrario cabe su ampliación subjetiva a los extranjeros. *¿En que situación se encuentran los extranjeros migrantes frente a los derechos sociales consagrados en el Tratado de Lisboa pendiente de ratificación por la mayoría de los Estados Europeos? ¿Supone algún tipo de mejora en su estatuto ¿Se amplían su ámbito de derechos de alguna forma?*

Debemos partir de la premisa de que nos encontramos en el ámbito espacial de la actual UE tres tipos de sujetos:

1. El ciudadano comunitario (plenipotenciario titular de derechos).

2. Inmigrantes legales (que están en posesión de permiso de trabajo y de residencia que tienen sus derechos restringidos y subordinados a la conservación de la condición de trabajador)

3. Inmigrante irregular (sin tenencia de la documentación necesaria para poder trabajar ni residir en Europa y en consecuencia desprotegido de cualquier tipo de derecho salvo alguno de los derechos inherentes a la persona: derecho a la vida, a no ser torturado, a no ser discriminado por razón de raza, religión, cultura, etc.).

En primer lugar, en relación con la consideración de que si los derechos sociales consagrados en el citado Tratado, suponen una mejora en el estatuto o una amplitud en el ámbito de aplicación a los inmigrantes, la respuesta es negativa, existe a nuestro juicio, una segmentación en el ámbito de los derechos sociales analizados, que dividen al inmigrante según su situación legalizada o no en el país (en la mayoría de las ocasiones que haya tendido la suerte de cumplir los requisitos exigidos por los procesos extraordinarios de regularización) y en relación con éstos últimos, es decir, que se encuentren en situación legal, a pesar de ello, no gozan de plenitud de derechos en condiciones de igualdad a los nacionales, sino de mera equiparación en el mejor de los casos y además están sometidos al límite de temporal de su disfrute mientras continúen ostentando la categoría de trabajador, ya que si se les despide dejan de gozar de los escasos y limitados derechos sociales de los que eran beneficiarios.

De otro lado, en cuanto a los inmigrantes irregulares¹⁶⁷, su situación es aun más difícil, ya que de una parte no sólo no pueden disfrutar de estos derechos sociales mermados que les ofrece el texto europeo, sino que además, se les niega el reconocimiento de la condición de sujeto y por tanto de ser titular de derechos (ante esta situación la única posibilidad que les cabe es esperar a que de nuevo se abra la bolsa de las regularizaciones y tengan la suerte de cumplir con los requisitos exigidos por las leyes de extranjería y constituciones del Estado donde se encuentran, donde pasaran a convertirse en ciudadanos europeos de segunda categoría, que es desde nuestro punto de vista, lo que los ordenamientos jurídicos internos nacionales les están brindando, puesto que la competencia en esta materia es exclusiva de cada Estado, tal y como ha quedado contemplado en el andamiaje jurídico internacional de los derechos analizados)

En definitiva, la realidad actual de los flujos migratorios plantea un desafío por la universalidad de los derechos humanos y su institucionalización por lo cual se exige que se presten garantías suficientes y de este modo evitar la “paradoja de la universalidad”¹⁶⁸, lo cual a su vez, nos enfrenta a la necesidad de transformar la condición de ciudadanía, dotarla de mayor contenido (social, cultural y político) sobre todo del primero, para que deje de constituir un instrumento de exclusión su no tenencia, ya que el inmigrante que viene a vivir y trabajar a Europa lo hace con una vocación de permanencia y si lo que se le quiere es realmente integrar, el primer paso consiste en dotarlos de unos derechos sociales mínimos, independientemente de su condición de trabajador y que son inherentes a su condición humana.

Sin embargo, este planteamiento presenta una clara disfunción con la definición de la política de inmigración como parte del primer pilar, fijado en el Título IV del Tratado de Ámsterdam. En el mismo sentido, se pronuncian las Recomendaciones de Tampere de Octubre de 1999, donde el Consejo de Europa subrayó la necesidad de garantizar un “trato justo” a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros. No obstante, se establece una distinción formada por un primer grupo integrado por aquellos que residiendo en Europa,

¹⁶⁷ Si bien el término irregular hace referencia no a una cualidad del sujeto, sino un derecho que tiene todo sujeto a emigrar acorde con la transcripción del artículo 13 de la Declaración de Derechos Humanos que señala:

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

No obstante, en la práctica se observa como esta declaración como muchos de los artículos recogidos en la Carta de derechos Fundamentales, quedan constreñidos a ser sólo una declaración de principios inaplicables.

¹⁶⁸ PÉREZ DE LA FUENTE, O., (2006). Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas paradojas sobre los inmigrantes en AA VV., *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*. CAMPOY CERVERA, I.; (edit), Dykinson, Madrid, pág 249.

carecen de estancia prolongada para los que se condiciona su admisión y residencia a la evolución económica y demográfica de la Unión, así como de la situación en los países de origen. Y en un segundo grupo, se insertarían a los nacionales de terceros países que estén instalados permanentemente, en alguno de los países que integran la Unión y cuya residencia sea legal se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme, lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia e incluso la posibilidad de obtener la nacionalidad del Estado miembro en que residen¹⁶⁹.(si optan por adquirirla) sin olvidar el principio de -no discriminación- respecto de los ciudadanos del Estado de residencia. Sin embargo, se observa como a pesar de incorporar la recomendación de asimilación en el reconocimiento de derechos -se habla de situación "*comparable*" a los ciudadanos de la UE, es decir, todavía no se habla de "*igualdad*". Circunstancia esta contraria a los postulados que deben regir una política de integración, basada en tratar de conseguir que los ciudadanos de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros, se les otorguen derechos iguales a los ciudadanos nacionales de la Unión Europea.

Asimismo del examen de la Comisión Europea parece deducirse que la circulación de los ciudadanos de la Unión entre los Estados miembros se efectúe "*mutatis mutandis*", en condiciones similares, si no iguales, a las de los ciudadanos de un Estado miembro que circulan o cambian de residencia¹⁷⁰ o actividad dentro de su propio país. De modo que, cualquier obligación suplementaria de naturaleza administrativa o legislativa debería limitarse a lo estrictamente necesario exigido por la condición específica de "*no nacional*". Sin embargo, la ejecución de esta igualdad, conllevaría la supresión de trabas administrativas y fijación de derechos para los ciudadanos extracomunitarios que residan en la UE, ejecutividad que en la práctica no se han llevado a cabo.

De otro lado, la fijación de una mayor amplitud de derechos a los nacionales de terceros países nos lleva a plantearnos una serie de cuestiones *¿Cuál es el tiempo de estancia exigible para*

¹⁶⁹ Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Europa ,Propuesta de Directiva del Consejo *Bruselas*, 13.3.2001COM(2001) 127 final.2001/0074 (CNS)(DOCE C240R fr. 28.8.2001 p.0079-0087)

¹⁷⁰ Recordemos que los extranjeros residentes permanentes de larga duración pueden residir legalmente en el país que les reconoce este Estatuto, pero por el contrario no pueden residir en otro Estado miembro con fines laborales o de estudios y sólo disponen del derecho a circular, por un período máximo de tres meses, en los Estados miembros que forman parte del territorio Schengen. Posicionamiento en consecuencia contrario a la flexibilidad que demanda el mercado laboral. (Ejemplo lo constituye el caso de los expertos en nuevas tecnologías cada vez más demandados por atraerlos a su Estado).

ser considerada permanente? ¿En el caso de conseguir una unanimidad en la fijación de este periodo cuales serán los derechos reconocidos? ¿Existiría la posibilidad de conseguir la fijación de un contenido mínimo de derechos reconocidos universalmente para dichos extranjeros dentro del ámbito de la UE?

En relación con la primera cuestión, existen una serie de Textos Internacionales que fijan un periodo mínimo similar:

1. Convenio nº 97 de la Oficina Internacional del Trabajo, establece unas obligaciones con el fin de conseguir la igual de trato (siempre que estos acrediten 5 años de residencia en algún país de la UE) en sectores económico y social, incluso en caso de rescisión de contrato.

2. La Carta Social¹⁷¹ de 1961(se aplica a todos los Estados miembros) y la de 1996 (cuyo ámbito se circunscribe sólo a los 21 países que la han suscrito) Reconoce protección del trabajo, derecho a la negociación colectiva, a la Seguridad Social, a la Familia, etc.

3. El Convenio Europeo de Creación del Consejo de Europa en 1955, se garantiza la seguridad de estancia del emigrante que ejerce una actividad económica tras cinco años de residencia y en los demás casos, tras diez años. Establece también una relación entre la duración de la estancia y la protección contra la expulsión y ofrece garantías importantes en materia de procedimientos.

4. El Convenio Europeo de 1977 sobre el Estatuto Jurídico de los Trabajadores Migrantes, proporciona una base adecuada para la protección de los derechos civiles, económicos y sociales de los emigrantes. Este Convenio, no obstante, sólo ha sido ratificado por seis Estados miembros.

5. Sin lugar a dudas, el mayor avance en la materia lo ha constituido la aprobación por parte del Consejo del Estatuto¹⁷² para los nacionales de terceros países que sean residentes de larga duración, a los que se les exige cinco años de residencia legal e ininterrumpida¹⁷³. Si bien, se admiten ausencias de temporales en el territorio del Estado miembro, estas no podrán ser no

¹⁷¹ España ratificó el contenido de la Carta Social Europea de 1961, el 29 de Abril de 1980.

¹⁷² Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de Noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Debiendo adoptarse por los Estados las disposiciones necesarias para la aplicación de la presente Directiva como máximo el 23 de Enero del 2006.

¹⁷³ Directiva del Consejo COM (2001) 127 final 2001/0074 (CNS) (DOCE C240R fr. 28.8.2001 p.0079-0087). Esta disposición no fija la edad mínima en la que los niños pueden obtener el estatuto de larga duración.

Esta edad se fija por la legislación nacional y se corresponde con la edad en la que el Estado miembro expide por primera vez un permiso de residencia a los niños.

superiores a seis meses consecutivos (que no totalicen más de 10 meses durante 5 años) o por razones específicas previstas en la legislación de cada Estado miembro (por ejemplo obligaciones militares, traslado para razón de trabajo, enfermedad grave, maternidad, realización de investigaciones o estudios) no se contabilizarán en el cálculo de la duración de residencia. Asimismo esta condicionado su reconocimiento al cumplimiento de dos requisitos¹⁷⁴ básicos:

- Encontrarse en posesión de recursos estables y suficientes para cubrir sus necesidades sin recurrir al sistema de ayuda social del Estado miembro.

- Tener un seguro enfermedad.

También, los Estados miembros pueden exigir a los nacionales de terceros países que cumplan condiciones suplementarias de integración (como conocimiento suficiente de una lengua nacional del Estado miembro). Además éstos podrán rechazar la expedición del estatuto por razones de orden público o seguridad pública.

A cambio, una vez que el inmigrante de larga duración adquiere el estatuto de residente, este tendrá derecho a toda una serie de prestaciones en las mismas condiciones que los nacionales, en particular en materia¹⁷⁵ de:

- Condiciones de acceso a un empleo asalariado y a una actividad por cuenta propia así como condiciones de empleo y trabajo (descanso semanal, normas de higiene, vacaciones anuales, salario, condiciones de despido);

- Educación y formación profesional, reconocimiento de títulos;

¹⁷⁴ Por su parte *el Artículo 6* de Directiva del Consejo COM (2001) 127 final 2001/0074 (CNS) (DOCE C240R fr. 28.8.2001 p.0079-0087), señala las *condiciones sobre recursos económicos y seguro de enfermedad* que debe tener el residente extranjero permanente de larga duración.

1.-Los Estados miembros exigirán al nacional de un tercer país que aporte la prueba de que dispone para sí mismo y para los miembros de su familia que estuvieren a su cargo de:

a) recursos fijos no inferiores a la cantidad umbral por debajo de la cual puede concederse una asistencia

social en el Estado miembro en cuestión. En caso de que no pudiere aplicarse esta disposición, los recursos se considerarán suficientes cuando fueren equivalentes a la pensión mínima de seguridad social pagada por el Estado miembro en cuestión. El carácter fijo de los recursos se evaluará en función de la naturaleza y la regularidad de los ingresos antes de la adquisición del estatuto de residente de larga duración.

b) un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro en cuestión.

2.- Las condiciones del apartado 1 no se aplicarán a:

a) los refugiados,

b) los nacionales de terceros países que hubieren nacido en el territorio de un Estado miembro.

¹⁷⁵ El Artículo 12, de Directiva del Consejo COM (2001) 127 final 2001/0074 (CNS) (DOCE C240R fr. 28.8.2001 p.0079-0087), señala las situaciones a las que se aplica *Igualdad de trato*.

- Protección social (subsidios familiares, pensiones de jubilación) y asistencia sanitaria;
- Asistencia social (renta mínima, pensiones mínimas, ayuda médica gratuita);
- Ventajas sociales y fiscales, acceso a bienes y servicios;
- Libertad de asociación y afiliación y participación en organizaciones de trabajadores o patronos.
- Libre acceso al conjunto del territorio del Estado miembro concernido.

Sin embargo, este reconocimiento inicial de derechos prestaciones y sociales pueden ser restringido por el Estado miembro en ciertos casos en las siguientes materias: acceso al trabajo y educación (por ejemplo, pidiendo pruebas del conocimiento adecuado de la lengua); ayuda y protección social (los Estados miembros podrán limitar la igualdad de trato a las prestaciones esenciales. Todo ello, sin perjuicio de la libertad que tiene todo Estado de ampliar la lista de ámbitos en los que concederán igualdad de trato o la lista de prestaciones que se prestarán a sus nacionales. No obstante, el residente permanente goza de una mayor garantía en la protección, como por ejemplo cuando se dicta una “orden de expulsión”. Donde sólo cabe su expedición cuando existan unas razones fundamentadas que lo justifiquen (amenaza actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, sin que sea admisible alegar razones económicas para justificar tal decisión).

De otra parte, en relación con el tratamiento específico que realiza cada Estado destaca el hecho de que a pesar de este reconocimiento internacional europeo que hemos analizado será cada Estado de la UE, el que fije de forma unilateral los criterios de adquisición del estatuto así como la amplitud y determinación de los derechos conferidos siguen siendo variables de un Estado a otro, lo que conlleva un trato diferenciado y discriminatorio según el Estado en que nos situemos. Ejemplo de lo expuesto, lo constituye el hecho de que en trece Estados miembros el estatuto de residencia permanente abre las puertas del mercado laboral sin ningún tipo de restricción. En la mayoría de Estados miembros los residentes de larga duración tienen derecho a las prestaciones sociales y a la asistencia social en las mismas condiciones que los nacionales. No obstante, algunos Estados reservan el disfrute de la asistencia social sólo a los nacionales. En circunstancias similares se encuentra el derecho a la educación, en la mayoría de Estados miembros, está reconocido sin ningún tipo de discriminación cuando se trata de la enseñanza primaria y secundaria. En cambio, los gastos de matriculación en la universidad de los nacionales de terceros países, incluso si son residentes de larga duración, pueden ser más elevados; igualmente la obtención de becas puede resultarles más difícil).

El problema que se plantea es la aparición de la Directiva 2003/109 de 25 de Noviembre del Consejo, cuyo objetivo era asegurar un trato justo a los nacionales de terceros países residentes legalmente en un Estado comunitario sin tener en cuenta los motivos de su entrada inicial en ese Estado y reconociéndoles obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión¹⁷⁶.

En primer lugar, conviene recordar que el derecho a la concesión del estatuto de residente permanente por el extranjero, no se concede automáticamente sino que el sujeto debe solicitarlo, estando su ámbito subjetivo conformado por los nacionales de terceros países residentes legales en un Estado miembro de la UE, en el concurren los siguientes condicionantes:

a) Haber nacido en el mismo pero no haber adquirido la nacionalidad.

b) Haberse producido la entrada *a posteriori* en este país, con independencia de los motivos de su admisión inicial. No obstante, su aplicación no es general en todos los países de la UE, quedando excluidos de su ámbito espacial, los países que figuran en los Considerando 25 y 26 que no lo suscribieron (reino Unido, Dinamarca e Irlanda)¹⁷⁷.

Con respecto a España, esta se comprometió a trasponer esta norma a su derecho interno antes de 23 de Enero del 2006 y a pesar de que la Ley 62/2003, de 30 de Diciembre, de “*Medidas Fiscales y Administrativas y del Orden Social*”, abordó la transposición de esta Directiva y la citada disposición nacional establecía en su art. 33 la creación del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico y además incumpliendo el contenido de la Orden TAS/113/2008, de 23 de Enero, por el que se convocaba el proceso selectivo para la conformación de dicho órgano, este aún no se ha llegado a materializar.

Los rasgos más relevantes de este Estatuto a nuestro juicio son los siguientes:

a) Que el solicitante haya residido de forma legal e ininterrumpida durante los cinco años anteriores a la presentación de la demanda en el Estado de acogida (en la propuesta inicial era de 10 años).

¹⁷⁶ CRESPO NAVARRO, E., (2004). La Directiva 2003/109 del Consejo, relativo al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia., en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 18, Vol. 8, págs. 531-552. Realiza un acertado análisis de la citada disposición internacional.

¹⁷⁷ Los citados Estados no participan en la adopción de esta Directiva ni están obligados a su aplicación. Si bien, se admite que posteriormente puedan adherirse a ella, en el art. 4 del Protocolo sobre posición del Reino Unido e Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea.

b) Además se permite la no interrupción de la residencia en el Estado de acogida si esta es inferior a seis meses consecutivos. El texto definitivo de la Directiva fijaba que este no podrá sobrepasar diez meses durante los cinco años requeridos, aunque este periodo, por razones excepcionales, puede ser ampliado de acuerdo con las legislaciones nacionales. Sin embargo, este periodo de ausencia ampliado no computará en el cálculo del total de residencia legal e ininterrumpida de cinco años

c) En el borrador del texto, se podría ampliar dicho plazo por motivos de de estudios, investigación, obligaciones militares, embarazo, maternidad, traslado por razones de trabajo o prestación de servicios transfronterizos¹⁷⁸, el Texto definitivo de la Directiva solo admite los dos últimos supuestos:

1.- Añadiéndose una de las causas de pérdida del estatuto es por la ausencia del territorio de la Comunidad durante 12 meses consecutivos, cuando antes era de dos años, se ha recortado pues este periodo en un año en perjuicio del residente de larga duración.

2.- Además se preceptúa la desaparición de la lista de ausencias justificables, lo que conlleva a presuponer la existencia de una lista abierta no exhaustiva, para de este modo paliar el amplio margen de discrecionalidad que ostentaban los Estados en esta materia.

El primer problema que plantea esta norma es desde cuando se computa el plazo de cinco años, puesto que la propuesta de la Directiva establecida únicamente el cómputo de dicho plazo, en cambio, el texto definitivo de la presente Directiva, ha añadido un apostillamiento, señalando que esta residencia debe ser inmediatamente anterior a la presentación de la demanda del estatuto de residente de larga duración.

En segundo lugar, se les exige al residente extranjero permanente que presta sus servicios en Europa, que dispongan de recursos fijos y suficientes, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los posibles riesgos. Ambos requisitos son preceptivos, tanto para el demandante del estatuto de residente de larga duración como para los miembros de su familia. Sin lugar a dudas, la finalidad de estas exigencias por parte del constituyente europeo, es evitar que estas personas se

¹⁷⁸ A nuestro juicio, existe una contradicción de este contenido con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las siguientes categorías: [...los trabajadores temporeros, y los trabajadores que una empresa envía a otro país para prestar un servicio transfronterizo; y a los refugiados o aquellos que han solicitado el reconocimiento de dicho estatuto]. En relación con el párrafo 3 del Art. 4, donde se especifican como se contabilizaran los periodos de cinco años y donde expresamente se señala que las estancias temporales realizadas por los trabajadores personas que están excluidas de su ámbito de aplicación (trabajadores transfronterizos, temporeros,...).

conviertan en una carga para el Estado de acogida. Por último, el segundo apartado del artículo 5, posibilita a los Estados a exigir que estas personas cumplan las medidas que respecto a su integración regule su legislación nacional. Constituyendo esta última medida también uno de los aspectos más criticables de esta Directiva (puesto que será el Estado el que de forma unilateral y con criterios que el mismo fije el que decida casuísticamente sobre el cumplimiento o no de que si a juicio se ha producido la referenciada integración) cuyo cumplimiento solo se exime si el sujeto hubiera cumplido este examen previamente en el primer Estado. Otro elemento destacable, es la potestad que se les confiere al Estado donde se pretende desplazar el extranjero residente permanente, de solicitarle a este la carga de la prueba de que se dispone de un alojamiento adecuado. A nuestro juicio, no tiene sentido solicitar el cumplimiento de este requisito, puesto que, se trata de personas que llevan ya residiendo en un Estado miembro 5 años, lo que presupone que tienen ya alojamiento, y además no se trata de supuestos de reagrupación familiar, donde como es lógico debe acreditarse el uso de una vivienda más adecuada (por ej. más grande si pretende agrupar a algún miembro de su familia).

En definitiva, el estatuto de residente de larga duración establece la igualdad de trato con los ciudadanos comunitarios en los siguientes ámbitos:

a) En las condiciones de acceso al empleo, asalariado o autónomo, sin que estén sujetos a las restricciones de un permiso de trabajo, no obstante, al igual que los ciudadanos comunitarios, no podrán ejercer empleos que impliquen participación en los poderes públicos¹⁷⁹.

b) En las condiciones de empleo y de trabajo, incluidos el despido y la remuneración

c) En el reconocimiento de los diplomas profesionales y otros títulos en las mismas condiciones que los nacionales comunitarios

¹⁷⁹http://www.elpais.com/articulo/espana/Condena/Espana/negar/residencia/inmigrantes/papeles/UE/el-pepiesp/20080115elpepinac_13/Tes En el artículo de prensa digital “*Condena a España por negar la residencia a los inmigrantes sin papeles*”. Se alaba el avance de esta Directiva ya que hasta ahora se les exigía con un permiso de trabajo y residencia español lo que, en la práctica, les obligaba a iniciar todos los trámites burocráticos (en algunos casos volver a su país para hacer un visado) ya que no se consideraban válidos la documentación obtenida en otros países europeos. Sin esa documentación exigida por la Ley de Extranjería, la estancia máxima de estos ciudadanos en España era de tres meses. Pero a su vez, se critica que la legislación de extranjería no haya aprobado la trasposición de la Directiva relativa a los inmigrantes extracomunitarios de larga duración, con el consiguiente perjuicio para éstos. Defecto subsanado por la LO 2/2009 de Extranjería que transpuso la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de Noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE de 23 de Enero de 2004).

d) En el libre acceso a la totalidad del territorio del Estado (este reconocimiento se llevara a cabo conforme a lo que determine la ley interna del país de acogida, estando limitada la libertad de circulación a las razones de seguridad que utilice el Estado de acogida).

Por lo que respecta a la igualdad de trato, el actual artículo 11, comprende un conjunto de de excepciones y restricciones, con respecto a la propuesta inicial y que podrían ser contrarias a las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE. Entre las que destacamos la supresión en el texto definitivo de la equiparación de derechos en lo que se refiere a las ventajas sociales, que si se recogen que en el art. 3 f) de la Directiva 2000/43/CE¹⁸⁰. Y por otra parte, se ha incluido un apartado nuevo el numero 4 en el art. 11, donde se permite que los Estados miembros limiten la igualdad de trato a las prestaciones básicas, a la asistencia social y a la protección social, lo que ha supuesto un retroceso en relación con la Directiva antes mencionada (2000/43/CE) que no establecía ninguna limitación en cuanto a la protección social. Asimismo, esta previsión choca igualmente con el contenido y objetivos del Reglamento 859/2003, el cual, a pesar de contener disposiciones favorables para estos inmigrantes, al ampliar las disposiciones de los Reglamentos de coordinación en materia de Seguridad Social a los nacionales residentes de terceros países. Y cuyo reflejo va a quedar constado en el caso de España, en la posibilidad de reembolso de los gastos originados por la asistencia sanitaria de los inmigrantes que cruzan el estrecho en vacaciones.

Y por último, se ha introducido un apdo. 2 nuevo, según el cual el Estado miembro de que se trate podrá restringir la igualdad de trato a los casos en que el domicilio o residencia habitual del residente de larga duración o de los miembros de su familia para los que solicitan las prestaciones o beneficios, se halle en su territorio en relación con un amplio elenco de prestaciones entre las que destacan fundamentalmente: educación y formación profesional; las becas de estudios; seguridad social; asistencia social; protección social; beneficios fiscales; el acceso a bienes y servicios a disposición del público; la libertad de afiliación y asociación .La consecuencia, más mediata de la aplicación de esta disposición es el posible perjuicio que ocasione su ejecutividad sobre todo a los trabajadores transfronterizos o desplazados que sean residentes permanentes en un Estado miembro.

De este modo, se continúa perpetuando la desigualdad social entre nacionales y residentes de larga duración. Sería por ello, deseable que los residentes de larga duración gozaran de las mismas condiciones de protección social que los nacionales en cualquier parte de la UE. A nuestro juicio,

¹⁸⁰Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de Junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

esta categoría de trabajadores debería tener cubierto todas las prestaciones sociales al igual que cualquier nacional de la UE (subsidios familiares, pensiones de jubilación, etc.) como el seguro de enfermedad o las prestaciones por desempleo. Asimismo deberían de tener derecho a asistencia social, previstas por el Estado para sus nacionales (tanto las de naturaleza económica como cultural, entre las primeras destaca el derecho al otorgamiento de de una renta mínima de subsistencia, las pensiones mínimas de jubilación y las prestaciones médicas gratuitas. (Recordemos que en la actualidad el reconocimiento sólo se limita a las prestaciones básicas que el Estado de acogida fije discrecionalmente). De otro lado, entre las prestaciones de naturaleza cultural, sería recomendable también el trato favorable en los desplazamientos en transportes públicos, las reducciones de precio en la entrada a manifestaciones culturales o análogas, e incluso comidas subvencionadas para niños pertenecientes a familias de renta modesta.) Finalmente, un avance importante en la materia lo constituye el reconocimiento del derecho a la libertad de asociación y libertad sindical a los residentes permanentes extranjeros en la UE en las mismas condiciones que los nacionales; prohibiéndose la fijación de restricciones suplementarias con respecto a estos derechos por parte de dos Estados miembros y un hito importante que se ha introducido en esta disposición comunitaria la constituye a nuestro juicio, el reconocimiento del derecho de estos trabajadores no sólo a la referenciada libertad de asociación y de sindicación anteriormente aludida, sino sobre todo, el poder presentar su candidatura a representante de un sindicato o de una asociación con la consiguiente trascendencia política que esta norma supone en la irrupción del panorama legislativo comunitario y en su trasposición en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados que conforman la UE.

1.3. PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA LA CARTA SOCIAL EUROPEA CON RESPECTO AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

La Carta Social Europea es el primer tratado internacional dirigido a regular los derechos económicos y sociales de las personas. Luego se elaboró el Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que es un instrumento más universal.

En la Carta Social Europea, ratificada por España el 5 de Junio de 1980, se reconocen los derechos y principios siguientes: “(...) 13ª Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a la asistencia social y médica. 14ª Toda persona tiene derecho a beneficiarse de servicios de bienestar social”.

Los derechos sociales poseen carácter subsidiario, estos han sido creados para suplir deficiencias o demandas en áreas no alcanzadas por otros derechos. “*Aunque relativamente diversos, todas las especies de derechos fundamentales -sea este derecho social, sea derecho de libertad- comulgan del mismo objetivo: la protección de la libertad del individuo en el medio social. De ahí que los distintos tipos de derechos fundamentales aparezcan en momentos diversos, es decir, sucesivos, de acuerdo con las necesidades de protección que vayan surgiendo de acuerdo con los cambios sociales.*”¹⁸¹

En la vertiente social de la Constitución Europea, las competencias de la Unión en esta materia se limitan a “*apoyar y complementar las actividades de los Estados Miembros*” (artículo III – 210), ya que de acuerdo con el principio de subsidiariedad la política social es competencia de los Estados.

“La Carta Social del Consejo de Europa constituye, en el terreno de los derechos humanos, la prolongación del Convenio Europeo para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Algunos de sus artículos, de hecho, se hacen eco de enunciados que son muy próximos a los que figuran en el Convenio. Es el caso, en especial, del artículo E, el cual prescribe que «el disfrute de los derechos reconocidos en la... Carta [debe ser asegurado] sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación», prohibiendo en consecuencia cualquier discriminación; este artículo es, salvo con algunos matices, idéntico al artículo 14 del Convenio. Otros artículos de la Carta tienen, cuando menos, el mismo objeto que algunos artículos del Convenio. Es el caso particular del artículo 5 referente al derecho de sindicación, así como, aunque de manera menos obvia, de algunos otros.”¹⁸²

Por tanto, la incorporación a la Constitución Europea de la Carta de los Derechos Fundamentales; el mantenimiento de las cláusulas horizontales sobre la igualdad de género, no discriminación y cohesión social; así como la consagración del principio de democracia participativa, se consideran un avance en el nuevo Tratado para la construcción de una Europa más social, democrática y participativa.

¹⁸¹ MOLLER, M., (2008). *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos*. Tesis Doctoral presentada en la Universidad de Burgos, pág. 351

¹⁸² BELORGEY, J., (2007). La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales. UNED, *Revista de Derecho Político*, N° 70, pág. 352.

De modo que, la protección de los derechos humanos en la Unión Europea es observada por los organismos internacionales y regionales con el propósito de implementar en todos los países, sistemas de promoción y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en general.

Para abordar esta problemática hay que partir de la premisa de que el inmigrante es sujeto de derecho. Si bien, el primer problema que se suscita es determinar ¿A qué categoría de derechos nos estamos refiriendo? Y en segundo lugar, analizar si el inmigrante tiene derecho al reconocimiento de derechos sociales y si es así, cual es contenido de los mismos. En referencia a lo expuesto, resulta insoslayable diferenciar entre cinco tipos de derechos: personales, políticos, sociales, económicos y culturales.

En la actualidad nos encontramos ante un proceso de deslocalización¹⁸³ de la inmigración, tal y como sostiene acertadamente GARCÍA MURCIA.¹⁸⁴, unido a la esperanza de mejora del mundo subdesarrollado, lo que nos obliga a la salvaguarda de una serie de derechos que deben tener vocación de universalidad y donde es preciso equilibrar el ejercicio de las libertades individuales (de movimientos, de iniciativa económica, etc.) con el correlativo despliegue de una política social en la que sustentarse.

No obstante, este estudio resulta incompleto sino definimos que son libertades públicas. Del contenido de la CE se desprende una falta de sistemática y ambigüedad en el tema, tal y como se desprenden de su art 13.1 que se rubrica “De los Derechos y Deberes Fundamentales”, pero los Capítulos en los que se divide complican una clara localización de estas libertades. Esta ausencia de definición por parte del legislador, ha provocado que la doctrina se pronuncie en torno a esta cuestión, existiendo una línea encabezada por Gómez Reino, que señala “*que no todo el contenido del Capítulo II, del Título I, regula derechos de libertad, no tampoco agota este capítulo el tema de las libertades públicas. Por otra parte, los artículos 6 y 7 se refieren a la libertad de partidos, sindicatos de trabajadores y de asociaciones empresariales*¹⁸⁵” y en contra la corriente doctrinal

¹⁸³ MOREAU M .A., L., (2005). *Internationalization de l' emploi et les délocalisations en Europe: perspectives juridiques*, publicado por European Univesity Institute, Florence, Departament of law, núm. 9, págs. 4-40.

¹⁸⁴ GARCÍA MURCIA, J., (2007). Deslocalizacion y tutela de los derechos sociales. *Revista Relaciones Laborales. Publicada por la Ley*, en Madrid, Marzo, núm.6, págs. 109-110.

¹⁸⁵ GÓMEZ REINO y CARNOTA E., (1978). Las libertades publicas en la Constitución. *En lecturas sobre la Constitución Española*, Vol. I, UNED, Madrid., págs. 31-67.

dirigida por Ferrer SANCHIS¹⁸⁶, que sostiene que, aunque queden excluidos algunos derechos, el concepto de libertades públicas se circunscribe a los derechos contenidos en la Sección Primera. A nuestro juicio, las libertades públicas se hallan dispersas y desordenadas en el texto constitucional, apareciendo junto a principios y programas económicos, encontramos en el conjunto del Título I, derechos sociales y culturales, así como garantías jurisdiccionales, algunas incluso se encuentran fuera del citado Título.

En el primer grupo, se encuadraría los derechos inherentes a la condición humana¹⁸⁷ y que pertenecen en igualdad de condiciones a extranjeros y españoles, y cuyo reconocimiento legislativo se realiza en nuestro país en general en el Título I y en particular, en el artículo 10.1 de la Constitución¹⁸⁸ : derecho a la vida y a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, a la libertad individual;(STC 107/1984) a la tutela judicial efectiva; (cuya incorporación fue tardía con respecto al resto de derechos personales STC 99/1985 de 30 de Septiembre); derecho a la libertad personal(STC 115/1987 de 7 de Julio);derecho de reunión, sin distinguir el legislador constitucional entre españoles y extranjeros(STC 85/1988 de 28 de Abril, *le reconoce la categoría de derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y asociación, que mantiene en la actualidad una íntima conexión doctrinal con ellos...*);derecho de asociación, que constituye un mandato constitucional tanto para españoles como par extranjeros tal y como recoge la STC 115/1987 de 7 de Julio);derecho de sindicación, cuya extensión, si bien, se circunscribe a “todos los trabajadores” ,sin distinción entre migrante o nacional, en la practica se observa como los sindicatos no afilian a trabajadores en situación irregular y conexo a este derecho

¹⁸⁶ FERRER SANCHIS P. A., (1978). Comentarios de Derecho Internacional Privado en la Constitución Española de 1978, en Lecturas de la Constitución Española, UNED, Madrid, pág. 61.

¹⁸⁷ Su concesión es universal y son los únicos que conllevan una plena garantía la efectividad en su ejercicio .Correlativo al mismo, es el Convenio Europeo (1950) modificado por última vez en el 2003 estructura el contenido tres Títulos: Derechos y libertades, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Disposiciones diversas. Dicho Convenio obliga a los Estados que lo suscriben a respetar los derechos económicos contenidos en su Título I. Es por ello, por lo que en su artículo 1 manifiesta que "Las Altas partes contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio" y que es similar a lo dispuesto en el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, donde se incluye, indiscutiblemente, a los extranjeros, aunque expresamente no se mencionen.

¹⁸⁸ A juicio de estos autores la Constitución española los principios consagrados en el Art. 10 de la CE, cumplen una función interpretadora de todas las normas, tanto internas como internacionales, transformando valores morales en jurídicos, otorgándoles en consecuencia un superrango constitucional, del que derivaran los derechos y libertades que van a irradiar todo nuestro texto constitucional..ALZAGA VILLAAMIN, O., (1988). *La Constitución española de 1978*, Madrid, ed. El Faro, pág 155.En la misma línea doctrinal se sitúa FERNÁNDEZ SEGADO, F., (1995). La dignidad de la persona humana en el ordenamiento constitucional español, en *RVAP*, N° 43, págs. 66 y ss. Que considera que la dignidad de la persona constituye la fuente de los derechos dimanantes en nuestra Constitución en particular de los enclavados en el Título I Capítulo II.

se encuentra el derecho de huelga, cuya titularidad es exclusiva de los trabajadores asalariados y que evidentemente, también podrán ejercitar los trabajadores inmigrantes pero reitero que para que su ejercicio sea efectivo, es necesario que su situación sea regular de conformidad con las leyes internas. Observándose como en este elenco de derechos enunciados, el legislador no se pronuncia en torno al derecho a la dignidad humana¹⁸⁹, quedando en consecuencia, la duda sobre su naturaleza de ser derecho fundamental para nuestro derecho, o si bien por el contrario, cabría ser considerado como un principio que el jurista debe ir aplicando caso por caso.¹⁹⁰

Y por último, integrarían este grupo, el resto de derechos que figuran en el Título I, a los que no hemos hecho referencia y cuyo otorgamiento a esta categoría de individuos se subordina al contenido del Tratado o las Leyes, además de permitir al legislador imponer condicionamientos adicionales a su ejercicio, si bien, dentro de unos parámetros que también encorsetan al legislador como son: el contenido esencial de los derechos, dignidad humana y la propias prevenciones constitucionales. (A *sensus contrario* el TC, prohíbe al legislador autorizar diferencias entre españoles y extranjeros sin tener en cuenta los mandatos constitucionales STC 112/1991 de 20 de Mayo). Con respecto al grupo de derechos que integrarían esta categoría son los siguientes: libertad de residencia, de circulación y derecho de petición. En relación con los dos primeros, tal y como ha reiterado la jurisprudencia del TC entre otras en las STC 94/1993 de 22 De Marzo, cuyo tenor literal es el siguiente “[...no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales, al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada para tales sentencias..., es pues, lícito que las leyes y Tratados, modulen el ejercicio de tales derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar u salir de España y a residir en ella]

Es decir, para su ejercicio es necesario que el inmigrante se encuentre en el país en situación regular, ya que es un derecho procedente de la soberanía del Estado, siendo simultáneamente el Derecho interno y el Internacional, los que modulen su reconocimiento y ejercicio. En este sentido, el estatuto jurídico de ciudadano europeo garantiza a los ciudadanos de

¹⁸⁹ VIDAL FUEYO, C., (2002). La nueva Ley de Extranjería a la Luz del Texto Constitucional, en *REDC*, N° 62, pág 190. Según esta autora todos los derechos fundamentales y libertades públicas, están vinculados y forman parte de la propia consideración del concepto dignidad entendida como libre autodeterminación de la persona.

¹⁹⁰ GOIG MARTÍNEZ J. M., (2004). *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, edit Universitas Internacional S. L, págs. 84-85.

la UE; una incompleta libertad de circulación y residencia, tal y como queda reflejado en la baja movilidad laboral que existe en los trabajadores de la UE, siendo las causas fundamentales que justifican esta inercia del trabajadores en desplazarse a otros mercados en el seno de la Unión, debidas fundamentalmente a obstáculos jurídicos, lingüísticos y la falta de información y asistencia que se les proporciona¹⁹¹. De modo que este derecho reconocido exclusivamente a los españoles en el Art. 19 CE, es extensible a los inmigrantes extranjeros siempre que cumplan los requisitos preceptuados por la Ley y los Tratados, siendo avalada esta tesis entre otras por las sentencias STC 94/1993 de 22 de Marzo; STC 116/1993 de 29 de Marzo y STC 242/1994 de 20 de Julio.(Además, el TS considera que estamos frente a un derecho fundamental no dependiente de la potestad discrecional de la Administración STS de 3 de Marzo de 1984; STS de 3 de Noviembre de 1981 y STS de 29 de Marzo de 1988).

Con respecto al derecho de petición, su contenido tal y como lo recoge la STC 161/1988 de 20 de Septiembre, se circunscribe a en poder solicitar gracia, expresando suplicas o formulando quejas .Este derecho en principio es exclusivo su ejercicio y titularidad a los españoles, pudiendo conferírsele a los extranjeros, si bien, en este caso habrá que tener en cuenta subordinación a los Tratados y a la Ley interna .Ante la omisión sobre el mismo que hacen los Tratados, el primer tratamiento que lo otorga a los extranjeros, viene regulado en el Art. 1 de la LO 4/2001 de 12 de Noviembre, reguladora de este derecho, la cual extiende su ámbito subjetivo a *<toda persona natural o jurídica, sin hacer distinción alguna sobre su nacionalidad, como cauce para la defensa de sus intereses legítimos y como participación ciudadana en los asuntos públicos>*.De modo que, si la situación del inmigrante es regular, se reconoce la total equiparación¹⁹² entre ciudadanos y extranjeros, sin diferenciación alguna por categorías quedando amparada plenamente su tutela.

¹⁹¹ MERCADER UGUINA J. R., y MORENO SOLANA A., (2007). De la movilidad de los trabajadores a la movilidad de los ciudadanos. *Rev. Relaciones laborales* núm. 13, Julio, pág. 983-1014

¹⁹² En este sentido se pronuncia la STC 107/84, de 23 de Noviembre, la que resuelve el Caso REYES ROSANO; nos dice que los derechos fundamentales de los extranjeros irregulares son *“aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, y si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español”*.

En segundo lugar, se situarían los derechos¹⁹³ políticos¹⁹⁴, cuyo ejercicio como regla general, es privativo de los españoles, a excepción de que exista principio de reciprocidad o equiparación con el reconocimiento a los propios nacionales españoles en el país de origen del extranjero (derechos de reunión, manifestación, asociación, etc.). De modo que, a pesar de que se trate de inmigrantes permanentes residentes de larga duración en un país miembro de la UE, ni tan siquiera el Tratado CE ofrece base jurídica específica a este respecto, sólo es tratado por la Comunidad refiriéndose a las elecciones municipales y únicamente en favor de los ciudadanos de la Unión.

No obstante, con relación al derecho de voto el TC establece una excepción a uno de los derechos reconocidos en el Título I y son los que figuran en el Art. 23 de nuestro texto constitucional cuya dicción señala lo siguiente:”

1. *Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.*

2. *Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes.”*

Es decir, que los inmigrantes no se encuentran en posicionamiento de igualdad frente a la ley para votar en las elecciones municipales y generales ni tampoco para el desempeño de cargo público.

De otro lado, existiría un tercer grupo integrado por un conjunto heterogéneo de derechos sociales y políticos, entre los que el propio Tribunal Constitucional ha enunciado los de se encuentran: a recibir u otorgar herencias, a la propiedad, etc. Cuya modulación puede ser realizada por razones de defensa, economía nacional y de interés general (STC 22/1984 de 17 de Febrero). Junto a éstos se situarían los derechos sociales: derecho a educación que conculcan otros

¹⁹³ Recordemos que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, su contenido ha sido ampliado por XI Protocolos, España ha firmado estos cuatro Protocolos, no ha ratificado los números IV y VII. que prohíbe la prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales, reconoce el derecho a la libre circulación, prohíbe la expulsión de nacionales y las expulsiones colectivas de extranjeros. que enumera las garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros, reconoce el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, el derecho a indemnización en caso de error judicial, el derecho a no ser juzgado o castigado dos veces y la igualdad entre esposos. En definitiva, derechos respectivamente catalogables como derechos civiles y políticos; libertades individuales que persiguen la garantía de la integridad y de la libertad de la persona humana.

¹⁹⁴ Cuya extensión en su titularidad a los extranjeros dependerá de lo que dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato en cuanto a su ejercicio entre españoles y quienes no lo son.

derechos libertad de enseñanza, de creación de centros docentes, de recibir formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones, de participar en el control y gestión de centros educativos donde estos sus hijos se encuentren recibiendo enseñanza. Derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga. Cuya concesión de titularidad a los inmigrantes, también se subordinan a lo que se disponga en las Leyes y Tratados, dando lugar en consecuencia a un trato desigual pero no discrecional por parte del Estado. Si bien, desde nuestro punto de vista, no puede existir integración, sin otorgamiento de derechos ya que se evidencia una desigualdad que impide la igualdad, y el propio termino equiparación¹⁹⁵ supone de por sí discriminación.

En relación, con los derechos propiamente relacionados con el mercado de trabajo, se englobarían en esta categoría los siguientes derechos: libertad de empresa; derecho de fundación y derecho al trabajo. Con respecto al primero, se trata de un derecho cuya titularidad también ostentan los extranjeros, si bien, con un doble condicionamiento de una parte a la normativa interna administrativa-laboral que regula su ejercicio (STC 83/1984 de 24 de Julio) y de otro, a la existencia también de normas que limiten estas actividades, al tratarse de inversiones extranjeras. De este modo, podemos sintetizar en ocho las facultades que confiere este derecho: adquirir la propiedad de los medios de producción; adquirir bienes y productos; contratación de trabajadores, poder de dirección en su empresa; derecho de participación en los órganos representativos de la misma; derecho a la negociación colectiva; libre asociación empresarial y a obtener beneficio por su trabajo.

Sin embargo, en la práctica resulta difícil delimitar los derechos y obligaciones de contenido entre los netamente económicos y los vinculados a los derechos sociales. Además, estos derechos socioeconómicos tienen su proyección en la Carta Social Europea, donde la violación del contenido de dichos derechos queda fuera del control jurisdiccional¹⁹⁶ y a lo más que se llega es a

¹⁹⁵ Según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española en su vigésima edición de 1992, este término significa considerar a una persona igual o al menos equivalente a otra”.En consecuencia, a nuestro juicio es más correcto hablar de igualdad de derechos en lugar de hacerlo de equiparación.

¹⁹⁶ Se observa como la Carta Social Europea prevé un mecanismo de control internacional arts. 21-29, que descansa sobre los informes que los Estados presentan periódicamente ante el Comité de Derechos Sociales que, a su vez, eleva al Comité de Ministros un Informe donde se sugieren, en su caso, las Recomendaciones que habrán de dirigirse a cada Estado afectado. El Comité de Ministros, en fin, elabora una Resolución de conjunto referida al período considerado y, en su caso, Recomendaciones individuales a los diferentes Estados. El Protocolo Adicional de Reclamaciones Colectivas (firmado en 1995 y ratificado por once Estados, entre los que no se encuentra España) prevé una nueva técnica de garantía sobre el modelo del Comité de Libertad Sindical de la OIT, en virtud de la cual se admiten reclamaciones colectivas que aleguen violaciones de la Carta y que pueden plantearse por distintos sujetos nacionales e internacionales (sindicatos de trabajadores y de empresarios y organizaciones internacionales no gubernamentales dotadas de estatuto consultivo ante el Consejo de Europa) ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, que elabora un Informe

dictar una Recomendación sobre su infracción, que carece debido a la naturaleza de la resolución de fuerza vinculante para el país destinatario que presuntamente ha cometido la infracción. La consecuencia más mediata de lo expuesto, es que debido a la interrelación entre los diferentes ámbitos que conforman la ciudadanía .De modo que, si el sujeto no tiene cubierta sus necesidades básicas sociales y económicas no puede ejercer libre e independientemente la participación política.

Con respecto al derecho de fundación, permite la creación de asociaciones de naturaleza privada que tengan fines generales, su autorización y regulación legal exige que el extranjero tenga una situación regular en nuestro país.

Por ultimo, en materia de derecho al trabajo es un derecho que a tenor del mandato constitucional sustentado en el Art. 35, corresponde su titularidad únicamente a los españoles, sin perjuicio del deber del Estado de creación de una política de empleo para hacer efectivo este deber (STC 22/1981 de 2 de Julio), pero para el ejercicio de este derecho tanto españoles como extranjeros, sus intereses están subordinados a los recursos financieros del Estado. En consecuencia, la Constitución permite que se establezca una discriminación positiva a favor de los españoles, pero sin que ello conlleve, de que los inmigrantes se vean privados de la posibilidad de trabajar en España porque existan trabajadores españoles en paro.¹⁹⁷ Ahora bien, una vez constituida la relación jurídico-laboral, la equiparación entre español y extranjero en el trabajo debe ser absoluta tal y como lo sostiene entre otras la sentencia STC 107/1984 de 23 de Noviembre). Asimismo este derecho conculca otros derechos laborales como son: derecho a la promoción laboral; sindicación; huelga; respeto a la intimidad en el trabajo; desempleo; a una remuneración suficiente; servicios sociales; adoptar medidas en caso de conflicto colectivo, etc.

Sin embargo, con respecto al derecho a la Seguridad Social de los inmigrantes, desde nuestro punto de vista, si su situación es regular, se encuentran en igualdad de condiciones que los españoles, pero sino es así, al encontrarse ubicado en nuestro texto constitucional, en el Capitulo III, nos encontramos ante un derecho expresamente vinculado a la ciudadanía, en este sentido se pronuncia el Art. 41 de la LGSS que señala “ *Los poderes públicos mantendrán un régimen público de SS para todos los ciudadanos..*” En consecuencia su titularidad, para el emigrante

al Comité de Ministros, el cual puede adoptar una Recomendación dirigida al Estado demandado. Sobre la Carta puede consultarse, Samuel, L. (2002) *Droits sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte social européenne*, Estrasburgo, 2ª ed., *passim*

¹⁹⁷ RAMOS QUINTANA, M., (1989). *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid., edit., Tecnos, págs. 77 y ss.

extranjero, se encuentra doblemente subordinado, de una parte a lo que establezcan los Tratados y las Leyes y de otro, a su situación administrativa en nuestro país, puesto que se incardina este derecho, dentro del apartado de los derechos de configuración legal, tal y como entre otros los manifiestan las sentencias STC 65/1987 de 21 de Mayo, STC 37/1994 de 10 de Febrero y aun encontrándose en situación de necesidad, es preciso para la asistencia prestacional económica por el sistema que este cumpla con una situación de regularidad(STC 134/1987 de 21 de Julio).

Por ello, surge la premisa ¿de si es posible que los inmigrantes cuya situación sea regular tuvieran derecho a una renta activa de inserción? Esto nos obliga a diferenciar entre los modelos de política de empleo implementados en la UE y en nuestro país, y este último extremo hay que tener en cuenta las competencias y delegaciones que se efectúan entre las diferentes Administraciones: central, autonómica y periférica. En un primer intento de aproximación al contexto europeo, hay que tomar como punto de referencia el Art. 13 del Tratado de Ámsterdam que prohíbe discriminación entre otros motivos, por razones de origen y cuya plasmación legislativa se materializo en Directiva 2000/78/CE en su Considerando 9, que señala “*que el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuye decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural, social, así como a su desarrollo personal*” Por su parte, en el Consejo de Lisboa en el año 2000, acordó reordenar las directrices para el empleo(en concreto, la directriz 7 es la destinada a los colectivos más desfavorecidos entre los que se encuentran los inmigrantes) que coexistían en ese momento, pasando posteriormente en el Consejo de Lisboa del 2000, a configurarse como principio informador básico de la política comunitaria. Estos instrumentos internacionales, han sido completados en la actualidad por el programa EQUAL cuyo objetivo se centra en la proyección supranacional en materia de lucha contra la discriminación transnacional en el mercado de trabajo.

El reflejo de estas actuaciones en el marco interno, encuentran su acomodo en el Art. 9.2 CE que señala como obligaciones de los poderes públicos entre otras [... *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*]. Y que debe ser puesto en correlación con el Art. 2g) de la Ley 56/2003 de 16 de Diciembre de Empleo, cuya referencia expresa a los inmigrantes se efectúa en el artículo citado, pasando a denominarlos “*colectivo migratorio externo*”, y en consecuencia, deben ser los destinatarios de las políticas activas de empleo(en base al Art. 26 del mismo Texto). También este ejercicio, en virtud de la

descentralización administrativa y traspaso de competencias a las CCAA, ha tenido su reflejo en los Planes de Empleo elaborados por la Administración autonómica y local. Destacando de su análisis, el tratamiento diferenciado que se hace en cada uno de ellos, de las actuaciones a desarrollar por estas Administraciones y que se encuentran subordinadas al poder discrecional que estas poseen, y que va a permitir a nuestro juicio, una aproximación más real a las necesidades de este colectivo, así como a la integración del inmigrante en la sociedad primaria donde se inserta, siempre y cuando sea regular ya, que sino ostenta esta condición, no cabe inclusión alguna dichos programas.

En base a lo expuesto, y tras examinar el contenido de la regulación actual en la materia (Real Decreto 1369/2006, de 24 de Noviembre, regulador de las rentas de inserción activa en nuestro país). Se observa como el eje que incardina esta norma, es incrementar las oportunidades de retorno al mercado de trabajo de determinados colectivos de trabajadores desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. De modo que, implícitamente parece darse cabida a este colectivo, sin embargo, al analizar los colectivos específicos destinatarios de estos programas: ser mayores de 45 años, parados de larga duración o emigrantes retornados; parados de cualquier edad, discapacitados o víctimas de violencia de género o doméstica. Se observa la exclusión del inmigrante económico que viene a nuestro país. En consecuencia, éste solo puede ser destinatario de la misma, directamente si es objeto de violencia de género o si es mayor de 45 años y se encuentra desempleado y para este último supuesto, debe además obviamente de ser regular, estar inscrito en el INEM durante al menos un año, no tener derecho a subsidio o prestación económica de la SS y, carecer de rentas, de cualquier naturaleza superiores al 75% del SMI. Las razones que justifican esta omisión por parte del legislador parecen sostenerse en el amparo de los criterios sostenidos por la STC 37/1994, que otorga al legislador *“libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas por la propia viabilidad y eficacia de aquel.”*

En consecuencia, el inmigrante que realiza una prestación laboral en nuestro país, para ser sujeto de derechos básicos independiente de su situación administrativa, su ámbito queda reducido a derechos de naturaleza personal que los Tratados le otorguen. Pero para ser destinatario de un mayor abanico de derechos, de naturaleza prestacional, social y económica incluso política es preciso que su situación en nuestro país sea regular, y que los Tratados y leyes internas le confieran esta titularidad y ejercicio. Esto nos lleva a la idea de consagrar la noción de ciudadanía como derecho fundamentalmente y por tanto la obligación del Estado para hacer efectiva la realización de su contenido, que no debe limitarse simplemente en elaborar planes que garanticen unos

mínimos de pensiones, sino que su función es la de conseguir la igualdad de derechos sociales entre los ciudadanos fin último de la ciudadanía social¹⁹⁸, ya que no es posible el ejercicio pleno de los derechos políticos si previamente no se ha producido un reconocimiento en el ejercicio de los derechos económicos y sociales fundamentales, es decir, no se puede ostentar la representación política sino se goza de libertad y se dan condiciones de acceso a sistema de mercado como mecanismo regulador de la distribución de los recursos en la sociedad. Es por ello, por lo que la ciudadanía entraña un constante conflicto entre la clase obrera a través de sindicatos y organizaciones que sirven de instrumento para realizar sus reivindicaciones socio-económicas que pretende conseguir un mayor espectro de igualdad a través de los mecanismos de participación y control de los trabajadores en un doble: plano económico y político en el seno de las democracias actuales.

Quizás sea el momento de empezar a hablar de otros modelos de ciudadanía, vinculados más a la vecindad o al compromiso civil o del nuevo ciudadano que a su nacionalidad. Esto habilitaría, por ejemplo, el acceso al sufragio y al derecho de voto, al menos en las elecciones municipales, para aquellos extranjeros, con un mínimo de arraigo en nuestra sociedad, que podría traducirse en aquellos que tengan con un permiso de residencia permanente, esto es, con cinco años de residencia legal y continuada en España.

En esta nueva configuración la ciudadanía europea aparece como imperfecta, debido a que inexistente una democracia política en sus órganos coetánea a la que existen en los países de la Unión que la componen, tampoco tiene competencia legislativa propias el órgano creado para ello. En consecuencia, el Parlamento Europeo y en el plano social los derechos que lo integran son

¹⁹⁸ MONEREO PEREZ, J. L., (1999). *Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo*, Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Sección Monográfica: Derechos Humanos, Derechos Fundamentales n º2, pág 242. La define acertadamente como el título jurídico bastante para beneficiarse con las transferencias y apoyos del poder público, permitiendo al individuo un ámbito de autonomía respecto al mercado y el disfrute en libertad de condiciones de vida dignas, compaginándose el principio de autonomía: los derechos sociales de la ciudadanía (pertenencia plena a la comunidad políticamente organizada, estatal o supranacional) garantizan ese espacio de autonomía y libertad de elegir.

¹⁹⁸ También es cierto que entre los colectivos que quedan desprotegidos de la acción protectora del sistema de Seguridad Social se encuentran :trabajadores en precario, trabajadores que prestan sus servicios en la economía sumergida y trabajadores extranjeros ilegales, que no sólo no pueden acceder a la previsión pública por falta de cotización sino que tampoco pueden acudir a la previsión privada, ya que carecen de medios para sufragarla, siéndoles en muchas ocasiones difícil sostener las necesidades básicas de subsistencia.

convertidos en meros postulados de política social sin el acompañamiento de garantías jurídicas y políticas en que sustentarse.¹⁹⁹

De otro lado, en relación con nuestro país, la modulación del Estado del Bienestar, se ha producido tratando de conjugar la universalización de las prestaciones sociales sobre todo, para aquellos los trabajadores que en el caso de escasa capacidad económica ,a los que se les reduce la intensidad en cuanto a la prestación y el sistema garantiza un mínimo de subsistencia, con el fin de garantizar la paz social y cuyo ámbito de ciudadanía es incompleto(trabajadores en precario, parados de larga duración, extranjeros, etc.) y que cohabitan en el sistema con los trabajadores que se encuentran en activo, a tiempo completo y contribuye al sostenimiento económico de la Seguridad Social ,estos últimos son los destinatarios absolutos de la ciudadanía social y cuyo grado de protección y de extensión de derechos sociales es más elevado que el grupo anterior y que además pueden de forma particular completar sus prestaciones sociales adquiriéndola a través de los productos financieros que ofrece el mercado privado de previsión social.

En conclusión, como sostiene G. RADBRUCH “el hombre no entra en el Estado como sujeto de derecho, sino que llega a ser sujeto de derecho precisamente por obra del Estado.”²⁰⁰De este modo, los derechos sociales que el Estado reconocen y las garantías que para que sean efectivas se brindan vienen fijados en la Constitución de cada Estado, quien fijara las necesidades sociales que son objeto de protección, además de otros instrumentos legislativos (como son las diferentes leyes laborales) y que a pesar de entrar en colisión con los derechos de los empleadores no pueden vulnerar los derechos legítimos de los que éstos son titulares²⁰¹. No obstante, no se puede entender éstos derechos sociales, sino como elemento integrador de del concepto de *ciudadanía social* entendiéndose esta como el conjunto de derechos políticos, civiles y sociales atribuidos al ciudadano²⁰² a los que el Estado se obliga a garantizar un nivel mínimo acorde con sus disponibilidades financieras.

¹⁹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., (1995). La política social en el Estado del Bienestar :Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización .*Revista de Trabajo y Seguridad Social* Julio-Septiembre 1995 nº 19, pág 38-46.

²⁰⁰ Filosofía del Derecho (1999), pág. 259, *cit* pág 76.

²⁰¹ MONEREO PÉREZ, J. L., (1999) .*Derechos Sociales, Ciudadanía y Ordenamiento laboral* “op. cit. pág 44.

²⁰² El concepto de ciudadano debe ser apreciado desde una perspectiva amplia, no sólo identificada con la nacionalidad sino por la pertenencia a una comunidad política nacional o supranacional, lo que no implica que el contenido de este término sea excluyente con la condición o categoría de extranjero. MONEREO PÉREZ, J. L., (1999). *Derechos Sociales, Ciudadanía y Ordenamiento laboral*, op. cit. pág.26.

En este sentido se observa como es un hecho constatable que la UE jamás hasta el momento ha tenido vocación de protección de los derechos sociales, dentro de su territorio. Para ello, basta recordar que en el Tratado de Maastricht se dejó libertad absoluta a los Estados para regularlo, puesto que no aprecia como objetivo de la UE su protección. Si bien, más tarde en el Tratado de Ámsterdam de 1997, la Unión Europea se «adhirió» a los derechos sociales reconocidos en la Carta Social Europea de 1961 y en la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores²⁰³ de 1989. Pero esa «adhesión»²⁰⁴ no significa que dichas Cartas hayan entrado a formar parte del derecho comunitario. Además el catálogo de derechos sociales fundamentales contenidos en la misma es deficitario si lo comparamos con los derechos de la misma naturaleza que se consagran en las constituciones de los Estados miembros de la Unión.

²⁰³ Los derechos consagrados en la Carta son: libre circulación y protección social, (El artículo 10, al final de párrafo 1 señala expresamente: Las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya sea por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes adaptados a su situación personal.) libertad de asociación y de negociación colectiva, formación profesional, igualdad de trato entre hombres y mujeres, formación profesional, información, consulta y participación de los trabajadores, protección de la salud y de la seguridad en el trabajo, protección de los niños y de los adolescentes, personas en edad avanzada y minusválidos y tal como figura en el artículo 27 de dicha Carta, la garantía de los derechos sociales enumerados corresponde de forma individual a cada Estado mediante su legislación y aplicación de convenios colectivos.

²⁰⁴ El significado de dicha adhesión queda puesto de manifiesto en el contenido del artículo 136 del Tratado de la Comunidad Europea donde la adhesión se circunscribe a los derechos previamente reconocidos en la Carta Social Europea de 1961 y en la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los trabajadores de 1989 y en su correlativo artículo 137.1 donde la comunidad apoya y complementa la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

- a. La mejora del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores.
- b. Fijación de las condiciones de trabajo.
- c. La seguridad social y la protección social de los trabajadores.
- d. La protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral.
- e. La información y la consulta a los trabajadores.
- f. La representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la co-gestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5.
- g. Las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad.
- h. La integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 150.
- i. La igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo.
- j. La lucha contra la exclusión social.
- k. La modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c).

Si bien, en el apartado 4 del mismo artículo se reconoce que descansa la competencia exclusiva en la materia en los Estados (no en la UE) así como la facultad de éstos de introducir medidas de protección más estrictas compatibles con el presente Tratado.

En consecuencia, desde nuestro punto de vista la facultad de reconocimiento y la extensión de su contenido continuo siendo materia propia de la legislación interna de cada Estado.

Asimismo del estudio de la Carta Comunitaria se desprende que la política social comunitaria en un principio estaba reducida a una categoría residual, subordinada a la política económica (fin primordial por el que se constituyó la CCE) para pasar a partir del año 1974, a convertirse en uno de los pilares necesarios en los que descansa el mercado común, para lograr un eficaz funcionamiento del mismo y pasar a un plano de complementariedad, quedando su proyección reducida finalmente al ámbito político, como queda reflejado en el hecho de que los gobiernos que forman parte del Consejo de Europeo, se comprometen entre si y frente a sus ciudadanos en el respeto (no el cumplimiento *sensus stricto* de su contenido). No optando a que en un futuro cuando se consiga la efectividad de la Unión no solo económica y de seguridad común, sino política y judicial, se transforme este valor declarativo en carácter obligatorio, como probablemente ocurra en un futuro muy próximo y deje de ser considerada como hasta el momento como conjunto de principios inspiradores que se proyecta sobre las legislaciones de los Estados miembros de la Unión en materia social y adquiera una eficacia constitutiva los derechos contenidos en la misma.²⁰⁵

Por su parte, en la propia Carta de Derechos Sociales, señala expresamente que sólo se podían tomar en consideración aquellos derechos sociales que ya estuvieran reconocidos en anteriores Cartas a las que la Unión se hubiera adherido. De este modo, se cierra el paso a la introducción de nuevos derechos, así como a la posibilidad de dotar a estos de mayor contenido.

Ello implica la fijación por parte del Consejo, de la determinación de un contenido *minimum* que los derechos sociales deben tener, con el fin de evitar una desregulación social por parte de los Estados miembros, constituyendo la dirección social a la que aspira la construcción europea y cuyo soporte material lo conforman la fuerza política que *per se* tiene el Consejo Europeo, que pese a carecer de fuerza vinculante, es innegable la proyección jurídica que ejerce sobre las instituciones comunitarias. Todo ello, sin perjuicio de que pese a su denominación equivocada de *derechos fundamentales* éstos no son reconocidos como tales, si lo son en cambio, como valores superiores no positivados en el Derecho comunitario pero con un valor innegable de ser fuente inspiradora no sólo de las prácticas comunitarias son también de los ordenamientos nacionales y en consecuencia de las decisiones adoptadas por el Tribunal Superior de las Comunidades Europeas (al que informa al ser catalogado por dicho Tribunal como *principios generales del Derecho* pero sin fuerza vinculante); sin que ello suponga, ampliación de las

²⁰⁵. MONEREO PÉREZ, J L., (1993). Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (y II), *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 57, págs. 834-856.

competencias de la comunidad europea, tal y como expresamente se señala en su Preámbulo, ni tampoco se de la inserción de los derechos humanos en el derecho comunitario y es por ello, por lo que se ha optado por insertar los derechos sociales en la categoría de derechos humanos haciendo desaparecer la preceptividad que conlleva la etiqueta de denominarse derechos fundamentales a esta vía declarativa de derechos. No obstante, no debemos olvidar que los actuales derechos humanos que parecen positivados en las Constituciones de los Estados miembros de la UE, en un principio carecían de fuerza vinculante y tenían un mero valor declarativo que con el transcurso del tiempo se ha ido transformando hasta hacerlos obligatorios.

Por todo expuesto, hay que matizar las dificultades empíricas que conllevan la aplicación de los derechos sociales que contiene la Carta Social, en primer lugar hay que hacer constatar que debido a la aplicación del principio de subsidiariedad en materia social comunitaria, la competencia reguladora de esta materia descansa en los Estados y uno en una institución paracomunitaria como lo es la Carta. De modo, que no basta simplemente con declaración de derechos, sino que es preciso positivizar estos derechos en una instancia comunitaria para que de este modo, a través de salvaguardar su garantía jurídica se pueda exigir su aplicabilidad por el ciudadano. Además en relación con el contenido de éstos derechos, se debe acatar por los mismos la pluralidad armonización jurídico-formal las legislaciones nacionales, para de este modo, conseguir una convergencia en la política social de los mismos, quedando de este modo en principio relegada su eficacia a la función integradora y conformadora de Tratados o Convenios Internacionales de fuerza vinculante a los que se acompaña, hecho que no parece oponerse al espíritu inspirador e integrador que parece entrever el artículo 10.2 de la Constitución española y que concuerda con ala imprecisión propia de los Textos que contienen protección de derechos humanos²⁰⁶.

En relación con la sistemática que se realiza en la Carta, sólo se introduce la mejora, en cuanto a la situación acertada que se realiza desde nuestro punto de vista, al introducir determinados de éstos derechos en los capítulos del I-III relativo a derechos fundamentales, lo que les confiere un mayor grado y protección que el resto de derechos sociales que aparecen recogidos en el capítulo IV, bajo el epígrafe “Solidaridad”, con una ubicación secundaria²⁰⁷, sin que se le dote

²⁰⁶. MONEREO PÉREZ, J, L., (1992). *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores* op. cit. pag 47.

²⁰⁷ En cualquiera de los casos, continua siendo más favorable la ubicación de los derechos sociales en el Título IV de la Carta de Derechos Fundamentales, que el enclave que le daba el Tratado de Maastricht en un “Anexo” del *la Carta Comunitaria de Derechos sociales* de 1.989(conocida como Carta Social). Este

de una rubrica literal a su contenido ni tampoco especifica(aparece este capitulo como un *cajón de sastre* donde colocamos al resto de derechos que parece que no sabemos donde ubicar. En este sentido, se incluyen en este capitulo la protección²⁰⁸ al medio ambiente, a los consumidores y el acceso a los servicios económicos de interés general).Además se omite el reconocimiento del derecho al trabajo, si bien a cambio, para poder subsanar esta deficiencia el articulo 15 del mismo Texto, (ubicado en la espacio consagrado a los derechos fundamentales artículos 1 al 24) proclama en su apartado 1. los el derecho de toda persona a escoger una profesión libremente elegida, pero en su apartado 2.se exige tener la condición de ser ciudadano de la Unión para poder buscar un empleo o trabajar en cualquier Estado de la Unión ,*exceptuando en consecuencia del derecho a trabajar a los migrantes extracomunitarios.*

Si abordamos el análisis de estos derechos de forma pormenorizada, se observa como en materia de Seguridad Social y ayuda social, la Carta de derechos de la Unión reconoce el derecho a la misma, pero no se fija el contenido mínimo²⁰⁹ que debe tener la Seguridad Social de cada Estado, cuya fijación vendrá determinada por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. Sin embargo, lo que en definitiva viene a consagrar que continua siendo competencia exclusiva de cada Estado miembro la fijación del contenido de los derechos sociales, ya que el derecho comunitario no puede armonizar la legislación social ²¹⁰. En consecuencia, se prohíbe a las instancias europeas, dictar normas destinadas a homogeneizar las prestaciones sociales de los diferentes Estados miembros, excluyendo así la posibilidad de que “*desde Europa*” se obligue a los Estados a asumir obligaciones sociales específicas. Dando de este modo lugar, a que en definitiva el tratamiento que realiza el derecho comunitario en torno a los derechos sociales, sea más restrictivo que el que efectúan las Constituciones de algunos de los Estados miembros.

protocolo aparecía incluido en el Tratado de Ámsterdam y por él, los estados miembros se comprometían a respetar los derechos sociales recogidos en la Carta Social.

²⁰⁸Desde nuestro punto de vista, consideramos desacertada la ubicación de éstos derechos conjuntamente con los derechos sociales, ya que le restan la importancia que de por si éstos tienen y que en consecuencia merecen un tratamiento separado y con un contenido más extenso del que le otorga la Carta, que parece más en este aspecto una mera formulación de propósitos.

²⁰⁹ A nuestro juicio, se ha desaprovechado la oportunidad histórica de dotar de un contenido mínimo a los derechos sociales, con fuerza vinculante para los Estados miembros de la Unión, pero por razones financieras y por no aparecer como objetivo básico de la Unión, éstos han quedados constreñidos a un papel testimonial y de mera declaración de buena voluntad, que en muchas ocasiones los Estados no peden llevar a la práctica por falta de medios para hacerlos efectivos.

²¹⁰ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., (2001). *La Carta de derechos de la UE y la dimensión social de la ciudadanía europea*, Revista Opinión nº 137 de 5 de Septiembre.

Asimismo no debemos olvidar el tratamiento que se efectúa en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE²¹¹, aprobada en Niza en el año 2000, donde se promulgan una serie de derechos y principios mínimos que deberán respetarse dentro de la Unión Europea por sus Estados miembros a la hora de aplicar el derecho comunitario. Sin embargo, su Texto pasa a convertirse en una mera declaración de principios, inspirador de las legislaciones nacionales, carente de eficacia jurídica, por lo que el sujeto no es tutelado con garantías jurídicas²¹². No obstante, del contenido de la parte I de la Carta, se observa como esta no solo debe inspirar la legislación positiva de los países adheridos a la misma, sino que además tiene una eficacia *per se* su contenido, de modo que, este no puede ser objeto de restricciones los derechos que aparecen regulados en la Parte I y II²¹³, si bien, su inobservancia no da lugar, a sanción de ningún tipo. Siendo en consecuencia, necesaria su incorporación constitucional por parte del Estado, para que estos derechos ostenten jurídicamente la categoría de fundamentales y que aparezca cristalizados en una norma jurídica vinculante incorporada en un ordenamiento jurídico concreto para que ostente la categoría de derecho. De otro lado, esta Carta reviste un carácter innovador, no sólo por su carácter escrito²¹⁴ y ser una recopilación de los derechos reconocidos por las máximas autoridades europeas en la materia: Tratado de la Unión Europea y Tratados Comunitarios, Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Cartas Sociales aprobadas por la Comunidad y Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sino sobre todo porque de su contenido intrínseco, se unifican derechos de naturaleza diferente²¹⁵: humanos, económicos y

²¹¹ Aprobada en Niza en el 7 de Diciembre de 2000, durante el Consejo Europeo de Niza. (A nuestro juicio, en el citado Texto se cometió el error histórico de no introducir valor vinculante a su contenido.

²¹² Tal y como señala. PECES BARBA, G., (1980). *Derechos Fundamentales*, 3ª Edición, edit Latina, Madrid, págs. 167-168. “*Toda norma de de Derecho positivo realmente existente, necesita de los tribunales de Justicia para que su titular pueda acudir e demanda de protección en caso de desconocimiento de un tercero. Los derechos fundamentales no son una excepción, a esta regla. Si un derecho fundamental no puede ser alegado, pretendiendo su protección, se puede decir que no existe como tal derecho en sentido jurídico.*”

²¹³ MONEREO PÉREZ, J. L., (1992). *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (y II)* págs. 61-65.op. cit. pág 47

²¹⁴ Es la primera vez que la Comunidad Europea consigue plasmar por escrito una relación de derechos fundamentales (que si bien no son nuevos, lo que se pretende es hacer más visible los ya reconocidos y recopilar los derivados de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la materia) todos los Estados reconocen como básicos y que deben respetarse por cualquier Estado de Derecho que forme parte de la UE.

²¹⁵ Desde nuestro punto de vista hay que precisar que los derechos sociales engloban a los derechos humanos ya que ambos son derechos del hombre y la diferencia fundamental estriba en que para los primeros el Mayor

sociales, aplicando de este modo el principio de indivisibilidad de los derechos²¹⁶. Y a su vez, junto a los derechos civiles y políticos tradicionales, los derechos sociales y económicos, en un texto único, lo cuál no se había logrado materializar en ningún acuerdo internacional o europeo. No obstante, la Carta si bien, tiene un valor jurídico-político innegable, no reconoce derechos de la ciudadanía comunitaria²¹⁷, ni protege específicamente los derechos de la persona en el ámbito de la Comunidad Europea, debiendo acudir para conseguir este reconocimiento supranacional al Tratado constitutivo de la Unión Europea y en concreto a su artículo 8 del Título II del Tratado donde se genera y configura el concepto de ciudadanía europea²¹⁸.

Si bien de lo anteriormente expuesto, no cabe dudas sobre su aplicación exclusiva para los ciudadanos comunitarios ¿Pero en que situación se encuentran los extranjeros frente a los derechos sociales consagrados en la Constitución Europea pendiente de ratificación por la Mayoría de los Estados Europeos? ¿Supone algún tipo de mejora en su estatuto? ¿Se amplían su ámbito de derechos de alguna forma?

En relación con la primera cuestión, se observa del análisis del texto comunitario, esta restricción no se encuentra presente en la formulación de los derechos, libertades y principios recogidos en el título I de esta Carta, así como en los recogidos en el Título VI, referentes a la Justicia. Sin embargo, en otros Capítulos de la Constitución Europea, si se aprecian desigualdad en el trato y en concreto esta vulneración queda patente en las siguientes materias:

grado de protección se alcanzan colectivamente y tienen una naturaleza prestacional por parte del Estado que es el sujeto que debe brindarlas mientras que los derechos humanos, la protección la de hacer valer el sujeto individualmente. Por su parte, los derechos políticos suponen la ordenación de las relaciones entre el Estado y el individuo ,recortando el poder del primero como consecuencia de su interrelación con el sujeto y por ultimo derechos económicos son aquellos que tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico cuya ejecución es compromiso del Estado .Todos estos derechos están interrelacionados y son complementarios unos de otros

²¹⁶ Sin embargo, la Carta Europea adolece de rango jurídico lo que viene a sostener la carencia de voluntad de los Estados de la Unión en esa coyuntura histórica de conseguir una unificación económica, social y política y que en la actualidad parece vislumbrarse un intento de acercamiento en la actual Constitución Europea en tramite de aprobación por los países integrantes de la UE.

²¹⁷ Compartimos la opinión sostenida por MOLINA NAVARRETE, C., en la Ponencia presentada en el XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 8 y 9 de Junio de 2001, donde en su opinión, la antinomia entre igualdad y ciudadanía, deberá resolverse con la superación de la ciudadanía, la desnacionalización plena de los derechos fundamentales, hasta ahora entendida sólo de forma parcial aunque en ascenso (STC. 94/1993), y la desestatalización de las nacionalidades.

²¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., (1992). *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (y II)* op. cit. pág 47.

- Protección de datos de carácter personal.
- Derecho al trabajo y de residencia para prestarlo.
- En materia de expulsión.

En relación con el derecho a la protección de datos este aparece consagrado en el II-68 que señala:

1. Toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que le conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derechos a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación.

3. El respeto de estas normas estará sometido al control de una autoridad independiente.

Del estudio del presente artículo se desprende como este derecho se otorga a la persona, sin establecer distinción alguna entre comunitario y extracomunitario, pero esta igualdad se quiebra en la práctica, debido a la implantación del sistema EURODAC²¹⁹, que permite crear un sistema de comparación de las impresiones dactilares de los solicitantes de asilo e inmigrantes clandestinos, para los primeros se conservarán durante diez años, salvo si la persona obtiene la ciudadanía de uno de los Estados miembros y para los segundos, se conservarán durante dos años y sólo se borrarán antes de finalizar dicho plazo: a) si el extranjero obtiene un permiso de residencia b) el extranjero abandona el territorio de los Estados miembros.

De este modo, se observa como hay una vulneración palpable de la protección de datos de los inmigrantes y a pesar de reconocérseles la posibilidad de pedir la reparación del perjuicio sufrido, (párrafo 3 del artículo analizado) ni el inmigrante dispone de medios económicos para hacerlo y el hipotético caso que lo lleve a cabo, en caso de que el Estado resulte culpable, tampoco está obligado a reparar el daño causado, debido a que este puede demostrar que el hecho lesivo no le es imputable por tener reconocida una exención parcial o total.

²¹⁹ Regulado por el Reglamento nº 2725/2000, cuya entrada en vigor se produjo el 15/12/2000 y cuyo ámbito se circunscribe a los países integrantes del Pacto de Dublín.

De otra parte, en relación con el derecho al trabajo²²⁰ el artículo 75-II de la Carta Magna Europea, resulta confuso, ya que de una parte, en su apartado 1, se reconoce el derecho al trabajo y a la elección del mismo, como una libertad cuya titularidad reside en el individuo, sin hacer distinción alguna entorno a su condición de ciudadano o no de la UE, para continuar *a posteriori* en el apartado 2, a restringir estos derechos de forma exclusiva a los ciudadanos comunitarios y continuar el apartado 3 del mismo artículo, haciendo referencia expresa a los ciudadanos de terceros países (inmigrantes) a otorgarles derecho a unas condiciones laborales equivalentes (no iguales) a las que disfrutaban el resto de los ciudadanos de la Unión y sin tener por supuesto derecho a establecerse o prestar servicios en cualquier Estado de la Unión. (derecho único y propio de los que ostentan la categoría de ciudadanía europea).

Por su parte, este artículo hay que examinarlo con su correlativo el artículo II-105 del mismo cuerpo legal, ya que en su apartado 1, se reconoce libertad de residencia y circulación por los países integrantes de la Unión únicamente a los ciudadanos comunitarios y en su párrafo 2., se señala que *“podrá concederse esta libertad...”* (en realidad parece acomodarse más a una concesión administrativa que aun derecho) *de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.* (se extiende su ámbito a los inmigrantes siempre que su residencia en cualquiera de los Estados miembros de la Unión sea legal) lo que viene a subrayar, es que si el sujeto se encuentra en situación ilegal, evidentemente no sólo no podrá hacer uso, sino que además cabe la posibilidad de que se le incoe un expediente de expulsión si así lo acuerdan las autoridades policiales de ese país. Asimismo merece especial atención denotar el hecho, de que este no constituye en modo alguno un derecho para el inmigrante, ya que de la transcripción de este artículo se deduce que el inmigrante aunque se encuentre en situación legal, se le podrán conceder esta libertad, pero en ninguna parte del articulado se señala expresamente como una obligación para el Estado, que en consecuencia puede pronunciarse en torno a su procedencia o no de forma discrecional sin ningún tipo de vinculación comunitaria que le constriña a ello.

Y por último en materia de expulsión, el artículo II-79 párrafo 1, prohíbe de forma expresa las expulsiones colectivas y el apartado 2, señala:

²²⁰ Recordemos que el la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en su artículo 15.2: sobre la libertad profesional y el derecho a trabajar, señala que *“Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro”*. (De modo, que no se diferencia entre su condición o no de ciudadano). Pronunciándose en consecuencia, en el mismo sentido que la actual Constitución Europea sometida a ratificación por los Estados miembros que tampoco cuestiona esta distinción.

“Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

En relación con el primer apartado, se observa su incumplimiento, tal y como lo demuéstrale hecho de las extradiciones colectivas que están a la orden del día, utilizándose para ello todos los medios de transporte, estas deportaciones se realizan hacia los países de origen de los inmigrantes, sin que garantías suficientes en cuanto al país de origen y el de tránsito para que se realice este proceso correctamente, con la consiguiente violación de derechos humanos que esta situación provoca (amen de la situación de desprotección de estos inmigrantes económicos que cuando vuelven a sus países de origen o continúan con guerrillas internas o con devastación del campo y sin los medios necesarios para poder subsistir-o mueren por las guerrillas o por hambre). De otro lado, en cuanto a la expulsión individual, lamentablemente se ha convertido en una práctica habitual (reiteramos la ausencia de garantías necesarias) este fenómeno en la mayoría de los países europeos pese a las voces en contra de las ONG's. (En la práctica la mayoría de las extradiciones se realizan sin haber seguido un estudio pormenorizado de cada caso amparándose en el criterio de nacionalidad para proceder a su ejecución, sin analizar en cada caso concreto las circunstancias del individuo)

En conclusión, nos encontramos en el ámbito espacial de la actual UE tres tipos de sujetos:

- 1.El ciudadano comunitario (plenipotenciario titular de derechos).
- 2.Inmigrantes legales(que están en posesión de permiso de trabajo y de residencia que tienen sus derechos restringidos y sujetos a la conservación de la condición de trabajador)
- 3.Inmigrante irregular (sin tenencia de la documentación necesaria para poder trabajar ni residir en Europa y en consecuencia desprotegido de cualquier tipo de derecho).

Por último en relación con la premisa de que si los derechos sociales consagrados en la Carta Magna Europea, suponen mejora en el estatuto o una amplitud en el ámbito de aplicación a los inmigrantes, la respuesta es negativa, existe a nuestro juicio, una segmentación en el ámbito de los derechos sociales analizados, que dividen al inmigrante según su situación legalizada o no en el país (en la mayoría de las ocasiones que haya tendido la suerte de cumplir los requisitos exigidos por los procesos extraordinarios de regularización) y en relación con éstos que se encuentren en situación legal, no gozan de plenitud de derechos en condiciones de igualdad a los nacionales, sino de mera equiparación en el mejor de los casos y además están sometidos al límite de temporal de

su posesión mientras continúen ostentando la categoría de trabajador, ya que si se les despiden dejan de disfrutar de los escasos y limitados derechos sociales de los que eran beneficiarios.

De otro lado, en cuanto a los inmigrantes irregulares²²¹, su situación es aun más difícil, ya que de una parte no sólo no pueden disfrutar de estos derechos sociales mermados que les ofrece el Texto Europeo, sino que además se les niega el reconocimiento de sujeto y por tanto de titular de derechos (ante esta situación la única posibilidad que les cabe es esperar a que de nuevo se abra la bolsa de las regularizaciones y tengan la suerte de cumplir con los requisitos exigidos y de este modo, pasaran a convertirse en ciudadanos europeos de segunda categoría, que es desde nuestro punto de vista, lo que la futura Constitución Europea les esta brindando).

En definitiva, la realidad actual de los flujos migratorios nos enfrenta a la necesidad de transformar la condición de ciudadanía, dotarla de mayor contenido (social, cultural y político) sobre todo del primero, para que deje de constituir un instrumento de exclusión su no tenencia, ya que el inmigrante que viene a vivir y trabajar a Europa lo hace con una vocación de permanencia y si lo que se quiere es integrar, el primer paso consiste en dotarlos de unos derechos sociales mínimos, independientemente de su condición de trabajador sino simplemente por el hecho de ser persona.

Sin embargo, este planteamiento presenta una clara disfunción con la definición de la política de inmigración como parte del primer pilar, de acuerdo con el Título IV del Tratado de Ámsterdam. En el mismo sentido, se pronuncian las recomendaciones de Tampere de Octubre de 1999, donde el Consejo de Europa subrayó la necesidad de garantizar un "trato justo" a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros. No obstante, se establece una distinción formada por un primer grupo integrado por aquellos que residiendo en Europa, carecen de estancia prolongada para los que se condiciona su admisión y residencia a la evolución económica y demográfica de la Unión, así como de la situación en los países de origen. Y en un segundo grupo, se insertarían a los nacionales de terceros países que estén instalados permanentemente, en alguno de los países que integran la Unión y cuya residencia

²²¹ Si bien el término irregular hace referencia no a una cualidad del sujeto, sino un derecho que tiene todo sujeto a emigrar acorde con la transcripción del artículo 13 de la Declaración de Derechos Humanos que señala:

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

No obstante, en la práctica se observa como esta declaración como muchos de los artículos recogidos en la Carta de derechos Fundamentales, quedan constreñidos a ser sólo meramente una declaración de principios inaplicables.

sea legal se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme, lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia e incluso la posibilidad de obtener la nacionalidad del Estado miembro en que residen²²².(si optan por adquirirla) sin olvidar el principio de -no discriminación- respecto de los ciudadanos del Estado de residencia. Sin embargo, se observa como a pesar de incorporar la recomendación de asimilación en el reconocimiento de derechos -se habla de situación "comparable" a los ciudadanos de la UE, es decir, todavía no se habla de equiparación. Circunstancia esta contraria a los postulados que deben regir una política de integración, basada en tratar de conseguir que los ciudadanos de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros, se les otorguen derechos comparables a los ciudadanos nacionales de la Unión Europea.

Con todo ello, lo que parece desprenderse de la Comisión Europea, es que la circulación de los ciudadanos de la Unión entre los Estados miembros se efectúe *mutatis mutandis*, en condiciones similares, si no iguales, a las de los ciudadanos de un Estado miembro que circulan o cambian de residencia²²³ o actividad dentro de su propio país. Cualquier obligación suplementaria de naturaleza administrativa o legislativa debería limitarse a lo estrictamente necesario exigido por la condición específica de "no nacional".Sin embargo, la ejecución de esta igualdad, conllevaría la supresión de trabas administrativas y fijación de derechos para los ciudadanos extracomunitarios que residan en la UE, que en la practica no se han llevado a cabo.

No obstante, la fijación de una mayor amplitud de derechos a los nacionales de terceros países nos llevaría a plantearnos una serie de cuestiones ¿Cuál es el tiempo de estancia exigible para ser considerada permanente? ¿En el caso de conseguir una unanimidad en la fijación de este periodo cuáles serán los derechos reconocidos?¿Existiría la posibilidad de conseguir la fijación de un contenido mínimo de derechos reconocidos universalmente para dichos extranjeros dentro del ámbito de la UE?

²²² Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Europa ,Propuesta de Directiva del Consejo Bruselas, 13.3.2001COM(2001) 127 final.2001/0074 (CNS)(DOCE C240R fr. 28.8.2001 p.0079-0087)

²²³ Recordemos que los extranjeros residentes permanentes de larga duración pueden residir legalmente en el país que les reconoce este Estatuto, pero por el contrario no pueden residir en otro Estado miembro con fines laborales o de estudios y sólo disponen del derecho a circular, por un período máximo de tres meses, en los Estados miembros que forman parte del territorio Schengen. Posicionamiento en consecuencia contrario a la flexibilidad que demanda el mercado laboral. (Ejemplo lo constituye el caso de los expertos en nuevas tecnologías cada vez más demandados por atraerlos a su Estado).

En relación con la primera cuestión, existen una serie de Textos Internacionales que fijan un periodo mínimo similar:

1. Convenio nº 97 de la Oficina Internacional del Trabajo, establece unas obligaciones con el fin de conseguir la igual de trato (siempre que estos acrediten 5 años de residencia en algún país de la UE) en sectores económico y social, incluso en caso de rescisión de contrato.

2. La Carta Social²²⁴ de 1961 (se aplica a todos los Estados miembros) y la de 1996 (cuyo ámbito se circunscribe sólo a los 21 países que la han suscrito) Reconoce protección del trabajo, derecho a la negociación colectiva, a la Seguridad Social, a la Familia, etc.

3. El Convenio Europeo de Creación del Consejo de Europa en 1955, se garantiza la seguridad de estancia del emigrante que ejerce una actividad económica tras cinco años de residencia y en los demás casos, tras diez años. Establece también una relación entre la duración de la estancia y la protección contra la expulsión y ofrece garantías importantes en materia de procedimientos.

4. El Convenio Europeo de 1977 sobre el Estatuto Jurídico de los Trabajadores Migrantes, proporciona una base adecuada para la protección de los derechos civiles, económicos y sociales de los emigrantes. Este Convenio, no obstante, sólo ha sido ratificado por seis Estados miembros.

5. Sin lugar a dudas, el Mayor avance en la materia lo ha constituido la aprobación por parte del Consejo del Estatuto²²⁵ para los nacionales de terceros países que sean residentes de larga duración, a los que se les exige cinco años de residencia legal e ininterrumpida²²⁶. Si bien, se admiten ausencias de temporales en el territorio del Estado miembro, estas no podrán ser no superiores a seis meses consecutivos (que no totalicen más de 10 meses durante 5 años) o por razones específicas previstas en la legislación de cada Estado miembro (por ejemplo obligaciones militares, traslado para razón de trabajo, enfermedad grave, maternidad, realización de

²²⁴ España ratificó el contenido de la Carta Social Europea de 1961, el 29 de Abril de 1980.

²²⁵ Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de Noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Debiendo adoptarse por los Estados las disposiciones necesarias para la aplicación de la presente Directiva como máximo el 23 de Enero del 2006.

²²⁶ Directiva del Consejo COM (2001) 127 final 2001/0074 (CNS) (DOCE C240R fr. 28.8.2001 p.0079-0087). Esta disposición no fija la edad mínima en la que los niños pueden obtener el estatuto de larga duración.

Esta edad se fija por la legislación nacional y se corresponde con la edad en la que el Estado miembro expide por primera vez un permiso de residencia a los niños.

investigaciones o estudios) no se contabilizarán en el cálculo de la duración de residencia. Asimismo esta condicionado su reconocimiento al cumplimiento de dos requisitos²²⁷ básicos:

- Encontrarse en posesión de recursos estables y suficientes para cubrir sus necesidades sin recurrir al sistema de ayuda social del Estado miembro.

- Tener un seguro de enfermedad.

También, los Estados miembros pueden exigir a los nacionales de terceros países que cumplan condiciones suplementarias de integración (como conocimiento suficiente de una lengua nacional del Estado miembro). Además éstos podrán rechazar la expedición del estatuto por razones de orden público o seguridad pública.

Por su parte una vez que el inmigrante de larga duración adquiere el estatuto de residente, el interesado tendrá derecho a toda una serie de prestaciones en las mismas condiciones que los nacionales, en particular en materia²²⁸ de:

- condiciones de acceso a un empleo asalariado y a una actividad por cuenta propia así como condiciones de empleo y trabajo (descanso semanal, normas de higiene, vacaciones anuales, salario, condiciones de despido);

- educación y formación profesional, reconocimiento de títulos;
- protección social (subsidios familiares, pensiones de jubilación) y asistencia sanitaria;
- asistencia social (renta mínima, pensiones mínimas, ayuda médica gratuita);
- ventajas sociales y fiscales, acceso a bienes y servicios;

²²⁷ Por su parte el *Artículo 6* de Directiva del Consejo COM (2001) 127 final 2001/0074 (CNS) (DOCE C240R fr. 28.8.2001 p.0079-0087), señala las *condiciones sobre recursos económicos y seguro de enfermedad* que debe tener el residente extranjero permanente de larga duración.

1. Los Estados miembros exigirán al nacional de un tercer país que aporte la prueba de que dispone para sí mismo y para los miembros de su familia que estuvieren a su cargo de:

a) recursos fijos no inferiores a la cantidad umbral por debajo de la cual puede concederse una asistencia social en el Estado miembro en cuestión. En caso de que no pudiere aplicarse esta disposición, los recursos se considerarán suficientes cuando fueren equivalentes a la pensión mínima de seguridad social pagada por el Estado miembro en cuestión. El carácter fijo de los recursos se evaluará en función de la naturaleza y la regularidad de los ingresos antes de la adquisición del estatuto de residente de larga duración.

b) un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro en cuestión.

2. Las condiciones del apartado 1 no se aplicarán a:

a) los refugiados,

b) los nacionales de terceros países que hubieren nacido en el territorio de un Estado miembro.

²²⁸ El *Artículo 12*, de Directiva del Consejo COM (2001) 127 final 2001/0074 (CNS) (DOCE C240R fr. 28.8.2001 p.0079-0087), señala las situaciones a las que se aplica Igualdad de trato.

- libertad de asociación y afiliación y participación en organizaciones de trabajadores o patronos.

- libre acceso al conjunto del territorio del Estado miembro concernido.

Sin embargo, este reconocimiento inicial puede ser restringido por el Estado miembro en ciertos casos en materia de: acceso al trabajo y educación (por ejemplo, pidiendo pruebas del conocimiento adecuado de la lengua); ayuda y protección social (los Estados miembros podrán limitar la igualdad de trato a las prestaciones esenciales. Todo ello, sin perjuicio de la libertad que tiene todo Estado de ampliar la lista de ámbitos en los que concederán igualdad de trato o la lista de prestaciones que se prestarán a sus nacionales. No obstante, el residente permanente goza de una Mayor garantía en la protección, como por ejemplo cuando se dicta una “orden de expulsión”. De modo que, sólo cabe su expedición cuando existan unas razones fundamentadas que lo justifiquen (amenaza actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, sin que sea admisible en consecuencia, razones económicas para justificar tal decisión).

De otra parte, en relación con el tratamiento específico que realiza cada Estado, destaca el hecho de que a pesar de este reconocimiento internacional europeo que hemos analizado será cada Estado de la UE, el que fije de forma unilateral los criterios de adquisición del estatuto así como la amplitud y determinación de los derechos conferidos siguen siendo variables de un Estado a otro, lo que conlleva aun trato diferenciado y discriminatorio según el Estado en que nos situemos. Ejemplo de lo expuesto, lo constituye el hecho de que en trece Estados miembros el estatuto de residencia permanente abre las puertas del mercado laboral sin ningún tipo de restricción. En la mayoría de Estados miembros los residentes de larga duración tienen derecho a las prestaciones sociales y a la asistencia social en las mismas condiciones que los nacionales. No obstante, algunos Estados reservan el disfrute de la asistencia social sólo a los nacionales. En circunstancias similares se encuentra el derecho a la educación, en la mayoría de Estados miembros, está reconocido sin ningún tipo de discriminación cuando se trata de la enseñanza primaria y secundaria. En cambio, los gastos de matriculación en la universidad de los nacionales de terceros países, incluso si son residentes de larga duración, pueden ser más elevados; igualmente la obtención de becas puede resultarles más difícil.

El problema que se plantea es la aparición de la Directiva 2003/109 de 25 de Noviembre del Consejo, cuyo objetivo era asegurar un trato justo a los nacionales de terceros países residentes

legalmente en un Estado comunitario, y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión²²⁹.

En primer lugar, conviene recordar que el derecho a la concesión del estatuto de residente permanente por el extranjero, no se concede automáticamente sino que el sujeto debe solicitarlo, estando su ámbito subjetivo conformado por los nacionales de terceros países residentes legales en un Estado miembro de la UE, por uno de estos motivos: a) haber nacido en el mismo pero no haber adquirido la nacionalidad; b) haberse producido la entrada *a posteriori* en este país, con independencia de los motivos de su admisión inicial. No obstante, su aplicación no es general en todos los países de la UE, quedando excluidos de su ámbito espacial, los países que figuran en los Considerando 25 y 26 que no lo suscribieron. Con respecto a nuestro país, este se comprometió a trasponer esta norma a su derecho interno antes de 23 de Enero del 2006, sin que hasta el momento se haya producido. Los aspectos más relevantes de este Estatuto a nuestro juicio son los siguientes: a) que el solicitante haya residido de forma legal e ininterrumpida durante los cinco años anteriores a la presentación de la demanda en el Estado de acogida (en la propuesta inicial era de 10 años); b) Además se permite la no interrupción de la residencia en el Estado de acogida si esta es inferior a seis meses consecutivos. El texto definitivo de la Directiva fijaba que este no podrá sobrepasar diez meses durante los cinco años requeridos, aunque este periodo, por razones excepcionales, puede ser ampliado de acuerdo con las legislaciones nacionales. Sin embargo, este periodo de ausencia ampliado no computará en el cálculo del total de residencia legal e ininterrumpida de cinco años; c) En el borrador del Texto, se podría ampliar dicho plazo por motivos de de estudios, investigación, obligaciones militares, embarazo, maternidad, traslado por razones de trabajo o prestación de servicios transfronterizos²³⁰, el Texto definitivo de la Directiva solo admite los dos últimos supuestos. d) Añadiéndose una de las causas de pérdida del estatuto es por la ausencia del territorio de la Comunidad durante 12 meses consecutivos, cuando antes era de dos años, se ha recortado pues este periodo en un año en perjuicio del residente de larga duración. Además ha desaparecido

²²⁹ CRESPO NAVARRO, E., (2004). La Directiva 2003/109 del Consejo, relativo al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 18, Vol. 8, págs. 531-552.

²³⁰ A nuestro juicio, existe una contradicción de este contenido con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las siguientes categorías: [(...) los trabajadores temporeros, y los trabajadores que una empresa envía a otro país para prestar un servicio transfronterizo; y a los refugiados o aquellos que han solicitado el reconocimiento de dicho estatuto]. En relación con el párrafo 3 del Art. 4, donde se especifican como se contabilizaran los periodos de cinco años y donde expresamente se señala que las estancias temporales realizadas por los trabajadores personas que están excluidas de su ámbito de aplicación (trabajadores transfronterizos, temporeros, (...)].

la lista de ausencias justificables, y consideramos que es buena la existencia de una lista abierta, no exhaustiva, por que si no se deja demasiado margen de actuación a la discrecionalidad de los Estados.

El primer problema que plantea esta norma es desde cuando se computa el plazo de cinco años, puesto que la propuesta de la Directiva establecida únicamente el computo de dicho plazo, el Texto definitivo de la presente Directiva, ha añadido un apostillamiento, señalando que esta residencia debe ser inmediatamente anterior a la presentación de la demanda del estatuto de residente de larga duración.

En segundo lugar se les exige que dispongan de recursos fijos y suficientes, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los posibles riesgos. Ambos requisitos se exigen tanto para el demandante del estatuto de residente de larga duración como para los miembros de su familia. La finalidad de estas exigencias, es evitar que estas personas se conviertan en una carga para el Estado de acogida. Por último el segundo apartado del artículo 5, posibilita a los Estados a exigir que estas personas cumplan las medidas que respecto a su integración regule la legislación nacional. Esta última medida también constituye uno de los aspectos mas criticables de esta Directiva, cuyo cumplimiento sólo se exime si ya en el primer Estado se le hubieran exigido estas medidas. Los Estados miembros podrán también pedir prueba de que se dispone de un alojamiento adecuado. No encontramos mucho sentido a este requisito porque se trata de personas que llevan ya residiendo en un Estado miembro 5 años, lo que presupone que tienen ya alojamiento, y además no se trata de supuestos de reagrupación familiar donde es lógico que se posea una vivienda más adecuada(por ej. más grande).

De otra parte, el estatuto de residente de larga duración establece la igualdad de trato con los ciudadanos comunitarios en los siguientes ámbitos: a) en las condiciones de acceso al empleo, asalariado o autónomo, sin que estén sujetos a las restricciones de un permiso de trabajo, no obstante, al igual que los ciudadanos comunitarios, no podrán ejercer empleos que impliquen participación en los poderes públicos²³¹; b) en las condiciones de empleo y de trabajo, incluidos el

²³¹http://www.elpais.com/articulo/espana/Condena/Espana/negar/residencia/inmigrantes/papeles/UE/elpepiesp/20080115elpepinac_13/Tes En el artículo de prensa digital “*Condena a España por negar la residencia a los inmigrantes sin papeles*”. Se alaba el avance de esta Directiva ya que hasta ahora se les exigía con un permiso de trabajo y residencia español lo que, en la práctica, les obligaba a iniciar todos los trámites burocráticos (en algunos casos volver a su país para hacer un visado) ya que no se consideraban válidos los papeles obtenidos en otros países europeos. Sin esa documentación exigida por la Ley de Extranjería, la estancia máxima de estos ciudadanos en España era de tres meses. Pero a su vez, se critica que la legislación de extranjería no haya aprobado la trasposición de la Directiva relativa a los inmigrantes extracomunitarios de larga duración, con el consiguiente perjuicio para éstos.

despido y la remuneración; c) en el reconocimiento de los diplomas profesionales y otros títulos en las mismas condiciones que los nacionales comunitarios d) y en el libre acceso a la totalidad del territorio del Estado (este reconocimiento se llevara a cabo conforme a lo que determine la ley interna del país de acogida, estando limitada la libertad de circulación a las razones de seguridad que esgrima el Estado de acogida).

Por lo que respecta a la igualdad de trato, el actual artículo 11, comprende un conjunto de excepciones y restricciones, con respecto a la propuesta inicial y que podrían ir en contra de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE. En este sentido, se observa como se ha suprimido en el Texto definitivo la equiparación de derechos en lo que se refiere a las ventajas sociales, que si se reconocen que en el art. 3 f) de la Directiva 2000/43/CE. Y por otra parte, se ha incluido un apdo. 4 en el art. 11 donde se permite que los Estados miembros limiten la igualdad de trato a las prestaciones básicas respecto de la asistencia social y la protección social, cuando en la Directiva antes mencionada (2000/43/CE) no se establece ninguna limitación en cuanto a la protección social. Esta previsión choca igualmente con el contenido y objetivos del Reglamento 859/2003. Que a pesar de contener disposiciones favorables para estos inmigrantes, al ampliar las disposiciones de los reglamentos de coordinación en materia de Seguridad Social a los nacionales residentes de terceros países. Que en el caso de España, va a tener su reflejo en la posibilidad de reembolso de los gastos originados por la asistencia sanitaria de los inmigrantes que cruzan el estrecho en vacaciones.

Y por último, se ha introducido un apdo. 2 nuevo, según el cual en relación con por ejemplo la educación y formación profesional y las becas de estudios, la Seguridad Social, la asistencia social y la protección social, los beneficios fiscales, el acceso a bienes y servicios a disposición del público, la libertad de afiliación, asociación, etc., el Estado miembro de que se trate podrá restringir la igualdad de trato a los casos en que el domicilio o residencia habitual del residente de larga duración o de los miembros de su familia para los que solicitan las prestaciones o beneficios, se halle en su territorio.

Con ello, se puede perjudicar a todos los trabajadores transfronterizos o desplazados que sean residentes permanentes en un Estado miembro. De este modo, subsiste la desigualdad social entre nacionales y residentes de larga duración. Sería deseable que los residentes de larga duración gocen de las mismas condiciones de protección social que los nacionales en cualquier parte de la UE. Este concepto debería cubrir todas las prestaciones sociales (subsídios familiares, pensiones de

jubilación, etc.) como el seguro de enfermedad o las prestaciones por desempleo. Asimismo deberían de tener derecho a asistencia social, previstas por el Estado para sus nacionales, tanto las de naturaleza económica como cultural, entre las primeras destaca el derecho al otorgamiento de una renta mínima de subsistencia, las pensiones mínimas de jubilación y las prestaciones médicas gratuitas. (Recordemos que en la actualidad el reconocimiento solo se limita a las prestaciones básicas que el Estado de acogida fija discrecionalmente). De otro lado, entre las de naturaleza cultural, se señalan concretamente el trato favorable en los desplazamientos en transportes públicos, las reducciones de precio en la entrada a manifestaciones culturales o análogas, e incluso comidas subvencionadas para niños pertenecientes a familias de renta modesta.) Un avance importante en la materia lo constituye el derecho a la libertad de asociación y libertad sindical en las mismas condiciones que los nacionales; sin que puedan imponerse restricciones suplementarias alguna. Además se le reconoce el derecho a presentar su candidatura a representante de un sindicato o de una asociación.

Finalmente destacar que en España el tratamiento que se efectúa del el antiguo poseedor de una autorización permanente pasa a ser residencia de larga duración, (art. 32) por aplicación de la Directiva 2003/109. Si comparamos los efectos del hasta ahora vigente permiso permanente y el nuevo permiso de larga duración, lo cierto es que apenas existen diferencias que incline a pensar que se mejora la situación anterior. Señalar que en la medida en que esta autorización trae causa de la transposición de una directiva que crea “ex novo” esta autorización, con ello se aclara el debate existente hasta ahora de considerar si la autorización permanente era una renovación de una autorización anterior, (en concreto la 2ª renovación) o bien se trata de una autorización nueva. Poco más cabe decir de un artículo que condiciona la práctica totalidad de su contenido al posterior desarrollo reglamentario.

A continuación pasaremos a realizar un análisis sobre el tratamiento que las diferentes leyes de Extranjería en nuestro país efectúan sobre los derechos sociales de los inmigrantes. Para ello comenzaremos estudiando en primer lugar, la regulación que hace la Ley de Extranjería 7/85 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros realiza sobre los mismos. En la citada ley se observa como se mencionan solo algunos derechos de los que los extranjeros eran titulares. Resulta relevante que estos derechos aparezcan recogidos en la –Sección Tercera -del citado Real Decreto, donde se enumeran los derechos que están condicionados a la titularidad de un Permiso de Residencia por parte de los extranjeros. Si bien, este artículo si lo contraponemos con el artículo 4 de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de Julio señala que "*Los extranjeros gozarán en España de los*

Derechos y Libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en esta Ley y las que regulan el ejercicio de cada uno de ellos".

1.4. ENFOQUE REALIZADO POR EL TRATADO DE LISBOA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En este apartado se realiza un análisis del Tratado de Lisboa en cuanto a los derechos fundamentales del ciudadano. Este Tratado es un paso importante en el proceso de la integración europea.

“La estrategia de los pequeños pasos, que fundamenta el modelo de integración a partir de la Declaración de Robert Schuman, de 9 de Mayo de 1950, y la consiguiente adopción del Tratado de París, de 1951, se ha materializado en una evolución marcada por sucesivos fracasos, especialmente cuando el proceso ha tratado de avanzar en el ámbito de la integración política, seguidos de éxitos o avances, particularmente en los objetivos de integración económica. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el Tratado de Lisboa no es sino el éxito o paso adelante que viene a compensar el fracaso o paso atrás que supusieron los referéndum negativos de Francia y Países Bajos a la ratificación del Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa (en adelante Tratado constitucional). Sin embargo, en el momento actual, esta continuidad debe matizarse. Hasta la última década del siglo XX, los fracasos encontraban explicación, en gran medida, por cambios significativos en las circunstancias político-económicas que habían llevado a plantear previamente proyectos ambiciosos como lo fueron el de la Comunidad Europea de Defensa y la Comunidad Política Europea, a principios de los cincuenta, o el Informe Tindemans sobre la Unión Europea en 1976 o el Proyecto de Tratado para la fundación de la Unión Europea, elaborado por el Parlamento Europeo en 1984.”²³²

Los derechos proclamados en este Tratado deben cumplirse en todos los países miembros y en aquellos que deseen incorporarse a la Unión. Cabe destacar que la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos son los valores fundamentales proclamados en dicho Tratado.

El Tratado de Lisboa ofrece significativos adelantos en materia de derechos fundamentales y garantiza la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales. Por tanto, la Unión Europea, se dota de un catálogo de derechos civiles, políticos, económicos y sociales que son jurídicamente

²³² HUICI, L., (2009) *Anuario de Derecho Civil*. Boletín Oficial del Estado, pág. 284.

vinculantes tanto para sus instituciones como para los Estados miembros a la hora de aplicar la legislación europea.

El Tratado de Lisboa mantiene en lo esencial muchas de las modificaciones que se contenían en el Tratado constitucional. Estas novedades se encuentran ahora dispersas en una serie de disposiciones que prevén modificaciones en el Tratado de la unión europea, el Tratado constitutivo de la Comunidad europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad europea de la energía Atómica.

Por tanto, el “Tratado de Lisboa aparece así como un texto de estructura compleja en la que se pueden distinguir cinco partes: la primera parte, está formada por dos artículos que contienen todas las modificaciones al TUE y al Tratado constitutivo de la Comunidad europea (que pasa a ser el TFUE); la segunda parte, está formada por una serie de disposiciones finales del Tratado en las que se prevé su vigencia indefinida, los requisitos para su entrada en vigor, las lenguas de autenticación y algunas explicaciones complementarias al contenido de las otras partes; la tercera parte, está formada por trece protocolos que deberán figurar anejos al TUE, al TFUE o al propio Tratado de Lisboa –entre estos últimos se encuentra el protocolo que contiene todas las modificaciones al Tratado constitutivo de la Comunidad europea de la energía Atómica; la cuarta parte, se constituye por un anexo que contiene las tablas de correspondencias de los artículos – numeración en la versión anterior, numeración en el Tratado de Lisboa y numeración en el texto consolidado definitivo y la quinta parte, contiene el acta final de la Conferencia Intergubernamental por la que se adopta el Tratado con todas las declaraciones anejas a la misma. entre las modificaciones que preveía el Tratado constitucional y que se mantienen en el Tratado de Lisboa cabe señalar el reconocimiento de personalidad jurídica propia a la Unión Europea en su nueva redacción, el artículo 1 del TUE prevé que la unión substituirá y sucederá a la Comunidad europea. “²³³

Finalmente, se tiene que el Tratado de Lisboa conserva también el grueso de las modificaciones que el Tratado Constitucional realizaba en la estructura institucional de la Unión Europea. Aunque se introducen algunos matices diferenciadores, que en gran medida responden a las exigencias planteadas por determinados estados miembros, este es un aspecto crucial de la reforma en términos de eficacia y de refuerzo de la legitimidad democrática.

²³³ HUICI, L., (2009) .Anuario de Derecho Civil. Boletín Oficial del Estado, pág. 291.

1.5. CONFIGURACION JURIDICA Y MODELOS NORMATIVOS EN LAS LEYES DE EXTRANJERIA PORMULGADAS EN NUESTRO PAIS.

1.5.1.- INTRODUCCIÓN

Debido a la situación geográfica de España se ha convertido en un importante atractivo para los flujos migratorios extracomunitarios y también de tránsito de emigrantes a otros Estados europeos comunitarios. El fenómeno de la inmigración irregular y la lucha contra la inmigración ilegal es una de las prioridades de acción de la Unión Europea y España. *“La afluencia a España de colectivos de inmigrantes, impulsada por la inestabilidad política, social y económica de sus países de origen, que cruzan ilegalmente nuestras fronteras por puestos no habilitados con riesgo de sus vidas e integridad o que una vez realizada la entrada legalmente al territorio español han caído en la irregularidad como consecuencia de la expiración de los permisos o autorizaciones correspondientes, es una realidad del fenómeno de la inmigración que supera con creces las previsiones de las normas jurídicas de nuestro sistema de extranjería aplicables a los nacionales de terceros Estados.”*²³⁴

Al formar parte de la Comunidad Europea, España ha tenido que modificar, adecuar o aceptar diversas normativas en materia económica, social, penal, laboral y en especial de extranjería. Actualmente, existen numerosas normas del Derecho Internacional Privado, tanto en el denominado Derecho primario como en el Derecho derivado. Dentro de estas normas se encuentran los Convenios internacionales desarrollados para regular aspectos del Derecho Internacional Privado con el objetivo de promover la integración.

“El proceso de producción jurídica de la última década ha ofrecido nuevas realidades. La tónica general del sistema español ha sido, hasta tiempos recientes, la de una participación más que discreta en la codificación internacional como consecuencia del aislacionismo económico primero y político después de España en el concierto de las naciones y de la ausencia de España o nula intervención de nuestros representantes en las instituciones internacionales de codificación del Derecho Internacional Privado (DIPr). Puede afirmarse que el proceso de reforma política que se inaugura en 1976 ha supuesto una auténtica “revolución” en el sector de las fuentes del DIPr español. No en vano en los últimos años España se ha incorporado a más de medio centenar de tratados multilaterales y ha ampliado, asimismo, el número de tratados bilaterales (más de treinta)

²³⁴ ASÍN, M., (2008). Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Número 10, Julio-Diciembre, pág. 166.

que afectan directamente a materias propias de DIPr (se excluyen de esta relación los Convenios de nacionalidad y de extranjería).²³⁵

El creciente desarrollo de la codificación internacional viene generando en los últimos tiempos frecuentes supuestos de colisión entre Convenios. Este hecho se produce por diversos factores. En primer término, por coincidir las materias propias de convenios bilaterales y multilaterales (es el caso del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras). En segundo lugar, porque dentro de un mismo foro codificador se produce una revisión de convenios anteriores (hipótesis que suscitan los sucesivos Convenios de La Haya sobre asistencia judicial internacional, alimentos o protección de menores). *“La aplicación en España del Derecho extranjero ha sufrido una lenta evolución a partir de su inicial equiparación fáctica hasta posiciones más modernas que defienden su pleno reconocimiento como norma jurídica. La doctrina científica ha defendido mayoritariamente que la consideración fáctica del derecho extranjero ha sido superada, debiendo entenderse que posee naturaleza claramente jurídica y que es fuente del derecho. Existen, no obstante, dos posiciones doctrinales dominantes, claramente divergentes, que han tenido reflejo tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencial, al valorar cuál debe ser la consecuencia de la falta de alegación o de acreditación de la normativa foránea en los supuestos sometidos al Derecho extranjero, la de aplicar con carácter subsidiario la Lex fori y la de desestimar la demanda por falta de prueba del Derecho extranjero aplicable al caso.”*²³⁶

En el presente apartado se realiza el análisis del tratamiento legislativo de las leyes extranjeras homologadas en España, haciendo referencia a los convenios y tratados internacionales y la normativa aplicable en la Unión Europea.

En este apartado se pretende hacer un recorrido por las normas y textos que a nivel internacional, europeo y estatal regulan los derechos del inmigrante que se encuentra en nuestro país desde su condición de trabajador. Y puesto que, hemos analizado en la pregunta precedente la configuración jurídica que efectúan las normas y textos legales tanto a nivel internacional europeo, como en el ordenamiento jurídico español tanto constitucional como interno de los diferentes tipos de derechos: personales, políticos, prestacionales, sociales, económicos y culturales. En este capítulo centraremos nuestro análisis fundamentalmente en desmembrar nuestra legislación

²³⁵ FERNÁNDEZ, J., (1997). *Los tratados internacionales en el sistema español de derecho internacional privado y su aplicación judicial*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, pág. 5; y, también es interesante la perspectiva de J.M^a ESPINAR VICENTE (1978). Los movimientos migratorios y su encuadre sistemático en el DIPr”, *AESJ*, Vol. VII, pág. 129-152.

²³⁶ MOLINS, E., (2007). *La aplicación de la ley extranjera por los tribunales españoles y la posición que debe adoptar el juez en estos procesos*. Barcelona. Bosch.

nacional, para poder comprender cual es la configuración jurídica normativa de los derechos de los extranjeros en la relación de trabajo. Para ello, tomaremos como punto de partida el marco constitucional y la escasa referencia que en dicho texto se realiza de los extranjeros, y examinaremos la evolución que esta legislación específica ha desarrollado en materia de extranjería. De modo que, una vez delimitado el contenido exacto de cuales son los derechos de los trabajadores extranjeros, examinaremos cuales de éstos son los que pueden ejercitar en nuestro país, para de este modo, poder clarificar cual es el estatuto jurídico del trabajador extranjero en España. Además, comprobaremos como las diferentes leyes de extranjería que se han promulgado en España, constituyen la vertebración de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia, asimismo constataremos como estas configuran uno de los instrumentos fundamentales de la política de inmigración y que ha sido objeto de una profunda transformación en cuanto a sus objetivos y el tratamiento desigual en el otorgamiento y ejercicio de derechos a los extranjeros, si bien, en todas ellas subyace como denominador común de articulación en enarbolar como uno de sus principios fundamentales inmutable la necesidad de ejercer un control riguroso de los flujos migratorios con la finalidad de que los inmigrantes se encuentren en nuestro país y en los del resto de la Unión Europea en situación legal; y en segundo y ultimo lugar, la preocupación reiterada por el legislador español de regular todas las posibles situaciones administrativas, para de este modo, dar respuesta a todas las exigencias de la realidad social y económica. Incorporándose con posterioridad otros objetivos diferentes e innovadores con vocación de conseguir la plena integración de los inmigrantes legales mediante el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales en condiciones de igualdad con los españoles; ampliación del ámbito subjetivo del inmigrante y su extensión progresiva a los familiares reagrupados de éste, incorporando posteriormente a grupos objeto primordialmente de exclusión social: menores no acompañados y mujeres embarazadas y finalmente ampliación del ámbito subjetivo de la Ley al incorporar como sujetos reagrupables a las parejas de hecho e incapacitados²³⁷ del extranjero migrante, todo ello, acompañado de la fijación de un sistema de infracciones y sanciones tendente a evitar la inmigración ilegal y a proteger a los inmigrantes legales de las actos discriminatorios.

En primer lugar, al hacer balance de la evolución de la regulación de la extranjería en España hay que señalar su carácter reciente, puesto que, hasta los años ochenta no se consolida una corriente migratoria hacia nuestro país. Con anterioridad la regulación de la extranjería en España se regía por la normativa vetusta establecida por el RD de 1852, con vigencia hasta la

²³⁷ LO 2/2009 de 11 de Diciembre de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.(BOE 299 de 12 de Diciembre de 2009)

promulgación de la LO 7/85 de 1 de Julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, periodo caracterizado por una gran dispersión normativa, regulando puntualmente requisitos concretos que debían poseer los extranjeros como: capacidad de ejercicio para poder contratar; crear establecimientos dentro del territorio español o para ordenar su ejercicio en sectores de actividad, o bien, se limitaba a normativizar determinadas situaciones de los extranjeros en nuestro país como: permanencia y la circulación; o las relativas a la ordenación de las relaciones de trabajo .Destacando como denominador común de todas ellas, la existencia de una relativa equiparación a los nacionales de los extranjeros “no igualdad”, sin bien, sometida al condicionante de la discrecionalidad de la administración ²³⁸

Antes de avanzar en el contenido de la primera regulación normativa en España sobre Extranjería, debemos destacar el mencionado carácter orgánico de la Ley. La exigencia de ley orgánica para su aprobación deriva de la concordancia de los artículos 13 de la CE que efectúa una reserva de ley para la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros, con el art. 81 del mismo cuerpo normativo, que especifica que tal reserva lo será de Ley orgánica cuando la ley regule los derechos fundamentales, en este caso de los extranjeros. De lo que se desprende que coexistirían dentro de la ley preceptos orgánicos, los que regulen o afecten a los derechos fundamentales, y otros preceptos con rango de ley ordinaria. Además, esta distinción tiene otro efecto relevante y es que para aprobar una Ley que contiene preceptos orgánicos se necesita la mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados en una votación final sobre el texto de la Ley, lo cual significa que es preciso un consenso que finalmente se consiguió con el único voto en contra en el caso objeto de estudio de la ley 7/85 de de Izquierda Unida.

En primer lugar, nos encontramos que a pesar del título de la misma, del contenido regulado en su cuerpo normativo se desprende su naturaleza represiva en cuanto a derechos para los inmigrantes, contradiciéndose la declaración de principios que se formulan en su Preámbulo” *reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades y favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española.*”De otra parte, según la dicción de su Art. 4 “ *Los extranjeros gozaran en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos*”.No obstante, este artículo debe ser puesto en correlación con el Art. 3 del mismo texto, que señala “*lo dispuesto en la presente ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de*

²³⁸, GONZÁLEZ SOLER, O. E., (2002). *La posición del extranjero en el ordenamiento jurídico constitucional* En *Rev. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, núm. 4, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, Ministerio de Justicia, págs. 204-206.

los establecido en las leyes especiales y en los Tratados Internacionales de los que España sea parte". Desde nuestro punto de vista, existe una ubicación errónea en el Título Preliminar puesto que las declaraciones de principios, en realidad se limitan como su nombre indica a "*declaración de propósitos*", sin fuerza vinculante alguna y que para que esta buena voluntad del legislador fuera efectiva en realidad debería de haber sido diferente la sistemática utilizada por esta Ley, y figurar en la parte dispositiva de la misma la declaración del legislador que la interpretación de las normas debería de hacerse recoiniciendo a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, además este postulado quiebra con el carácter represivo que se les confiere a los extranjeros en la parte positivada de esta Ley.

En segundo lugar, procederemos a analizar el contexto normativo en que parece esta ley, y par fijar con claridad los objetivos de la misma, nada mas apropiado para ello, que analizar los contenidos de su preámbulo que junto a las exposiciones de motivos como es sabido constituyen un conjunto de principios jurídicos de importancia fundamental como canon de interpretación auténtica del articulado de la ley²³⁹. En la presente ley se recoge como objetivos y fines de la misma los siguientes: Primero, acomodación al mandato constitucional de conformidad con lo dispuesto en el art 13.1 de la CE que establece que "*los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza su título I en los términos que establezcan los tratados y la Ley*". De modo que, la interpretación de los derechos y libertades de los extranjeros tiene como primer punto los Tratados sobre esta materia ratificados por España entre los que se encuentra la DDH, el Convenio de Roma, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, etc.

Y en tercer lugar, exigencia de fijar una norma básica que determine las disposiciones aplicables en materia de extranjería, si bien hay que tener en cuenta que no se incluye a los ciudadanos comunitarios cuya regulación está presidida por el principio de libre circulación, así como para extranjeros que soliciten asilo y refugio, agentes diplomáticos, funcionarios consulares y demás miembros, representantes, delegados, funcionarios de organizaciones internacionales con sede en España y sus familiares.

De modo, que esta ley surge en un contexto legislativo disperso, profuso y ambiguo, en desequilibrio la realidad social del momento caracterizada por un incremento progresivo de inmigrantes que por motivos económicos o políticos toman como lugar de destino España. Y en segundo lugar, adaptación de nuestra legislación interna a las pautas del Derecho comunitario (en

²³⁹ ROVIRA FLORES V. M. C., (1972) *Valor y función de las Exposiciones de Motivos en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, págs. 89-106.

concreto, al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y a las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de Octubre de 1999)²⁴⁰ en concordancia con el principio comunitario de no permitir un trato más favorable a un país tercero que no estuviera integrado en lo hasta entonces era la CEE. Así pues, la promulgación de la primera Ley de extranjería (apenas unos días después de la firma del Tratado de Adhesión de España en la CEE) supuso un importante cambio cualitativo en la situación administrativa en la que se encontraban los extranjeros. La consecuencia fundamental que una gran parte de los residentes extranjeros en España se volvieron en inmigrantes ilegales.

En este sentido, la citada norma es concordante con lo dispuesto en el TCCE en su art 137 que dispone que “para la consecución de los objetivos de la Unión Europea ésta apoyará y completará la acción de los Estados miembros en lo que se refiere a las condiciones de empleo de

²⁴⁰ Observándose como en los apartados I, IV, V y VI de dicha Exposición de Motivos. En concreto, podemos leer en el apartado I, que es introductorio señala que nuestra normativa debe ser conforme con los compromisos asumidos por España, concretamente, con las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea los días 16 y 17 de Octubre de 1999 en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. En el apartado IV, dedicado a explicar el Título I de la nueva Ley dispone “*Se ha conjugado este mandato constitucional [el del art. 13 CE] con los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como país miembro de la Unión Europea*”.

Asimismo la UE acordó en el mes de Octubre de 1999 en Tampere que se debía garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residieran legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de inmigración debe encaminarse a conceder a estos residentes derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y al desarrollo de medidas contra el racismo y la xenofobia.

En el apartado V, dedicado a explicar el Título II de la nueva Ley, estipula que “*Este Título ha sido adaptado a lo establecido respecto a la entrada, régimen de expedición de visados, estancia y prórroga de estancia en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, en tanto que España forma parte de este Acuerdo*”. En el apartado VI, dedicado a explicar el Título III de la nueva Ley, señala expresamente “*La reforma incluye en el contenido de la Ley Orgánica, conforme a los compromisos internacionales suscritos por España, como miembro de Schengen, sanciones a los transportistas que trasladen a extranjeros hasta el territorio español sin verificar que cumplen los requisitos para la entrada...*”

Por otra parte, partiendo de que en el Estado de derecho es necesario establecer los instrumentos que permitan hacer efectivo el cumplimiento de las normas, en este caso, de aquéllas que rigen la entrada y permanencia en territorio español, se ha introducido como infracción sancionable con expulsión la permanencia de forma ilegal en el territorio español, pretendiéndose, con ello, incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal, al nivel de otros Estados miembros de la Unión Europea, que cuentan en sus ordenamientos jurídicos con la posibilidad de expulsar a los extranjeros que se encuentran en esta situación, un criterio que se refleja en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere.

Justificándose de este modo, las remisiones del art. 27.5º y la Disposición final quinta de la LO al acervo Schengen, creado a partir de un Acuerdo de 14 de Junio de 1985 y un Convenio de aplicación de dicho Acuerdo, de 14 de Junio de 1990 y en vigor de forma plena desde el 26 de Marzo de 1995 (ver BOE de 5 de Abril de 1994 y corrección de errores en BOE de 9 de Abril), sobre supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, del que son partes trece Estados miembros de la Unión Europea (no participan Irlanda y el Reino Unido) y dos Estados no miembros (Islandia y Noruega).

los nacionales de terceros países cuando residan legalmente en el territorio de la Comunidad”, lo que implica la exclusión de los ilegales.

Además para cumplir con la finalidad de integración de los inmigrantes previsto también en el citado preámbulo, se les doto a éstos del reconocimiento de un conjunto de derechos y libertades de conformidad con el mandato constitucional del artículo 13 anteriormente analizado, según la interpretación que de los mismos realizara el Tribunal Constitucional, el cual realizó la labor de circunscribir límites al principio de diversidad de trato entre nacionales y extranjeros. Diferenciación que alto tribunal, dilucido por un lado, el conjunto de derechos y libertades imprescindibles, nacidos de la común condición humana, en los que el trato debe ser igual entre españoles y extranjeros y, por otro, los derechos de configuración legal, en los que sería admisible y por tanto, acorde a la CE, el añadir requisitos a los extranjeros, encuadrando únicamente dentro del grupo primero, los contenidos en el art 10.1 de nuestro ordenamiento constitucional que son los vinculados a *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, tales como la vida, la integridad física y moral, la interinidad y la libertad ideológica ,puesto que estos constituyen el fundamento del orden político y de la paz social”*.

Analizando brevemente su contenido, se denota como característica principal que se trata de una Ley fuertemente restrictiva en cuanto a los derechos de los extranjeros, dedica siete dedicados a los derechos de los extranjeros, partiendo de la base de considerar objeto de derechos únicamente a extranjeros que se encuentren legalmente en España. Derechos que podemos agrupar en grupos: El primero relativo al derecho de libertad de circulación (art 6); el segundo relativo al derecho de reunión (art 7); el tercero al derecho de asociación (art 8); el cuarto, derecho a la educación y a la libertad de enseñanza (art9); el quinto y último lugar, el derecho de sindicación (art 10).

Con respecto al derecho de libertad de circulación, su reconocimiento internacional se contempla en la DUDH, en su art 13 que preceptúa *“toda persona tiene derecho a circular libremente, a elegir su residencia en el territorio de cualquier Estado y a abandonar cualquier país, incluso el propio”*. En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art 12, añadiendo en su párrafo 3, excepcionalmente la posibilidad de restricción de los derechos contenidos en este instrumento internacional por una serie de motivos tasados: la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros. Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en el Capítulo V, rubricado” Ciudadanía” en su art 45, recoge este derecho en su apartado 1 únicamente a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión .Si bien, admite en el apartado 2, la

extensión de su ámbito subjetivo a los inmigrantes extracomunitarios siempre que tengan la residencia legal en el territorio de un Estado miembro. Por último, el Tratado de Lisboa garantiza en su art 61.2, la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y por el contrario desarrolla un control de las fronteras exteriores basado en la solidaridad entre Estados miembros y conmina a que esta sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. Artículo que debe ser puesto en concordancia con el art 63 bis apartado 2, del mismo instrumento internacional, que inciden en que serán el Parlamento y el Consejo europeo, los encargados de establecer medidas en los siguientes ámbitos:

a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar;

b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros;

c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal;

d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.

De lo que se desprende la vocación por parte de la UE, de conseguir la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros con la normativa comunitaria en materia de libertad de circulación, denotando una preocupación preferente por conseguir la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio tal y como se tipifica en el apartado 3 de este artículo. Y finalmente, en el mismo articulado en su párrafo 5, aclara su no intromisión en la fijación del volumen de admisión de inmigrantes extranjeros en cada Estado por motivos de trabajo, recordando que es un derecho cuya titularidad es exclusiva de los mismos.

¿Pero quién ostenta la titularidad del derecho? Según el constituyente español, la atribución de este derecho se circunscribe únicamente a los españoles, tal y como se desprende del art 19 *“los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio español”...Tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que establezca la ley...*” En consecuencia, nos situamos ante un derecho exclusivo de los españoles, si bien, los extranjeros pueden disfrutar todas las facultades derivadas del derecho fundamental de libertad contenido en el art 17 de nuestra carta magna, pero con los límites, reservas y restricciones que les

imponga el legislador a través de las leyes de extranjería y los tratados suscritos por España, tal y como se deduce del citado artículo en su párrafo 1, donde se vuelve a recurrir al socorrido subterfugio de utilizar formulas impersonales. Tal y como se constata en el tenor literal del citado art 17 *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad...”*.Lo cual nos obliga a interrelacionar siempre el art 19 de la CE con el art 13 del mismo Texto. Pudiendo desglosar este derecho en las siguientes libertades: derecho de entrada en España; de permanencia; de circulación en su territorio y de salida del citado territorio.

Sin embargo, hay que diferenciar en el tratamiento que efectúa el legislador español cuando se encuentra en presencia de un extranjero que pretende vivir en España o circular libremente por su territorio distinguiendo dos grupos: el primero formado por ciudadanos de la UE; y un segundo grupo integrado por aquellos que pertenecen a otro país no comunitario. Con respecto a los primeros, existe un reconocimiento jurídico internacional de igualdad en lo referente al ejercicio de las libertades objeto de análisis que se encuadra en el art 8^o1 del TUE que dispone lo siguiente" *Todo ciudadano de la UE tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones para su aplicación*". Apostillando en la misma norma, en concreto en su art 3d), la necesidad de adoptar medidas relativas a la entrada y circulación de personas en el mercado interior²⁴¹. De modo que, la implementación de estas libertades el marco comunitario constituyen derecho sustantivo propio, gozando de supremacía en su aplicación, situándose por encima de lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado. Normativa que ha sido completada entre otras por: la Directiva del Consejo 68/360 de 15 de Octubre sobre supresión de restricciones al desplazamiento de los trabajadores y sus familias; Directiva del Consejo 64/221/CEE, 68/360/CEE; 72/194/CEE; 73/148 de 21 de Mayo, sobre supresión de restricciones de desplazamientos y estancias; Directiva 90/364, 90/365 y 93/96, que regulan el derecho de residencia no vinculado al ejercicio de una actividad económica. Y finalmente la Directiva 2004/38/CE de 29 de Abril de 2004 del Parlamento Europeo y el Consejo ,que deroga a las anteriormente descritas y cuyo logro más importante desde nuestro punto de vista, fue unificar en un solo instrumento legislativo el contenido de nueve Directivas vigentes y de un Reglamento, así como la correspondiente jurisprudencia, consiguiendo de este modo, actualizar la legislación vigente sobre la libertad de circulación y de residencia para facilitar la movilidad de los ciudadanos

²⁴¹ Entre los problemas que plantea las formalidades nacionales sobre controles y visados destaca el análisis que efectúa. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., (1988-92). El pasaporte comunitario, *Rev. LA LEY*, Comunidades Europeas, págs. 189-191.

en la UE ,y dotar a su vez, de mayor transparencia, sintetización jurídica y seguridad a los ciudadanos y a las administraciones naciones. Por tanto, a partir del 30 de Abril de 2006, se prevé la incorporación a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE. Entre sus logros destacan las siguientes: supresión de la obligatoriedad de los ciudadanos europeos de obtener un permiso de residencia en el Estado miembro donde vivan(siendo suficiente una anotación registral en la administración competente, y sólo si el Estado miembro de acogida lo considera requisito necesario); mantenimiento de la condición de que estos ciudadanos deben ejerzan una actividad económica o dispongan de recursos suficientes para establecerse como residentes en otro Estado miembro; posibilidad de que los ciudadanos de la UE y los miembros de su familia que lo soliciten puedan adquirir el derecho de residencia permanente(siendo este un claro signo exponencial de la ciudadanía europea que permitirá disfrutar de más derechos a los ciudadanos de la UE que hayan establecido vínculos sólidos con el Estado miembro de residencia); dotación de mayores derechos a los familiares para facilitar su circulación (en caso de fallecimiento del ciudadano de la Unión del que dependen o de disolución del matrimonio, etc.); reducción sustancial de las posibilidades de expulsión de los ciudadanos de la UE y de los familiares que hayan adquirido un derecho de residencia permanente en el Estado miembro de acogida; mayor protección de los menores y de los ciudadanos de la UE que tengan vínculos sólidos en el Estado miembro de acogida, etc.

Finalmente, un avance importante en esta materia ha supuesto el Plan de Acción Europeo de Movilidad Laboral (2007-2010)²⁴², donde se proponen una serie de medidas (no preceptivas para los Estados miembros) para eliminar los obstáculos que dificulten la movilidad de los trabajadores en el territorio de la UE, pero no hay que olvidar, que tanto las Directivas como los Planes de acción, no revisten para los países miembros la exigencia de una aplicación o de la adopción inmediata a los contenidos de la misma, a diferencia de lo que ocurre con los Reglamentos comunitarios.

En relación con el segundo grupo integrado por aquellos extranjeros que pertenecen a otro país no comunitario que pretendan entrar o circular por territorio español, nos obliga a distinguir entre las diferentes manifestaciones que la libertad de circulación implica. En primer lugar, con respecto al derecho de entrada en España, se subordina su acceso a lo preceptuado en el art 11 y ss de esta LOE, que señala la obligación de poseer la documentación requerida, lo cual presupone la tenencia de pasaporte o de cualquier otro documento que por convenio internacional ratificado por

²⁴² TA (2008)0624 de 18 de Diciembre de 2008 aprobado por el Parlamento Europeo.

España se considere valido, añadiendo que la exigencia de visado, también se supedita a los acuerdos bilaterales o multilaterales suscritos por nuestro país. Señalándose expresamente en el apartado 3 del art 12 de la citada norma, que la concesión de visado, por parte del ejecutivo es potestativo, pudiendo ser rechazada la solicitud sin necesidad alguna de motivación, discrecionalidad de la Administración que vuelve a repetirse en el párrafo siguiente del mismo articulado, al permitir que el Ministerio del Interior de forma arbitraria pueda admitir la entrada y permanencia en territorio español aun en caso de que la documentación presentada por el extranjero sea defectuosa. De este modo se ha procedido a la adaptación del Reglamento 1 030/2002, del Consejo, de 13 de Junio de 2002, introduciéndose una modificación para establecer la obligación de proveerse de una tarjeta de identidad de extranjero, como documento acreditativo de la autorización administrativa para residir.

En tercer lugar, con respecto a la salida voluntaria el legislador solo exige acreditar el mismo documento acreditativo válido que se presentó para la entrada en territorio español, derecho que puede ser prohibido por la autoridad gubernativa por razones de seguridad nacional, orden público o que se lesione derechos y libertades de los españoles, exigiéndose en este caso resolución motivada que justifique esta limitación. Pero además también se regula la salida forzosa o expulsión, previéndose en este caso una serie de garantías (formales no sustantivas) reguladas en los arts 30 al 36 de la referenciada Ley, y que descansan en un procedimiento administrativo y no jurisdiccional como hubiera sido lo correcto. Estableciéndose un subgrupo dentro de esta expulsión administrativa encuadrada en el art 26.1, para las que se les confiere un carácter preferente, cuya tramitación exige que se cumplan alguno de los motivos tasados en la Ley: participación en actividades contrarias al orden publico a la seguridad del Estado, ejercicio de actividades ilegales, carecer de medios de vida suficientes(5000 pesetas por persona y día de permanecía en nuestro país, con un mínimo de 50.000 pesetas y tenencia de billete de regreso al país de procedencia o en transito a tercer país, si se incumple este requisito se le puede impedir la entrada al extranjero o reducir en su defecto la estancia) o cuando no se hubiera obtenido la prórroga del permiso de estancia de residencia. De modo que el mero hecho de practicar la mendicidad o haber expirado la vigencia de uno de los permisos aludidos conlleva motivo justificado par expulsar al extranjero de España, otorgándole sólo en este caso, propuesta motivada de la expulsión para que este si lo estima conveniente (y dispone de medios para contratar un abogado) presente alegaciones en el plazo de 48 horas. Y a pesar de que se fijen unas garantías en el caso de expulsión no preferente, donde al interesado se le concede un plazo para audiencia y prueba, la resolución sobre su estimación o denegación depende de la discrecionalidad de la Administración y no de la

imparcialidad propia de un órgano judicial, provocando en el extranjero una indefensión judicial que le impide la reivindicación y defensa de sus derechos. No obstante, esto no implica que no se contemple en esta ley la expulsión judicial, por los mismos motivos tipificados en el citado art 26.1, siempre que simultáneamente sea acusado el extranjero en un procedimiento por delito menos grave (castigado con penas de hasta 6 años de prisión) cometido antes o después de incoado el expediente de expulsión o haya sido condenado por el mismo tipo de delitos.

Con respecto al derecho de reunión y de asociación, nos encontramos ante un derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación, existiendo unanimidad por parte de la doctrina en concebirlo como un derecho individual en cuanto a sus titulares, y colectivo en cuanto a su ejercicio²⁴³. Su reconocimiento internacional se contempla en la DUDH, en el art 20 que recoge este derecho en sentido positivo en su apartado 1, donde se dice textualmente” Toda *persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas*” y por su parte, el apartado siguiente, informa al sujeto de que no se le puede obligar a pertenecer a ninguna asociación. En el mismo sentido se vuelve a pronunciar el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su art 21, añadiendo que este derecho se podrá restringir por los motivos siguientes: en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. Por su parte en la Carta Social Europea de Derechos Fundamentales se alude a este derecho en su art 12.1, figurando estas libertades encuadradas en el grupo de libertades políticas fundamentales de carácter negativo. Y por ultimo, el Tratado de Lisboa, no alude expresamente a estos derechos, si bien, se hace indirectamente en su art 6 apartado 1, al reconocer los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, aclarando al final del citado párrafo “ *Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados*”. Todo ello, sin olvidar tal y como recoge el apartado 3 del mismo artículo, que los derechos contenidos en la Carta forman parte del Derecho de la Unión como principios generales del Derecho, y por tanto, finalmente como ha ocurrido con otros instrumentos internacionales acabaran siendo positivados por los ordenamientos jurídicos internos.

En relación con la imbricación de esta normativa en nuestro ordenamiento jurídico constitucional ha quedado plasmado en el art.20.1, que contempla este derecho sin especificar como un derecho propio de los españoles, limitándose el constituyente español a reconocerlo de

²⁴³ GARCÍA VÁZQUEZ, S., (2007). *El Estatuto jurídico constitución del extranjero en España*, edit Tirant Lo Blanch, Valencia, pág 281.

forma indeterminada, debido a ser un derecho de clara aplicación universal que carecería de base en un Estado democrático circunscribirlo exclusivamente a los españoles²⁴⁴

En consecuencia, nos encontramos ante un derecho donde se afirma genéricamente su reconocimiento constitucional, sin hacer referencia alguna nuestra carta magna a la nacionalidad²⁴⁵ de la persona que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en su Título I, con la única prohibición expresa tanto para españoles como para extranjeros que esta se realice de forma pacífica y sin armas. Por lo tanto, es un derecho que corresponde tanto a los españoles como a los extranjeros regulares e irregulares y contradictorio con lo dispuesto en el art 7 de la Ley 7/85, que restringe su ejercicio exclusivamente a los extranjeros que se encuentren legalmente en territorio español, artículo declarado inconstitucional por la STC115/1987, FJ2º, debido a que vulneraba el contenido esencial del derecho.

Con respecto al derecho de asociación, aparece recogida por primera vez en el mismo art 20 relativo al derecho de reunión en su apartado 2, con carácter negativo y cuyo contenido literal es el siguiente” Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”. En el mismo sentido vuelve a aparecer en Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su art 22, si bien, conectado al derecho de sindicación, reconociendo este derecho a toda persona sin hacer referencia alguna a la nacionalidad a pesar de reconocer su titularidad a cualquier persona si bien se admite constata por este instrumento internacional que la Ley pueda imponer restricciones o condicionamientos adicionales al ejercicio de este derecho fundamental por los motivos tipificados en su apartado2. Por su parte, la Carta Social Europea de Derechos Fundamentales alude a este derecho en su art 12, en este caso conjugado con los derechos de reunión y de sindicación refiriéndose a este derecho al final de su apartado 1, *“Toda persona tiene derecho a la libertad de ... asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”*. Finalmente el Tratado de Lisboa no alude expresamente a estos derechos, si bien, al igual que lo señalado para el derecho de reunión anteriormente analizado, queda subsumido de

²⁴⁴ TORRES MURO, I., (1991). *El derecho de reunión y manifestación*, edit Civitas, Madrid, pág 82.

²⁴⁵ SORIANO DÍAZ, R., (1978). *Art 21.Derecho de reunión*, en Oscar Alzaga (dir.).*Comentarios a la Constitución*. Tomo II, Madrid, pág. 584. Nos mostramos conformes con la postura sostenida por este autor, que considera que la limitación de este derecho a los extranjeros regulares, supone en primer lugar, un límite constitucional ,debiendo probarse que dichos supuestos efectivamente suponen un riesgo para el orden público en segundo lugar, es contrario a las directrices fijadas por el TC sobre las limitaciones a los derechos fundamentales y el debido respeto de a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone.

forma implícita a través de la vía interpretativa que establece su art. 6 apartado 1, como principios generales del Derecho.

Por último en relación con el marco constitucional español la configuración de este derecho se realiza en el art 22 CE cuyo contenido textual es el siguiente:

1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar

Pudiendo comprobarse con una simple lectura que este precepto, sencillamente, que no hace referencia alguna a su ámbito subjetivo de aplicación; es decir, no se refiere a españoles ni a extranjeros. De modo que, la interpretación que ha de hacerse de su contenido es considerar que su ejercicio correspondería a cualquier persona, tanto por carecer de restricción subjetiva, como por encontrarse en el apartado constitucional referido a los derechos fundamentales y libertades públicas. Afirmación corroborada por la LO 1/02, de 22 de Marzo reguladora del derecho de asociación que estipula en su art 2.1 lo siguiente” *Todas las personas tienen derecho a asociarse para la consecución de fines lícitos*”. Circunscribiéndonos al contenido del art 8 de la Ley 7/85, el reconocimiento de este derecho se restringe exclusivamente a los extranjeros que se encuentren legalmente en España, lo cual implica prohibir el ejercicio de este derecho a las personas extranjeras que se encuentren en situación administrativa irregular en nuestro país. Este precepto interpretado de conformidad con la regulación marcada por los tratados internacionales, nos lleva a la conclusión que no debe existir modulación alguna de este derecho en función de la situación administrativa del extranjero puesto que, nos encontramos ante un derecho estrictamente político, dirigido al mantenimiento del orden democrático²⁴⁶

.De modo que, una posición genérica de asociación para los extranjeros irregulares como la contenida en este art 8 de la Ley de extranjería, no puede contar con la cobertura del art 20 de la

²⁴⁶ LÓPEZ GUERRA, L., et al. (1994) *Derecho Constitucional*, Vol., 2ª Edit Tirant Lo Blanch, págs 284-285. Compartimos la postura de este autor, que considera que el derecho de asociación constituye un derecho de participación política que se canaliza preferentemente a través de formas específicas de asociaciones, entre las que se encuentran los partidos políticos y los sindicatos.

DUDH, porque el precepto tiene un ámbito subjetivo reducido de actuación ya que se otorga a toda persona. De este modo, el principio de igualdad material y formal que propugna nuestro texto constitucional es contrario a lo estipulado en los Tratados Internacionales, y en consecuencia, a los Derechos que nuestro país se haya comprometido a respetar.

Finalmente en relación con el derecho de sindicación ha sido analizado en la pregunta precedente, basta recordar que resulta de aplicación lo señalado anteriormente para el derecho de asociación respecto de las personas extranjeras, es decir, sólo podrían ejercitarlo aquéllas que se encuentren regularmente en territorio español, bien en situación de estancia, bien en situación de residencia. Surgiendo la premisa si ¿es posible que los extranjeros puedan crear partidos políticos? Desde nuestro punto de vista, resulta bastante clarificadora la LO 6/02, de 27 de Junio, reguladora de los partidos políticos, cuya dicción literal en su art 1, es la siguiente” *Los españoles podrán crear libremente partidos políticos conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la presente Ley Orgánica*”. Es decir, nos situamos ante un derecho que, técnicamente, no sólo no se reconoce a los extranjeros en situación irregular sino ni siquiera a los extranjeros que residen legalmente en España. Y en este caso no podemos utilizar el planteamiento de que se trata de una Ley elaborada poco tiempo después de la redacción de la Constitución, sino que se trata de una Ley Orgánica reciente, que cuando se promulga es ya interpretada constitucionalmente por el legislador, lo que claramente demuestra su voluntad de dejar fuera de su ámbito subjetivo a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa.

De modo que, esta exclusión, incluso la restricción a la afiliación a los extranjeros en situación irregular, (art 10 LOE donde se reconoce únicamente el derecho de afiliación a los trabajadores extranjeros que se encuentren legalmente en España)no es acorde con el papel que el Estado democrático y de derecho como el actual en España, puesto que el papel de los partidos políticos, no se limita a participar en las diferentes convocatorias electorales, sino que también conforman la opinión pública y contribuyen a la educación política de los individuos e integran intereses en objetivos políticos. De aquí que, la negación del derecho al sufragio, ni siquiera puede erigirse en razón suficiente que justifique la prohibición de afiliarse, en unos casos, y la creación de partidos políticos, en todos los casos, puesto que consideramos que este derecho al menos debería de otorgarse al inmigrante legal que se encuentra plenamente integrado en la sociedad española y que tiene derecho a reivindicar sus intereses utilizando el instrumento que el Estado de Derecho le ofrece que son de una parte, los partidos políticos y de otra, los sindicatos que dada su condición de trabajadores no consideramos justificada el no reconocimiento de la titularidad de este derecho a este colectivo.

Por su parte, esta LO 7/85, fue desarrollada en primer lugar, por el RD 1119/1986 de 26 de Mayo y, posteriormente para lograr, entre otros fines, la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias comunitarias, por el RD 155/1996, de 2 de Febrero. Justiciando su introducción en el panorama legislativo español en su preámbulo, destacando cinco motivos fundamentalmente: 1) incremento de la población inmigrante; 2) adaptación de las normas estatales al Tratado de la Unión Europea y al Convenio de Schengen; 3) necesidad de adecuación del Reglamento de ejecución a la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 4) adaptar el Reglamento a la nueva organización administrativa con competencia en materia de extranjeros, que ha ido apareciendo desde 1986 hasta la fecha; y 5) en último y quinto lugar, mejorar la estabilidad y seguridad jurídica de los trabajadores extranjeros. De lo expuesto, se desprende primordialmente la vocación de esta disposición de adaptación a la normativa prevista en el acuerdo Schengen y a la política prevista en la misma de garantizar un estricto control del flujo migratorio, que permita a las autoridades gubernamentales ser eficaces ante ese “*incremento de la población inmigrante*”. Por lo tanto, se vislumbra en este reglamento un esfuerzo por parte del legislador de tratar de conseguir una normativa con una racionalización técnico-jurídico que permitiría eliminar la profusa regulación realizada mediante disposiciones normativas de rango inferior a la ley: elevado número de ordenes ministeriales o no publicadas, circulares ministeriales e Instrucciones del Gobierno que, por no publicarse en los diarios oficiales, resultaban en muchos casos desconocidas. Factores que provocaban inseguridad jurídica, descoordinación entre las diferentes normas, dispersión y un alto grado de discrecionalidad en la ejecución administrativa del Reglamento anterior²⁴⁷. Cumpliendo de este modo el mandamiento establecido en el preámbulo de la ley de desarrollo, en la que se aludía de forma explícita a la necesidad de elaborar una norma que “*recoja, formule y sintetice los principios que deban informar la situación de extranjería evitando la proliferación de disposiciones de distinto rango*”²⁴⁸

Esquemáticamente podemos destacar como características esenciales en materia de derechos y libertades públicas de la LOE las siguientes: Primero, la ley resumió las distinciones entre los derechos de los extranjeros del Régimen Comunitario (la UE) y los del Régimen General (todos los

²⁴⁷ GÓMEZ MOVELLÁN, A., (1996). Unión Europea, Inmigración y el Nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería Española: Un comentario crítico, *Revista Jueces para la Democracia* núm. 26 de Julio, Madrid, págs 60-67.

²⁴⁸ VIDAL FUEYO, C., (2001). La nueva ley de extranjería a la luz del texto constitucional, *Revista española de Derecho Constitucional* núm. 62, págs 179-218.

otros países). Consistente con el Acuerdo de Schengen, los extranjeros del Régimen Comunitario se otorgaban los derechos a la libre circulación, residencia, y trabajo en España. El segundo punto, requería que los extranjeros de la Régimen General tuvieron visados, lo cual tuvo un gran impacto en muchos países, como Marruecos, donde históricamente los ciudadanos habían fluido sin visados entre los dos países. Tercero, los extranjeros que permanecían en España más de 90 días tenían que obtener los permisos de residencia y trabajo. Cuarto, la ley proporcionó a los residentes legales los derechos de reunión, asociación, educación y sindicalización. El quinto punto, diferenció entre los residentes legales e ilegales y excluyó a los extranjeros ilegales de cualquier derecho resumido en el punto anterior.

Finalmente, la ley creó un motivo para la deportación, incluyendo la falta de permiso residencia o de trabajo apropiado, la participación en actividades que sean contrarias al orden público, a la seguridad o lesione derechos de terceros. De modo que, esta ley a pesar de tener una vocación de generalidad tenía un marcado restrictivo, aspecto que fueron tratados de limar por el Real Decreto 155/1966 de 2 de Febrero²⁴⁹, con el fin suavizar la ley y otorgar algunos derechos que la ley había omitido. Análisis que realizaremos de forma pormenorizada en cuanto al contenido de estos derechos. En primer lugar, en su art. 1, reconoce su carácter reglamentario de la ley de desarrollo y respeto de los derechos que figuran en su contenido a lo preceptuado en la Constitución. Introduciendo un apartado 2, aclaratorio por el que se reconoce no la equiparación sino la igualdad con los españoles “*ante la ley en función de lo dispuesto por ésta y los Tratados internacionales suscritos por España, en especial el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966.*”. Observándose, no solo la subordinación del contenido de la Ley, a lo dispuesto en los Tratados Internacionales suscritos sino que además hace referencia expresa al Pacto de Derechos Civiles, que entre otros reconoce el derecho a la personalidad y dignidad humana (art. 10 del citado instrumento internacional). Además nos encontramos en este párrafo 2 de la Ley, en correlación con la misma ubicación en el citado Reglamento, donde esta tiene un carácter más hermenéutico, ciñéndose en imponer requisitos a los extranjeros y cuya dicción literal es la siguiente” *a los extranjeros que, por su residencia o interés, se relacionen con España...*”

²⁴⁹ RAMOS QUINTANA. M. I., (1997). Derechos de los trabajadores extranjeros, *REDT*, núm.86. Nos encontramos ante un claro ejemplo es la convivencia de dos modelos de regulación en gran medida opuestos, como el de la LO/1985, basado en una imagen del fenómeno inmigratorio como temporal y coyuntural (ej. art.15), y el del Reglamento de 1996 (ej. art.75.IV), más consciente del carácter estructural del mismo y, por tanto, de la necesidad de políticas de integración

De otro lado, en el art. 2 del citado Decreto, introduce como novedad el reconocimiento de una serie de derechos subjetivos a los extranjeros que la LOE a la que desarrolla omitía. Obsérvese como el propio legislador los rubrica “*derechos subjetivos*”, lo cual conlleva la titularidad y ejercicio de todo extranjero de una serie de derechos inherentes a su persona independientemente de su situación administrativa, enconsertando en este grupo los siguientes derechos: igualdad, educación y asistencia gratuita letrada y a interprete. Concretamente en su apartado 2.1, reconoce la igualdad de los extranjeros con los españoles (en la LOE este principio se proclamaba en su Preámbulo por lo que carencia de fuerza jurídica vinculante, limitándose a tener un mero valor político informativo) .Asimismo reconoce el derecho a la educación (2.2) independiente de la situación administrativa del extranjero y derecho a asistencia letrada gratuita y a interprete solo en caso de detención y de carencia de medios económicos (Art. 2.3).

Asimismo en la Sección III del Capítulo Preliminar, recoge una serie de derechos cuya titularidad y ejercicio corresponde exclusivamente a los extranjeros regularizados, y que son los recogidos en la ley en sus arts 3-11 que suponen la ampliación de un elenco de derechos, si bien, únicamente esta extensión subjetiva de su ámbito se circunscribe a los extranjeros regularizados, como son: a circular, a fijar su residencia y empadronarse; derecho de reunión y asociación; derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales²⁵⁰ subordinando su ejecución a lo dispuesto por tratado de reciprocidad ,ley o convenio; tendrán derecho a la educación y libertad de enseñanza, así como a la creación y dirección de centros docentes sometidos a idénticos condicionantes que los preceptuados para el ejercicio del derecho al sufragio; derecho de sindicación y huelga; derecho a las prestaciones sociales y a la asistencia, limitándose su otorgamiento sólo en caso de necesidad de acuerdo con lo preceptuado por la LGSS, cuyo modelo en aquel momento era exclusivamente contributivo. A la prestación de salud, de conformidad con lo previsto en la Ley General de Sanidad y LGSS. A crear empresas fundaciones y ejercicio de profesión titulada, de conformidad con lo dispuesto en las leyes específicas.

²⁵⁰ El otorgamiento de este derecho tiene desde nuestro punto de vista un carácter bidireccional. En primer lugar, conlleva que los extranjeros solamente podrán y ser votados en las elecciones municipales; y en segundo lugar, que solamente podrán hacerlo siempre que lo establezca una ley o tratado y siempre que este reconocimiento se produzca recíprocamente para los españoles en el país del que sea nacional el extranjero en cuestión. Pese a que parece existir un movimiento amplio a favor de la concesión del derecho al sufragio en las elecciones municipales, nos encontramos con un grave problema a la hora de solucionarlo por vía legal. En el mejor de los casos, no basta con que el Estado español quisiera extender este derecho a los extranjeros extracomunitarios, sino que, en cumplimiento de lo establecido en la CE, sería imprescindible que los países de origen de estos extranjeros, reconocieran este derecho a los ciudadanos españoles. Lo cual supondría o bien reformar del artículo 13 de la CE, o suprimir el requisito de reciprocidad (en tal caso se haría dejación de la solución a lo que dispongan las leyes o tratados), o bien suprimir directamente todo el apartado segundo.

Es decir, en casi todas ellas opera además de la subordinación a la LOE a la que se desarrolla, al principio de reciprocidad del país de origen del extranjero, leyes específicas sobre la materia o en su defecto Tratado con ese país, sino concurren alguno de estos condicionantes, el extranjero a pesar de encontrarse legalmente en España no se le reconocerá ni podrá ejercer prácticamente ninguno de los derechos expuestos.

Análisis particular merece el derecho a la vida privada y familiar, ya que con anterioridad a esta ley la referencia que se hacía era meramente incidental, en concreto en art 13.3 de la citada disposición señalaba *“ el permiso de residencia se podrá conceder a los menores de dieciocho años y a los incapacitados. También se podrá incluirse a unos y otros en el permiso correspondiente a la persona bajo cuya guarda se encuentre, si ésta así lo solicita”* sin exigirse en principio parentesco entre ellos. Siendo posteriormente el RD1119/1986 modificado por el RD155/1996 de 2 de y la Orden de la Presidencia de 8 de Enero de 1999, las que reconocen este derecho y regulan el procedimiento a seguir para su ejercicio.

Con respecto al derecho al trabajo, la ley no reconoce este derecho limitándose en su art. 15 a regular los requisitos necesarios que deben cumplimentar los extranjeros que pretendan prestar sus servicios en nuestro país, para lo que es preceptivo estar en posesión de dos permisos: residencia y trabajo, cuya obtención y renovación quedan supeditado a los siguientes factores:

- a) La existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante.
- b) La insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica en que se pretenda trabajar.
- c) El régimen de reciprocidad en el país de origen del extranjero.

Lo que conlleva no sólo al no reconocimiento del derecho a trabajar, sino que también se subordina el mero ejercicio de este a la coligación o suma de estos tres factores anteriores. Asimismo en el art. 15.2 de la LOE, se observa como los permisos de trabajo y residencia tenían idéntica duración y se expedían en un documento unificado, con ello se pretendía acabar con el exceso de burocracia en la tramitación por separados de ambos permisos así como la falta de comunicación entre las administraciones intervinientes. Ello se traducía en el Reglamento de 1996 en que, si bien podría comenzar a trabajar desde el mismo momento en que le era comunicada la resolución favorable de la autoridad laboral respecto de la concesión de su permiso de trabajo, si la resolución sobre el permiso de residencia era negativa, se impedía la concesión del permiso unificación y continuar la actividad pero paradójicamente durante el periodo de espera, desde la

resolución favorable del permiso de trabajo, comenzaba a contar el plazo para el mismo y manifestación del mismo era el deber de dar de alta al trabajador en la Seguridad Social.²⁵¹

Además del análisis de la sistemática de este Reglamento se observa, que si lo comparamos con el Reglamento de 1986, al que deroga, éste es más extenso en su articulado y que de alguna forma supera a la Ley a la que desarrolla, aportando una mayor seguridad jurídica en diversas cuestiones e introduciendo figuras nuevas provenientes de la normativa europea tales como la devolución en frontera o los visados de tránsito. Lo cierto es que ese reglamento fue la herramienta de trabajo normativa más utilizada, dejando en un plano secundario los preceptos de la Ley. La promulgación de este Reglamento trajo consigo la apertura de un semiproceso de regularización.

1.5.2- LEY 7/1985 DE 1 DE JULIO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

En el caso de España, nuestra Constitución recoge que es extranjero el que carece de la nacionalidad española, que se adquiere de acuerdo con lo previsto en el art 11 y 17 del Cc. Mas adelante, en su artículo 13 se reconoce a los extranjeros las libertades públicas” en los términos que establezcan los Tratados y la Ley, y en el art 149.1.2º se le otorga al Estado competencia exclusiva en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.

En primer lugar, debemos tomar como punto de partida la LO 7/85 de 1 de Julio, rubricada “*de los derechos y libertades de los extranjeros en España*”, cuyo objetivo era crear una norma que agrupara los derechos de los extranjeros en nuestro país y de este modo poner fin a la dispersión normativa e inseguridad jurídica que existía hasta ese momento²⁵².

En este estadio nos encontramos que pese al título de la misma, del contenido regulado en su cuerpo normativo se desprende su naturaleza represiva en cuanto a derechos para los inmigrantes, contradiciéndose la declaración de principios que se formulan en su Preámbulo” *reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades y favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española.*”

²⁵¹ ESCUIN PALOP, V., (1991). Régimen jurídico de la entrada y permanencia de los extranjeros en España, Edit. CEC. Colección *Cuadernos y Debates*, núm. 27, Madrid, págs. 61 y ss.

²⁵² Recordemos que la única norma general reguladora de esta materia estaba constituida por el Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852

De otra parte, según la dicción de su Art. 4 “ *Los extranjeros gozaran en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos*”. No obstante, este artículo debe ser puesto en correlación con el Art. 3 del mismo Texto, que señala “ *lo dispuesto en la presente ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de los establecido en las leyes especiales y en los Tratados Internacionales de los que España sea parte*”. Desde mi punto de vista, pese a su ubicación errónea en el Título Preliminar en lugar de hacer situarlo en el Título I, compele el contenido de esta norma, a lo fijado en leyes especiales (límites impuesto por la presente ley de Extranjería y en particular a leyes específicas que regulan el ejercicio de cada uno de estos derechos). De este modo el principio de igualdad material y formal que propugna la norma quiebra) y a lo estipulado en los Tratados Internacionales, y en consecuencia, a los Derechos que nuestro país se haya comprometido a respetar y a salvaguardar, además de los reconocidos en el texto constitucional de 1978.

En concreto, si analizamos el contenido sistemático de estos derechos, observamos como el legislador incumple lo preceptuado previamente en los dos artículos referenciados y vincula el reconocimiento y ejercicio de determinados derechos a la situación administrativa regular del inmigrante en nuestro país. En particular, en los artículos: relativos la libertad de circulación y residencia (4); derecho de reagrupación (art 13.3); de reunión (7); de asociación (8); libertad de enseñanza, de crear centros docentes y derecho de educación (9) y derecho de sindicación y de huelga (10). Además no contiene ninguna alusión a lo que podrían ser derechos exigidos por la dignidad humana (vida e integridad, libertad ideológica, tutela judicial, etc.) y se regulaban solo los derechos que presentaban limitaciones respecto a los españoles: libertad de circulación, derecho de reunión, derecho de asociación, de sindicación y educación²⁵³

Por ello, surge el Real Decreto 155/1966 de 2 de Febrero²⁵⁴, con el fin suavizar la ley y otorgar algunos derechos que la ley había omitido. Análisis que realizaremos de forma pormenorizada en cuanto al contenido de estos derechos. En primer lugar, en su Art. 1, reconoce su carácter reglamentario de la ley de desarrollo y respeto de los derechos que figuran en su contenido

²⁵³ AJA E., (coord.) APARICIO, M., CABELLOS, M. A., MOYA, D.; DÍEZ, L., y ROIG, E., (2000). *La nueva regulación de la inmigración en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, págs. 21-27

²⁵⁴ RAMOS QUINTANA, M. I., (1997). Derechos de los trabajadores extranjeros, *REDT*, núm.86. Nos encontramos ante un claro ejemplo es la convivencia de dos modelos de regulación en gran medida opuestos, como el de la LO/1985, basado en una imagen del fenómeno migratorio como temporal y coyuntural (ej. art.15), y el del Reglamento de 1996 (ej. art.75.IV), más consciente del carácter estructural del mismo y, por tanto, de la necesidad de políticas de integración

a lo preceptuado en la Constitución .Introduciendo un apartado 2, aclaratorio por el que se reconoce no la equiparación sino la igualdad con los españoles “*ante la ley en función de lo dispuesto por ésta y los Tratados internacionales suscritos por España, en especial el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966.*”.Observándose, no solo la subordinación del contenido de la Ley, a lo dispuesto en los Tratados Internacionales suscritos sino que además hace referencia expresa al Pacto de Derechos Civiles, que entre otros reconoce el derecho a la personalidad y dignidad humana (Art. 10).

De otro lado, en el Art. 2 del citado Decreto, se reconocen una serie de derechos subjetivos a los extranjeros que la ley de extranjería ofrecía un trato diferente. Así en su apartado 2.1, reconoce igualdad con de los extranjeros con los españoles (en la ley se hacía en el Preámbulo por lo que carencia de fuerza jurídica vinculante, limitándose a tener un mero valor político informativo).

Asimismo reconoce el derecho a la educación (2.2) independiente de la situación administrativa del extranjero y derecho a asistencia letrada gratuita y a intérprete sólo en caso de detención (Art. 2.3).

Asimismo en la Sección III del Capítulo Preliminar, recoge una serie de derechos cuya titularidad y ejercicio corresponde exclusivamente a los extranjeros regularizados, y que son los recogidos en la ley en sus arts 6-10 anteriormente analizados.

Además introduce la novedad de ampliar este elenco de derechos, si bien, únicamente a los extranjeros regularizados, como son el derecho a las prestaciones sociales, limitándose su otorgamiento solo en caso de necesidad de acuerdo con lo preceptuado por la LGSS, cuyo modelo en aquel momento era exclusivamente contributivo. A la prestación de salud, de conformidad con lo previsto en la Ley General de Sanidad y LGSS. A crear empresas fundaciones y ejercicio de profesión titulada, de conformidad con lo dispuesto en las leyes específicas.

Análisis particular merece el derecho a la vida privada y familiar, ya que con anterioridad a esta ley la referencia que se hacía era meramente incidental, en concreto en art 13.3 de la citada disposición señalaba” *el permiso de residencia se podrá conceder a los menores de dieciocho años y a los incapacitados. También se podrá incluirse a unos y otros en el permiso correspondiente a la persona bajo cuya guarda se encuentre, si ésta así lo solicita*” sin exigirse en principio parentesco entre ellos. Siendo posteriormente el RD1119/1986 modificado por el RD155/1996 de 2 de y la Orden de la Presidencia de 8 de Enero de 1999, las que reconocen este derecho y regulan el procedimiento a seguir para su ejercicio.

Por su parte, deja con el mismo contenido en su Art. 5 el derecho a participar en las elecciones únicamente municipales limitándose su ejercicio a lo dispuesto por los tratados de reciprocidad.

Con respecto al derecho al trabajo, la ley no reconoce este derecho limitándose en su Art. 15 a regular los requisitos necesarios que deben cumplimentar los extranjeros que pretendan prestar sus servicios en nuestro país, para lo que es preceptivo estar en posesión de dos permisos: residencia y trabajo, cuya obtención y renovación quedan supeditado a los siguientes factores:

a) la existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante.

b) la insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica en que se pretenda trabajar.

c) el régimen de reciprocidad en el país de origen del extranjero.

Lo que conlleva no sólo al no reconocimiento del derecho a trabajar, sino que también se subordina el mero ejercicio de este a la coligación o suma de estos tres factores anteriores. Asimismo en el Art. 15.2 de la LO 7/85 los permisos de trabajo y residencia tenían idéntica duración y se expedían en un documento unificado, con ello se pretendía acabar con el exceso de burocracia en la tramitación por separados de ambos permisos así como la falta de comunicación entre las administraciones intervinientes. Ello se traducía en el Reglamento de 1996 en que, si bien podría comenzar a trabajar desde le mismo momento en que le era comunicada la resolución favorable de la autoridad laboral respecto de la concesión de su permiso de trabajo, si la resolución sobre el permiso de residencia era negativa, se impedía la concesión del permiso unificación y continuar la actividad pero paradójicamente durante el periodo de espera, desde la resolución favorable del permiso de trabajo, comenzaba a contar el plazo para el mismo y manifestación del mismo era el deber de dar de alta al trabajador en la Seguridad Social.²⁵⁵

²⁵⁵ ESCUIN PALOP, V., (1991) .Régimen jurídico de la entrada y permanencia de los extranjeros en España, Edít. CEC, Colección *Cuadernos y Debates* núm. 27, Madrid, págs. 61 y ss.

1.5.3. EL MODELO NORMATIVO DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 DE 11 DE ENERO SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS

La aprobación de la ley orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros y su integración social (LOEX) en España, generó no pocas expectativas, recelos y críticas. En el presente apartado trataremos de analizar sintéticamente, algunas de sus novedades, deficiencias, limitaciones y propuestas en materia de otorgamiento y ejercicio de derechos subordinados, su titularidad y ejercicio a la situación administrativa del inmigrante, para lo cual, centraremos nuestro análisis, en el conjunto de derecho de que son titulares los inmigrantes, y que o bien, han supuesto una modificación en el panorama normativo y en particular en el tratamiento legislativo de derechos por el legislador de la LOEX, para lo cual, continuaremos con el criterio de seguir vertebrando todo el conjunto de derechos, de que son titulares los inmigrantes subordinando, su reconocimiento y titularidad, a su situación regularizada o no en nuestro país. En primer lugar, para proceder al análisis de esta ley, hay que tomar como punto de partida la sistemática que se sigue en la misma. Llamando la atención la ausencia de Exposición de Motivos, lo que viene a poner de manifiesto la consideración de la inmigración como un fenómeno coyuntural y la ausencia de vocación de integración que esta representa. Pero sin lugar a dudas, la característica más sobresaliente esta ley, es el reconocimiento expreso que se realiza en la ley de igualdad entre españoles y extranjeros en materia de Derechos Fundamentales reconocidos en el Título I de la Constitución y el acatamiento en el cumplimiento de lo establecido en todo el ordenamiento jurídico y los Pactos Internacionales en vigor en nuestro país y firmados por los diferentes gobiernos. En este sentido, se pronuncia el Título I de la Ley al establecer los derechos y libertades de los extranjeros, que a tenor literal del artículo 3 van a interpretarse conforme a lo establecido por la Constitución Española y los Tratados suscritos por España(entre los que se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Marzo de 1966, El Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que no establecen ninguna diferencia -en cuanto a su aplicación- entre los nacionales y los no nacionales, el Convenio sobre Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989, el Convenio Europeo de Seguridad Social y el acuerdo complementario de éste, hechos en París el 14 de Diciembre de 1972) .

No obstante, en materia de derechos, la presente disposición diferencia tres situaciones dependiendo de la situación administrativa del destinatario de la norma:

a) Derechos humanos independientes de la situación del inmigrante y cuyo ejercicio se realizar en las mismas condiciones que los españoles.

b) Derechos de los inmigrantes que tienen regularizada su situación administrativa y cuya titularidad es ejercida en condiciones de igualdad con los españoles.

c) Derechos de los extranjeros cuya situación administrativa sea irregular.

El primer grupo lo integran los siguientes derechos:

a) Aquellos inherentes a la condición humana (como por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física y moral).

b) Los expresamente reconocidos en la Ley Orgánica reguladora de la materia, concretamente los siguientes:

i. Derechos y deberes, respecto de su documentación personal, de manera especial el derecho a conservarla, tanto la que acredite su identidad como la referente a su situación en España.

ii. Derecho a la educación para todos los extranjeros menores de 18 años, que comprende el acceso a una enseñanza básica gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.).

iii. Derecho a la asistencia sanitaria de urgencia para todos. Para menores de 18 años y embarazadas la asistencia sanitaria se equipara a la de los españoles, así como para cualquier persona extranjera que figure inscrito en el padrón municipal de habitantes del lugar donde residan, con independencia de su situación administrativa

iv. Derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (Servicios Sociales Comunitarios).

El segundo grupo, par el que se requiere una situación administrativa regularizada estaría compuesto por los siguientes derechos:

- Libre circulación por territorio español y fijación libre de residencia.
- Ejercicio de las libertades de reunión, manifestación y asociación.
- Derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles.
- Acceso al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica.

- Derecho al trabajo y a la Seguridad Social, incluso como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, pudiendo participar en las ofertas de empleo público que éstas convoquen.

- Libertades de sindicación y huelga.

- Derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles.

- Derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social y a todo tipo de servicios y prestaciones sociales.(estos derechos junto al derecho al trabajo son una novedad en su introducción de esta ley)

Y por último un tercer grupo, independiente de su situación administrativa y subordinado a la vinculación formal con la Administración local, que se realiza mediante la inscripción en el Padrón Municipal. En este caso, los derechos que se confieren son específicamente los siguientes:

- A elegir entre ellos a sus propios representantes para participar en los debates y decisiones municipales cuando no puedan participar directamente y sean residentes.

- A asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

- A acceder al sistema publico de ayudas en materia de viviendas

- A asistencia jurídica gratuita.

Además si el inmigrante es menor de dieciocho años, al margen de su citación administrativa tiene derecho en las mismas condiciones que los españoles a: educación básica obligatoria y gratuita y asistencia sanitaria.

En primer lugar, se observa como esta ley, va a suponer el nuevo marco regulador de la extranjería en nuestro país, que pretende actualizar el contexto de ordenación de la regulación del trabajo de los extranjeros. En definitiva, como indica²⁵⁶, esta Ley, era necesaria, para adecuar el proceso migratorio a la nueva realidad social, y supuso una mejora en el “*status*” del extranjero, ya que desde su nacimiento nació avocada al fracaso, dada la provisionalidad que conllevaba.

Una de sus novedades más destacadas es sin lugar a dudas, el cambio de orientación, que supuso su entrada en el panorama legislativo de la política de extranjería, al establecer un marco

²⁵⁶ SANTA OYA MACHETTI., (2000). Estudio introductorio de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración Social, en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº 7, Abril, págs. 29-61.

regulador de carácter global y coherente, e incluir de forma expresa, un catálogo de derechos y libertades de los extranjeros. La citada Ley, ha sido reformada en tres ocasiones:

- Primera reforma.- Se produjo a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre, afectó prácticamente a todo el articulado, si bien tuvo especial relevancia la modificación relativa a determinados derechos fundamentales, en concreto, *a los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga*. El cambio que se introdujo en tales derechos fundamentales, consistió en distinguir entre la titularidad y el ejercicio de los mismos, limitando su ejercicio exclusivamente a aquellos extranjeros que residieran legalmente en España.

- Segunda reforma.- Fue operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre, se orientaba principalmente a adaptar la legislación penal y de extranjería, a la nueva realidad delictiva que aparecía asociada al fenómeno de la inmigración. Además, las reformas introducidas, iban encaminadas fundamentalmente a *mejorar la regulación en materia de expulsión*, con el fin de lograr, una mejor adecuación entre los procedimientos penal y administrativo.

- La última reforma de la Ley Orgánica 4/2000.- Se efectúa por la Ley 14/2003, de 20 de Noviembre, que viene a incidir básicamente en dos aspectos: *“Simplificación de los trámites administrativos y del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España, y reforzamiento y mejora de los instrumentos sancionadores previstos en la Ley Orgánica 4/2000”*.²⁵⁷

En primer lugar, para proceder al análisis de esta ley, tomaremos como punto de partida la sistemática que se sigue en la misma, como ya hemos apuntado al principio, llamando la atención la ausencia de *“Exposición de Motivos”*, lo que viene a poner de manifiesto la consideración por parte del legislador, de la inmigración como un fenómeno coyuntural, y la ausencia de vocación de integración que esta representa.

En segundo lugar, procederemos a delimitar el ámbito de aplicación de esta ley y del contenido que se le dota al concepto de *“extranjero”*, con una connotación negativa, tal y como figura en el párrafo 1, del art. 1. *“(…) los que carezcan de la nacionalidad española.”* Seguidamente degrada esta definición añadiendo en el párrafo 2 del mismo artículo lo siguiente: *“Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte”*. Consideramos que esta

²⁵⁷ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica 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 de 7 de Mayo de 2009.

aclaramiento era innecesaria por parte del legislador, puesto que del contenido de la norma, se desprende como el término “*extranjero*”, se identifica con aquella persona, que goza en nuestro ordenamiento jurídico, de unos derechos distintos, a los que corresponde a los nacionales, siendo ese factor diferencial distinto al mero hecho de no ser nacional²⁵⁸.

A continuación, se observa como en el Título I, Capítulo I, rubricado: “ *Derechos y libertades de los extranjeros*”, dota al “*extranjero*”, de un estatuto jurídico propio, en el derecho español, el cual ha sufrido una importante transformación, tras la promulgación de la CE, y en concreto, el art 13.1 de la citada norma que establece: “ *los extranjeros gozaran en España de las libertades públicas, que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*”

De lo que se desprende que el legislador, no es el que va a fijar en que grado los extranjeros van a poder gozar de determinados derechos y libertades públicas, sino que su función en esta materia, se circunscribe en señalar en que términos los extranjeros, gozan de los derechos y libertades públicas que le vienen conferidos en la CE.

Fijando un contenido esencial inalienable, razón que justifica, que este pueda dar un trato desigual en la extensión de un derecho consagrado en el Título I Cap II de la CE, dependiendo de la condición que detente el ciudadano, se podrá establecer condiciones y alcances diferentes para los nacionales y extranjeros. También, conviene precisar, que existe una dicotomía doctrinal entre goce y ejercicio, llegando a la conclusión de identificar “*goce con capacidad jurídica y ejercicio con capacidad de obrar*”²⁵⁹. Por lo tanto, discrepo de esta postura y comparto la sostenida por²⁶⁰, que apoya su posición, basando su argumentación en un fundamento lógico y jurídico. El primero, porque la postura contraria puede implicar que una persona tenga Mayores derechos en un país extranjero que en su propia nación, y, jurídico, porque de la relación del art 27 con el art 9.1 de nuestro Cc, se deriva que el goce y ejercicio tienen regulación distinta y un carácter diferente. Definiéndose el goce como: “*capacidad o idoneidad para ser titular de derechos*” y el ejercicio:”

²⁵⁸ ESPINAR VICENTE, J. M., (2001). *Comentarios a la nueva ley de extranjeria*, Madrid, Edit Universidad de Alcalá de Henares, págs 3-8.

²⁵⁹ CLEMENTE DE DIEGO, F., (1929) *Instituciones de Derecho Civil Español*, Madrid, Ediciones Atlas, 7^a Edit., Imprenta de J. PUEYO, Tomo I, pág. 171. CASTAN TOBE NAS, J., (1971). *Derecho Civil Español Común y Foral I* Tomo I y II, en *Teoría de la relación jurídica .La persona y los derechos de la personalidad, Las cosas. Los hechos jurídicos* 11^a Edit., con Adiciones de J. I. de los mozos, Madrid, Instituto Editorial Reus, pág 134 y ss.

²⁶⁰ IRIARTE ÁNGEL, J. L., (1988). *Los derechos civiles de los extranjeros en España: El art 27 del Código Civil*. Edit por Edilex S.A., Madrid, págs 90-100.

capacidad para realizar efectivamente esos derechos”. De lo que se deduce, que la capacidad de “*ser titulares de derechos civiles*”, depende de la efectiva materialización de los mismos, y de la ley nacional de extranjero. Este es el sentido que parece dilucidarse de los arts 3 al 15 de la presente ley, que fija “*los términos generales del disfrute de las libertades*” que figuran en el Título I de la CE. Por todo ello, consideramos que sin lugar a dudas, la característica más sobresaliente de esta ley, desde nuestro punto de vista, es que por primera vez, se efectúa un reconocimiento expreso del principio de igualdad, ante la ley entre españoles y extranjeros en materia de “*Derechos Fundamentales*” reconocidos en el Título I de la Constitución y el acatamiento en el cumplimiento de lo establecido en todo el ordenamiento jurídico y los Pactos Internacionales en vigor en nuestro país, y firmados por los diferentes gobiernos. En este sentido, se pronuncia el Título I de la Ley, al establecer los derechos y libertades de los extranjeros, que a tenor literal del artículo 3, van a interpretarse conforme a lo establecido por la Constitución Española y los Tratados suscritos por España (entre los que se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Marzo de 1966, el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que no establecen ninguna diferencia -en cuanto a su aplicación- entre los nacionales y los no nacionales, el Convenio sobre Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989, el Convenio Europeo de Seguridad Social y el acuerdo complementario de éste, hechos en París el 14 de Diciembre de 1972) .

En relación con el conjunto de derechos que le corresponden a los extranjeros, la presente disposición diferencia tres situaciones dependiendo de la situación administrativa del destinatario de la norma:

a) Derechos humanos independientes de la situación del inmigrante y cuyo ejercicio se realizar en las mismas condiciones que los españoles.

b) Derechos de los inmigrantes que tienen regularizada su situación administrativa y cuya titularidad es ejercida en condiciones de igualdad con los españoles.

c) Derechos de los inmigrantes también regularizados y dependientes de la inscripción en el Padrón municipal.

A tenor de lo expuesto, procederemos al análisis de cada uno de estos grupos de los derechos que lo conforman.

El primer grupo lo integran los siguientes derechos:

a) Aquellos inherentes a la condición humana (como por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física y moral).

b) Los expresamente reconocidos en la Ley Orgánica reguladora de la materia, concretamente los siguientes:

1.- Derechos y deberes, respecto de su documentación personal, de manera especial el derecho a conservarla, tanto la que acredite su identidad como la referente a su situación en España.

2.-Derecho a la educación para todos los extranjeros menores de 18 años, que comprende el acceso a una enseñanza básica gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas).

3.-Derecho a la asistencia sanitaria de urgencia para todos. Para menores de 18 años y embarazadas la asistencia sanitaria se equipara a la de los españoles, así como para cualquier persona extranjera que figure inscrito en el padrón municipal de habitantes del lugar donde residan, con independencia de su situación administrativa.

4.-Derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (Servicios Sociales Comunitarios).

El segundo grupo, para el que se requiere una situación administrativa regularizada, estaría compuesto por los siguientes derechos:

- Libre circulación por territorio español y fijación libre de residencia.
- Ejercicio de las libertades de reunión, manifestación y asociación.
- Derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles.
- Acceso al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica.
- Derecho al trabajo y a la Seguridad Social, incluso como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, pudiendo participar en las ofertas de empleo público que éstas convoquen.
- Libertades de sindicación y huelga.
- Derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles.

- Derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social y a todo tipo de servicios y prestaciones sociales.(estos derechos junto al derecho al trabajo son una novedad en su introducción de esta ley)

Y por último un tercer grupo, independiente de su situación administrativa y subordinado a la vinculación formal con la Administración Local, que se realiza mediante la inscripción en el Padrón Municipal. En este caso, los derechos que se confieren son específicamente los siguientes:

- A elegir entre ellos a sus propios representantes para participar en los debates y decisiones municipales cuando no puedan participar directamente y sean residentes.
- Asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.
- Acceder al sistema publico de ayudas en materia de viviendas
- Asistencia jurídica gratuita.

A continuación, procederemos a desglosar cada uno de ellos. En particular, los dos últimos grupos, (ya que para el primero podemos extrapolar lo manifestado con respecto a los mismos en la Ley 7/85 relativa a este conjunto de derechos).En relación con el segundo grupo, procederemos a analizar el contenido de derechos que lo componen.

En primer lugar, con respecto al derecho a documentación, su ubicación se efectúa en el artículo 4, lo que viene a subsanar una situación anómala que se daba a los extranjeros que hasta ese momento podían ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en esta LO y en la LO 1/1992, de 21 de Febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, hasta la entrada en vigor de la Ley 4/2000, era lícito retener y retirar la documentación al extranjero, sin garantía jurídica alguna .A partir de ese momento, no pueden ser privados de documentación, salvo en los mismos supuestos que para los españoles les puedan ser arrebatados el DNI español, estando obligados a tener una documentación acreditativa de su identificación y situación administrativa en España (art.11 de la LO 1/1992 de 21 de Febrero).De lo expuesto, se deduce que la posesión de documentación, se ha transformado de obligación en derecho, además de concretarse, que los documentos expedidos por la autoridad del país de procedencia son los que acreditan su identidad (con ello se pretende evitar que éstos oculten la documentación de su país de origen o se deshagan de ella, con el fin, de evitar ser deportados, pero esta norma es ineficaz, sino se acompaña de la correspondiente tipificación de infracción que debería de haberse incorporado a la Ley, ante el hecho de encontrarse en España desprovisto de ningún tipo de documentación, creando un segmento de población indocumentada que se asienta en España de forma irregular, y

que las autoridades no pueden expulsar por ausencia de positivación de esta situación anómala). Otra novedad importante, es la que figura en el art 61 párrafo c), que permite la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo, como medida cautelar, probablemente dictada para evitar que este durante la tramitación del expediente de expulsión éste se pueda evadir. Por su parte, la LO 2/2009 de extranjería, continúa con la misma sistemática que la LO 4/2000 y ubica este derecho también en el art 4 dotándolo de un contenido más completo y garantista al introducir un apartado nuevo, cuya dicción literal es la siguiente:

“Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente. Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de un visado de residencia y trabajo de temporada.

Reglamentariamente se desarrollarán los supuestos en que se podrá obtener dicha tarjeta de identidad cuando se haya concedido una autorización para permanecer en España por un periodo no superior a seis meses.”

Es decir, existe un compromiso por parte de la Administración de proveer al extranjero de documentación siempre que su estancia en nuestro país sea superior a seis meses, desde que se le solicite, exceptuando de dicha obligación a los que tengan autorización de residencia y trabajo exclusivamente de temporada. En definitiva estas modificaciones pretenden perfilar lo que debe ser el marco de derechos y libertades de los extranjeros, junto a las correspondientes obligaciones, que implique el reconocimiento de los derechos fundamentales a los extranjeros cualquiera que sea su situación en España, así como el establecimiento de un sistema progresivo de acceso a los otros derechos basado en el refuerzo del estatus jurídico a medida que aumenta el periodo de residencia legal.

La situación varía sustancialmente tras la entrada en vigor de la LO 2/2009 de extranjería, estableciendo en su apartado 1, el derecho y el deber de los extranjeros que se encuentren en territorio español a conservar su documentación. Este apartado en la LO 4/2000 en cambio figura del siguiente modo “*Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar la documentación...*”. Observándose como en realidad se trata de una mera reforma técnica que sustituye “*obligación*” por “*deber*”, diferencia semántica que no produce ningún efecto jurídico relevante desde mi punto de vista. En cambio si tiene más trascendencia la

introducción en el final apartado 2 del citado art 4 de la vigente ley donde se añade el apostillamiento “...Estarán exceptuados de dicha obligación (tarjeta de identidad de extranjeros) los titulares de un visado de residencia y trabajo de temporada. Reglamentariamente se desarrollarán los supuestos en que se podrá obtener dicha tarjeta de identidad cuando se haya concedido una autorización para permanecer en España por un periodo no superior a seis meses. Esta novedad consideramos que obedece a eliminar las trabas burocráticas que para el trabajador de temporada que ya se encuentra provisto de un “*visado de residencia y trabajo*” de además compeler a obtener “*la tarjeta de identidad de extranjeros*” cuando en realidad ya se encuentra documentado y su estancia va a ser de corta duración. Y por ultimo en relación con el apartado 3 la actual Ley introduce al inicio del mismo “*Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación (...) mientras que la ley precedente señalaba*” No podrán ser privados de su documentación”, con ello a nuestro juicio el legislador ha introducido el termino “*extranjero*” para evitar equívocos y evitar discriminación con respecto a los españoles que también están obligados al ser un derecho y un deber integrante del derecho a la información²⁶¹.

Con respecto al derecho de participación, la irrupción de este derecho en nuestra carta magna se produjo de forma paulatina, como consecuencia de la ratificación por parte de España del Tratado de Maastricht, que introdujo el derecho de los ciudadanos europeos residentes en otros Estados miembros a participar en las elecciones municipales ejerciendo tanto el derecho al sufragio activo como pasivo, lo cual supuso la modificación del art 13.2 CE y que quedó reformado del siguiente modo:” *Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales*”. De modo que, para que pueda existir reconocimiento y ejercicio de este derecho al inmigrante debe existir un convenio tratado de reciprocidad (reciprocidad tanto en el sentido material como formal, es decir que exista reciprocidad tanto en el reconocimiento como en el ejercicio) que ofrezca a los españoles el mismo trato en ese país de procedencia del extranjero. La plasmación de este derecho en el nuestro ordenamiento jurídico interno se materializó por primera vez en la LOEX en el art 6 cuya dicción literal es la siguiente:

²⁶¹ Regulado además por dos leyes específicas: La primera por LO 1/1992, de 21 de Febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (BOE núm. 46, de 22 de Febrero), modificada por la Disposición Adicional Cuarta de la LO 4/1997, de 4 de Agosto (BOE núm. 186, de 5 de Agosto) y por la Ley 10/1999, de 21 de Abril (BOE núm. 96, de 22 de Abril).Y la segunda, por Ley 59/2003, de 19 de Diciembre, de firma electrónica, artículos 15 y 16 (BOE núm. 304, de 20 de Diciembre).

1. Los extranjeros residentes podrán ser titulares del derecho político de sufragio en las elecciones municipales en los términos que establezcan las Leyes y los Tratados.

2. Los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, que no puedan participar en las elecciones locales, podrán elegir de forma democrática entre ellos a sus propios representantes, con la finalidad de tomar parte en los debates y decisiones municipales que les conciernen, conforme se determina en la legislación de régimen local.

3. Los Ayuntamientos confeccionarán y mantendrán actualizado el padrón de extranjeros que residan en el municipio.

4. Los poderes públicos favorecerán el ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en los procesos electorales del país de origen. A tal efecto se adoptarán las medidas necesarias.

Del análisis de los apartados 1 y 2, se desprende como el legislador ordinario ha buscado un mecanismo jurídico para incluir a los extranjeros residentes y subsanar la exclusión prevista en el art 23CE (que parecía limitar el derecho de participación política exclusivamente a los españoles) consistente en la previsión de participación de los extranjeros residentes en procesos electorales simultáneos a las elecciones locales, para que de este modo, eligieran a sus representantes que se integrarían ordinariamente, con voz pero sin voto, en el pleno municipal. Fórmula que fue derogada posteriormente unos meses mas tarde por la ley 8/2000.

La justificación de esta inclusión se articula en el art 176 de la LO 5/1985 reguladora del Régimen Electoral General que dispone lo siguiente:” *Los extranjeros residentes en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un Tratado, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales*”. No obstante, no debemos olvidar, que estos sujetos quedan legitimados de forma explícita en razón de la reciprocidad, a lo que cabe añadir, que las personas que sin haber adquirido la nacionalidad española siguen siendo residentes en España, si ostentan la condición de ciudadanos de la UE, para los que, además esta norma sobre sistema electoral introduce una declaración de elegibilidad en las elecciones municipales.

Asimismo quiero subrayar que desde mi punto de vista se deja abierta una vía a los extranjeros para propiciar la participación de los extranjeros en el ámbito municipal, que es la participación administrativa contemplada en el art 105 de la CE, que no tiene carta de naturaleza de derecho constitucional susceptible de amparo, sino que se ubica entre los principios y criterios básicos de la organización administrativa convirtiéndose en una opción organizativa pero con un innegable papel en la democracia. Diferenciándose de la participación política a que alude el

párrafo 1 y 2 de la LOEX en esta última, se circunscribe exclusivamente a los españoles admitiéndose excepcionalmente su extensión a determinados colectivos de extranjeros. Mientras que la participación administrativa, no es objeto de dicha restricción, De modo que, en base a lo expuesto, consideramos admisible el reconocimiento del derecho a la participación administrativa a favor de los extranjeros siempre que sean residentes y estén empadronados. Ya que desde que se produce el reconocimiento de ambas situaciones administrativas, éstos adquieren los derechos que conlleva la legislación de régimen local y en concreto, los preceptuados en el art. 18 de la *Ley de Bases de Régimen Local* que se les confieren a los vecinos, y cuyo tenor literal es el siguiente: Son derechos y deberes de los vecinos:

a) Ser elector y elegible de acuerdo con lo que dispone la legislación electoral.

b) Participar en la gestión municipal de acuerdo con lo que disponen las leyes y, en su caso, cuando la colaboración con carácter voluntario de los vecinos sea interesada por los órganos de gobierno y administración municipal.

c) Utilizar, de acuerdo con su naturaleza, los servicios públicos municipales y acceder a los aprovechamientos comunales, de conformidad con las normas aplicables. d) Contribuir mediante las prestaciones económicas y personales legalmente previstas en la realización de las competencias municipales.

e) Ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a al Administración Municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo que prevé el art 105 de la CE.

f) Pedir la consulta popular en los términos previstos por la ley.

g) Exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio.

h) Aquellos otros derechos y deberes establecidos por las leyes.

Artículo que debe ser puesto en correlación con el art 49 b) de la LBRL y el art 69 del mismo texto. En cuanto al primero, establece procedimientos propios de participación ciudadana preceptivos para las corporaciones locales y cuyo establecimiento puede ser exigido a los vecinos, y que son en concreto dos:

- Información pública y audiencia a los interesados en determinados procedimientos de especial importancia relativos a la aprobación de ordenanzas o reglamentos municipales (municipalización de servicios, alteraciones de los términos municipales, etc.) pudiendo incluso

instar a los vecinos a una consulta popular sobre los derechos de información y participación del movimiento asociativo de los vecinos. Debiendo además poner a disposición de éstos los medios de comunicación propios de la Corporación (si dispone de ellos) en la medida en que estos medios, de conformidad con su legislación específica, deben estar abiertos a los distintos grupos políticos y sociales del municipio, englobando dentro de éstos también a los inmigrantes que ostenten la condición de vecinos(es decir provistos de permiso de residencia y que se encuentren empadronados en ese municipio)

- Con respecto al segundo artículo referenciado art. 69 de la LBRL, la propia rúbrica de su título nos anuncia su contenido “*Información y Participación Ciudadanas*” y específicamente la dicción literal del mismo dispone lo siguiente:

1. Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local.

2. Las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley.

En efecto, del núcleo de este artículo se extrae la consecuencia de que se faculta a las propias corporaciones, para que estas sean las que establezcan, mediante el ejercicio de su potestad de autoorganización, las “*formas, medios y procedimientos*” de participación que consideren más adecuados, con el único límite expreso de no menospreciar las facultades decisorias de los órganos representativos.

De otra parte, con respecto al apartado 3 del citado art. 6 de la LOEXT, destacar que en el mismo se informa que los ayuntamientos confeccionaran y mantendrán actualizados el Padrón de extranjeros que resida en su municipio. Si bien, conviene recordar que el Padrón es un registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio con independencia de su nacionalidad y situación administrativa. Esta inscripción no constituye en modo alguno, prueba de su residencia legal ni les atribuye ningún derecho que nos confiera la propia ley. En consecuencia, no se le pueden atribuir a este instrumento administrativo funciones que le son ajenas. Para ello, basta recordar el art. 21.1 de la LO 15 /1999 de 13 de Diciembre, de protección de datos que señala textualmente: “*Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas para el desempeño de sus atribuciones, no serán comunicadas a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre*

materias diferentes, salvo cuando la comunicación hubiera sido prevista por las disposiciones de creación del fichero por disposición de superior rango que regule su uso”

Además, a pesar de que por leyes posteriores de extranjería se ha ampliado este derecho aun no se ha extendido de forma genérica a todos los habitantes residentes en nuestro país, hecho este reforzado por el tratamiento limitativo que fija el derecho internacional, dándose la premisa de que en el momento actual ningún texto normativo de carácter supranacional, le ha otorgado al derecho de participación política, un carácter de “*universal de derecho fundamental*”. *¿Serían deseables otras formas de participación política para los inmigrantes?* Tradicionalmente el mecanismo de participación de este colectivo son las asociaciones, y a pesar de que muchas veces sirven para defender la identidad e intereses de los inmigrantes, generalmente estos están más interesados en la política de su país de origen que en el de acogida, si bien, cuando reagrupan a sus familias se produce un cambio contrapuesto en este planteamiento. Observándose como una de las propuestas internacionales más favorables son la creación de consejos consultivos, cuyo objeto es propiciar la expresión de los inmigrantes sobre sus punto de vista y teniendo como factor negativo, su carencia de fuerza vinculante y de representatividad, quedando en la mayoría de las ocasiones sus funciones relegadas a cooptar a los líderes y justificar la negativa del voto²⁶²

En cualquiera de los casos, el legislador de extranjería de la LOEXT en su apartado 1 reconocía exclusivamente el derecho de participación pública a los extranjeros residentes, exclusivamente para la participación en las elecciones municipales “*atendiendo a criterios de reciprocidad, en los términos que por Ley o Tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquéllos*”. Esta redacción sufre una modificación sustancial tras la entrada en vigor de la actual ley de extranjería, que también continua reconociendo únicamente este derecho a los extranjeros residentes y solo para participar en las elecciones municipales pero como novedad suprime “*atendiendo a criterios de reciprocidad*” así como para los españoles residentes en los países de origen de aquéllos, “*quedando configurado este derecho sin el condicionante de la reciprocidad que en el país de origen del extranjero de a los españoles. Y finalmente otra novedad que produce en relación con este derecho, es que la contenida en su párrafo 3 del citado art. 6 de la LOEXT que disponía lo siguiente*” Los Ayuntamientos incorporarán al padrón y mantendrán actualizada la información relativa a los extranjeros que residan en el municipio.” En cambio, la actual ley de extranjería de 2009, sustituye el termino “*que*

²⁶² GARCÍA GUITAN, E., (2005). *Los derechos políticos de los inmigrantes: Inmigración un desafío para España* (coord.) RAFAEL AGUILAR, edit Pablo Iglesias, Madrid, Octubre, págs. 177-191.

residan” por el de “*que tengan su domicilio habitual*”, me reitero en que las consecuencias jurídicas son idénticas desde mi punto de vista, ya que en ambos casos el extranjero donde tiene su domicilio habitual es donde tiene su residencia, probablemente el legislador de extranjería ha querido hacer esta aclaración técnica con el fin de eliminar posibles equívocos.

En este sentido quisiéramos apuntar que otra fórmula a nuestro juicio sería interesante su implementación para propiciar la participación de los inmigrantes, serían las siguientes:

- 1°.- Entidades de participación ciudadana.
- 2°.- Distritos y órganos territoriales de participación.
- 3°.- A través de consejos, foros y demás órganos sectoriales de participación.

Con respecto al primero, su pilar se encuentra en el art. 72 de la LBRL, que define textualmente a las entidades de participación ciudadana como:” *asociaciones para la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos, tienen la condición jurídica de asociaciones, constituidas libremente por las personas interesadas, en el ejercicio del derecho de asociación. Debiendo dentro de sus posibilidades, poner en uso los medios públicos y el acceso a las ayudas económicas para la realización de sus actividades e impulsan su participación en la gestión de la Corporación en los términos del número 2 del artículo 69. A tales efectos pueden ser declaradas de utilidad pública*”.

De este modo, la LBRL, ofrece una vía participativa en la toma de decisiones de los ayuntamientos haciéndose efectiva mediante la participación de éstos en los debates municipales. El problema estriba en que para poder participar en esta toma de decisiones se debe pertenecer a este modelo asociativo y los inmigrantes aun encontrándose regularizados y empadronados en la practica no lo hacen por falta de integración, jornadas laborales largas, dificultades con el idioma, etc., son sin lugar a dudas factores que evidencian la escasa actividad de los inmigrantes en las formulas asociativas previstas por las corporaciones municipales.

En relación a la vía utilizada por la cual los ayuntamientos creen distintos órganos territoriales de gestión desconcentrada como mecanismo, para conseguir la participación ciudadana de conformidad con lo previsto en el art. 24 de la LBRL: Consideramos esta formula prácticamente inutilizable por los inmigrantes debido fundamentalmente a que los representantes de los vecinos en el consejo de distrito son designados por los partidos políticos que han obtenido representación en el ayuntamiento debiendo recaer esta designación entre electores, si bien, como los extranjeros

generalmente no ostentan la condición de electores, aunque en teoría tienen derecho a utilizar este procedimiento en la práctica hay un desuso del mismo por los extranjeros.

En tercer lugar, englobado en la figura de órganos sectoriales se encuentran los consejos y foros, que permiten la participación ciudadana en virtud de la atribución que efectúa el Pleno del Ayuntamiento a los órganos sectoriales de participación y de sus asociaciones en asuntos municipales, haciéndoles participe en informes preceptivos, consultas, propuestas, etc., garantizando de este modo, la participación efectiva de todos los miembros en estos órganos sectoriales que no son otros que las asociaciones, para que participen en la toma de decisiones municipales. De modo que, los ayuntamientos mediante estos consejos y foros pueden hacer participar a los “*extranjeros que ostenten la condición de vecinos*” de participación y de integración en la vida local, todo ello sin perjuicio, que las CCAA en el ejercicio de sus competencias, o incluso los propios municipios en base a su autonomía organizativa, pueden diseñar otros sistemas idénticos o similares que contribuyan a impulsar la integración social y trasladar las demandas de los extranjeros no regularizados a las instituciones públicas pertinentes.

Por último no hay que olvidar, que la probable aprobación del Tratado de Lisboa, postula la consecución de una nacionalidad única europea, vinculada esta nueva ciudadanía emergente con una serie de derechos políticos entre los que aflora el derecho al voto, tanto activa como pasivamente en el ámbito municipal, todo ello, enmarcado en un proceso de integración supranacional, lo cual, obliga a los EU modificar sus constituciones para poder permitir que los ciudadanos europeos puedan votar fuera de su país, en las elecciones locales y europeas, de ahí, que creamos que la cristalización del Tratado de Lisboa, conlleve importantes reformas constitucionales y un cambio en la orientación europea en materia relativa al derecho político de participación pública de los inmigrantes²⁶³

En relación con los derechos de sindicación y huelga, tienen una ubicación distinta en la LOE en su art. 10 y en la LOEX y contenidos diferentes, puesto que, en la primera se exigía que éstos se encontrarán legalmente en España para poder afiliarse y para el ejercicio de huelga se regirán por su legislación específica en la materia. Mientras que en la ley actualmente analizada, se reconocen ambos derechos independientes de su situación administrativa, por el mero hecho de encontrarse el extranjero en nuestro país. De modo que, el ámbito normativo introducido por la

²⁶³ GUIRAUDON V., (2000). *Les politiques d'immigration en Europe*, L' Harmattan, Paris, págs 127-153. Especialmente la pág 150, dedicada al análisis del cuadro institucional necesario de reforma de derechos electorales de los extranjeros.

LOEX ha supuesto un logro social importante para los trabajadores, acorde con la institucionalización genérica de los sindicatos que figura en el art. 7 de la CE, así como el reconocimiento específico que se efectúa en el art. 28 del mismo texto, como derecho fundamental, libertad sindical que el constituyente la bifurca en su doble componente *-de derecho a fundar sindicatos y de libertad de afiliación-* y *-del derecho de los trabajadores a la huelga-*. La justificación de este tratamiento conjunto por parte del legislador, obedece a que nos encontramos ante derechos ambivalentes, participando de una parte de su naturaleza de derechos colectivos porque su ejercicio pese a ser individual tienen una fuerza en su conjunto, y de otra parte, son derechos de la persona independientes de su situación administrativa y cuyo “*status*” se confiere por el mero hecho de ser trabajador por cuenta ajena para ambos casos.

De modo que, la titularidad del derecho de libertad sindical se extiende a “*todos*” los trabajadores en su caracterización material y no jurídico formal, de ahí, que “*no resulte constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo y, en consecuencia, para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador...*”. Asimismo plantea el problema el art. 11 de la Ley, la posibilidad de los extranjeros de crear sindicatos de categoría, cuya inserción del trabajador dependería del ejercicio de una actividad profesional concreta, sin que hasta la fecha se haya plasmado en la práctica en la creación de ningún sindicato de estas connotaciones, justificación que desde mi punto de vista obedece al escaso papel que los inmigrantes tienen en los sindicatos actualmente en España. En cualquiera de los casos, no hay que obviar, que los sindicatos en nuestro país, adolecen de una escasa capacidad de reivindicativa general, con un deficiente carácter intervención social, una afiliación casi congelada muy dependientes de los canales de financiación estatales y, aunque presentes en las grandes en el planteamiento común de las medianas y pequeñas empresas, con una reducida capacidad contractual a su disposición y poco receptivo a los nuevos nichos laborales que van aflorando. Encontrándose estancado en la defensa de unos determinados intereses sectoriales o navegando en una óptica omnicompreensiva de representación de clase. A mi juicio, el insertar en los sindicatos a los grupos sociales objeto de exclusión social a los inmigrantes, conduciría al sindicato a crear “*ex-novo*” formas de acción colectiva que representen el conjunto de demandas y necesidades, de esta nueva fuerza de trabajo que busca la integración en la sociedad española siendo el instrumento idóneo para su inserción la herramienta que le ofrece este derecho colectivo a través del sindicato.

Con respecto al derecho de asociación, su sistemática en nuestra carta magna se realiza en su art. 22 que no la define, por lo que tomaremos como conceptualización efectuada por Aguiar de Luque y Elvira Perales ²⁶⁴ como “ *una libertad publica fundamental consistente en establecer vínculos interpersonales estables con el fin de satisfacer unos objetivos libremente determinados, creándolo al efecto una estructura organizativa que le permita operar jurídicamente*”. Sin embargo, si partimos de la dicción realizada por el art. 8 de la LOEX, cuyo contenido literal es el siguiente:” *Todos los extranjeros que se encuentren en España podrán ejercer el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulen para los españoles. Sólo podrán ser promotores los residentes*”. Y realizamos un análisis comparativo con el mismo artículo ubicado en la LOE 7/85 de 1 de Julio, que establece literalmente lo siguiente “*los extranjeros que se encuentren legalmente en España podrán ejercer el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulan*”. Se observa como en la LOE se alude además del reconocimiento de este derecho al derecho subyacente de promover asociaciones. De modo que, se aprecia como en la actual ley analizada LOEX si establece distinción entre ambas facetas, separando de un lado el derecho de asociarse para cualquier extranjero y de otra restringiendo la capacidad para crearlos exclusivamente a los extranjeros residentes. Por todo ello, desde nuestro punto de vista hubiera sido más lógico que el texto literalmente hubiera expresado:”*No se permite las asociaciones de inmigrantes cuando sus integrantes se hallaren en España sin autorización de estancia o permiso de residencia*”. De este modo, se respetaría el contenido constitucional del derecho no su negando reconocimiento sino fijando límites a su ejercicio a quienes participar de forma personal en un proyecto social²⁶⁵.

De otro lado, en cuanto al tratamiento específico del derecho político o de participación pública, cuya manifestación se circunscribe en la práctica a la participación electoral, sobre todo en el ámbito de las elecciones locales y municipales, implicando la integración política uno de los aspectos más conflictivos que plantea la integración de los inmigrantes extranjeros en España²⁶⁶. En la esfera europea, esta penetración fue tardía reflejándose en las constituciones europeas a partir del año 1970 ,encontrando su fundamentación en el adagio” *no taxation without representation*”, procedente de la tradición americana, que sostiene que si se admite que los extranjeros deben pagar impuestos también hay que aceptar la posibilidad de que participen en las decisiones políticas del

²⁶⁴ AGUILAR DE LUQUE y ELVIRA PERALES, A., (1999). El derecho de asociación: Artículo 22 de la Constitución Española. *En Comentarios a la Constitución Española de 1978* dirigido por ALZAGA VILLAAMIL OSCAR, Madrid, Cortes Generales 1996-1999, Tomo II, págs 607-633.

²⁶⁵ ESPINAR VICENTE, J. M., (2001). *Comentarios a la nueva ley de extranjería*, op. cit, pág 6.

²⁶⁶ GARCÍA VÁZQUEZ S., (2007). *El Estatuto jurídico constitucional de extranjero en España*, edit Tirant Lo Blanch, Valencia, pág 221.

Estado. De lo contrario, según DAHRENDORF, R ²⁶⁷ se tildarían los términos de este contrato social de “*leoninos*” porque se excluye a una parte de la población de una serie de beneficios, pero no de las obligaciones asociadas a la condición de miembro de esa sociedad.

Por su parte, la actual ley de extranjería en referencia a este derecho, elimina la referencia legal a la reciprocidad para el ejercicio por los extranjeros de los derechos de participación política mediante sufragio, pues subsistiendo el art.13.2 CE en su actual redacción seguirá siendo necesaria tal reciprocidad. Aun así, dicha omisión supondría la coexistencia de diferentes regulaciones sobre la misma cuestión, en la legislación electoral, en la de extranjería y en la Constitución.

Otros derecho objeto de referencia son los derechos de reunión y de asociación, contemplados por el legislador de la LOEXT en sus arts 7 y 8. En ambos si bien se reconocía la titularidad del derecho a los extranjeros su ejercicio se condicionaba a su situación administrativa regular en nuestro país mediante la autorización d estancia o de residencia. Tras la vigente ley de extranjería de 2009, es más garantista y extenso reconociendo este derecho a los extranjeros *en las mismas condiciones que los españoles*, lo cual supone una ampliación del ámbito subjetivo de ambos derechos fundamentales a los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa en España.

En relación con el derecho a la educación, nos encontramos ante un derecho social o prestacional, (sin perjuicio de que exista también en él, un componente de derecho de libertad o de autonomía, que le configura como un derecho híbrido, y pese a ello no impide su naturaleza de derecho subjetivo susceptible de ser exigido, a pesar que las obligaciones del Estado queden moduladas por la situación económica de cada país)²⁶⁸. Si bien, la legislación precedente, restringía aun el goce y disfrute a los extranjeros en situación irregular. Sin embargo, en la LOE, existe un cambio radical en el criterio interpretativo, realizado por el legislador de extranjería, y se reconoce este derecho a todos los extranjeros constitucionalmente vía art. 27 de nuestra carta magna, debido a dos motivos fundamentalmente:

Primero, el derivado de las prescripción constitucional subsumida en Título I, que les atribuye la titularidad del derecho tal y como se manifiesta en el tratamiento impersonal que del

²⁶⁷ (1990). *El conflicto social moderno: Ensayo sobre la política de la libertad*, Biblioteca Mondadori, Madrid, págs 43 y ss

²⁶⁸ RUBIO LLORENTE, F., (1978). Constitución y educación .En *Constitución y Economía*, Madrid, pág. 104.Señala a nuestro juicio acertadamente esta doble naturaleza que posee el derecho a la educación que también ha sido reconocida por la STC 86/85 de 10 de Julio, FJ 3.

mismo se efectúa y cuya modificación implicaría una modificación a nivel constitucional del articulado relativo a este derecho.

En segundo lugar, derivada de la anterior, consistente en que si nuestra norma suprema no modula la titularidad del derecho, menos aun puede hacerlo el legislador ordinario, que se encuentra sometido por la fuerza expansiva de los derechos fundamentales.²⁶⁹

Por el contrario, en el ámbito del ordenamiento jurídico interno español, tras la implementación de la LOE, se da una mayor amplitud al contenido de este derecho, debido a que este permite “*el pleno desarrollo de la personalidad; la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos y de convivencia; la preparación para participar activamente en la vida social y cultural y la formación para la paz; la cooperación y la solidaridad entre los pueblos*” tal y como se preceptúa en los siguientes textos: art. 2 de la LODE ; art. 1.1 de la LOGSE; art 26.2 de la DUDH y art 13 del Pacto internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales, donde se propugna que este derecho debe permanecer presente en los valores constituciones del art 1.1CE; en el concepto de Estado Social; en el art 9.2CE el cual trasciende la normatividad jurídica apostando por el compromiso en políticas futuras que permitan promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo, y de los grupos que la integran, sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que la dificulten; en el principio específico consagrado a la igualdad y no discriminación, también reconocido en el art 14 de la CE y en la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación que impone el art 27.5 CE.²⁷⁰

De lo expuesto, se desprende que en el ámbito educativo, la ley anterior, reconocía el derecho a la educación de forma muy general. Reconociendo este derecho en la LOE en su art 9.1 a todos los menores de dieciocho años extranjeros, tanto en la enseñanza básica, gratuita y obligatoria, como para la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. También lo extiende al derecho a disfrutar del acceso al sistema público de becas y ayudas, que hasta ahora no estaba previsto en el ámbito

²⁶⁹ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M., y ARCE JANARIZ, A., (1985). *Valoración constitucional de la autorización de residencia: El Tratado y la ley en el art 13.1 de la Constitución*, edit en la Ley, Tomo I, pág 87.

²⁷⁰ FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR A., y SANCHEZ NAVARRO A. J., (1983). El Art 27 Derecho a la Enseñanza, en *O. Alzaga (dir) Comentarios a la Constitución Española de 1978*, edit Edersa, Madrid, pág 125.

estatal. Este reconocimiento está pues en consonancia con artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁷¹ y en correlación con el artículo 27.1 de la Constitución española que expresamente reconoce el derecho de *todos* a la educación y que en su apartado 4, señala que la enseñanza básica primaria y secundaria que comprende diez años de escolarización entre los 6 y los 16 años y es obligatoria y gratuita (en su caso los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad, en las condiciones establecidas el artículo 4.2 de la LO 2/2006, de 3 de Mayo, de Educación). En consecuencia, es obligación de los poderes públicos el deber garantizar el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes (artículo 27.5)

El marco normativo general de desarrollo de este derecho se puede sintetizar de acuerdo con el artículo 3 de la LO.2/2006, de Educación, el sistema educativo se organiza en etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza de forma que asegure la transición entre los mismos y, en su caso, dentro de cada uno de ellos. Las enseñanzas que ofrece el sistema educativo son: educación infantil, educación primaria, educación secundaria obligatoria, bachillerato, formación profesional, enseñanzas de idiomas, enseñanzas artísticas, enseñanzas deportivas, educación de personas adultas, enseñanza universitaria. La educación básica la componen la educación primaria y la educación secundaria obligatoria –ESO-. La educación secundaria se divide en educación secundaria obligatoria y educación secundaria post-obligatoria dentro de la cual se incluyen el bachillerato, la formación profesional de grado medio, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado medio y las enseñanzas deportivas de grado medio.

En relación con los alumnos extranjeros la Ley de Educación señala que todo lo relacionado con la escolarización, obtención de títulos y acceso al sistema general de becas y ayudas al estudio será aplicable al alumnado extranjero “*en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre*” (Disposición adicional decimonovena), esto es, en aplicación del artículo 9 de dicha Ley que regula el derecho a la educación. De la lectura de dicho precepto pareciera derivarse que, aún cuando la CE y la Convención sobre Derechos de los Niños señalan que

²⁷¹ Recordemos que el citado Art. 28 de la CDN, a pesar de reconocer el derecho a la educación incide en que esta igualdad de acceso a la misma se refiere únicamente [(...) a la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos. Todo ello sin perjuicio de fomentar el nivel de enseñanza secundaria y profesional (...)]

el derecho a la educación de los menores de edad deberá garantizarse a todos por igual, en España sólo se garantiza la igualdad entre en los menores españoles y los menores extranjeros en relación con el derecho a la educación *obligatoria*. De hecho, a pesar de que el artículo 9.1 de la Ley de extranjería señala que todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, el propio artículo limita este derecho cuando continúa señalando que el derecho a la educación así reconocido comprende el acceso a una enseñanza *básica, gratuita y obligatoria*, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. De lo anterior se deduce que, el derecho de los extranjeros a acceder a la educación de naturaleza no obligatoria (tanto preescolar como posterior a la ESO) está limitado por la normativa de extranjería. La legislación española distingue entre el derecho a la educación obligatoria y no obligatoria, incluso para el caso de los menores de edad, en función de la situación administrativa en que se encuentre el menor extranjero. En relación con la educación infantil, que tiene carácter voluntario, se señala que las Administraciones públicas deben garantizar la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite pero sólo se reconoce como derecho a los extranjeros residentes. Además se preceptúa que los poderes públicos serán los encargados de garantizar a todos la igualdad de oportunidades y promover que *los extranjeros residentes* puedan recibir una enseñanza adecuada para su mejor integración en la población española. Con todo, las Administraciones educativas podrán facilitar el acceso de los *extranjeros menores de edad empadronados* en un municipio a los niveles de enseñanza post-obligatoria no universitarios y a la obtención de la titulación académica correspondiente en igualdad de condiciones que los españoles de su edad (disposición adicional decimocuarta del Reglamento de Extranjería RD 864/2001, de 20 de Julio).

En relación con los *menores extranjeros no acompañados* que estén sujetos legalmente a la tutela de una institución española, el artículo 92.5 del Reglamento de Extranjería establece que el hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para el *acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación* que, a criterio de la entidad de protección de menores competente, redunden en

su beneficio. En cambio la vigente LO2/2009 de extranjería amplía el ámbito subjetivo de este derecho diferenciando en función de la edad el acceso a diferentes etapas educativas. De modo que, de una parte se amplía el derecho de la enseñanza básica y obligatoria hasta los dieciséis años, y en segundo lugar, se reconoce por parte del legislador el derecho de los extranjeros “*menores de dieciocho años a la enseñanza postobligatoria*” conservando este derecho incluso en el supuesto de que el menor alcance la mayoría de edad (18 años) hasta que finalice el curso escolar con la finalidad de no interrumpir su formación. Este reconocimiento está pues en consonancia con el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño,²⁷² y en correlación con el artículo 27.1 de la CE que expresamente reconoce el derecho de “*todos*”, a la educación, y que en el apartado siguiente dispone: “*La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*”, de lo que se desprende, que este apartado no es una simple disposición programática ni limitadora de otros derechos(sin perjuicio de la obligatoriedad inmediata que conlleva toda norma constitucional) denotándose como el constituyente ha querido destacarla superprotegiéndolas y rigidificándolas, pero a pesar de transcribirse en todas las leyes específicas relativas a la educación, en este mandamiento constitucional, no se aprecia un compromiso efectivo por parte de los poderes públicos y del interés colectivo para hacer realidad la cultura de los derechos y las pautas inherentes a una convivencia democrática²⁷³. Sin embargo, el apartado 2 debería a nuestro juicio, haberse redactado de forma más clara y taxativa, para dejar claro que los extranjeros menores de 18 años deben poder acceder a todos los niveles educativos reglados (Primaria, ESO, Bachillerato y FP) y no reglados (Programas de Calificación Profesional Inicial, antiguos Programas de Garantía Social...). Evidentemente, habrá niveles educativos el seguimiento de los cuales es obligatorio (Primaria y Secundaria). En cambio la redacción del precepto mezcla todos estos elementos y de su lectura farragosa parece limitar de nuevo el alcance de la

²⁷² Recordemos que el citado Art. 28 de la CDN, a pesar de reconocer el derecho a la educación incide en que esta igualdad de acceso a la misma se refiere únicamente [(...) *a la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos. Todo ello sin perjuicio de fomentar el nivel de enseñanza secundaria y profesional (...)*]

²⁷³ AAVV (2000). *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*. Coord. por (LORENZO COTINO HUESO), Generalitat Valenciana, Valencia, pág 48-55.

educación de los menores extranjeros a la secundaria obligatoria. Pero esta interpretación no puede aceptarse, pues su efecto es precisamente el que excluyó la STC 236/2007. Lo mejor sería, pues, buscar una nueva redacción, como suprimiendo la frase “*derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria*”, sea matizando en cada caso el régimen de acceso a las diferentes etapas educativas a los que los extranjeros pueden tener acceso. En particular, es necesario aclarar si la educación infantil se considera incluida, pues la normativa general no establece éste como un servicio de prestación obligatoria por los poderes públicos, aun cuando hace falta tender hacia su generalización y normalización.

Asimismo merece destacarse el apartado 4, del citado artículo constitucional, donde se señala obligatoria y gratuita la enseñanza básica primaria y secundaria, (que comprende diez años de escolarización entre los 6 y los 16 años), donde tal y como se aclara en la LOGSE, los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario, cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad, en las condiciones establecidas el artículo 4.2 de la LO 2/2006, de 3 de Mayo, de Educación. En consecuencia, es obligación de los poderes públicos, el deber garantizar el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes (artículo 27.5).

De otro lado, se sustituye el párrafo 2 de la LO 4/2000 en el que se establecía que el carácter voluntario de la educación infantil y donde se obligaba a las Administraciones públicas a garantizar la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite. Por la introducción por parte de la LO 2/2009 en su mismo párrafo de lo siguiente” *Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas postobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles*”. De modo que, partir de la entrada en vigor de la misma, se produce otra nueva ampliación subjetiva de este derecho a los mayores de dieciocho años. Pero además si estos extranjeros son residentes y mayores de dieciocho años también tendrán derecho a la educación postobligatoria y obtener becas en condiciones de igualdad que los españoles, en cambio el resto de extranjeros que no sean residentes sólo tendrá derecho a la educación de acuerdo por lo previsto por el legislador ordinario. De modo que, ya que actualmente

la educación básica y obligatoria es a partir de los seis años, el extranjero continúa privado del derecho a la educación infantil de forma obligatoria por parte del Estado (mantenido su carácter voluntario por el extranjero que difícilmente puede sufragar)

También desaparece el apartado 3 de la LOEXT donde se contemplaba que los extranjeros residentes tenían derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles, siendo englobado este derecho en los apartados 1 y 2 de vigente ley de extranjería. Asimismo se observa como el actual apartado 3 de la Ley de 2009 establece “*Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social*”. Contenido que viene a sustituir al apartado 4 de la LOEXT que recogía también esta obligación sólo para los extranjeros residentes, con reconocimiento y respeto de su identidad cultural. Siendo en consecuencia el legislador en este párrafo más universalista y menos restrictivos al reconocer esta obligación en relación con esta libertad de enseñanza a “*los extranjeros*” de forma impersonal. A nuestro juicio, con respecto a la educación de adultos tiene el efecto paradójico de negar el acceso de los extranjeros adultos residentes a la educación básica a pesar de reconocer el acceso a la post-obligatoria. Queda abierta la previsión del apartado 4 para ofrecer servicios educativos complementarios pero se entiende que entonces se hará cargo la Administración Pública prestamista del servicio.

Finalmente también se añade un párrafo 4 cuyo contenido es el siguiente” los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración.”(Tácitamente se está aludiendo al contenido del párrafo 2 de la Ley anterior que obligaba a las Administraciones públicas a garantizar un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite). Si bien esta previsión solo vinculaba a la educación infantil en cambio tras esta nueva redacción que además de conllevar una mejora técnica en la redacción de este artículo extiende la obligación de proveer plazas por parte de las administraciones autonómicas para todos los menores de edad extranjeros que se encuentren en la franja de edad de escolarización obligatoria(6 a 16 años),al tener constancia dichas administraciones de estas previsiones al ser éstas competentes de renovar las autorizaciones o solicitudes de residencia de larga duración.

Despareciendo además el párrafo 5 de la LOEXT (cuyo contenido literal coincidía con el párrafo 3 del mismo artículo de la LOE) cuya dicción literal era la siguiente: “Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación

científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes”.

De otro lado, con respecto al derecho prestacional al trabajo, este aparece vinculado con el derecho a la seguridad social en el art 10 de la LOEX y cuyo análisis exige efectuar una división en dos partes.

En primer lugar, su párrafo 1, se refiere al derecho de los extranjeros a trabajar y el párrafo segundo, se contempla la posibilidad de acceso de éstos al servicio de la Administración Pública. En relación con el derecho de los extranjeros a trabajar en España, hay que situarlo en correlación con el art 35 de la CE que consagra el deber y el derecho al trabajar pero que el constituyente español hace referencia exclusivamente a los españoles y cuya consecuencia mediata se puede apreciar en una doble perspectiva.

En primer lugar, exige a los poderes públicos una acción encaminada a crear las condiciones de empleo que permitan a los destinatarios de la norma cumplir con el deber intrínseco que en la misma se establece. En segundo lugar, supone la consagración de un derecho subjetivo a acceder al mercado laboral, estableciendo además las condiciones objetivas en las que se enmarca su ejercicio: *“remuneración suficiente, libertad para elegir profesión u oficio, igualdad y posibilidad de promoción profesional”*.²⁷⁴ De modo que, el problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio del derecho al trabajo, no existe entre los extranjeros y los españoles, puesto que, nos encontramos ante un derecho-deber de los españoles exclusivamente, siendo obligación de la Administración favorecer la creación de un mercado laboral suficiente tanto para españoles como para extranjeros de conformidad con lo preceptuado por el art 13.1 CE pero en la prelación de obligaciones del Estado en relación con este derecho, se encuentra en primer lugar, la de satisfacer las necesidades de sus nacionales, tal y como queda acreditado en el art 37 de la LOEX, que prevé el establecimiento de un contingente anual de trabajadores extranjeros en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a los trabajadores extranjeros no residentes en España, con indicación de los sectores y actividades profesionales. De modo que, para que se acuda a la demanda de este contingente es preciso que exista necesidad de mano de obra que no puede ser satisfecha por los trabajadores españoles, quedando de este modo cumplida la exigencia constitucional del art 14 de nuestra carta magna de no discriminación.

²⁷⁴ STC 2 de Julio de 1981.

Puesto que, para que el extranjero se encuentre en condiciones de igualdad ante este derecho prestacional con los españoles, es preciso que este haya obtenido un permiso de residencia permanente, hasta entonces subsiste diferenciación en cuanto al grado de asimilación o diferenciación laboral.²⁷⁵ En cualquiera de los casos, a mi juicio, dada la sistemática utilizada por el legislador de extranjería, en la ubicación de este derecho, en el Título Preliminar en el Capítulo I rubricado "*derechos y libertades fundamentales*", lo vació de contenido orgánico privándole del carácter de derecho fundamental en este sentido, hubiera sido quizás más correcto continuar con el criterio adoptado por el legislador de la LOE que silenciaba absolutamente este derecho prestacional eliminando cualquier duda que pudiera suscitar su implementación en la ley.

De otra parte, en relación al párrafo 2 del citado art 10 LOEX, es un artículo novedoso donde se reconoce a los extranjeros la posibilidad de "*acceder como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas*", si bien, se limita tácitamente su titularidad y ejercicio exclusivamente a "*aquellos extranjeros que se encuentren legalmente en nuestro país y que estén provistos de permiso de residencia*", debiendo para ello acceder mediante cualquiera de los procedimientos habilitados al efecto y para cuyo otorgamiento se exige el cumplimiento de determinadas condiciones genéricas entre las que merece especial tratamiento "*tener la nacionalidad española*" y cuya carencia se suple siendo nacional de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea en los términos previstos en la Ley 17/1993 y su RD 800/95, de 19 de Mayo, permiten el acceso a la función pública a los nacionales comunitarios. La reserva del art. 39.4 TCE sólo operaría para los empleos "*invertidos del ejercicio del poder público y de la responsabilidad de salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas*". O bien, en el caso de extranjeros extracomunitarios se subordina la concesión de este derecho a que exista "*Acuerdo o Tratado Internacional*" que establezca la reciprocidad en esta materia. Y en el caso específico de los extranjeros extracomunitarios, además se les añade la obligación de reunir los requisitos específicos requeridos por la legislación de extranjería, que no es otro que "*tener acreditada la residencia*" para lo cual se requiere que el extranjero se encuentre subsumido en alguna de las siguientes situaciones administrativas: "*residencia temporal; residencia permanente; disponer de autorización para residir y trabajar en España o gozar del estatuto de refugiado*". Asimismo conexo al deber de todos estos grupos de observar la obligación de la tenencia de la nacionalidad española, también se les compele la condición de no estar sometidos a sanción disciplinaria o condena penal que impida, en el Estado cuya nacionalidad tengan, el acceso a la función pública.

²⁷⁵ ESPINAR VICENTE, J. M., (2001) .*Comentarios a la nueva ley de extranjería. Madrid. op.,cit, pág 2*

Igualmente deben poseer los demás requisitos genéricos establecidos para cualquier aspirante: *“edad; titulación; no padecer enfermedad ni estar afectado por limitación física o psíquica que sea incompatible con el desempeño de las correspondientes funciones y finalmente no haber sido separado del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas mediante expediente disciplinario, ni hallarse inhabilitado para el desempeño de funciones públicas”*, todo ello, sin perjuicio de que la Administración fije en cada convocatoria unas condicionantes determinados en función de la naturaleza del puesto a desempeñar. Finalmente, la Administración garantiza en el acceso a la misma así como su provisión un procedimiento basado en el principio de transparencia velando por el cumplimiento que en estos procesos selectivos se apliquen los principios de igualdad, mérito, publicidad y capacidad que son en definitiva los que fraguan la solidez del Estado de Derecho.

En definitiva, con respecto al derecho al trabajo, en texto vigente en su art 10.1 reconoce este derecho exclusivamente a los españoles residentes mientras que siguiendo la misma sistemática la LOEXT este reconocimiento es más universal al reconocerse el mismo a *“los extranjeros”*. Seguidamente en su párrafo 2, la actual ley reconoce el acceso al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de Abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público. Teniendo una vocación más generalista que la legislación prevista en la LOEXT que reconocía únicamente este derecho a los extranjeros que ostentarán la condición de residentes, recurriendo a formular la igualdad establecida era idéntica que la exigida a los nacionales pertenecientes a los Estados miembros de la UE y que los principios de acceso eran los previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, siendo a nuestro juicio más claro la redacción actual de este precepto cuyas condiciones sólo les permite acceder como personal laboral al servicio de la administración pública española, pero para ellos deben ser residentes, es decir, tener la condición de residencia permanente o provisional o tener reconocimiento el estatuto de refugiado.

Con respecto a la libertad de sindicación y huelga contemplada en el art 11 de la LOE reconoce este derecho a todos los extranjeros de forma general cuyo reconocimiento extiende a todos los trabajadores, siendo considerados estos derechos ambivalentes, participando de una parte de su naturaleza de derechos colectivos porque su ejercicio pese a ser individual tienen una fuerza en su conjunto, y de otra parte, son derechos de la persona independientes de su situación administrativa y cuyo status se confiere por el mero hecho de ser trabajador por cuenta ajena para el primero y para el ejercicio del derecho de huelga se añade además la necesidad de encontrarse trabajando para poder ejercitarlo. Es decir, la titularidad del derecho de libertad

sindical se extiende a “todos” los trabajadores en su caracterización material y no jurídico formal, de ahí que “no resulte constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo y, en consecuencia, para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador...”. Asimismo plantea el problema el Art. 11 de la Ley, la posibilidad de los extranjeros de crear *sindicatos de categoría*, cuya inserción del trabajador dependería del ejercicio de una actividad profesional concreta, sin que hasta la fecha se haya plasmado en la práctica en la creación de ningún sindicato de estas connotaciones.

En cambio, LOEXT, si bien, reconocía en su párrafo 1, este derecho a los extranjeros de forma impersonal, se restringía su ejercicio a su situación administrativa regular en nuestro país, donde se reconocía este derecho a todos los extranjeros, pero se exige para su ejercicio únicamente que los promotores se encuentren en situación regular. Seguidamente en la vigente LOEXTR este vuelve a suprimir este condicionante reconociendo de forma universal este derecho al extranjero como derecho derivado de su condición de trabajador desapareciendo el apostillamiento final que obligaba para su ejercicio tener regularizada su situación administrativa en nuestro país, con la extensión de los derechos de asociación, reunión, manifestación, sindicación y huelga de ha pretendido aprovechar el espacio de modulación que las STC 236/2007 y ss, permitían, probablemente porque esta modulación es muy difícil de hacer sin incurrir en el riesgo de que sean también inconstitucionales. Y finalmente con respecto al derecho de huelga, la LOEXT decae la exigencia de autorización de trabajo, en el mismo sentido se vuelve a pronunciar la vigente ley, ya que es imposible ejercitar el derecho de huelga si previamente el trabajador no se encuentra trabajando.

En cuanto al derecho habitacional, recordemos que el derecho supranacional realiza un reconocimiento impersonal del mismo “*a toda persona*” en los arts 25.1 DUDH y 11.1 PIDESC respectivamente. Por su parte, nuestro ordenamiento interno en su art 47 CE reconoce este derecho exclusivamente a “*los españoles*”.

También conviene recordar que el art 13 de la LOE señala que “*Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles*”. Por tanto, al menos una parte del derecho a la vivienda es un derecho fundamental de los inmigrantes en situación legal. Esta norma debe ser puesta en

concordancia con el art 10.2 CE, a través de la cual se extiende la titularidad del derecho a los extranjeros. En cualquiera de los casos esta disposición constitucional plantea dos permisas.

En primer lugar, si el constituyente sólo alude a uno de los elementos que componen este derecho “*sistema público de ayudas en materia de vivienda*” prescindiendo de realizar un tratamiento sobre otros elementos que también componen el citado derecho como: “*el acceso a las ayudas al alquiler o a la compra de una vivienda*”, sin que ello implique que se excluya a los extranjeros del disfrute de los demás elementos del derecho, cuestión que dependerá, en su caso, de otras leyes.

En segundo lugar, “*se excluye del acceso a estas ayudas públicas en materia de viviendas a los inmigrantes irregulares*”. Ya que a tenor de lo dispuesto en el art 13 de este cuerpo normativo solo se reconoce la titularidad de este derecho a los extranjeros residentes .En la misma línea continuista se pronuncia la vigente ley de extranjería que en su art 13.1 dispone lo siguiente “*Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles.*” De lo que se aprecia que la actual regulación es más restrictiva en materia de ayudas de viviendas a los extranjeros que no sean residentes a los que no se les reconoce este derecho y por tanto sus peticiones deberán acomodarse a lo dispuesto por las leyes y administraciones en virtud de las previsiones que se recojan en los oportunos planes de integración para los grupos de exclusión social y las disponibilidades financieras destinadas a los mismos. Distinguiéndose en consecuencia dos niveles por parte del legislador de extranjería para que el extranjero pueda tener derecho a las ayudas en materia de vivienda en nuestro país de las que sólo podrán disfrutar los extranjeros residentes regulares .En el primero, las Administraciones competentes en materia de ayudas a la vivienda, que son las CCAA y los Ayuntamientos (25.1.d. LRBRL) parece que puedan restringir el acceso a la vivienda de los extranjeros residentes temporales, cosa que puede apuntar simplemente a las prácticas actuales de exigencia de un tiempo previo y/o continuado de empadronamiento en el municipio o distrito, exigencia que también se aplica a los nacionales; o simplemente puede ser entendido como un apoderamiento para restringir el acceso de los residentes temporales instaurando requisitos suplementarios y específicos para ellos²⁷⁶. Esto sería bastante discutible, atendido el principio de igualdad de trato predicado de los

²⁷⁶ ROJO TORRECILLA, E., y CAMAS RODA, F., (2009). La reforma de los estatutos de autonomía y su impacto en la normativa estatal de inmigración, *Revista del Ministerio de Trabajo y de Inmigración* núm. 80, págs 97-117, especialmente pág 101.

residentes regulares en el artículo 2 bis e) de la Ley que predica “*la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley*”. Por otro lado, un tratamiento desigual como éste no está claro que sea admisible, en cuanto no está clara su justificación y proporcionalidad.

La justificación de esta omisión por parte del legislador de extranjería, obedece a nuestro juicio, de dejar constancia que “*quienes no tienen su situación administrativa regularizada no se le puede otorgar este derecho*”, puesto que, de hacerlo conllevaría el reconocimiento de otorgar carta de naturaleza a su permanencia en España. De modo, que no es lo mismo prestar servicios educativos o sanitarios a los inmigrantes, mientras se encuentren en nuestro país, que otorgarles una prestación que parece orientada a consolidar su permanencia. En cualquiera de los casos, es una realidad palpable las limitaciones con que se encuentran los inmigrantes independientes de su situación para el ejercicio pleno de este derecho²⁷⁷. De todos modos, desde nuestro punto de vista, estas limitaciones especiales impuestas por la ley para el ejercicio del derecho a la vivienda por parte del constituyente español es un error, ya que, consideramos más lógico enfocarlo en lugar de cómo lo hace nuestra carta magna exclusivamente a los inmigrantes, debería de haberse hecho imbricándolo en un espectro más genérico y amplio a “*todos los sujetos que se encuentren en situación de necesidad en nuestro país*” independiente de su condición de ser inmigrante o no.

De otro lado, por lo que respecta al derecho a asistencia sanitaria y a las prestaciones sociales, su ubicación se realiza de forma dispersa, en concreto en los arts. 12 y 14 respectivamente de la Ley. Destaca a primera vista, la variedad de situaciones en la que pueden encontrarse los extranjeros en nuestro país y que el legislador agrupa del siguiente modo:

En primer lugar, extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente.

²⁷⁷ VALIÑO, V., (2006). *El derecho a la vivienda*, en M. TORRES y otros, *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*. Icaria, Barcelona. págs 139 y ss .El citado autor en concreto en su pág 106, considera una obligación jurídica la de “necesidad de organizar alojamientos de acogida para los recién llegados, de evitar la segregación o la proliferación de guetos o de tomar en consideración las particularidades culturales y religiosas de mujeres y hombres inmigrados en la concepción de las políticas habitacionales”. Pues bien, se trata de acciones positivas que caben con independencia de la condición migratoria (incluso los “recién llegados” pueden ser españoles que se trasladan a otro territorio por razón de, p. ej., una catástrofe natural), aunque ciertamente pueden resultar más habituales en relación con la inmigración

En segundo lugar, extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España.

En tercer lugar, extranjeras embarazadas que se encuentren en España.

En cuarto lugar, extranjeros residentes.

En quinto y último lugar los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa.

No obstante, todos estos subtipos podemos reducirlos a tres:

a) Extranjeros residentes

b) Extranjeros empadronados y con situación administrativa irregular. Dejando fuera de esta clasificación a las mujeres embarazadas, que se rigen por asimilación con el estatuto del niño y a los menores que se rigen específicamente por la LO 1/1996 de 15 de Enero de Protección jurídica del menor y subsidiariamente por la Convención de Derechos del Niño de 1989.

De modo que el problema radica en diferenciar dos términos específicos “residente” y “empadronado”. Con respecto al primero, el legislador ha pretendido dotarlo de estatuto legal propio pero inapropiado, puesto que en la práctica la diferencia se circunscribe a dos categorías diferentes “nacional” y “extranjero”. Si bien, este último sí goza de permiso de residencia o de autorización de estancia, la presente norma le dota de una plenitud de derechos entre los que se encuentra la tutela de la salud en todos sus ámbitos y las prestaciones sociales, en igualdad de condiciones que los españoles. Mientras que los extranjeros empadronados, quedan relegados a una situación administrativa irregular, exclusivamente en materia de seguridad social cuyo derecho se circunscribiría a las prestaciones y servicios sociales básicos, al igual que si fuera un extranjero en situación administrativa irregular. De este modo, a nuestro juicio, se le está atribuyendo al padrón una función impropia, ya que la única función del padrón es de registro administrativo, donde constan los vecinos de un municipio. En consecuencia, si el extranjero no tiene su situación administrativa regularizada por carecer de autorización de estancia o de permiso de residencia, esta carencia administrativa en modo alguno puede ser subsanada por el Padrón. A este respecto cabe citar que la única modificación con respecto al derecho a la asistencia sanitaria que se produce tras la entrada en vigor de la actual Ley de extranjería de 2009, es precisamente en este apartado 1 del artículo 12 cuya dicción literal ha quedado sistematizada del siguiente modo. “*Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles*” Modificando la redacción técnica que en el mismo apartado y artículo hacia la LOEXT que disponía “*Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el*

que residan habitualmente...”pero a mi juicio a pesar de esta modificación insustancial el contenido y extensión del derecho coinciden “domicilio habitual” y “residencia habitual”.

c) Los extranjeros cuya situación administrativa es irregular, cuya protección se restringe en relación con la tutela de la salud a situaciones de urgencia (salvo menores y embarazadas) y con respecto a las prestaciones sociales estas se limitan exclusivamente a servicios y prestaciones sociales básicas, a la educación, a la asistencia jurídica gratuita, derecho de reunión, de asociación, de sindicación y huelga.

En cuanto al derecho a la Seguridad Social, la LOE ,se restringe el derecho a la misma exclusivamente para los extranjeros residentes de forma universal mientras que si su situación administrativa es irregular sólo tienen acceso a las prestaciones básicas del sistema .En consecuencia, si el inmigrantes es residente y cotizante es titular a las prestaciones contributivas del sistema de seguridad social, al cumplir las prevenciones establecidas en la Ley, (afiliación para lo que se exige preceptivamente autorización de trabajo y residencia) estos sujetos quedan integrados en el sistema y en consecuencia, son beneficiarios de las prestaciones como consecuencia de ser o haber sido cotizantes al mismo. Anteriormente a esta Ley, el art. 8 del Reglamento de 1996, remitía el acceso de los extranjeros, a la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad a lo establecido en la normativa reguladora del sistema de SS, es decir, al art. 7.5 de la LGSS, relativa a los extracomunitarios (*salvo los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos*)²⁷⁸, dependido de la existencia de Tratados Internacionales para tal fin y según el principio de reciprocidad. Con la aparición de esta Ley, los residentes pueden acceder a las prestaciones no ligadas directamente al permiso de residencia, es decir, a las básicas. En los supuestos de prestaciones no contributivas, se abre la posibilidad, de que determinados extranjeros puedan acceder a prestaciones no contributivas que hasta ahora no se disfrutaban si no existía reciprocidad con el país de origen, tales como la renta mínima de inserción social o los beneficiarios que ostentaban los titulares de familia numerosa (JAVIER DE LUCAS),²⁷⁹ haciendo desaparecer el problema de la existencia de sentencias contradictorias para los ciudadanos de países donde no existen Tratados o Convenios Internaciones. Así pues, y en estos supuestos, deberá prevalecer la Ley, cuando en su artículo 14.1, plantea que todos los

²⁷⁸ Vid, MIQUEL CALATAYUD, J.A. , (1993). El régimen preferencial en materia de extranjería y los nacionales iberoamericanos, *RCDI*, págs. 851-874.

²⁷⁹ PEÑA, S., y SOLANES, A., (2001) *Trabajadores migrantes*, edit Germania Serveis Grafics, S. L. Valencia, págs. 57-69.

extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social plenos, sólo a aquellos trabajadores extranjeros que se hallen en situación de residencia legal, tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. Esta limitación es congruente con la presente Ley, por cuanto que, únicamente puede trabajar aquel extranjero que disponga del adecuado permiso de trabajo en cualquiera de sus modalidades. De este modo, queda restringido el derecho a la Seguridad Social y a las prestaciones sociales²⁸⁰ para los inmigrantes no regularizados únicamente a aquellas prestaciones que los poderes públicos consideren como básicas. (Creando de este modo una segunda categoría de inmigrantes con menos derechos). En este sentido del examen de la LO de extranjería de 2009, se aprecia como el derecho a la seguridad social se amplía en su art 14 párrafo 2 donde se introduce al final del mismo el siguiente inciso. *“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”*. Es decir, se produce una ampliación de nuestro derecho a la seguridad social a favor de los extranjeros cualquiera que sea su edad pero que posean una discapacidad, o menores de dieciocho años independientemente de esta circunstancia, siempre que tengan su domicilio habitual en nuestro país, tendrán derecho al tratamiento y cuidados que su estado requiera por parte de nuestro sistema sin tener en cuenta su situación administrativa de regularidad o no en España.

En cuanto al derecho de reagrupación familiar, tomaremos en primer lugar el análisis que sobre la protección de la familia realizan las normas internacionales. El punto de partida lo conforma el art Artículo 8 de la DUDH en su párrafo 1, cuya dicción literal es la siguiente: *“ Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”*. En su inciso 2 establece lo siguiente: *“ No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*. De modo que, este artículo puesto en

²⁸⁰ Entendemos por servicios sociales la atención a discapacitados y a la tercera edad. El art. 7.3 de la Ley 13/1982, de 7 de Abril, LISMI, sólo reconoce a los extranjeros residentes, de conformidad con lo establecido en los Acuerdos internacionales suscritos y, en su defecto, en función del principio de reciprocidad, los servicios, prestaciones y demás beneficios de la LISMI. De este modo, a los extranjeros no residentes y a los irregulares, el art. 14.3 LOE les reconoce sólo los servicios y prestaciones sociales básicas.

concordancia con el art 1 del mismo texto, fija el criterio de territorialidad en el reconocimiento del derecho a toda persona dependiente de su jurisdicción, siendo objeto de protección de los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio. Es decir las obligaciones contenidas en la DUDH debiendo ser protegida en consecuencia de la arbitrariedad²⁸¹ del Estado²⁸². Admitiéndose no obstante, que el ejercicio de este derecho pueda condicionarse a los límites impuestos por las leyes de políticas migratorias de cada Estado²⁸³

Además no hay que olvidar que esta obligación de protección y respeto consagrada en numerosos instrumentos del Derecho internacional.

En el primer inciso del citado art 8 del CEDH, queda patente que el contenido consiste en un bien humano básico, el respeto de la vida familiar, exigido por la propia dignidad humana, con el fin de proteger la familia, reconocido en los textos internacionales a toda persona sin más determinación que la de ser persona. Mientras que en un segundo inciso del mismo artículo se hace descender a la norma fundamental, por la cual, se reconoce el derecho. Recordando que los textos internacionales recogen todavía un derecho humano sin positivizar a nivel comunitario, ya que en definitiva nos encontramos ante un derecho instrumental de otro fundamental *“la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia”*²⁸⁴

Por su parte, el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de Diciembre de 1966 tiene idéntico fondo, mientras que PIDESC en su art 10.1, se pronuncia en el mismo sentido añadiendo el inciso final *“... mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”*. Es decir, se establece además la necesidad de conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. Postura subrayada por el *“Convenio*

²⁸¹ PEERS, S., (2001) .Immigration, asylum and the European Union charter of fundamental rights. En *European Journal of Migration and Law*, núm. 3, pág. 141 El citado autor sostiene a nuestro juicio acertadamente, que el derecho migratorio de cada Estado debe estar basado en derechos no en arbitrariedades.

²⁸² GARCÍA VÁZQUEZ, S., (2007). *El Estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, op., cit pág 10.

²⁸³ FREIXES, T., y REMOTTI CARBONELL, J.C., (1998). Los derechos de los extranjeros en España y la jurisprudencia del Tribunal de Derechos humano. *Revista de Derecho político, UNED*, Madrid, núm. 44, pág 127.

²⁸⁴ QUIRÓS FONTS, A., (2008). *La Familia del extranjero: regímenes de reagrupación e integración* , edit Tirant Lo Blanch, Valencia, pág 88.

sobre los Derechos del Niño”²⁸⁵, que en el artículo 9, reconoce el derecho del niño a no separarse de sus padres, mientras que en el artículo 10, recoge el derecho de reunificación familiar, por el que toda solicitud a efectos de reunión debe ser atendida de manera humanitaria y expeditiva. Si bien, el TUE no hace referencia alguna a este derecho, dado el carácter eminentemente económico de la UE en sus orígenes cuando se constituyó. Sin embargo, el tratamiento más completo de este derecho lo realizó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias²⁸⁶ y cuyo tenor literal es el siguiente:

“1. Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio.

2. Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.

3. Los Estados de empleo, por razones humanitarias, considerarán favorablemente conceder un trato igual al previsto en el párrafo 2 del presente artículo a otros familiares de los trabajadores migratorios”.

Siendo subsanada esta omisión por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, la cual reconoce este derecho de forma fragmentada, haciéndose alusión al citado derecho en su art 7 relativo al derecho de “*Toda persona al respeto de su vida privada y familiar...*” y en su art 9 donde se señala que.” *se garantizara el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio* “. No obstante, este análisis es incompleto si no se analiza el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros conforme a lo dispuesto por la Directiva específica sobre esta materia, Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de Septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Concretamente, en el segundo inciso del segundo Considerando de dicha Directiva, el legislador comunitario descende a la norma fundamental por la cual se reconoce el derecho de reagrupación: “*La presente Directiva*

²⁸⁵ Convenio sobre los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1989. Ratificado por España el 30 de Noviembre de 1990, BOE núm. 313, de 31 de Diciembre de 1990.

²⁸⁶ Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, de 18 de Diciembre de 1990, que aunque no ratificado por ningún Estado de la UE, entró en vigor el 1 de Julio de 2003

respetar los derechos fundamentales y observar los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea". De modo que, a pesar del grado de discrecionalidad de que disponen los Estados miembros en el momento de transponer Directivas, es necesaria una armonización legislativa en esta materia para evitar un trato diferenciado de este derecho recogido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El objetivo de la presente Directiva queda reflejado en su art 1, cuyo contenido es el siguiente: "El objeto de esta Directiva es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros". Es decir, a partir de esta Directiva, nos encontramos ante el primer intento formal por parte de la UE de fijar un denominador común entre los diferentes ordenamientos jurídicos de los estados miembros en materia de políticas de extranjería²⁸⁷.

Reconocimiento que se consagra expresamente en su considerando 3, donde se establece expresamente que el derecho de reagrupación familiar como un derecho propio del extranjero residente, es decir del que posea una autorización de residencia de validez superior a 1 año.

Finalmente el Tratado de Lisboa, aunque si bien no recoge expresamente este derecho, vía art 6.1 de su texto, lo protege al asumir que la Unión reconoce los Derechos y Libertades Fundamentales de la UE, otorgándole el mismo valor jurídico que los tratados, lo cual conlleva a que su interpretación se realice conforme a lo contemplado en la Carta de Derechos Fundamentales, como principios generales de derecho para posteriormente ser positivizados por los ordenamientos internos de cada país que conforman la UE²⁸⁸.

En cuanto al tratamiento específico que realiza nuestro ordenamiento jurídico interno, partiremos del examen del art 18.1 CE que expresamente señala lo siguiente: "*Se garantiza el*

²⁸⁷ BLANCO VICENTE, D. J., (2003). Una regulación integral de la inmigración para Europa, en *REDUE*, núm. 5, (2º sem.), pág 113. En donde el citado autor reclama más racionalidad en la política que pervive en el sistema de adopción de acuerdos que establece el Tratado de Ámsterdam, al conjugarse el mantenimiento de la unanimidad con la atribución de un derecho de iniciativa de los Estados. Añadiendo textualmente lo siguiente "Mientras las propuestas de la Comisión, que diseñan un programa legislativo ordenado y racional, van quedando aparcadas, las propuestas estatales, fruto de la voluntad variable de los gobiernos que ocupan la Presidencia, se imponen sin más coordinación ni lógica que la circunstancial."

²⁸⁸ MAYER, F. C., (2003). La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne. En *Revista del derecho del trabajo europeo* núm. 39, págs. 175-196. El citado autor aclara que, en relación con el CEDH, la Carta es una protección en el interior del sistema de la UE (pág. 190). También constata que la gran mayoría de juristas de derecho comunitario y derecho constitucional la consideran como un verdadero texto constitucional o cuasiconstitucional (pág. 195).

derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Se observa como no se constitucionaliza, de modo alguno, el derecho fundamental a la protección de la vida en familia. Puesto que el concepto de intimidad, en nuestro marco jurídico interno, está interrelacionado con el principio de dignidad humana.²⁸⁹ Además en nuestro derecho se diferencia entre el derecho a la vida familiar y el derecho a la intimidad familiar, siendo considerado únicamente éste último como un derecho fundamental y que por tanto es extensible su ámbito de aplicación subjetiva a los extranjeros²⁹⁰

Con respecto, al derecho concreto a la reagrupación familiar, por parte de nuestra legislación de extranjería se observa como la Ley del 85, omitía mención alguna a este derecho de la persona, y, por tanto, tampoco encontramos un procedimiento que prevea la admisión de familiares de un extranjero residente. Siendo corregida esta deficiencia posteriormente cuando entra en vigor el primer Reglamento²⁹¹ de Ejecución de la citada ley, que prevé la reagrupación familiar, lo hace admitiendo ya la posibilidad de obtener un visado de residencia por tal motivo en el segundo apartado de su artículo 7, que establece lo siguiente. Podrán solicitar este visado por causa de reagrupación familiar:

- a) El cónyuge de un español o de un extranjero residente en España.
- b) Los hijos menores de dieciocho años o mayores de edad, cuando dependan legal y económicamente de un español o de un extranjero residente en España.
- c) Los menores o incapacitados cuyo representante legal sea un español o un extranjero residente en España.
- d) Los extranjeros que sean ascendientes o descendientes de un español o de un extranjero residente en España.

Los solicitantes deberán probar el grado de parentesco, así como la dependencia económica de los familiares o pupilos que pretendan reagrupar.”

²⁸⁹ En este sentido se pronuncia las sentencias del Tribunal Constitucional entre las que destacamos: SSTC 53/1985 de 11 de Abril (Tol 79468); 231/1998 de 1 de Diciembre (Tol 81216) y la 20/1992 de 14 de Febrero (Tol 80635) entre otras.

²⁹⁰ CONDE –PUMPIDO, C., CÓRDOBA, F. D., y SANZ, J. D., (2002). *Tratado práctico de los procesos de extranjería*, edit. Bosch, Barcelona, pág 328

²⁹¹ RD 1119/1986, de 26 Mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 7/1985. (BOE núm. 140, de 12 de Junio 1986)

A la vista de su contenido se aprecia la continua remisión a los españoles, sin embargo tras la entrada de España en la UE, se provoca un cambio con el de adaptar a nuestro país al derecho comunitario, circunscribiéndose a partir de ese momento la división entre ciudadanos comunitarios y los que no lo son. Además la protección realizada por esta disposición queda manifiesta en la Disposición Adicional 3ª del RD 1119/1986, que un tratamiento preferente y la tramitación por el procedimiento de urgencia de las peticiones de visados por reagrupación familiar. En cuanto a las características más marcadas destacan las siguientes:

a) Se caracteriza por el inicio en el Estado de origen, mediante la solicitud de visado.

b) Designación genérica de las certificaciones que permitan establecer al día de la solicitud el parentesco y, en su caso, la dependencia legal y económica, y la edad del solicitante; otros dos certificados, también considerados habituales para los extranjeros.

El primero de estos certificados, el de antecedentes penales y el segundo el certificado médico que presentan algunas diferencias, ya que, el primero se admite un certificado equivalente al negativo de antecedentes penales, aunque de cualquier modo debe haber sido expedido por la autoridad competente del país o países donde el interesado haya residido habitualmente con anterioridad a la solicitud. Mientras que el segundo certificado, tiene una naturaleza discrecional, puesto que, la apreciación del riesgo de las enfermedades para España conforma un concepto jurídico indeterminado, de tal manera que el extranjero no debe padecer enfermedades transmisibles, con repercusión para la salud pública, drogadicción o enfermedades mentales, con trascendencia para la seguridad o el orden público, expedido en el país de procedencia.

Añadiendo finalmente la norma que los servicios médicos para la expedición del certificado en el país de procedencia pueden ser designados por la Oficina Consular, ese último puede también denegar el visado sin más tramites si comprueba que el reagrupado figura la lista de prohibiciones de entrada.

Todo ello, sin perjuicio de la documentación adicional que se le exige en España un vez que se ha procedido a la entrada. Por todo ello, la burocracia administrativa y la discrecionalidad de la Administración para la consecución de este derecho conlleva a que resulte gravosa, costosa y difícil la aplicación efectiva del ejercicio de este derecho. Por su parte, el Reglamento 155/96 de 2 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, completado por la Orden Ministerial²⁹² que las desarrolló, de 8 de Enero de 1999, por la que se

²⁹² Orden del Ministerio de la Presidencia de 8 de Enero de 1999 por la que se establecen las normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación

establecen las normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar, que permitan su adaptación a la entrada en vigor de la Ley 30/1992. Disposiciones en las que la reagrupación familiar no llega a alcanzar aun el grado de derecho, En el primer artículo de la Orden, en sus apartados c) y d) del punto 3, se especifican dos exclusiones subjetivas no precisadas en el Reglamento.

Por un lado, los familiares que se trasladen conjuntamente con el titular de un visado de residencia, para los que se concreta que: *“la eficacia de los visados concedidos a dichos familiares quedará vinculada al expedido al titular del visado de residencia, vinculación que se mantendrá entre los correspondientes permisos de residencia”*. En cuanto a los beneficiarios, lo más destacable en el ámbito de los familiares reagrupables es la concreción de situaciones, especialmente la articulación del rechazo de la poligamia y del fraude en el caso del cónyuge, así como la doble exigencia, con respecto a los ascendientes, de dependencia económica y razones justificativas. Sin embargo, resulta menos oneroso el procedimiento que el establecido en el Reglamento anterior incorporando la obligación de la Administración motivar la resolución denegatoria solo en caso de que se deniegue la exención de visado pero no para los demás supuestos. Con esta medida, se reviste el procedimiento de un halo de seguridad jurídica, al permitirse la posibilidad de presentar recursos ante determinados supuestos, evitando así la total indefensión del extranjero.

Por su parte la LOE dedica un capítulo exclusivamente a este derecho, en concreto lo hace en el Capítulo II del Título I, en los arts 16 y 17 del Título II van a tener una vigencia muy efímera, abarcando tan sólo del 1 de Febrero de 2000 al 22 de Enero de 2001, momento en que entra en vigor la LO 8/2000. En párrafo 1 del citado art 16, realiza un reconocimiento específico del derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar a los extranjeros residentes, en los términos establecidos en la presente Ley y en los acuerdos suscritos por España.

Señalando el segundo inciso del mismo artículo los familiares que tienen derecho a la reagrupación, confiriéndoles la condición de la titularidad del derecho ejercerlo recogiendo la enumeración de que grado de parentesco deben tener éstos con el reagrupante. En el párrafo 3 de la misma disposición, fija los requisitos que deben cumplir los familiares reagrupados para conservar la residencia aunque desaparezca el motivo de exigencia de visado. Finalmente, se va a establecer de forma genérica la obligación por parte de la Administración de motivar todas las resoluciones

familiar, en desarrollo del Reglamento de Ejecución, de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio de 1985. (BOE núm. 11, de 13 de Enero de 1999; corrección de errores en BOE núm. 48, de 25 de Febrero de 1999).

denegatorias de visados y no como hasta entonces se venía haciendo solo para las relativas a exención de visado. Continuando en el art 17 de la misma norma, a recoger completar de forma más pormenorizada los requisitos que deben cumplir los familiares del reagrupante para que se produzca este proceso, así como cuales son los familiares y que requisitos deben cumplir estos para poder ser reagrupados. Finalmente subrayar, que tras la promulgación de esta Ley queda derogada la anterior LO 7/1985, y cuantas disposiciones se opongan a la LO 4/2000. En consecuencia, sigue vigente el Reglamento de 1996, con algunas limitaciones legales importantes. Puesto que, nada más se establece con carácter particular, los requisitos que hasta este momento se exigen al reagrupante quedan en suspensión, ya que no puede condicionarse el derecho de reagrupación por un determinado plazo de residencia previa, medios de vida y alojamiento, que vienen recogidos en un procedimiento reglamentario todavía aplicable²⁹³.

Este derecho subjetivo que se vincula al derecho a la vida privada familiar se concreta en el reconocimiento a poder reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17 de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como derecho a que se proteja la unidad familiar. Señalándose en el párrafo a) del citado artículo, que la titularidad del derecho de reagrupación familiar la tiene el reagrupante, recogiendo en dicho precepto los sujetos que son beneficiarios de este derecho. Refiriéndose en primer lugar, al cónyuge el residente que no se podrá encontrar separado del mismo, a excepción de que de ser así sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y *sus familiares* si acredita que la “*separación*” de sus anteriores matrimonios han tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y *sus familiares* en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes.

Sin embargo, tras la reforma operada por la vigente ley de extranjería de 2009 en este apartado, realiza una serie de precisiones técnicas, así para poder reagrupar al cónyuge en caso de que el reagrupante haya celebrado este caso anteriores nupcias debe haberse producido “*disolución*” de cada uno de sus anteriores matrimonios, solo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la *disolución* ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y *de sus hijos comunes* en cuanto *al uso* de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos *que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado*

²⁹³ QUIRÓS FONS, A., (2008). *La Familia del extranjero: regímenes de reagrupación e integración* op., cit pág.21.

fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso”. De lo que se desprende la preocupación por parte del legislador de que para poder ejercitar este derecho en caso de que el reagrupante anteriormente hubiera estado casado debe estar totalmente disuelto el vínculo matrimonial anterior, debiendo acreditarse la pensión compensatoria de los hijos habidos de ese matrimonio y del cónyuge anterior, así como el uso de la vivienda y garantizándose también los alimentos debidos por el reagrupante con respecto a sus hijos menores habidos durante el matrimonio así como de los mayores dependientes que tuviera a su cargo incluyendo en este supuesto en caso de que hubiera sido declarado el anterior matrimonio nulo, con todo ello, lo que se acredita por parte del legislador es que el reagrupante debe demostrar que cumple con sus deudas familiares del anterior matrimonio y que tiene medios suficientes tanto para sufragar esos gastos como los del cónyuge actual que pretende reagrupar.

Otra modificación sustancial es la operada por la letra b) del mismo artículo relativo a los hijos, ya que en la LOEXT se contemplaba siempre que sean menores de dieciocho años o *estén incapacitados*²⁹⁴, hijos suyos o de su cónyuge (Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo, de otra parte, el legislador de extranjería al sustituir el término “*incapaces*” de la Ley actual por “*incapacitados*”. Conlleva la exigencia de una previa declaración formal de incapacidad —que en nuestro ordenamiento es judicial pero en los países de origen de los inmigrantes puede seguir un procedimiento distinto—, se introduce una formalidad excesiva que, por un lado, puede constituir un obstáculo a la reagrupación para quienes lo merezcan y, por otro, puede obligar a admitir incapacitaciones que no serían equiparables a las establecidas en nuestro ordenamiento. Probablemente parece más adecuada la expresión “*los hijos mayores solteros del reagrupante cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud*” tal y como figuran contenidas en el art. 4.2 b) de la Directiva 2003/86/CE.

¿No se define por el legislador cuál es el límite que se considera suficiente para tener a cargo a otra persona? ¿Cada cuánto tiempo se puede examinar esta dependencia? En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los

²⁹⁴ La Directiva 2003/86/CE, en su artículo 4.2.b) define este supuesto en los siguientes términos: “*los hijos mayores solteros del reagrupante cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud*”. La normativa comunitaria no exige pues la incapacidad formal sino la simple existencia del dato de hecho de ausencia de suficientes facultades para la atención a las propias necesidades.

elementos necesarios para producir efecto en España o adoptados o bien personas respecto a las que el reagrupante tenga la representación legal, deben en consecuencia cumplir los siguientes requisitos: a) ser menores de edad; b) con discapacidad, que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. De modo que, en tanto que este precepto no sea objeto de desarrollo reglamentario, debe incidirse en el hecho de que, frente a lo requerido en la LOEXT en su redacción anterior, el requisito no se relaciona con la necesaria existencia de una incapacitación jurídica del hijo o representado legal, lo cual planteaba una multiplicidad de prácticas existentes en esta materia en los países de origen para declarar la incapacidad, con consecuencias transversales importantes en la tramitación y valoración de la solicitud de visado lo cual impedían en muchas ocasiones su aprobación. Sino con la realidad material de que, a resultas de su discapacidad física o mental, la persona a reagrupar no sea capaz de proveerse por si misma (lo que deber quedar acreditado por cualquier medio de prueba admitido en Derecho siendo necesario articular alguna forma de control sobre el fondo de la declaración de incapacitado en aquellos casos donde la regulación o la práctica en el país de origen no sea equivalente a la práctica civil española). A mi juicio, por esta razón, y para resolver esta situación desfavorable para los menores con discapacidad, se ha modificado el artículo 14.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000, para añadir lo siguiente:

"(...) 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."

Así pues, los extranjeros con discapacidad, menores de 18 años, con el único requisito de tener su domicilio habitual en España, tienen derecho a recibir los servicios sociales y tratamientos especializados y propios de las personas con discapacidad, sin que dicho derecho esté condicionado estrictamente a la residencia del menor. Entendemos que esta fórmula legal permite, además, el acceso de estos menores al reconocimiento del grado de discapacidad²⁹⁵ por el organismo competente, a pesar de no establecerse explícitamente en la Ley esta posibilidad, sólo reservada hasta ahora a los extranjeros con discapacidad residentes. De modo que, con este cambio, se facilitan los reagrupamientos familiares de personas con discapacidad.

²⁹⁵ El termino "*persona con discapacidad*" cuenta con plena carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento tras la promulgación de la Ley 51/2003, de 2 de Diciembre, y la ratificación de la Convención de la ONU de 2006.

Lo expuesto también es aplicable a lo que establecía el apartado c) de la LOEXT cuya dicción literal disponía” *los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.*” En este supuesto también la vigente ley siguiendo la misma sistemática en su apartado c) extiende este derecho no solo a los menores de edad sino también a los mayores *de esa edad que no puedan valerse por sí mismo debido a su estado de salud siempre que el residente legal sea su representante de conformidad con lo dispuesto por la legislación por el del ordenamiento español.*

En la misma línea se mueve el apartado d) de la LOEXT que establecía el derecho a reagrupación de ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Apartado que sufrido una reforma importante tras la vigente ley de extranjería que dispone que para poder ejercitar este derecho los ascendientes solo podrán ser reagrupados “...*sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.*

Reglamentariamente se determinarán las condiciones para la reagrupación de los ascendientes de los residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la UE y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores.

Excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en esta Ley”.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 17 aclara que se prohíbe la reagrupación en cadena de los ascendientes y que para poder ejercitar este derecho debe ostentar la condición de *residente permanente* y tener solvencia económica suficiente el reagrupante. En cambio el mismo numeral de vigente ley realiza una modificación gramatical” sustituyendo el termino “*residente permanente*” por el “*residente de larga duración*”, pero sin lugar a dudas la novedad más interesante es la posibilidad excepcional que establece el legislador con respecto al ascendiente del reagrupado que tenga a su cargo a uno o más hijos menores de edad o hijos con discapacidad que no puedan valerse por sí mismos debido a su estado de salud, de poder efectuar exclusivamente en este caso la reagrupación en cadena por motivos humanitarios sin necesidad de que el reagrupante haya *adquirido la condición de residencia de larga duración .*

Asimismo se modifica por la vigente ley el apartado 4 de el art 17 de la LOEXT que establecía “*que reglamentariamente se desarrollaran las condiciones para el ejercicio del derecho*

a reagrupación”. Cambiando de ubicación el mismo tras la vigente ley al numeral 5, que recoge idéntico contenido y además añade el siguiente apostillamiento final” *así como para acreditar, a estos efectos, la relación de afectividad análoga a la conyugal.*” Y se introduce como novedad un nuevo apartado 4 por la ley de 2009, en la que equipara al cónyuge del residente la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España. Declarando ambas situaciones matrimonio y relación de afectividad incompatibles entre sí. Y debido a esta equiparación jurídica al igual que para el matrimonio para la relación de afectividad solo se permite la reagrupación de una sola persona. Esta expresión “*relación de afectividad*” parece referirse con ella el legislador a las parejas de hecho. Este precepto se debe a la existencia de prácticas en los países de origen que pueden impedir el matrimonio (ausencia o dificultad de obtener la separación o el divorcio de previos matrimonios, exclusión del matrimonio homosexual, etc.). La opción del legislativo ha sido reconocer la posibilidad de reagrupación sujeta a la condición de prueba de la misma; sin embargo, son todavía pocos los países que disponen de registros de parejas de hecho, razón por la cual es previsible que el procedimiento de reagrupación en estos casos devenga de muy compleja tramitación y valoración, pero debe acogerse positivamente aunque remita a la regulación reglamentaria de la cuestión. En cualquier caso, hará falta incorporar la jurisprudencia nacional consolidada en esta materia así como prever la colaboración de Embajadas y Consulados en el extranjero en la determinación del régimen jurídico de cada país. De lo que se desprende que para reagrupar a la pareja del residente, no debe existir fraude ley; deben cumplirse los requisitos en materia de disolución de anteriores matrimonios, en su caso, relaciones de pareja. Además de invocarse que la reagrupación se solicita por relación de afectividad análoga a la conyugal, esta debe acreditarse mediante certificación expedida por el órgano encargado del registro de parejas correspondientes, que habrá de ser en todo caso un registro de carácter público. Además se prohíbe reagrupar a más de una pareja, aunque la ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares. Además la certificación registral deberá haber sido expedida con una antelación máxima de tres meses a la fecha de presentación de la solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar, siéndole en todo caso aplicable lo dispuesto en las Instrucciones de la Dirección General de Inmigración de 2 de Junio de 2005 y 6/2008 de 25 de Septiembre, en materia de aportación de documentos públicos extranjeros para la tramitación de procedimientos en materia de extranjería e inmigración. Siendo en consecuencia posible la reagrupación del hijo (en los términos establecidos

en el art 17.1.b) de la pareja) así como de los ascendientes (en los términos previstos en el art 17.1.d) y preceptos conexos de la pareja)

En relación con el procedimiento de reagrupación esta figura en el art 18 consta de tres apartados.

El número uno de la ley de extranjería es novedoso al exigir al reagrupante para poder ejercitar este derecho ser residente de larga duración o bien haber obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial. Asimismo se admite la posibilidad de solicitud y obtención simultánea la reagrupación cuando el reagrupante tenga reconocida la condición de residente de larga duración, ser trabajadores titulares de la tarjeta azul de la UE o beneficiarios del régimen especial de investigadores, en otro país de la UE con ello se consigue un tratamiento más homogéneo de este derecho, se favorece la libertad de circulación y se evita que cada vez que este trabajador se desplace a otro Estado de la Unión sea trabado en su derecho a la familia.

Por su parte, el contenido del párrafo 1 de la LOEXT que disponía la obligación del reagrupante de demostrar que posee alojamiento adecuado y medios para atender sus necesidades y las de la familia una vez que esta sea reagrupada. Coincide con el párrafo 2 de la vigente ley de extranjería. Si bien, esta última además añade lo siguiente *“En la valoración de los ingresos a efectos de la reagrupación, no computarán aquellos provenientes del sistema de asistencia social, pero se tendrán en cuenta otros ingresos aportados por el cónyuge que resida en España y conviva con el reagrupante. Las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos informarán sobre la adecuación de la vivienda a los efectos de reagrupación familiar. Las Administraciones Públicas promoverán la participación de los reagrupados en programas de integración socio-cultural y de carácter lingüístico”*. Es decir, el legislador vuelve a reincidir en que la reagrupación no debe suponer ningún gasto adicional más para el Estado, de modo que los ingresos a computara serán los del reagrupante y su cónyuge que resida en España. Asimismo señala como obligación de la Administración autonómica la emisión de informes sobre la adecuación de la vivienda del reagrupante, y que ésta tiene el deber de integrar al inmigrante en su ámbito a través de actividades socio-culturales y facilitando el aprendizaje de la lengua (tanto oficial como autonómica).

Es decir, hasta que se apruebe el Reglamento de desarrollo de la actual ley de extranjería, se admitirán para acreditar que se dispone de vivienda adecuada, indistintamente del informe emitido por la Comunidad Autónoma o por el Ayuntamiento correspondiente.

De otro lado desaparece el apartado 2 y 3 de la LOEXT que establecía que para el ejercicio de este derecho era preciso que el reagrupante haya residido en España durante un año y tenga

autorización para hacerlo otro año más, ya que al exigirse para poder reagrupar ser residente de larga duración deben acreditar residencia legal en nuestro país durante al menos cinco años. Por su parte en apartado 3 del mismo cuerpo normativo también desaparece y cuyo contenido estipulaba que cuando se acepte la autorización de reagrupación familiar al reagrupado se le dotaba de una autorización de residencia por el mismo tiempo que tuviera el reagrupante.

Y finalmente se añade también un nuevo apartado 3 en virtud de esta ley de 2009, en la que se señala “Cuando los familiares a reagrupar sean menores en edad de escolarización obligatoria, la Administración receptora de las solicitudes deberá comunicar a las autoridades educativas competentes una previsión sobre los procedimientos iniciados de reagrupación familiar, a los efectos de habilitar las plazas necesarias en los centros escolares correspondientes”. Es decir, se está conculcando de nuevo al derecho a la educación para que la Administración provea de plazas a los menores de edad reagrupados para que tengan acceso gratuito a la enseñanza básica y obligatoria y hacer efectivo de este modo el derecho a la educación reconocido en nuestra carta magna en su art 27 y en la citada ley en su art 9. En definitiva, se recoge en virtud de este precepto la obligatoriedad de comunicación entre administraciones a fin de prever la incorporación a los centros escolares de niños en proceso de reagrupación.

De otra parte, se introduce en virtud de la vigente ley de extranjería un artículo nuevo (art 18 bis) rubricado “*Procedimiento para la reagrupación familiar*” que completa el artículo precedente que consta de dos apartados y cuyo contenido es el siguiente 1”. *El extranjero que desee ejercer el derecho a la reagrupación familiar deberá solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar, pudiendo solicitarse de forma simultánea la renovación de la autorización de residencia y la solicitud de reagrupación familiar.*” De lo que se desprende que el reagrupante para evitar trabas administrativas se le permite que en el mismo acto pueda simultáneamente solicitar la renovación de su autorización de residencia y la solicitud de reagrupación familiar (Este punto creo que en la práctica va a provocar un efecto disuasorio del reagrupante porque puede creer que se condiciona su renovación de residencia al no otorgamiento por la administración de solicitud de reagrupación). En cuanto al párrafo 2 cuyo numeral es el siguiente “*En caso de que el derecho a la reagrupación se ejerza por residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea que residan en España, la solicitud podrá presentarse por los familiares reagrupables, aportando prueba de residencia como miembro de la familia del residente de larga duración en el primer Estado miembro*”. Lo que a mi juicio pretende el legislador es agilizar la tramitación y resolución

de la reagrupación si el reagrupante tiene ejercitado este derecho en otro estado de la UE aportando esta prueba extrañamente le va a ser denegado este derecho en España.

Finalmente cabe subrayarse las modificaciones producidas en la LOEXT en su art 19 rubricado “*Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales*”, que se subdivide en 3 apartados, en el su numeral 1, se señala “*El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando obtenga una autorización para trabajar*”

En caso de que *el cónyuge* fuera víctima de violencia *doméstica*, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma.

Este apartado puesto en concordancia con la vigente ley de extranjería, en su misma ubicación y pero dividido en dos apartados (el 1 y el 2) cambia radicalmente en su primera parte su contenido siendo su redacción literal la siguiente “1. *La autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo.*” Asimismo se añade al apartado 2 un segundo apartado con el siguiente tenor “*El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades. En caso de que la cónyuge reagrupada fuera víctima de violencia de género, sin necesidad de que se haya cumplido el requisito anterior, podrá obtener la autorización de residencia y trabajo independiente, desde el momento en que se hubiera dictado a su favor una orden de protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género*”.

De lo que se desprende que actualmente se amplía el ámbito subjetivo de extensión de la reagrupación familiar no solo al cónyuge sino también al hijo de los reagrupados desde que lleguen a España (cuando alcancen la edad laboral) la autorización de residencia le permite trabajar sin necesidad de obtener ningún otro tipo de autorización específica. La finalidad de la medida es evitar la gravosa dependencia que genera respecto del reagrupante. Mientras que en la ley anterior, este derecho se restringía exclusivamente al cónyuge y se condicionaba la autorización de residencia a que éste hubiera obtenido previamente la autorización de trabajo, siendo escasamente utilizado este mecanismo debido al riesgo que entraña supeditar la propia residencia a la continuidad en un trabajo disuadía a muchos familiares de desarrollar su propia vida laboral. Por tanto, actualmente la titularidad a través de la reagrupación familiar, por parte del cónyuge, hijo o pareja de una autorización de residencia, supondrá tan pronto acceda a la mayoría de edad laboral,

la de una autorización de trabajo, sin necesidad de realizar ningún otro trámite administrativo mientras que no se desarrolle reglamentariamente la actual Ley de extranjería (la solución aportada por la vigente Ley no es reconocer directamente una autorización de residencia y trabajo independiente sino una solución intermedia, que la autorización de residencia habilitará para trabajar sin ningún otro trámite administrativo, previsión que no está muy claro cómo se desarrollará en la práctica). Actualmente el acceso de los familiares reagrupados a una autorización de residencia independiente exige cumplir los siguientes requisitos si se trata del el cónyuge o pareja del reagrupado:

a) Contar con medios de vida suficientes.

b) Encontrarse en situación de alta en la Seguridad Social y contar con un contrato de trabajo de duración mínima, desde el momento de la solicitud, de un año, y del que se derive una retribución no inferior al SMI mensual a tiempo completo, por catorce pagas.

c) Encontrarse en situación de alta en la Seguridad Social, y reunir los requisitos exigibles de cara a la concesión de una autorización de de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

En cambio, el hijo para obtener esta autorización de residencia independiente deberá además de haber cumplido los dieciocho años, cumplir uno de los requisitos descritos anteriormente.

De otro lado, en cuanto a protección del cónyuge víctima de violencia de género en la LOEXT se exigía que para poder obtener una autorización de residencia independiente del reagrupante que se hubiera dictado por el juez una orden de protección sobre la víctima, obligando a los funcionarios policiales a abrir un expediente para investigar la regularidad de la situación de las mujeres migrantes que denuncian actos violentos y de malos tratos. De modo que, actualmente se le sigue abriendo a la mujer extranjera irregular que denuncia violencia de género por su marido o pareja expediente de expulsión, a nuestro juicio, cualquier obstáculo que impida que la mujer víctima de violencia de género denuncie, debe ser eliminado, porque aunque este expediente de expulsión se mantenga en suspenso hasta que se resuelva el proceso de violencia, se convierte en un impedimento real para la denuncia, generando una doble discriminación. De modo que, si hay condena se le concede el permiso de residencia y trabajo, en caso contrario, y si es ilegal, se continúa con la tramitación del expediente sancionador, supeditando de este modo la autorización de residencia y trabajo a que los procedimientos penales resulten favorables, dejándolas en situación de desamparo cuando el procedimiento penal se archive por sobreseimiento provisional.

Este último precepto es desarrollado por el también art 41 del Reglamento de Extranjería aprobado por RD 2393/2004, de 30 de Diciembre, en el que además se dice que cuando, además

del cónyuge, se haya reagrupado a otros familiares, éstos (los otros familiares) conservarán la autorización de residencia concedida y dependerán, a efectos de la renovación, del miembro de la familia con el que convivan.

Por tanto, dos son los momentos en los que la mujer reagrupada ¿o pareja reagrupada? puede solicitar su propio permiso independiente, cuando obtenga la orden de protección o informe del Ministerio Fiscal o bien cuando obtenga una sentencia condenatoria aunque anteriormente no haya habido orden de protección, sentido en el que se expresa la Instrucción DGI/SGRJ/05/2008, relacionada con los supuestos de personas extranjeras que han sido víctimas de determinados delitos, incluidos los de conducta violenta ejercida en el entorno familiar ó de violencia de género. Por tanto, desaparece el carácter excepcional del “*Informe del Ministerio Fiscal*” confirmando la vigente Ley Orgánica la obtención de residencia y trabajo para la víctima de violencia de género frente la citada Instrucción de 2008, que ceñían a esta una autorización exclusivamente de residencia.

Lo que tiene gran importancia en la práctica y que no especifican las Instrucciones, es todo lo relativo a la suficiencia de recursos económicos por parte de quien desea obtener y que se le conceda este permiso independiente, lo cual supone un obstáculo difícil de salvar en muchos casos.

Actualmente tras la reforma se sigue requiriendo para la reagrupación de la compañera la existencia del vínculo matrimonial en aras a que se aporte un mínimo de estabilidad de convivencia en pareja. Así una vez reagrupada la cónyuge esta puede regularizar su propia situación cuando disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades. Pero este requisito se excepciona cuando es víctima de violencia de género y obtiene una orden de protección del Juez de Guardia o del Juez de Violencia sobre la Mujer. Pero incluso sin esa Orden de Protección bastaría un informe realizado por el Ministerio Fiscal en el que señale la existencia de indicios de violencia de género. Queda de esta forma plenamente amparada jurídicamente la situación de la esposa reagrupada al obtener la autorización de residencia y trabajo pero esta vez como derecho propio y no derivado del cónyuge reagrupante.

Si la mujer extranjera objeto de presunta violencia de género se encuentra en situación irregular en nuestro país, cuando se dite la orden de alejamiento o Informe del Ministerio Público en el que se indique la existencia de indicios de violencia doméstica, se ha de solicitar de manera provisional una autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Exigiéndole eso sí, que acredite medios de vida propios y en el caso de dictarse sentencia condenatoria “*la autorización provisional*” se convierte automáticamente en “*autorización definitiva*”

Y dadas las dificultades actuales que existen para acceder a la Renta Activa de Inserción (RAI),cabe la posibilidad de acceder a la Renta de garantía de ingresos (Ley 18/2008 de 23 de Diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social), debiendo acudir para solicitar esta última a los Servicios Sociales del Ayuntamiento. En este caso y aunque no parece estar aplicándose en la práctica, y puesto que continúa en vigor hay que tener presente la Instrucción 14/2005 y sus posibles consecuencias ya apuntadas.

Otro supuesto diferente sería el caso de una mujer extranjera ha obtenido un permiso de residencia por reagrupación con su marido. En este caso dicha mujer cuenta con Orden de Alejamiento o Informe del Ministerio Fiscal en el que se indica la existencia de indicios de violencia doméstica. En este supuesto puede pedirse un permiso independiente al amparo del Artículo 41.2 del Reglamento de Extranjería 2393/2004 de 30 de Diciembre, sin necesidad de esperar a que se dicte sentencia condenatoria. Si dicha mujer tuviere hijos a su cargo, éstos quedarán incorporados a su tarjeta, aunque le van a exigir acreditar que tienen medios de vida propios independientes del reagrupante. Y si no aporta Oferta de Trabajo, la autorización que le den será solo de residencia. Si en lugar de dictarse orden de alejamiento o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia doméstica, hubiere sentencia condenatoria, las posibilidades son las mismas que las acabadas de reseñar, para cuando sí hay Orden de Alejamiento o Informe del Fiscal. Y si no se acuerda la orden de alejamiento y el caso se archiva o termina sin sentencia condenatoria no se puede aplicar el mencionado Art 41.2 del Reglamento de Extranjería). Y si como consecuencia del incidente de violencia doméstica se produce la ruptura del matrimonio se ha de acudir al art41.2.a) del mismo Reglamento de Extranjería, en el que se dice que el cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia temporal independiente cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

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

b) Y si dicha mujer contase con una oferta de empleo suya propia, siempre podría tratar de obtener un permiso independiente (Artículo 41.1 del mencionado Reglamento).

Sin embargo, cuando se trata de un cónyuge extracomunitario casado o pareja registrada de un nacional de la UE, y que en consecuencia el primero es poseedor debido a dicha situación de “*tarjeta de familiar residente comunitario*”, la dificultad de esta de conseguir un permiso de reagrupación independiente por razón de violencia de género es mayor, en estos casos se ha de

acudir al RD 240/2007, de 16 de Febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que en su art 9.4 de dicho RD contempla el posible cambio de esta Tarjeta por una Autorización de Residencia de Extranjería en las condiciones siguientes:

a) En casos de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con un nacional de un Estado que no lo sea.

b) cuando se acredite que han existido circunstancias especialmente difíciles como haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio o situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista una orden de protección a su favor o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia doméstica, y con carácter definitivo cuando haya recaído sentencia en la que se declare que se han producido las circunstancias alegadas. Pues bien en este supuesto, el de familiares de comunitarios los requisitos son mayores que para la mujer reagrupada, puesto que aunque se permite la presentación de la solicitud del permiso desde que se dicta la orden de protección, dicho permiso tan solo se concede si existe sentencia condenatoria. Y puesto que se trata de un permiso de la Ley de Extranjería, los medios económicos son, al igual que en el caso de la mujer reagrupada, un requisito imprescindible.

Otro apartado modificado por la LOEXTR en relación con los efectos de la reagrupación en circunstancias especiales son los contenidos en los apartados 2 y 3 .En el primero se establece que *“Los hijos reagrupados obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar.”*

En el segundo se señala *“Los ascendientes reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente cuando obtengan una autorización para trabajar cuyos efectos se supeditarán a lo dispuesto en el artículo 17.3.”*

De cuyo análisis puesto en concordancia con la vigente ley de extranjería, se observa como el apartado 3, también reconoce este derecho a los hijos una vez alcanzada la mayoría de edad pero ahora se les va a exigir un requisito adicional *“que dispongan de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades.”* De este modo, actualmente queda previsto por el legislador la forma de adquisición independiente por parte del hijo del reagrupado de autorización

independiente del reagrupante, en función de su edad y trabajo, ya que si se encuentra en la horquilla de edad de 16 a 18 años y consigue trabajo para su desempeño basta con tener autorización de residencia y si no lo consigue pero lo hace a partir de los 18 años, debe demostrar a la Administración de que dispone de medios para vivir de modo que no va suponer en modo alguno carga asistencial o financiera para el Estado.”*De lo expuesto se deduce, los arts. 18 y 19 de la ley imponen al solicitante de reagrupación familiar una nueva exigencia consistente en acreditar que ni cuenta con ni depende de la asistencia social para su propia manutención ni la de los familiares que pretende reagrupar*”. Esta exigencia puede plantear graves problemas a los extranjeros, no tanto en el momento de solicitar la reagrupación, pues la misma se encuentra ahora ya implícita en la disponibilidad de medios de subsistencia suficientes para solicitar la reagrupación, sino en el momento de solicitar la renovación de las autorizaciones de los reagrupados. En ese momento, si las condiciones de vida o trabajo han cambiado –como puede ser el caso en un contexto de crisis económica como el actual, el recurso a la protección social podría comportar la denegación de la renovación de las autorizaciones y la caída en la irregularidad de los familiares reagrupados (y el consiguiente retorno, voluntario o no). Esta exigencia opera en la práctica en contra del principio de igualdad de trato e integración de los residentes regulares previsto en el art. 2 bis. Además sería necesario que quedara clara la distinción entre prestaciones de los servicios sociales del art. 14 de la Ley y las prestaciones de Seguridad Social que se perciben como resultado de una cotización previa del art. 12 de la Ley (paro, accidente laboral, invalidez...). En definitiva, se produce la plena incorporación con rango de Ley de la normativa comunitaria sobre reagrupación familiar abordándose la equiparación a los efectos de la reagrupación de las uniones libres y parejas de hecho. Contrastado con hecho de que a los extranjeros comunitarios se les expida junto con su residencia, la autorización para trabajar. Si bien habrá de definirse posteriormente en el reglamento de desarrollo de dicha Ley, las condiciones de esa autorización (vigencia, ámbito, condiciones de renovación, etc.) porque no queda claro si dichas autorizaciones se pueden limitar a ocupaciones concretas y en función de la situación nacional de empleo.

Y en cuanto a lo relativo a los ascendientes y su reconocimiento por legislación anterior del derecho a la reagrupación este en virtud del art 17d) del mismo cuerpo normativo se admite la reagrupación solo si ostentan la condición de ser ascendientes del cónyuge o del reagrupante que estén a su cargo y sean mayores de sesenta y cinco años, salvo, excepcionalmente en los casos en los que se acredite la concurrencia de razones humanitarias y siempre que se reúnan los demás requisitos establecidos por la ley para poder proceder a la reagrupación. A nuestro juicio, la

exclusión de los menores de 65 años obedece a una política migratoria dirigida a restringir la entrada de personas en edad laboral en el mercado de trabajo, de la misma manera que lo es proteger los servicios sociales y sanitarios de mayor coste frente a la sobrecarga que puede suponer la incorporación de nuevos perceptores en edades cercanas a la jubilación. Modulando sus efectos exclusivamente por razones humanitarias para evitar resultados desproporcionados en determinadas ocasiones. Por otro lado, debe reseñarse que el art 18 determina como requisito añadido de cara a la reagrupación de un ascendiente, en los términos y con los requisitos establecidos en el art 17, otro adicional, que consiste en que el reagrupante haya accedido a la condición de residencia de larga duración, lo que habrá de relacionarse con lo dispuesto en el art 32 de la LO 4/2000.²⁹⁶ Por tanto, se mantienen los requisitos de “*estar a cargo*” y de que “*existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España*”. Por sí solos, estos dos conceptos jurídicos indeterminados han dado lugar a una gran inseguridad jurídica y han provocado la mayoría de reclamaciones en vía judicial. Por todo ello, el futuro Reglamento debería concretar lo que puede entenderse por razones que justifican la necesidad de autorizar la residencia en España del ascendiente o bien mitigar la inconcreción del concepto acudiendo por ejemplo a la expresión contenida en la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22/09/2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar en su artículo 4.2.a): “y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen”.

Además estas limitaciones de los ascendientes respecto al grado de parentesco y la edad y consolidación de la residencia exigible en relación con el reagrupante, no serán aplicados a procedimientos de renovación de autorizaciones de residencia por reagrupación concedidas anteriormente a la entrada en vigor de la vigente ley de extranjería.

Asimismo se añade dos nuevos apartados más, el 4 y 5, donde se establece que vía Reglamento de desarrollo de la LO 2/2009 de 11 de Diciembre, se determinarán los medios económicos que se consideran suficientes para que se pueda solicitar la reagrupación independiente por el cónyuge e hijos, así como los efectos que se producen tras el fallecimiento de este, este último extremo pendiente de desarrollo reglamentario y hasta que este produzca permanece en vigor lo prescrito por el art 41.2c) Del Reglamento del RD 2393/2004, según el cual el cónyuge reagrupado accederá a la autorización de residencia independiente en caso de muerte del reagrupante. Asimismo se entenderá vigente lo dispuesto en el art 41.3 del citado RD, que dispone

²⁹⁶ Instrucción DGI/SGRJ/8/2009, sobre la aplicación de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por la LO 2/2009 de 11 de Diciembre en materia de reagrupación familiar.

que junto al cónyuge si existen otros familiares reagrupados, éstos conservarán la autorización de residencia por reagrupación familiar concedida y dependerán a efectos de renovación, del cónyuge que acceda a la situación de residencia independiente. Por el contrario, queda derogado lo previsto en el mismo artículo en su apartado a) del citado RD, en el que se previa el acceso a la situación independiente de residencia y trabajo en relación el cónyuge reagrupado, cuando se hubiera roto el vínculo conyugal que dio origen a la reagrupación familiar por separación de derecho y divorcio y se acreditara la convivencia de los cónyuges en España durante al menos dos años.

Por último analizaremos el derecho a la justicia gratuita y a la tutela judicial efectiva, ya que ambos presentan una conexión instrumental en esta materia, para ello tomaremos como punto de partida su reconocimiento internacional realizado en la DUDH en su art 10 y cuya dicción literal es la siguiente: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*. En el mismo sentido, se volvió a pronunciar en el Convenio de Roma en su art 6.1, si bien, con Mayor extensión interrelacionado este derecho con otros conexos al mismo como: *“presunción de inocencia; a ser informado de la acusación en el plazo más breve posible y en su lengua; a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa ; a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan ; a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a llevar testigos a su favor ; a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos, Económicos y Culturales en su art 14, recoge el contenido del documento internacional precedente pero además lo completa detalladamente añadiendo los siguientes contenidos: *“La obligación negativa de que nadie esta obligado a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable (apartado 3g); el derecho a recurso en caso de ser condenado(párrafo 5); el derecho a indemnización en caso de revocación de sentencia firme de culpabilidad (párrafo 6); la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo hecho (párrafo7)”*. En todos estos instrumentos internaciones, se aprecia como es inexistente una vinculación del derecho a la tutela judicial efectiva con el respeto a la dignidad humana, siendo en consecuencia admisible un trato diferente entre españoles y extranjeros, cuyo reflejo en la LOEX se materializa en algunas excepciones en este tratamiento paritario que afectan, tanto al procedimiento administrativo como a la vía judicial,

y que a nuestro juicio pueden afectar al contenido esencial de este derecho. (STC 105/1995 de 3 de Julio)

En cuanto a la morfología de este derecho, en el ordenamiento jurídico español, debemos destacar que estaba en principio circunscrito únicamente a los españoles tal y como quedaba consagrado en art. 10.2 de la CE y 17 de la CE, en concordancia con los instrumentos internacionales anteriormente analizados.

En el primero, se hace referencia a que las normas relativas a derechos fundamentales se interpretaran de conformidad con la DHDH y los instrumentos internacionales suscritos por España que contengan este derecho.

En segundo lugar, en el art 17 del mismo cuerpo normativo, el legislador constituyente reconoce específicamente este derecho haciendo una alusión explícita que su contenido se ajustara a lo previsto en este artículo y en lo contemplado en la LO 1/1992, de 21 de Febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. *¿Pero cuál fue el tratamiento otorgado por el legislador español en su legislación específica de extranjería?* En la LOE no contenía referencia alguna a este derecho, siendo tratado por primera vez en la LOEX, en el “*Titulo I, pero no así en el Capitulo I*”, dedicado a derechos y libertades de los extranjeros, sino que por el contrario, se recoge en el Capitulo III, dedicado a las garantías jurídicas. De lo que se deduce, que el legislador español, lo considera un derecho subjetivo tutelable, objeto de un tratamiento merecedor de especial protección, derivado de la naturaleza del derecho tutelado, de ahí, que lo ubique en la parte positivizada de la Ley, si bien, se admiten excepcionalmente un tratamiento devaluado en su reconocimiento para los extranjeros, hecho que justifica la sistemática utilizada por la norma y su encuadramiento el Capitulo III, en concreto en los arts 18- 20.El razonamiento de esta ubicación obedece a nuestro juicio, a que debido que la tutela judicial se encuentra íntimamente vinculada a la prohibición de indefensión y esta circunscribe su ámbito de actuación únicamente a la esfera judicial y no se extiende a la administrativa como hubiera sido deseable, configurándose como una exigencia, hasta el punto de que la indefensión deja sin contenido a este derecho, lo cual nos suscita la premisa siguiente *¿No es un procedimiento administrativo una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva y como tal merece todo tipo de protección?* La respuesta a esta premisa viene dada por el art 18 del mismo texto, que reconoce este principio como derecho (pero en el título Preliminar) y donde se establece que los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetaran en todo caso lo señalado por la *Ley Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)*, ostentando capacidad procesal para ello, no sólo el interesado sino también las organizaciones representativas de inmigrantes que sean

legales (es decir, que estén registradas, y sus promotores sean extranjeros residentes). Enumerando en el apartado 2 del citado art 18, los requisitos que debe tener todo procedimiento administrativo: “*publicidad, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones*”.

Conformando esta última connotación, la motivación, a nuestro juicio la característica más garantista que ofrece el procedimiento porque con ella se evita la amplia discrecionalidad que posee la Administración sobre todo cuando se trata de materia de extranjería, constituyendo la única vía de exteriorización y formación de la voluntad administrativa respecto a la solicitud rechazada y es además una de las principales formas de control jurisdiccional de la legalidad del acto de denegación²⁹⁷.

Por su parte, en art 19 de La LOEX, reconoce el derecho a recurrir los actos dictados por la Administración, señalando que en materia de ejecutividad de los mismos será el establecido con carácter general por la Administración siguiendo el mismo criterio que el fijado por la LRJPAC para el resto de los actos, a excepción de los tipificados como “*procedimiento de expulsión de urgencia*” que debido a la naturaleza inmediata que éstos exigen los plazos vienen establecidos por la propia ley específica.

En tercer y último lugar, con respecto al derecho a la justicia gratuita a nivel interno²⁹⁸ viene recogido en el art. 119 CE, que reconoce de forma genérica la gratuidad de la justicia tal y como se establece el tenor literal de este precepto “*La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar*”, y específicamente, a todos los que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en base a lo expuesto en el art. 24 del mismo texto, que alude a este derecho recurriendo a la utilización de formulas impersonales: “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”. Además el contenido de este derecho aparece perfilado por los párrafos 2 y 3 del mismo artículo, donde se agregan otros derechos relacionados con éste : “*derecho a la asistencia de abogado, a ser informado de su acusación, a un proceso público, a utilizar los medios de prueba que la ley admita, a no declarar contra si mismo, a la presunción de*

²⁹⁷ GOIG MARTÍNEZ, J. M., (2004). *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, edit Universitas Internacional S. L., Madrid, pág 154-164.

²⁹⁸ Destaca el estudio realizado por RODRÍGUEZ PIZARRO, G., (ONU) (2004). Informe presentado por la relatora Especial RODRÍGUEZ PIZARRO, G., de conformidad con la Resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. E/CN.4/2004/76/Add.2, 14 de Enero, pág 14.

inocencia y a subrayar la excepción de la obligación de declarar por hechos presuntamente delictivos únicamente en casos de vínculos parentales o profesionales” .

Estructurando este derecho de beneficio a la justicia gratuita como un derecho articulado de corte constitucional (STC 183/2001) cuyo fin es la protección del sujeto que carezca de recursos (STC 138/1988). Situándonos por tanto, frente aun derecho prestacional de configuración legal, y cuyo contenido y condiciones para su ejercicio son competencia del legislador, el cual lo perfila en atención a los intereses públicos y privados implicados y en función de las disponibilidades financieras del erario público (STC 16/1994). En consecuencia, nadie puede ser privado a su acceso, por razones estrictamente económicas como en la mayoría de los casos ocurre con los extranjeros inmigrantes que se encuentran en España. Por su parte, conviene recordar que la Ley 1/1996 de 10 de Enero, de Asistencia jurídica Gratuita, también limitaba el reconocimiento de este derecho a que el extranjero residiera en España. Esto llevó al planteamiento de recurso de inconstitucionalidad promovido por el defensor del Pueblo del apartado a) del art. 2 de la Ley 1/1996 de 10 de Enero sobre asistencia jurídica gratuita y en particular, contra el inciso *”que residen legalmente en España”* que fue finalmente resuelto por la STC 95/2003, que falló a favor de su otorgamiento a todos los extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en condiciones de igualdad con los españoles y los ciudadanos de la UE²⁹⁹

¿Cuál es el tratamiento que efectúa el legislador en relación con el derecho a la justicia gratuita? La respuesta viene dada por el art 20 de la LOE, donde se reconoce el derecho a asistencia letrada de oficio, tanto para los procedimientos administrativos como judiciales pero constriñendo este derecho únicamente a las situaciones siguientes: la denegación de su entrada o a su expulsión o salida obligatoria del territorio español y en todos los procedimientos de protección internacional (Que no es otra que la nueva denominación que se da al derecho de Asilo, introduciendo la Protección subsidiaria). Extendiendo únicamente el derecho a asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en igualdad con los españoles para cualquier ámbito jurisdiccional que precisen siempre que en éstos concurren las circunstancias personales de: residentes o estar inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, exigiéndose en ambos casos que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar. Es decir, se ha adecuado a lo dispuesto en la normativa sobre *“asistencia letrada gratuita para los españoles”*. No obstante, el legislador realmente lo que ha hecho es limitarse a reconocer el derecho a la tutela judicial

²⁹⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO (2005). La asistencia jurídica y los extranjeros, edit *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, págs. 1-10

cualquiera que sea la situación administrativa del inmigrante, obviando que la mayoría de actos que regulan las situaciones de extranjería son administrativos, salvo algunas excepciones como la expulsión. Y además vuelve a degradar como derecho conexo a la tutela judicial el derecho a la “*asistencia jurídica gratuita*” como derecho reconocido y en consecuencia únicamente ejercitable por los “*inmigrantes regularizados*”, es decir, que se encuentren en una de las siguientes situaciones administrativas: “*ostenten la condición de residente o que se encuentren legalmente en nuestro país y empadronados en el municipio donde habitan*”. Finalizando el citado artículo 20 en su párrafo 2, otorgando el derecho de asistencia de intérprete³⁰⁰ si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Transfiriendo este derecho de forma universal a todos los extranjeros sin condicionar su titularidad a la situación administrativa del sujeto, puesto que, sin la concesión de este derecho no se puede en modo alguno garantizar la equidad de las actuaciones judiciales, estando este derecho interrelacionado con el derecho a la igual de medios de defensa y, en definitiva, el derecho a un proceso justo.

En relación a la asistencia jurídica la LOEXTR, reforma el art. 22 de la Ley anterior para adecuarlo a la STC 236/2007 sobre el derecho a la asistencia jurídica. Hay que subrayar también que la STC 95/2003, de 22 de Mayo de 2003, ya declaró inconstitucional la exigencia de residencia legal para disfrutar de este derecho, añadiendo que la “*residencia*” en nuestro país “*habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallen en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el artículo 13.1.b) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, vigente al tiempo de la impugnación, y al que hoy alude el artículo 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000, pues, de lo contrario, se vaciaría por completo el sentido y alcance de la declaración de inconstitucionalidad que debemos realizar*”. La LO 2/2009, sustituye la referencia a los extranjeros «*residentes*» por la de extranjeros “*que se hallen en España*”. De este modo, extiende la asistencia jurídica tanto a los procedimientos administrativos de alejamiento del territorio español, siempre y cuando los extranjeros se encuentren en el Estado español, como a los procedimientos judiciales de cualquier orden jurisdiccional y con independencia de su situación administrativa, afectando la nueva regulación de la legitimación en los procedimientos contencioso-administrativos y dificultando el

³⁰⁰ Compartimos la postura sostenida por REVILLA GONZÁLEZ, J. A., (2000). *El interrogatorio del imputado*. edit por Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 150 y ss. Quien sostiene que en el supuesto de que el extranjero entienda y se exprese en castellano con suficiente conocimiento y fluidez, es totalmente admisible el derecho a renunciar a la interprete. En el mismo sentido se pronuncia la STC 181/1994 de 20 de Junio.

ejercicio de los derechos de los extranjeros en España, puesto que se les obligará, en los supuestos de expulsión, devolución o denegación de entrada a personarse en los consulados españoles. Este derecho incluye el derecho a un intérprete si no hablan o entienden la lengua oficial del procedimiento. La gratuidad se otorgará de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita, que toma como referencia la indisponibilidad de medios económicos suficientes para asegurar la defensa.

Con respecto al apartado 3 del 22 de la actual ley, pretende abordar un problema técnico relevante que se ha planteado ante diversos órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Constitucional, en los últimos años que es la exigencia de renovar la solicitud de la gratuidad de la asistencia letrada cuando tras la asistencia en el procedimiento administrativo se prosiga la misma en sede contencioso-administrativa por vía de recurso. Con esta exigencia de renovación de la solicitud se quieren reducir el número de recursos presentados por los abogados sin la manifestación de voluntad expresa de sus clientes, y con el fin de continuar alargando el proceso con ánimo meramente lucrativo y cuando existen escasas posibilidades de prosperar. Algo similar ocurre con la exigencia de representación para el recurso contencioso-administrativo, pues se exige la constancia de la voluntad del extranjero por vía notarial o mediante la presentación personal ante el Secretario Judicial, requisito procesal habitual e ineludible que en el ámbito de Extranjería puede resultar relativamente complicado de obtener pues en los procedimientos de expulsión el extranjero suele encontrarse internado en un Centro de Internamiento y ni el notario ni el Secretario Judicial se desplazan habitualmente a estos lugares y menos en un plazo breve de tiempo, que es el que suelen disponer los extranjeros internados una vez finaliza el procedimiento administrativo y es decretada la expulsión. En tales casos, la presentación del recurso contencioso debe realizarse muy rápidamente pues prácticamente se estará a punto de ejecutar la expulsión, y es entonces cuando debe recogerse la declaración de representación. Si el extranjero se encuentra fuera del territorio español, el apartado 3 del art. 22 final, exige que estas dos actuaciones se realicen ante la misión diplomática o representación consular correspondiente, método poco viable en la práctica, pues aunque se encuentre prevista tal posibilidad en el art. 38 de la Ley 30/1992 (LRJAP y PAC) para poder ser efectiva requeriría una modificación del funcionamiento del aparato consular, siendo actualmente obligatorio desplazarse hasta el Consulado español en su zona para ratificar su intención de recurrir, algo que está al alcance de muy pocos y más aún teniendo en cuenta el deficiente funcionamiento de la Administración consular española, un cuestión que la reforma deja sin tratar. La articulación de la representación consular es además compleja, pues el cónsul o embajador debería contactar con el Colegio de Abogados en nombre y representación del

extranjero para que le nombraran un abogado de oficio y le puedan otorgar la justicia gratuita, canalizando todas las comunicaciones con el extranjero. Además el letrado designado inicialmente, por el turno de justicia gratuita³⁰¹, esta obligado a mantener la representación del ciudadano extranjero, continuando adelante en el ejercicio de las pretensiones en todas las instancias, sin que el interesado (que en la mayoría de los casos se encuentra fuera del territorio nacional) tenga conocimiento de ello ni, en consecuencia, haya manifestado su voluntad de ejercicio de las correspondientes acciones, ni pueda ejercer los derechos que la ley le reconoce como parte, dando lugar a una efectiva lesión en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Dándose en la practica el caso que se siga el procedimiento sin consentimiento del interesado o incluso contra su propia voluntad. Asimismo se mantiene este derecho en los procedimientos relativos a denegación de entrada, devolución, expulsión y Protección internacional. Puesto que de una parte se vulnera el art 24 de la LEC, al no constar debidamente acreditada la voluntad del recurrente para ejercitar la acción propia del recurso³⁰² y de otra parte, se lesiona también el principio de postulación procesal, recogido reiteradamente por la jurisprudencia del TC, entre otras sentencias: ATC 276/2001, de 29 de Octubre, donde se exige consentimiento expreso o inequívoco del representado, consentimiento habitualmente conferido a través del instrumento del poder notarial; o poder apud acta (ATC 296/2006, de 6 de Septiembre, FJ. 6. °) Por tanto, la consecuencia mediata de introducir esta modificación en la ley, obligada al legislador, a realizar una adecuación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, o de la propia Ley de la Jurisdicción “*Contencioso-Administrativa*”, en orden a

³⁰¹ Recordemos que el artículo 7 de la Ley 1/1996, de 10 de Enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, dispone que el reconocimiento del derecho se extiende, en el transcurso de una misma instancia, a todos los trámites e incidencias, incluida la ejecución, y se mantiene para la interposición y sucesivos trámites de recursos contra aquellas resoluciones que pongan fin al proceso en la correspondiente instancia. La Ley no exige, por tanto, una nueva solicitud ni, en consecuencia, una nueva valoración de las circunstancias económicas del beneficiario, por lo que el trámite introducido en el precepto que se examina, supone la exigencia al extranjero de requisitos no aplicables a los nacionales en la citada Ley. Precepto que se bifurca en dos sentidos positivos para el extranjero: el primero, como principio a favor del extranjero, operando como garantía de ejercicio de este derecho por su representante en el supuesto de que carezcan de domicilio en España; y el segundo, negativo o discriminatorio con respecto a los españoles extralimitándose la representación más allá de la voluntad del recurrente, de forma mas generosa que opera este derecho con respecto a los españoles.

³⁰² El citado precepto señala que esta manifestación de recurrir deberá realizarse en la forma y ante el funcionario que, en el desarrollo reglamentario de este precepto, así se determine. En este sentido, si se va a proceder a materializar la repatriación de un extranjero por encontrarse en este en un centro de internamiento y existir acuerdo de expulsión, devolución o denegación de entrada, por parte de los cuerpos de seguridad se deberá extender un acta de manifestación del afectado en la que conste, además de todos sus datos de identidad,-incluido su número y fecha de caducidad del pasaporte-, y del domicilio que tenga en el país de destino, deberá constar su voluntad expresa de querer interponer o no recurso contencioso-administrativo contra la resolución que se va a ejecutar. En el supuesto de que desee recurrir, podrá hacer las referencias que considere sobre el abogado que designe para su defensa, familiar o tercero al que designa como contacto, etc.

contemplar las posibles limitaciones al ejercicio del derecho en las distintas instancias, en condiciones equiparables entre nacionales y extranjeros que continúan recibiendo un trato diferente por la Administración además de discriminatorio. De este modo, la voluntad del legislador no se ajusta por tanto a la realidad de la extranjería actual que sólo crean nuevos filtros para reducir recursos sin dar una solución adecuada a la cuestión. De lo expuesto, se desprende como se le va a exigir al inmigrante: En primer lugar, una solicitud para la asistencia jurídica gratuita en los casos de denegación de entrada, devolución o expulsión para agotar la vía administrativa; en segundo lugar, una segunda solicitud para alcanzar la vía contencioso-administrativa y en tercer y último lugar, además se le va a pedir una constancia expresa de su voluntad de interponer recurso, exigiéndose por tanto, una postulación procesal especial a los extranjeros en la Jurisdicción contencioso-administrativa, que no se exige a los españoles, rompiendo así el principio esencial de igualdad y no discriminación. Lo cual sería subsanable si en el futuro Reglamento se articulara nuevas fórmulas adecuadas para contrarrestar las prácticas abusivas de una pequeña minoría de abogados –contra los cuales se dirige este precepto que colapsan los tribunales con sus recursos.

De otra parte, nos encontramos como esta ley contempla un derecho singular en el art 15 de la LOEX (ha sido transpuesto a la actual ley de extranjería siguiendo la parecida sistemática art 15.2, ubicación y contenido) y cuya dicción literal es la siguiente:

1. *“... los extranjeros estarán sujetos, respecto a los ingresos obtenidos en España y a las actividades desarrolladas en la misma, a los mismos impuestos que los españoles.*

2. *Los extranjeros tendrán derecho a transferir sus ingresos y ahorros obtenidos en España a su país, o a cualquier otro, conforme a los procedimientos establecidos en la legislación española y de conformidad con los acuerdos internacionales aplicables. El Gobierno adoptará las medidas necesarias para facilitar dichas transferencias”*

En cuanto al primer apartado, tiene su justificación en base al art 21 de la Ley General Tributaria, en el que se señala expresamente *“Las normas tributarias obligarán en el territorio nacional. Salvo lo dispuesto por la Ley en cada caso, los tributos se aplicarán conforme a los siguientes principios:*

a) *El de residencia efectiva de las personas naturales cuando el gravamen sea de naturaleza personal.*

b) *El de territorialidad en los demás tributos, y en especial cuando tengan por objeto el producto, el patrimonio, las explotaciones económicas o el tráfico de bienes.”*

De lo que se desprende que la condición de nacionalidad o extranjería no afecta a la condición de ser sujeto pasivo de un impuesto, sino que lo que verdaderamente interesa al legislador es que se cumplan las siguientes premisas:

a) Que se haya producido el hecho imponible.

b) Que haya ocurrido en su territorio, sin perjuicio de lo establecido para la doble imposición por convenios internacionales o principio de reciprocidad.

Además este artículo debe ser puesto en concordancia con el art 31.1, de nuestra carta magna cuyo contenido es el siguiente:” *Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*”. Es decir, el legislador tributario utiliza claramente la fórmula impersonal de “todos” no se refiere a “los españoles” exclusivamente. Lo cual justifica plenamente esta equiparación en materia impositiva, ya que a la postre los extranjeros inmigrantes también van a ser beneficiarios de servicios sociales aunque no de forma plena subordinado su grado de disfrute a la situación administrativa que ostente.

En relación con el segundo párrafo de este artículo, el hecho de que el legislador acceda a permitir a los inmigrantes enviar remesas a sus países de origen, responde sin lugar a dudas con la vocación que es consustancial a la emigración, de tratar de regresar al país de origen, y que está en concordancia con lo dispuesto por el art 42 CE ” *El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno*”. No obstante, también el legislador es consciente de que muchos inmigrantes son proclives a permanecer en nuestro país y no regresar a su país de origen, para ello, debería de haber previsto un mínimo por debajo del cual no puede transferir ingresos y que les permita a éstos vivir adecuadamente en nuestro país, defecto que es subsanado al menos parcialmente cuando se solicita reagrupación familiar, donde se les obliga a éstos a tener unos medios económicos suficientes que garanticen su subsistencia y la de los familiares que pretendan agrupar. En cualquiera de los casos, a mi juicio considero inapropiado e innecesario su inclusión en la LOEX, ya que la competencia para su tratamiento corresponde en realidad a la Ley General Tributaria que realiza un tratamiento correcto sobre esta materia.

En último lugar, analizaremos el derecho a la libertad de culto, como derecho socio-cultural subjetivo, que tiene el extranjero inmigrante en nuestro país, para ello, tomaremos como punto de

partida la definición que la acepción del término “culto religioso”³⁰³ como “conjunto de actos y ceremonias, de manifestaciones rituales, propios de una creencia religiosa”. De lo que se desprende que la libertad de culto tiene una doble dimensión interna y externa. En la primera, se garantiza la existencia de “un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”³⁰⁴ mientras que en la segunda, “faculta a los ciudadanos a actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”³⁰⁵. Por tanto, “la libertad de culto consistiría en la exteriorización y práctica de la religión elegida”. Esta libertad tiene un contenido complejo, que comprende no solamente derechos de el individuo “en aislamiento”, sino también derechos colectivos, referido en este caso a los grupos religiosos. De ahí que tenga una dimensión eminentemente social, por lo que reclama el reconocimiento de derechos no solamente a los individuos, sino también a las iglesias y colectividades religiosas en las que aquellos viven y practican su convicción personal. Confiriéndole una naturaleza de derecho individual, que detenta la persona singular. En cuanto al reconocimiento internacional de este derecho tiene sus antecedentes en la DHDH en su art 18 que declara lo siguiente: “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. Por su parte, el PIDESC en su art 13, realiza una ampliación de su ámbito subjetivo a los padres y tutores de elección religiosa respecto a sus hijos o pupilos, siempre respetando un contenido mínimo que fije el Estado. Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en su art 5, consagra de forma genérica el derecho de toda persona a disfrutar entre otros derechos del derecho de libertad de conciencia y religión, tal y como se recoge en la dicción textual de este artículo que expresamente señala lo siguiente: “los estados parte se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona de igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los siguientes derechos ... el derecho de pensamiento, de

³⁰³ Diccionario de la Real Academia Española, vigésima primera edición, Tomo I, Madrid, 1992, pág 624, 5ta acepción.

³⁰⁴ STC 177/1996, de 11 de Noviembre, FJ9 y STC 154/2002, de 18 de Julio FJ 6.

³⁰⁵ STC 19/1985 de 13 de Febrero, FJ2 y STC 120/1990 de 27 de Junio FJ10; y también 137/1990 de 19 de Julio FJ8 y 154/2002 cit. FJ6.

conciencia, de religión". En el mismo sentido, se pronuncia el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art 18 ,cuyo tenor literal es el siguiente: *"toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento ,de conciencia y de religión , este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias , individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos , las prácticas y la enseñanza"*.

Por su parte, la Declaración *"Dignitatis Humanae"* sobre libertad religiosa del Concilio Vaticano II en su punto 4, define a la libertad religiosa como la facultad de *"estar inmune de coerción , tanto por parte de personas particulares como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, de manera tal que , en materia religiosa , ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia , ni se le impida que actué conforme a ella en privado o en público, solo o asociado con otros dentro de los límites debidos"*³⁰⁶. Finalmente, como referencia internacional europea merece subrayarse el art 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuya dicción literal es la siguiente: *"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio"* De cuyo análisis se desprende que esta libertad se recoge tanto en sentido positivo como negativo, libertad de tener o no unas creencias, de cambiar sobre las mismas, de no profesar religión alguna, de realizar o no las practicas que conllevan la pertenencia de una religión, es decir, nos encontramos ante un derecho que tiene una manifestación externa, el ejercicio de la libertad de cultos ,que al igual que los restantes derechos individuales, está sujeto a las leyes que lo reglamenten. Mientras que la libertad de conciencia pertenece a la intimidad del hombre, a su ámbito de la libertad personal y por tanto, no está sujeta a la potestad estatal ni de terceros, siendo sólo una variante de la libertad de pensamiento dado su carácter interno y su pertenencia a toda persona con independencia de su situación administrativa, siendo objeto de tutela por los tribunales. Obviamente , el derecho de objeción de conciencia al igual que cualquier derecho si admite limites para su ejercicio y en muchas ocasiones entra en conflicto con el respeto al ordenamiento jurídico como norma suprema de conducta válida para todos los ciudadanos .En este sentido, conviene hacer una reflexión en torno a la invocación del artículo 16 de la CE, donde se contempla este derecho fundamental y cuyo reconocimiento y ejercicio no es

³⁰⁶Aprobada por el PAPA JUAN PABLO II; en Roma, San Pedro, 7 de Diciembre del año 1965.

por sí misma suficiente para eximir a los ciudadanos del cumplimiento de deberes constitucional o legalmente establecidos (SSTC 15/1982, 101/1983, 160/1987, 161/1987, 321/1994 y ATC 1227/1988). De modo que, a nuestro juicio, sólo cuando sea admitida la objeción de conciencia a un deber concreto, podrá invocarse válidamente el derecho a la libertad ideológica como causa de exención al cumplimiento de un deber.

De lo que se deduce en base a este planteamiento, de que no existiendo un derecho genérico a la objeción de conciencia sino que tal objeción se halla en principio limitada al art. 30.2 de la CE.

Asimismo otro reflejo de este derecho en nuestra legislación constitucional queda patente de forma ubicua en nuestra carta magna en su art 10, cuya dicción es la siguiente: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*. Observándose como su articulación se efectúa simultáneamente junto con el resto de derechos personales. Más específico en esta materia es sin lugar a dudas, el art 16.2 del mismo texto que dispone: *“nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”*. A continuación en el inciso siguiente del mismo artículo, declara la aconfesionalidad del Estado, y establece que *“los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones ”*. Como vemos, dicho precepto incorpora expresamente, alejándose de una concepción secular, el principio de cooperación con las distintas confesiones religiosas haciendo una mención específica a la Iglesia Católica, única que resulta así expresamente mencionada en la Constitución. En consecuencia, del presente principio se extraen como consecuencias más mediatas las siguientes:

- En primer lugar, la necesidad de respetar por parte del Estado las opciones religiosas de todas las personas y de las comunidades que vivan en España, es decir, se subraya la aplicación minuciosa para el ejercicio de este derecho por nuestro constituyente de la invocación del principio de territorialidad.

- En segundo lugar, se extrae la conclusión, de que nuestro Estado se declara no confesional, de modo que, no se puede implicar en ninguna religión determinada.

- En tercer y último lugar, existe un deber de cooperación de los poderes públicos con las diferentes confesiones que se practiquen en España, haciendo referencia explícita al Iglesia Católica, lo cual no debe implicar un trato de favor de la misma, si bien, en la práctica se da.

De otro lado, dada la importancia cuantitativa de los inmigrantes que profesan el culto islámico en España, merece especial atención el análisis del acuerdo de cooperación entre la Ley 26/1992 de 10 de Noviembre, por la que se aprueba dicho acuerdo de colaboración con esta confesión. Entre cuyas manifestaciones del ejercicio de este derecho se concretizan en las siguientes “derecho-obligaciones” entre las que destacan:

- Reserva de parcelas para entierros islámicos en los cementerios municipales.
- Inviolabilidad de los lugares de culto.
- Privilegio del secreto profesional para los dirigentes religiosos islámicos.
- Efectos civiles de los matrimonios islámicos.
- Derecho de los militares españoles musulmanes a recibir asistencia religiosa islámica.
- Asistencia religiosa a los internados en centros públicos.
- Derecho a recibir enseñanza religiosa islámica en las escuelas, especialmente en las públicas y concertadas.
- Derecho a interrupción de la jornada laboral para cumplir con los oficios religiosos entre los que destaca el rezo colectivo obligatorio de los viernes, así como, la conclusión de dicha jornada una hora antes de la puesta de sol durante el mes de ayuno o Ramadán.
- El reconocimiento de las festividades y conmemoraciones más relevantes del calendario musulmán, las cuales pueden sustituir a las establecidas con carácter general por el ET; diversos privilegios tributarios, etc.

No obstante, en la práctica no se produce una efectividad real de estos derechos subjetivos imperfectos que se contemplan en dicho Acuerdo con la religión islámica. La causa principal a nuestro juicio, es la falta del desarrollo reglamento de su articulado, todo ello, sin perjuicio de que puede exigirse su tutela ante los tribunales y obligar en consecuencia a la Administración a que adopte las medidas necesarias para que sus titulares puedan ejercitar realmente estos derechos. Sin embargo, no se puede solicitar a la Administración que realice las actuaciones necesarias para aplicar la mayoría de las previsiones que figuran en su articulado, si los titulares destinatarios desconocen cuales son sus derechos, hecho que se agrava porque esta ignorancia es extensible no sólo a los empresarios y representantes de los trabajadores, sino a la propia comunidad islámica tiene acerca de su existencia.

En consecuencia, dado que, por cuanto interesa al ámbito de las relaciones laborales, el acuerdo de cooperación descansa en la libertad de autonomía de voluntad de los propios trabajadores individualmente considerados, o, la de al menos, de sus representantes, para que éstos realicen el impulso del reconocimiento de los derechos en él contenidos; y dado, a su vez, que quienes deben plantear las respectivas solicitudes de derechos desconocen masivamente la herramienta que tienen a su disposición, resulta complejo que el citado Acuerdo incida empíricamente en las relaciones laborales de estos trabajadores musulmanes. En este sentido, sirva de ejemplo la interrupción laboral por motivos religiosos sólo está prevista en algunos convenios colectivos podría haberse previsto en su lugar, la posibilidad del establecimiento de la jornada continuada a que se refiere algún convenio colectivo o la movilidad funcional en el mismo centro de trabajo o movilidad geográfica a otro centro de trabajo con condiciones climáticas mas favorables para la salud y eficacia en el rendimiento del trabajo durante el mes del ayuno, etc. Pero en cualquiera de los casos, lo que si que es cierto, es que todas estas medidas no se pueden dejar en manos de la decisión unilateral del empresario y que deben ser pactadas por las partes contratantes en defecto de que exista un convenio colectivo para esa rama de actividad

En su defecto, deberían ser sus representantes los que deben reivindicar la aplicación de lo aprobado en este acuerdo por las partes, a través de la negociación colectiva, para de este modo, conseguir ejecutividad de los derechos estipulados en el citado Acuerdo, en cualquier caso, creemos que dado el incremento de los inmigrantes magrebíes en España, se esta produciendo un cambio social importante y éstos paulatinamente adquirirán más fuerza en sus reivindicaciones laborales, sociales, en materia de enseñanza, de adecuación a la compatibilidad entre el sacrificio ritual de los animales y la normativa sanitaria española ,la obligación de ofrecer alimentos permitidos por la Ley Islámica en los menús de hospitales, centros penitenciarios o docentes y dependencias militares ,etc. En este sentido, una labor aún llevada a cabo en ese terreno sería la iniciativa por parte de las entidades religiosas islámicas así como de las asociaciones de inmigrantes, poniendo en marcha campañas informativas destinadas a dar a conocer el contenido del Acuerdo entre los trabajadores musulmanes de toda España.

1.5.4.- EL MODELO NORMATIVO DE LA LEY 8/2000 DE 22 DE DE 22 DE DICIEMBRE

La irrupción en el panorama normativo, de la LO 8/2000, (en adelante LOEX) ha provocado una respuesta sin precedentes, en el ordenamiento jurídico interno español, dando lugar, a una disfuncionalidad y distorsión en el uso de los instrumentos jurídicos, generando una enorme

inseguridad jurídica. La justificación de su promulgación, aparece reflejada en su “*Exposición de Motivos*” entre cuyos argumentos destacan:

a) La necesidad, de adecuar la normativa, en materia de extranjería, a los compromisos asumidos por España ante la UE, apareciendo reiteradamente la invocación al “*Convenio de Shengen*” y a las “*Conclusiones de Tampere*”³⁰⁷, sobre un espacio de libertad, seguridad y justicia. Sin embargo, se comprueba del examen de la presente ley, y de su Reglamento de desarrollo, que no siempre se garantiza el trato previsto en dichos instrumentos internacionales, cuya interpretación debería de realizarse de conformidad con la DUDH, y los demás Tratados y Acuerdos internacionales suscritos por España³⁰⁸, a pesar de la para ello se realizo una reforma técnica en esta disposición, donde se reconoce la incidencia de los Tratados Internacionales y de las leyes especiales en la interpretación de los derechos y libertades del Título I CE, pero donde el disfrute de derechos en igualdad de condiciones que los españoles pasa a ser tan sólo un criterio interpretativo sustitutivo del principio de equiparación en el reconocimiento de derechos. Planteando redundancia con el apartado 2º actual del art. 3. En este sentido se pronuncia STC 107/84 de 23 de Noviembre y STC99/85 de 30 de Septiembre. Llegando incluso a oponerse a lo dispuesto en estos Tratados, puesto que, en algunos de sus preceptos se restringen los derechos fundamentales de los “*inmigrantes irregulares*”, justificando esta actuación en base a que la LOEX, era demasiado generosa, por lo que los extranjeros acuden a nuestro país, al tener la garantía de que van a ser tratados conforme a la concreción constitucional de su dignidad. Para contrarrestar este efecto, el legislador creó el artificio jurídico, de reconocerles la titularidad de determinados derechos pero no su ejercicio, olvidando que la autorización de residencia, no es incompatible con dicho ejercicio, en un Estado constitucional, puesto que la primera garantía de los derechos y que es consustancial a los

³⁰⁷ A este respecto tal y como señala ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., (2000). La nueva ley de extranjería: ¿ruptura e incumplimiento de Tampere? ¿innovación o seguimiento del modelo italiano?, *Rev. Migraciones*, N º7. En la misma línea DE LUCAS, J., (2000). El marco jurídico de la inmigración en España, *Jueces para la Democracia*, id, ¿Hay que cambiar la Ley de Extranjería?, *Le monde Diplomatique*, Edición española, Julio 2000. Incurre en el error de no seguir las directrices fijadas por Europa.

³⁰⁸ Consejo General del Poder Judicial *Inmigración y Derecho*, edit por Estudios de Derecho Judicial, Madrid, núm, 41,2002, págs 185-192.

mismos, es a través de la articulación social de sus titulares, mediante su capacidad para construirse en grupo social con relevancia pública³⁰⁹.

b) Cambio de perspectiva de la inmigración, como un fenómeno multidisciplinar, cuyos objetivos, son múltiples, que van desde la integración no sólo desde el control de flujos, sino también desde la óptica de la integración de los residentes extranjeros. Si bien, vuelve a incurrir en el error de no fijar un régimen jurídico integrador favorable para los países hispanoamericanos y de aquellos unidos con vínculos especiales con España, limitándose la ley a omitirlos por los que quedan fuera de trato de favor de los mismos, refiriéndose a los nacionales de la UE, que les será de aplicación la Ley de Extranjería en todo aquello que le pueda resultar más favorable(art.1.2 de la ley 4/2000)y en la Ley 8/2000 1.2 establece que *lo previsto en la presente ley será de aplicación a los extranjeros sin perjuicio de los establecido en los Convenios y Tratados Internacionales de los que España sea parte*. En definitiva, la condición de extranjero conlleva ciertas restricciones en su capacidad jurídica. Con todo, la internacionalización de los derechos provoca que se vayan atenuando –que no borrando- las fronteras que separan al nacional del extranjero. En cualquiera de los casos, resulta indudable que los extranjeros son titulares *ex Constitutio*ne de derechos fundamentales , no obstante la modulación o condicionamientos específicos(documentación o residencia legal)que se exigen para su ejercicio van a venir fijados por los Tratados o por las Leyes(en el caso español por las leyes de Extranjería hasta que un futuro a medio plazo, la UE encomiando esta labor al Parlamento Europeo y se realice la pretendida regulación global de la materia con carácter universal para sus miembros).En este sentido, los derechos que a los extranjeros reconoce el art. 13.1 CE son derechos constitucionales, por lo que su protección subsiste, pero el derecho fundamental tiene una configuración legal ,donde la igualdad en el ejercicio de derechos por los españoles y extranjeros dependerá de lo que fije la Ley de Extranjería o el Tratado Internacional que se halla suscrito. (STC 107/84).³¹⁰

c) Tratar a su vez de conseguir potenciar el codesarrollo de los países de origen, para cuando los inmigrantes retornen a sus países. De modo que, nos encontramos ante una ley, que frente a la LOEX de un marcado carácter garantista, en materia de derechos y deberes de los

³⁰⁹ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, T., (2001). Constitución española, derechos de los extranjeros. Edit *Revista Jueces para la democracia*, núm. 4, Julio, págs. 19-22.

³¹⁰ En dicha sentencia se diferencian dos grupos de derechos: a) Aquellos que son propios de toda persona y que en consecuencia le son inherentes a la misma b) derechos sociales que dimanen del ejercicio de una actividad profesional o de la situación de necesidad que el sujeto atraviesa.

inmigrantes, ésta última, presenta fuertes limitaciones, en base a conseguir una mejor regulación de los flujos, y a la destrucción del efecto llamada, que se alega que envuelve a la LOEX.

Centrándonos en su parte positivizada, se observa como se sigue manteniendo, el mismo criterio de “*distinción de sujeto de derecho de extranjería*”, infiriéndose idéntico sistema de exclusión “*los que no sean nacionales*” y hoy, habría que añadir, que no lo sea de un Estado de los firmantes del Acuerdo sobre el *Espacio Económico Europeo de 2 de Mayo de 1992*.

En cuanto al tratamiento, que el legislador realiza en relación con los derechos de los extranjeros, se vértebra en tres:

a) El primero, integrado por aquellos derechos universales, que pertenecen a toda persona, y por supuesto a los “*inmigrantes*” que se encuentren en España, sin distinción alguna, en función de su situación administrativa.

b) El segundo, formado por derechos exclusivos de los españoles y que el legislador puede modular su otorgamiento a determinado colectivo de extranjeros.

c) Un tercer y último grupo, integrado por los derechos de aquellos que se encuentran en situación administrativa irregular.

Surgiendo como una novedad de la LOEXT, la supresión del “*status*” intermedio, que les había conferido la ley anterior, la cual establecía el empadronamiento como único requisito, para el acceso, tanto a la titularidad, como al ejercicio de una serie de derechos, siendo la mera presencia en España, condición para el ejercicio de otros. Nuestro estudio lo concentramos en los dos últimos grupos que son los que han sido modificados.

En orden a la fijación de las principales modificaciones en materia de derechos fundamentales introducidas por la presente Ley destacamos las siguientes: se introduce un nuevo párrafo el 3 del artículo 1, de la ley de Extranjería del 2000, tal y como hemos precisado en materia relativa a la interpretación de las normas en concordancia con la artículo 3.1 del CC, viene a establecer que las normas contenidas en este cuerpo normativo, se interpretaran conforme a lo establecido en la Constitución, los Tratados Internacionales y esta Ley y el criterio seguido para dilucidar su contenido será la conjunción de tres mecanismos: literalidad (deducida del tenor literal de la ley), ámbito normativo y la interpretación sociológico-valorativo. Además este artículo puesto en concordancia con el contenido del artículo 10.2 de nuestra Carta Magna, nos señala que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (incluidas las de los extranjeros) se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de

Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.³¹¹

Por su parte, dentro de la categoría de derechos reconocidos en el Título I son de configuración legal, pero a pesar de estar limitados por los Tratados y Leyes, son también derechos constitucionales ya que comportan un deber de no regresividad, es decir, la proscripción de toda intervención legislativa que supongan la supresión arbitraria de servicios ya prestados así como la desnaturalización, de instituciones vinculadas a la prestación de los mismos³¹². Sin embargo, al no ser todos los derechos objeto de configuración legal, hay otros factores coadyuvantes que han de ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de estos derechos, como son la dignidad “*dignidad que ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre...constituyendo, en consecuencia un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar*”(STC120/1990 de 27 de Julio y STC 57/1994 de 28 de Febrero).De este modo, según la STC 242/1994 de 20 de Julio” *La Constitución salvaguarda absolutamente aquellos derechos contenidos que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano, o dicho de otro de otro modo...aquellos derechos y libertades que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana*”.

A los límites impuestos por la Constitución hay que sumar los establecidos por el Tribunal de Derechos Humanos, cuyo encorsetamiento lo fijan la legalidad y la proporcionalidad con el fin perseguido, tal y como ponen de manifiesto entre otras las STEDH caso Partido Socialista de Turquía de 20 de Mayo de 1988 y STSCE caso Johnston de 15 de Mayo de 1996.

Lo cierto es que no ofrece ningún género de dudas de que esta ley supuso un grave retroceso a los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros. Lo cual nos obliga a diferenciar a tenor de la misma las siguientes categorías de derechos:

³¹¹ A nuestro juicio este artículo plantea controversia con el contenido del artículo 1.3 de la Ley 8/2000, ya que difícilmente se puede definir y garantizar un derecho por la Constitución y los Tratados internacionales, si se permite la modulación legal de su contenido por la ley nacional de extranjería.

³¹² BOCKENDFORDE, E. W., (1993) *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducido de REQUEJO J. L, y VILLAVERDE I., Edit Nomos, Badén-Badén. *Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. II. El desarrollo de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de libertad* .A juicio, del citado autor, los derechos constitucionales en general y los sociales en particular, ofrecen dos dimensiones: una subjetiva basada en la función de defensa, a la que denomina primera dimensión y otra objetiva, de creación alemana, la cual prescinde de los aspectos tradicionales y centra la atención en los mandatos de actuación y deberes de protección a todos los destinatarios de la Constitución.

- Extranjeros con autorización de residencia y permiso de trabajo, lo cual conlleva a un reconocimiento de derechos en condiciones de igualdad con los nacionales.

- Extranjeros que no tengan su situación regularizada y cuya titularidad de derechos es limitada.

Con respecto al primer grupo, los inmigrantes son titulares de los siguientes derechos:

- Libertad de circulación y de residencia.

- Derecho a participar en las elecciones municipales subordinándose su concesión al criterio de reciprocidad.

- Derecho a la educación obligatoria y no obligatoria.

- Derecho a desempeñar actividades docentes e investigadoras.

- Derecho a dirigir y crear centros educativos.

- Derecho a la reagrupación familiar

- Derecho a la asistencia sanitaria.

- Derecho al trabajo.

- Libertad de sindicación y huelga.

- Derecho al acceso como personal laboral al servicio de la Administración Pública.

- Derecho a la Seguridad social.

- Al acceso a viviendas.

- A la dignidad humana.

- A la vida en familia y a la intimidad familiar.

- Libertad de reunión, manifestación y asociación.

- A la asistencia jurídica gratuita y a la tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales.

En relación con los derechos que son objeto por parte del legislador de configuración legal³¹³, analizaremos en primer lugar, la libertad de residencia y circulación, a pesar que el art 13.1

³¹³ GONZÁLEZ TREVIJANO, SÁNCHEZ P. J., (1991). *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida de España, Madrid*, SPFDUC-Civitas, pág 79.

de la DHDH, le reconoce a toda persona, tal y como se deduce de su dicción, que textualmente señala: *"Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado"*.

Sin embargo, al no formar parte de las garantías de la dignidad humana, se permite su modulación por el Estado, siendo en el caso de España el legislador constituyente quien reserva este derecho, exclusivamente a los españoles en su art 19. Debiendo ser este artículo, puesto en concordancia con el artículo 13.1 del mismo cuerpo normativo, donde se establece: *"Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley"* (ley específica de extranjería) y con el art. 10 del mismo texto, y en la titularidad atribuida por el constituyente para cada una de las figuras concretas. De modo que, en base a la STC 107/1984, de 23 de Noviembre, donde se aborda el tema de los derechos de los extranjeros en España, se estima que existen derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, refiriéndose fundamentalmente, a aquellos que pertenecen a la persona como tal, y no por su condición de *"ciudadano"*, no dejando de resaltar que ésta última terminología, puede resultar ciertamente equivocada.

Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad y a la libertad ideológica, no admiten tratamientos desiguales, y al mismo tiempo son un indicador del respeto a la dignidad de la persona. Sin embargo, el problema estriba en que si los derechos fundamentales pertenecen a los extranjeros, si derivan directamente de la dignidad de la persona, o si por el contrario, los derechos fundamentales, aunque pertenezcan a los extranjeros, pueden ser limitados en razón de la nacionalidad.

En relación con la primera premisa, no hay jerarquía entre los derechos, y si partimos de la doctrina de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, según la cual, tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos sociales, derivan por igual de la dignidad humana³¹⁴

³¹⁴ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E., (1997). *Derechos humanos: ¿Yuxtaposición o integración?* En Anuario de Filosofía del Derecho, Vol. XIV, Madrid, pág. 679-702. A juicio de esta autora, *"el fundamento de la indivisibilidad de los derechos humanos es antropológico. Se hallaría en la indivisibilidad de la dignidad humana (fundamento de los derechos) y del ser humano concreto (sujeto de los mismos)"*. Del mismo modo, la indivisibilidad subraya la profunda unidad de los derechos humanos y, a la vez, su complejidad y pluralidad por cuanto *"cada uno de los derechos humanos básicos se diversifica en una serie de derechos tanto de primera, como de segunda generación. Esto pone de relieve -sostiene la autora- hasta qué punto ambas categorías de derechos responden a una aspiración unitaria: la salvaguardia de la vida, la salud y la libertad en las que se manifiesta la dignidad humana"*.

En consecuencia, si se produce la traslación de todos los derechos inherentes a la dignidad de la persona a los extranjeros, estos derechos quedarían incorporados no como derechos legales, sino como “*derechos fundamentales*”³¹⁵

Con respecto a la segunda premisa, si por el contrario, los “*derechos fundamentales*”, aunque pertenezcan a los extranjeros, pueden ser limitados en razón de la nacionalidad. La respuesta a esta cuestión, viene dada en el art 3 de la ley analizada, cuya rúbrica es: “*Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas*”, mientras que la LOE en el mismo artículo los titula: “*Igualdad con los españoles e interpretación de las normas*”. De lo que se deduce, que la diferencia semántica es “*significativa*”, observándose como al suprimir el término “*igualdad*”, se provoca una mayor separación entre los derechos que amparan a ambos grupos (a mi juicio este era el fin perseguido por la dicha ley).

Sin embargo, se aprecia como la LOEX no tiene el propósito de conseguir esa igualdad en la perspectiva de derechos, independientemente de que su regulación legal pueda incluir las restricciones que se consideren adecuadas a su ejercicio. Consiguiendo el efecto de lograr “*una especie de buscada confusión*” que separa, a la titularidad de los derechos de su ejercicio³¹⁶

De modo que, la introducción de un segundo apartado, en su art. 5 por la LOEXT, en materia de libertad de circulación, amplía el espectro de medidas específicas limitativas que recortan la citada garantía, añadiendo que en cualquiera de los casos, las mismas se ajustaran a lo dispuesto en el procedimiento sancionador previsto en la citada ley, y que podrá consistir en la presentación periódica, ante las autoridades competentes y el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, delegando en consecuencia, en la autoridad gubernativa, la posibilidad de establecer unilateralmente, límites a la libertad de circulación y residencia, lo cual, es contrario al principio de legalidad³¹⁷

³¹⁵ ALÁEZ CORRAL, B., (2004). Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática. En Extranjería e inmigración: *Aspectos jurídicos socioeconómicos* Tirant Lo Blanch, Valencia, pág 43-69, especialmente 92. El citado autor sostiene que el derecho a la intimidad, libertad de expresión, de asociación, tutela judicial, educación forman parte de la ciudadanía puesto que sin ellos difícilmente se puede hablar de la construcción de la praxis cívica de plena pertenencia del individuo a la comunidad política.

³¹⁶ ARAGÓN REYES, M., (2001). ¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?, *Revista Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 112, págs 11-17, en concreto 11. Manifiesta serias y fundamentadas dudas respecto de la inconstitucionalidad de estos derechos.

³¹⁷ SANTAOLAYA MACHETTI, P., (2000). *Comentarios a la nueva ley de extranjería*, edit Lex Nova, Valladolid, pág 61-62. A juicio, de este autor al añadir este apartado a la ley, el artículo en este último punto quedaba vacío de contenido.

De lo expuesto, podemos diferenciar cinco conjuntos normativos: En primer lugar, el derecho de participación pública; las libertades de reunión, asociación y sindicación y el derecho de huelga, por un lado; el derecho a la educación y la vivienda, por otro; el derecho al trabajo y a la seguridad social, a la asistencia sanitaria y al acceso de los extranjeros, al trabajo en la Administración pública española como personal laboral, en cuarto lugar, el derecho a la vida familiar, en quinto y último término, el derecho a la asistencia jurídica gratuita. En este elenco de derechos se observa como denominador común la exigencia por parte del extranjero, de encontrarse regularmente en nuestro país, puesto que, sino se cumple este condicionante legal, el legislador reconoce la titularidad de estos derechos al extranjero, pero no así su ejercicio³¹⁸, a continuación examinaremos pormenorizadamente estas diferencias, realizando un estudio comparativo con la ley anterior.

Esas normas son las siguientes:

- El art. 6 de la Ley, sobre el derecho de participación política.
- El art. 7 de la Ley, que protege la libertad de reunión.
- El art. 8 que protege la libertad de asociación.
- El art. 9 que nos habla del derecho a la educación.
- El art. 10 que proclama el derecho al trabajo y a la seguridad social.
- El art. 11 que se refiere a la libertad de sindicación y de huelga.
- El art. 14 que protege el derecho a la seguridad social.
- El art. 16, que recoge el derecho a la vida en familia y
- El art. 22, que reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Comenzaremos nuestro análisis con el derecho de participación pública, que la LOEX en su apartado 1, pone de manifiesto, la posibilidad de que los extranjeros sean “*titulares del derecho*”

³¹⁸ ARAGÓN, M., (2001) .¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería? *Claves de la razón práctica*, núm. 112, págs 11-12, especialmente 12. Compartimos la postura de este autor describe asépticamente la nueva situación del extranjero ,y en este sentido señala que la LOEXT reconoce “*la titularidad de derechos a todos los extranjeros pero que “sólo los residentes los pueden ejercer”, además de ser una impropiedad jurídico-dogmática es emplear un lenguaje confuso para encubrir (con una especie de falso pudor) una realidad: la de que si un Mayor de edad no incapacitado tiene la titularidad y no el ejercicio del derecho no tiene entonces, en el presente, derecho alguno*”.

de sufragio en las elecciones municipales”, atendiendo a criterios de reciprocidad, en los términos establecidos, para los españoles residentes en los países de origen de aquellos.

Interpretación que descansa en el art. 13.2 CE, en base al cual, no se aprecia la atribución de este derecho a los extranjeros, sino que su otorgamiento se subordina a que una norma de remisión al Tratado o a la Ley así lo disponga, imponiéndose además el cumplimiento de dos requisitos básicos:

- a) El principio de reciprocidad.
- b) La limitación de la participación a las elecciones locales como electores.

En efecto el artículo 13.2, adjetiva el derecho de sufragio, cuya titularidad podrá reconocerse a los extranjeros, por lo que no cabe en principio, y en una interpretación literal, su extensión a la vertiente pasiva del sufragio, que constituye el complemento lógico y necesario de la activa³¹⁹.

Sin embargo, sólo se reconoce su integración, en el electorado activo, pero no el derecho a ser votados. Fundamentando esta tesis en que el artículo 176 de la Ley Electoral, que desarrolla el contenido del artículo 13.2 de la carta magna, por el que se exige una norma de materialización o intermediación —*Tratado o Ley*— para hacer posible, que los extranjeros participen en las elecciones locales, atendiendo en todo caso, a criterios de reciprocidad. Refiriéndose la citada disposición constitucional, exclusivamente “*al derecho de sufragio activo, no al pasivo*”, si bien, este último, abre la puerta a la ampliación del electorado activo en las elecciones locales a los extranjeros residentes en España a reserva de reciprocidad, y conforme al mismo, el artículo 176.1 de la Ley Electoral, el artículo 5.2 de la LOEXT y el artículo 18.2 de la LRBRL.

Además conviene recordar que a estos sujetos legitimados por razón del principio de reciprocidad, se unen las personas que sin haber adquirido la nacionalidad española son residentes en España, y ostentan la condición de ciudadanos de la UE, para los que además, el art 177 de la LOREG, introduce una declaración de elegibilidad en las elecciones municipales. Asimismo no hay que olvidar que además del criterio de reciprocidad, nuestra carta magna impone que exista un convenio internacional que expresamente reconozca el derecho al sufragio. Sin embargo, al introducir al final del párrafo 1, el inciso siguiente:”*Los extranjeros residentes en España, podrán*

³¹⁹ ARNALDO ALCUBILLA, E., (1992). El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, Enero-Abril, págs 67-97. Realiza un estudio interesante en relación con este derecho.

ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales... en los términos que por Ley, o Tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquéllos”

Se origina la controversia en cuanto al ámbito subjetivo que delimita este inciso, surgiendo la duda, si se refiere a cualquier “extranjero”, o por el contrario se refiere “al país del cual es nacional el extranjero”. ¿Quizás no hubiera sido más correcto señalar “de la nacionalidad de aquellos” o “de la nacionalidad de origen”, esta última expresión es la utilizada por la CE en sus arts. 11.2 y 11.3 y por nuestro Cc en su art. 17?

No obstante, como innovación positiva en esta LOEXT, es el reconocimiento a los extranjeros residentes que se encuentren empadronados en municipios, a reconocerles todos los derechos que les confiere la LBRL, admitiéndose incluso el derecho “a ser oídos en los asuntos que les afecten”, incluso sin necesidad para ello de hacerlo mediante representantes elegidos por éstos. El problema estriba en que todo dependerá del municipio donde resida y se encuentre empadronado el extranjero y del Reglamento Orgánico que disponga ese Municipio³²⁰

¿No conlleva este precepto una clara connotación discriminatoria, al reconocérsele este derecho, en un municipio y otro extranjero³²¹, o el mismo si cambia de domicilio, cuyo Reglamento Orgánico no reconoce este derecho, porque no les otorga la consideración de vecino?

Por último, con respecto a este derecho, destaca la preocupación del legislador de facilitar la participación de los extranjeros residentes en sus países de origen. Pero de una vez más el

³²⁰ SAGARRA TRIAS, E., (2002). *La legislación sobre extranjería e inmigración: Una lectura*. Edit por Publicacions de la Universitat de Barcelona, págs 160-163.

³²¹ Tal y como ocurre con los extranjeros irregulares a los que se les condiciona con numerosos obstáculos administrativos su derecho a poderse empadronar, en este sentido, *Vid, www.diariocritico.com/.../inmigración/.../inmigrantes-sin-papeles-ceuta-melilla.html* rubricado” Melilla y Ceuta se desmarcan: Nunca han empadronado a irregulares [Transcripción en línea de 19 de Abril de 2010] .Sigue la misma línea tal y como pone de manifiesto el Vicepresidente de la ciudad Melilla Miguel Marín al afirmar “que no puede empadronar a los irregulares en Melilla ya que esto le obligaría a empadronar al millón de personas que viven en la provincia marroquí de Nador”, la misma postura es mantenida por el ejecutivo autonómico de Ceuta, más cercana a la autonomía española. Similar argumento esgrime el Ejecutivo ceutí apelando a lo excepcional de la situación geopolítica de la ciudad. Ambos gobiernos siguen aplicando una Resolución de su Consejería de Presidencia de 2005, que establece que “no proceder al empadronamiento por carecer de la preceptiva tarjeta de residencia”, por lo que el Registro municipal venía denegando sistemáticamente la admisión a trámite de cualquier solicitud de foráneos sin dicho documento, ante esta negativa el TSJA ha fijado su posición en 2008. Así, el Tribunal decretó que “resulta incuestionable que la Ley 7/1985 es de una claridad meridiana: a los nacionales de Estados de la UE (y a otros cuyos ciudadanos con regímenes jurídicos tengan este mismo régimen jurídico) se les exigirá el número de la tarjeta de residencia en vigor o, en su defecto, número del documento acreditativo de la identidad o pasaporte en vigor expedido en su país de procedencia”, pero para los ciudadanos de un Estado no comprendido en la relación anterior [como Marruecos] no se dispone nada al respecto sobre tarjeta de residencia”. De ahí, que actualmente, se estén admitiendo a trámite las solicitudes de extranjeros sin permiso de residencia sin que ello comprometa una resolución favorable a sus peticiones de empadronamiento.

legislador ha sido impreciso en su redacción, y no aclara como se va a materializar esta participación, así como tampoco, quien es sujeto que determine que procesos son democráticos o no. Esta cuestión nos lleva a plantearnos la siguiente premisa: *¿Tienen derecho los extranjeros residentes de larga duración, a estos derechos de participación política en el municipio donde viven?* En el caso de ser afirmativa la pregunta *¿Por extensión también tendrían derecho a participar en las elecciones europeas?* La respuesta a esta premisa viene dada por el *Convenio sobre participación de los extranjeros en la vida pública a nivel municipal de 5 de Febrero de 1992*, donde se les reconoce: *“el derecho al voto y a la elegibilidad”*, subordinando este derecho, a que hayan residido legalmente en ese Estado durante los cinco últimos años. Fruto del cual se dictó la Directiva 93/109/CE que pretende fijar unas directrices mínimas en esta materia, orientándose a suprimir el requisito de la nacionalidad, y justificando su aplicación en el principio de no discriminación. Directiva que fue traspuesta a nuestro ordenamiento interno, por LO 13/1994, modificada posteriormente por RD2118/1993 de 3 de Diciembre. Siendo desarrollada por la Directiva 94/80/CE de 19 de Diciembre de 1994, de cuyo contenido, se deduce, las peculiaridades que deben reunir los extranjeros para el ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo, circunscrito al ámbito municipal, pero cuyos destinatarios exclusivos son los ciudadanos de la UE. A pesar de las recomendaciones por parte del Parlamento Europeo, sobre la extensión del disfrute de derechos, incluidas las políticas a los inmigrantes de terceros países que fueran residentes regulares en el territorio de la UE, como herramienta idónea para conseguir la integración de dichos sujetos, a pesar de ello, y que esta idea se encuentra subyacente en el *“concepto de ciudadanía europea”*, cuya finalidad, no es suplantarse la legislación de extranjería de cada Estado, sino la de crear un contenido mínimo, con el fin de integrar a los extranjeros que gozan del estatuto de residente, y que llevando mas de cinco años en un país de la Unión, y que tienen teniendo vocación de permanencia conseguir una aproximación al ciudadano comunitario, a pesar del avance que ha supuesto en materia de derechos la promulgación de la Directiva del Consejo 2003/109/EC, de 25 de Noviembre de 2003, en la misma, aun sigue sin contenerse el derecho político al voto, ni la adquisición de la ciudadanía europea.³²²

³²² CANO BUESO, J., (2003). Los derechos de los extranjeros en España: Una perspectiva Constitucional, Edit *Rev. De Derecho Político*, UNED, Madrid, núm. 57, pág 18. El citado autor, sostiene que sería deseable en momentos como los actuales, cuando se avanza en el estudio de la ampliación de la UE, se caminara hacia una Europa en la que los extranjeros residentes ya establecidos, que han ocupado los trabajos más ingratos pero necesarios para la construcción de ese espacio común europeo, disfrutasen en la *“Constitución Europea”* de un estatus jurídico asimilable al de los ciudadanos europeos.

Por otro lado, con respecto al derecho de asociación, su tratamiento constitucional figura en el art. 22.1 cuya dicción es la siguiente:

1.- Se reconoce el derecho de asociación

2.- Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

3.- Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4.- Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

5.- Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar

De cuyo contenido, se infiere fundamentalmente las siguientes consecuencias: *“la libertad de asociarse o crear asociaciones, sin necesidad de autorización previa; el poder constituir una asociación, a integrarse en ella; y finalmente, la constitución de asociaciones³²³ y el establecimiento de su organización y funcionamiento”³²⁴.*

Para ello, comenzaremos realizando un análisis comparativo entre la “LOE” y la “LOEX”, donde se observa, como en la primera, se reconoce este derecho a todos los extranjeros que se encuentren en España, sin realizar ningún tipo de limitación, en atención a la situación administrativa del inmigrante, estableciendo la única prevención, de que este derecho se regiría por la misma ley que la aplicable a los españoles, añadiendo al final del inciso de su art. 8, como única excepción a su ejercicio, *que solo podrán ser promotores de dichas asociaciones los extranjeros que sean residentes en nuestro país.*

Sin embargo, tras la promulgación de la LOEX, existe un cambio radical en el criterio del legislador y la dicción literal de este artículo dispone lo siguiente: *“Todos los extranjeros tendrán*

³²³ LUCAS MORRILLO DE LA CUEVA, E., (1996). *El derecho de asociación* Edit Tecnos, Madrid, págs 220-241. Señala acertadamente que a pesar de que las asociaciones deben registrarse por mandamiento constitucional del art 22.3, esta obligación es meramente formal a efectos de publicidad. Puesto que el registro de asociaciones no permite ejercer ninguna clase de control, ni sobre la asociación ni sobre sus estatutos.

³²⁴ Ley Orgánica 1/2002, de 22 de Marzo, reguladora del Derecho de Asociación, Artículo 2º “Contenido y principios”, apartados 2-4.

el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”.

Es decir, se reconoce la titularidad de este derecho a todo los extranjeros, al igual que lo hacía la ley de extranjería precedente, y vuelve a ratificar a ratificar, que el tratamiento legislativo entre españoles y extranjeros, será idéntico, pero como novedad, condiciona su ejercicio en esta última disposición, a que “*el extranjero*” se encuentre en posesión de autorización de estancia o residencia. Artículo que es contrario a lo dispuesto en el art. 16 de la Convención de Derechos Humanos, ya que dicho precepto tiene un ámbito reducido de actuación en las “*actividades políticas*”, que debe ser interpretado en sentido estricto, para que no se vacíen de contenido las garantías previstas en la Convención Europea en su aplicación a los extranjeros.³²⁵

De modo que se condena a la clandestinidad, “*a los inmigrantes*”, cuya situación sea irregular, para ello, no debemos olvidarnos que LOEX, a tenor de lo dispuesto en el apartado 1 de su art. 3 relativo a la interpretación de las normas señala lo siguiente: “*Los extranjeros gozarán en España, de los derechos y libertades reconocidos 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...*”. Alusión a los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país, que en virtud del art. 96CE, forman parte del ordenamiento jurídico interno, cuyo contenido es contrario a lo previsto por éstos.(DUDH arts 19,20.1,20.2,23.4 y el PIDCP arts 21 y 22 entre otros).De modo, que en realidad se está procediendo a vaciar de contenido a este derecho, para ello nos basamos como ejemplo, en la imbricación de este recorte de derechos en materia de educación, para ello, nos servimos del ejemplo de que si la LOEXT, reconoce el derecho a la educación de los menores extranjeros, a pesar de que sus padres carezcan de autorización de estancia o residencia, (*en cambio se prohíbe, que los padres puedan intervenir en las Asociaciones de Padres de los centros donde sus hijos reciben enseñanza*)

De este modo, se aprecia una regresividad en la norma, y una vuelta a la situación fijada por la LOE en su art 8.1, que era aun más radical, en relación con este derecho, puesto que: “*solo reconocía el mismo a los extranjeros en situación legal, si bien, no distinguía entre titularidad y ejercicio*”. Donde además se permitía en su párrafo 2, la suspensión de las asociaciones de extranjeros, por un plazo no superior a 6 meses, cuando *atentasen gravemente contra la seguridad, orden público, salud pública, moral o intereses generales* siendo declarado inconstitucional dicho

³²⁵ GARCÍA VÁZQUEZ S., (2007). *El Estatuto jurídico constitucional de extranjero en España* Edit Tirant Lo Blanch, Valencia, pág 292.

precepto por STC 115/1987 FJ3, por considerar, la intervención administrativa, totalmente incompatible con la garantía reconocida en el art 22.4CE también para los extranjeros. En consecuencia, a raíz de la citada sentencia “*las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada*”.

Por su parte, en materia de derecho de reunión y manifestación, así como el de sindicación y afiliación, este grupo de derechos junto al de asociación anteriormente analizado, son los que han suscitado mayor controversia en su tratamiento por parte del legislador de la LOEX, dada la línea indivisible, entre la titularidad y el ejercicio del derecho fundamental, sobre el que recae³²⁶. En este caso, el legislador ha optado por vincular su ejercicio, a la situación administrativa regular del extranjero, en consecuencia, tampoco en este grupo de derechos se predice la aplicación del principio de igualdad, proclamada en el art. 3.1 de la LOEX anteriormente analizado. Con respecto al tratamiento constitucional del citado derecho, este figura consagrado en el art. 21CE³²⁷ que textualmente dispone lo siguiente:

1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

De lo que se desprende que sólo es admisible su recorte constitucional en el supuesto probado de exista un riesgo efectivo para el orden público. Además de conformidad con los criterios del TC, las limitaciones a estos derechos deben respetar el principio de proporcionalidad, entre los derechos en colisión, al que se le priva del derecho, y el de que impone su recorte. De modo que, la mera tenencia de autorización de residencia no parece un motivo proporcionado para negar el ejercicio de este derecho fundamental.³²⁸

En nuestro ordenamiento interno ha sido desarrollada específicamente por la LO 9/1983, de 15 de Julio, reguladora del Derecho de Reunión, modificada posteriormente por la LO 4/1997 de 4

³²⁶ TORRES MURO, I..., (1991). *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, pág 82.

³²⁷ STC 59/1990 de 29 de Marzo es el que hasta el momento ha realizado la interpretación más completa del art 21CE.

³²⁸ GARCÍA VÁZQUEZ S., (2007). *El Estatuto jurídico constitucional de extranjero en España*, pág 284, cit. pág 6.

de Agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en lugares públicos y por la LO 9/1999 de 15 de Julio, destinada en hacer posible que los municipios afectados por el ejercicio de los derechos de reunión en su ámbito territorial. En el contexto concreto de extranjería en el caso de España, la implementación de la LOEX contempla este derecho en su art. 7, bajo la misma rubrica que las leyes de la misma índole “*Libertades de reunión y manifestación*”, cuyo tenor literal es el siguiente: *1. Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España*”.

En relación con el derecho de sindicación, el legislador de extranjería vuelve a restringir este derecho “*a los extranjeros irregulares*”, siendo en consecuencia su contenido contrario a lo dispuesto por el art. 7 de la CE, cuya dicción establece lo siguiente:

”Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

Por tanto, esta libertad es un derecho sustantivo propio, cuya finalidad es la protección y defensa de los intereses económicos y sociales, que le son propios a los trabajadores y a sus organizaciones, cuya limitación en cuanto a su ejercicio, es contrario a lo previsto en los instrumentos internacionales suscritos por España, como son: *la Carta Social Europea en su art 5y 19.4 ; el art 28 del Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante y el Convenio de la OIT núm. 97 sobre libertad sindical de 9 de Julio de 1948, art 6.1 a) ii), que expresamente señala que los extranjeros que se hallan en un país tienen derecho a afiliarse a sindicatos entre otros.*³²⁹

Asimismo, este derecho aparece reconocido por nuestra carta magna, en su art 28.1 interrelacionado con el derecho de huelga, y cuyo contenido es el siguiente:

1.- “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La

³²⁹ BELTRAN MIRALLES, S., (2001). *La regulación del derecho de sindicación y huelga de los trabajadores extranjeros por la LO8/2000*. Comunicación presentada al XII Congreso de la asociación española de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Santander 8-9 de Junio, pág 11. A juicio, del citado autor la ley puede condicionar el ejercicio del derecho o la tenencia de permisos, como lo contrario.

libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”.

2.- *“Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.*

De lo que se deduce, que el concepto de trabajador realizado por nuestro constituyente, es más amplio que el efectuado por el legislador de extranjería, que lo circunscribe exclusivamente al trabajador que se encuentre regularizado. De modo, que es fundamental demostrar la vinculación laboral, para otorgar la cualidad de trabajador, al inmigrante extranjero irregular que trabaja aunque sea en el mercado informal³³⁰.

Por su parte, nuestro ordenamiento interno, realiza una regulación específica en relación a dicho derecho por LO 11/1985 de 2 de Agosto, de libertad sindical, donde en su articulado, no se hace mención alguna de exceptuación del ejercicio de este derecho a los extranjeros, en cambio, si lo hace a los jueces, fiscales y cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Respecto al tratamiento que se efectúa por la actual LOEXT objeto de análisis, esta sigue, la misma sistemática que las leyes de la misma índole, y su ubicación se efectúa en el art. 11, bajo idéntica rúbrica: *“Libertad de sindicación y huelga”* y cuya dicción es la siguiente:

1.- *Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.*

2.- *De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga.*

De cuyo contenido se desprende, que no exista adecuación constitucional que justifique la vulneración del contenido, esencia de este derecho que constituye un derecho laboral básico inherente, a la condición general del trabajador en cualquiera de sus acepciones, de modo que, es

³³⁰ En este sentido es muy interesante la distinción que efectúa el profesor VIDA SORIA J (1983) En OSCAR ALZAGA (dir) *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo III, 1983, págs y ss. Quién considera que ambos conceptos deben entenderse en su significado sociológico o económico amplio, como personas que viven habitualmente de su trabajo y como titulares de capital o de los factores de producción respectivamente. En consecuencia, *“ el trabajador viene prestando sus servicios, independientemente de su situación administrativa, de modo que ,tiene una relación laboral, y por tanto, sus derechos como trabajador deben estar salvaguardados”*

inconstitucional las restricciones y recortes a su ejercicio impuestas por el legislador de extranjería. De lo que se deduce que la libertad para crear un sindicato es sin lugar a dudas, parte del contenido esencial de la libertad sindical³³¹

También se observa como el contenido de este art. 11 de la LOEX, no se ajusta a lo dispuesto por el art. 4.1 de la LOLS, que condiciona, la adquisición de personalidad jurídica plena del sindicato a que sus promotores depositen sus estatutos en la oficina pública establecida a tal efecto, y, donde no se hace referencia alguna a la obligatoriedad de que éstos sean españoles.

Dichas oficinas sólo pueden verificar, si del examen de los estatutos se aprecia prohibición de afiliación a trabajadores de otras nacionales, que conllevaría la violación del principio de no discriminación, la única obligación que en este sentido tienen los sindicatos, es que tanto su organización como su funcionamiento se ajuste a lo dispuesto por la CE, y en concreto a las libertades públicas y garantías reconocidas en la misma. Sin embargo, este reconocimiento plantea el problema de que consecuencia jurídica derivaría de que el sindicato permita a los extranjeros irregulares que ostenten la condición de “*inmigrantes*” a que se afilien al sindicato.

¿Esto provocaría un ilícito administrativo susceptible de determinación de responsabilidad por parte del sindicato? La respuesta a esta premisa, viene resuelta por el art. 5 de la LOLS cuyo contenido literal es el siguiente:

1. “*Los sindicatos constituidos al amparo de la presente Ley responderán por los actos o acuerdos adoptados por sus órganos estatutarios en la esfera de sus respectivas competencias*”.

2. “*El sindicato no responderá por actos individuales de sus afiliados, salvo que aquéllos se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta del sindicato...*”

De este modo, en virtud del citado artículo, parece apreciarse, que el sindicato es responsable de los actos o acuerdos adoptados por sus órganos estatutarios, pero si en dichos acuerdos no se expresa claramente que se admiten extranjeros sin permiso, no se está contraviniendo lo dispuesto en la norma y el sindicato en consecuencia está actuando conforme a derecho, pues nada le impide que afilie a los inmigrantes en situación administrativa irregular a través de la vía de hecho, no trasgrediendo en este caso expresamente lo dispuesto por esta disposición e incorporando a través de otra vía a estos trabajadores para que ejerciten, demanden y sean informados por los sindicatos de las cuestiones que les afecten.

³³¹ OJEDA AVILES, A., (1992). *Derecho Sindical*, Edit por Tecnos, Madrid, Sexta edición, pág 165.

Finalmente con respecto al derecho de afiliación a organizaciones profesionales, de los trabajadores extranjeros, también pesa en ellos la prohibición del ejercicio, si no se encuentran en posesión de autorización de estancia o residencia, es un derecho no recogido por nuestra carta magna, donde solo se reconoce el derecho de asociación de los extranjeros, desde nuestro punto de vista, parece referirse el legislador, a los sujetos que figuran en el art. 3.1 de la LOLS, donde si se admite en el derecho de asociación, el recorte de la libertad sindical de los mismos, solo en lo dispuesto en este párrafo y cuya dicción es la siguiente: *“No obstante lo dispuesto en el artículo 1º.2, (A los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores, tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral, como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas) los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral, como consecuencia de su incapacidad o jubilación, podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en la presente Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica”*.

Por último, en materia del derecho de huelga, al igual que los derechos anteriormente analizados, se privan de su ejercicio a los extranjeros irregulares, mientras que como ocurría en la ley precedente que los reconocía de forma genérica sin establecer discriminación alguna, en razón de la situación administrativa, recorte de derecho que vulnera lo dispuesto por múltiples instrumentos internacionales. Y cuya connotación más destacada la conforma que sea un derecho de marcado carácter social, y el hecho de subordinar su reconocimiento y ejercicio a la situación de regularidad del trabajador, es atentatorio contra el abuso por parte del empresario, ya que su finalidad de este derecho es fundamentalmente la protección de la clase obrera. De lo que se desprende que la negación de este derecho presenta dos vertientes: *“Una primera, negativa que les impide negarse a seguir prestando sus servicios porque la ley no les reconoce el derecho”*³³². *Y otra segunda, positiva ya que si participa activamente en la misma, pudiera darse el caso de la expulsión del mismo del territorio nacional en base al art. 54.1ª) y 55 de la LOEX.”*. Sin embargo, hay que tener en cuenta, que para que se tipifique esta conducta y se materialice la orden de expulsión es preciso que concurren otros requisitos: *“dolo de atentar contra dicho orden, conducta*

³³² RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO FERRER, M., (2001). Principios de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante, edit *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 8.

*individual, contexto en que se producen los desordenes públicos, participación activa destacada del sujeto, etc.”*³³³

Otro punto a tener en cuenta, son los efectos que conllevan la participación del extranjero en una huelga con respecto a su relación laboral, ya que no hay que obviar que si bien durante la huelga el contrato de trabajo se presume suspendido, también es cierto, que no por ello se interrumpe el cómputo de la autorización para trabajar, la cual es preceptivo que el extranjero tenga en su poder para permitirle desempeñar su puesto de trabajo tal y como prevé en el art 36.1 de la LOEXT. Observándose como ni dicha norma ni su Reglamento de desarrollo, contienen causa alguna de suspensión del cómputo de la autorización de residencia por causa de huelga³³⁴.

Con respecto al segundo grupo, comenzaremos nuestro estudio partiendo del derecho a la educación, sobre el cual realizaremos las siguientes matizaciones. En primer lugar, En materia de educación, su reconocimiento es limitado a la situación administrativa del inmigrante y a edad de éste. Quedando configurada en el Art. 9 del siguiente modo: *“Los extranjeros menores de 18 años tienen derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles, a la educación básica, obligatoria y gratuita, con independencia de cual sea su situación. En cuanto al nivel educativo infantil, a pesar de reconocerse su carácter no obligatoria (Art. 7.2 de la LOGSE), la Administración educativa esta obligada a proveer un numero de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite. Y por ultimo se restringe el derecho al a educación de carácter no obligatoria para los extranjeros no regularizados.”*

De lo anterior se deducen las siguientes consecuencias. En primer lugar, la enseñanza básica obligatoria es un derecho (arts 14 y 27 CE)³³⁵ que tienen todos los inmigrantes hasta los 18 años, independiente de su situación administrativa. De otro lado, de conformidad con lo

³³³ POLO SÁNCHEZ, M. C., (1994). *Derechos fundamentales libertades publicas de los trabajadores extranjeros en España*, Edit, CES, Madrid, pág 327. A juicio de la citada autora, existe una intrínseca politicidad en toda huelga, debida a que la empresa constituye para los extranjeros el medio idóneo para la libre expresión de sus pretensiones.

³³⁴ POLO SÁNCHEZ, M. C., (1994). *Derechos fundamentales libertades publicas de los trabajadores extranjeros en España*, cit pág 11(pág 348-349).

³³⁵ FERNÁNDEZ MIRANDA CAPOAMOR, A., y SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., (1996). Art. 27. Enseñanza, en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, págs. 164 y ss.

establecido con la LO de Calidad en la Educación.³³⁶ Esta comprendería la educación básica primaria, la secundaria obligatoria, hasta los 16 años, planteándose la duda si también abarcaría el periodo de dos años entre los 16 y 18 años que se refieren al bachillerato y Formación Profesional.

La respuesta a esta disyuntiva la resuelve el Art. 27 y 39.4CE, en relación con la Art. 28.1c), del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, que establece que los Estados tienen la obligación de hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad del menor y no sobre ninguna otra circunstancia, como puede ser la situación administrativa³³⁷

A lo anterior hay que añadir un problema adicional, al impedir que los inmigrantes no residentes mayores de 18 años no puedan acceder a la enseñanza obligatoria básica. Principio contrario a lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en particular a lo preactuado en su Art. 13, que establece la enseñanza primaria debe ser obligatoria y accesible gratuitamente a todos, la enseñanza secundaria y profesional, si bien, se reconoce su necesidad de accesibilidad a todos no se fija que esta sea ni obligatoria para los poderes públicos su impartición ni gratuita, al igual que la enseñanza superior.

Otra novedad la conforma el art 9 de la LOEXTR, al incorporar un nuevo párrafo sobre la educación infantil, en concordancia con lo contemplado en el art 9.2 de la LOGSE, por el cual se obliga a la Administración, a proveer un determinado número de plazas destinadas a este nivel de enseñanza. Serán estos dos niveles descritos, el básico y el infantil a los únicos que podrán acceder los extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles. Siendo obligatoria la escolarización, sólo para el nivel básico, no para el infantil (menores entre 6 a 9 años) a la que se dota de un carácter voluntario, por lo que no se exige su escolarización, pero en cualquiera de los casos la Administración esta obligada a reservar plazas, para que los extranjeros que así lo soliciten, puedan recibir sus hijos la impartición de este nivel de enseñanza.

A mi juicio, considero un error esta restricción del derecho, puesto que desde mi punto de vista, debería de haberse dado, el mismo carácter a la educación infantil que a la educación obligatoria, puesto que los menores de edad, precisan esta educación, y su no escolarización obligatoria impide que en la mayoría de las ocasiones, que uno de los progenitores no pueda trabajar. Asimismo, este artículo no concuerda con lo contemplado en la LO1/1996 de protección

³³⁶ 23 de Diciembre de 2002.

³³⁷ GOIG MARTÍNEZ, M., (2004). *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, edit Universitas Internacional. S .L., Madrid., op. cit.38

jurídica del menor, en el primer inciso de su número 3 de su art 10, dispone lo siguiente *”Los menores extranjeros que se encuentren en España tiene derecho a la educación”* (no exceptúa la norma de este derecho, a los menores cuyos progenitores no se encuentran regularizados). Además en el párrafo 1 del mismo artículo, señala que: *” los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto”*. Es decir, la protección del menor prevista en su ley específica, incluye en su esfera de eficacia a todos los extranjeros que no hayan alcanzado la mayoría de edad, existiendo durante dicha etapa una igualdad absoluta con los españoles, sin que su situación administrativa afecte al disfrute de este derecho. Por tanto, se observa como el legislador de extranjería en España, incurre en el mismo defecto, al existir una reiteración de lo ya legislado, con el mismo rango normativo con el que se hallaba positivado y sin introducir ningún desarrollo que lo justifique pero alterando la redacción con la que se consagraba el derecho, creando por tanto, Mayor confusión en el destinatario de la norma que es este caso específico, son los progenitores extranjeros que prestan sus servicios en nuestro país y que tienen a su cargo a hijo menor extranjero que es en definitiva, el titular del derecho a la educación³³⁸.

Por su parte, la LOEX, vuelve a recoger literalmente lo preceptuado por la ley anterior, si bien, recalca el derecho y el correlativo deber de los extranjeros menores de 18 años, de acceder a la educación obligatoria y post-obligatoria, de forma gratuita en las mismas condiciones que lo hace para los españoles, introduciendo como novedad, la posibilidad de acceder al sistema de becas, previsto en la legislación estatal pero para acceder a cualquiera de los derechos subjetivos previstos en este articulado, es preciso la situación legal de éstos en nuestro país. Por su parte, en el párrafo 2, la ley no es tan onerosa, coherente y adecuado, y señala que en el caso de la educación infantil, la Administración garantizara un número de plazas suficientes para la población que lo solicite.

En segundo lugar, el párrafo 3, establece: *“Los extranjeros residentes, tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria, en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.”*³³⁹

³³⁸ ESPINAR VICENTE, J. M., (2001). *Comentarios a la nueva ley de extranjería*, op. cit, pág 2.

³³⁹ Este apartado fue declarado inconstitucional y nulo el término *residentes* por Sentencia 236/2007, de 7 de Noviembre, del Tribunal Constitucional. (BOE. núm. 295 Suplemento, de 10 de Diciembre de 2007).

En tercer lugar, el párrafo 4 del citado artículo, establece la declaración de propósitos siguientes: *“Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural”*. Se trata pues de uno de los mandatos de los poderes públicos de Mayor resonancia. Sin embargo, del contenido de este párrafo vuelvo a disentir, puesto que solo se reconoce la obligación formal del ejecutivo de turno de promover la enseñanza, como instrumento de integración de los extranjeros que se encuentren en nuestro país, volviendo a incurrir en el error, de limitar esta voluntad integradora, solo a los inmigrantes que sean residentes legales, dejando de nuevo sin derecho alguno, a la educación e indirectamente dificultándole aun más la integración a todo aquel extranjero, que no haya conseguido regularizar su situación. De modo que, este va a seguir desconociendo el idioma, las costumbres y la cultura del país donde presta sus servicios, puesto que, al Estado no le preocupa en modo alguno que se integre plenamente en España, durante el tiempo que permanezca en el país.

En cuarto y último lugar, figura el apartado 5 de la citada LOEX, cuyo tenor literal es el siguiente: *“ Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo, podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes”*. Es decir, se aprecia una identidad de contenido con lo dispuesto en el art 9 final de la LOE., donde no se alude directamente al principio de reciprocidad,³⁴⁰ pero implícitamente parece interpretarse que el legislador hace referencia al mismo. Y para ello, este precepto debe ser puesto en concordancia con el art 12.2 de la LODE que establece: *“La creación de centros extranjeros, atenderá a lo establecido en los convenios internacionales o en su defecto, al principio de*

Basándose en que el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria sólo para los extranjeros residentes, vulnera el art. 27.1 CE en relación con el art. 39.4 CE, el art. 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del Niño, y el art. 26 de la DUDH al impedir de facto el acceso a la enseñanza no básica a los extranjeros menores de dieciocho años que no tengan residencia legal en España. Puesto que, el art. 27.1 CE consagra el derecho del niño a ser escolarizado, lo que comprende tanto la enseñanza básica como la no básica (art. 1 Ley Orgánica del derecho a la educación), formando parte del contenido esencial de este derecho.

³⁴⁰ VIRALLY, M., (1998). *El Devenir Del Derecho Internacional*, edit Fondos de la Cultura Económica. México D. F. pág 18-21. Este autor destaca que en la reciprocidad sobresalen dos características, que es un principio de discriminación y que es un principio dinámico en el sentido de que *“ la reciprocité apparait, en effet, comme le motard d’ une politique conventionnelle cohérente...”*

reciprocidad conforme a lo que el Gobierno determine reglamentariamente”³⁴¹. Esta vertiente docente del derecho a la educación, a nuestro juicio, lo que viene es a reafirmar, que para que los extranjeros puedan gozar de las actividades contempladas en este apartado, deben cumplir idénticas condiciones que las que se requieren, cuando pretenden prestar sus servicios en España, estando este apartado focalizado, no a una apertura de la función educadora a los extranjeros, sino por el contrario, lo que el legislador ha pretendido, es imbricar esta función a profesores e investigadores que se encuentran en nuestro país, con la finalidad de incentivarlos. El apoyo de esta postura la basamos en el art 41 de la LOEX apartados b) y c) donde se exceptúa de permiso de trabajo a:”...*Los profesores extranjeros invitados o contratados por una universidad española...y al personal directivo y el profesorado extranjeros, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas*”. Cuando a nuestro juicio, hubiera sido más clarificador y exacto dotar a estos profesionales de un régimen especial de residencia, similar al previsto en el art 33 de la presente norma para los estudiantes.

De lo anterior expuesto, se extrae como conclusión, que el derecho de los extranjeros a acceder a la educación de naturaleza no obligatoria (tanto preescolar como posterior a la ESO), está limitado por la normativa de extranjería. La legislación española, distingue entre el derecho a la educación obligatoria y no obligatoria, incluso para el caso de los menores de edad, en función de la situación administrativa en que se encuentre el menor extranjero. En relación con la educación infantil, que tiene carácter voluntario, se señala, que las Administraciones públicas, deben garantizar la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite, pero sólo, se reconoce como “*derecho*” a los extranjeros residentes. Además se preceptúa, que los poderes públicos, serán los encargados de garantizar a todos, la igualdad de oportunidades, y promover, que “*los extranjeros residentes*”, puedan recibir una enseñanza adecuada para su mejor integración en la población española. Con todo, las Administraciones educativas, podrán facilitar el acceso, de los “*extranjeros menores de edad, empadronados en un municipio*”, a los niveles de enseñanza post-obligatoria, no universitarios, y a la obtención de la titulación académica correspondiente, en igualdad de condiciones que los españoles de su edad, (*Novedad introducida por la disposición adicional decimocuarta del Reglamento de Extranjería RD 864/2001, de 20 de Julio*).

³⁴¹ La regulación sobre el régimen de autorizaciones de centros privados para que puedan impartir enseñanzas preuniversitarias, a excepción de las enseñanzas artísticas y de idiomas se regula en España por el RD 332/1992, de 3 de Abril.

Finalmente, ante la omisión, por parte de la ley de referencia, alguna a los “*menores extranjeros no acompañados*”, que estén sujetos legalmente a la tutela de una institución española, esta laguna legislativa, fue subsanada por el artículo 92.5 del *Reglamento de Extranjería*, que desarrolla LOEX, y que establece acertadamente a nuestro juicio, que el hecho de no contar con autorización de residencia, no supondrá obstáculo, para el *acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación* que a criterio de la entidad de protección de menores competente, redunden en su beneficio.

Coaligado a este derecho se encuentra el derecho de los extranjeros a desempeñar actividades docentes e investigadoras y a dirigir centros docentes, lo cual exige el cumplimiento no sólo de requisitos de naturaleza administrativa sino también académica, siendo necesario para su titularidad y correspondiente ejercicio tener su situación administrativa regularizada en nuestro país.

En relación con el derecho a la asistencia sanitaria, nos situamos ante un derecho prestacional tutelado por el Estado, donde se exige, de los poderes públicos, actuaciones para su reconocimiento, no solo frente a sus ciudadanos, sino también, frente a los extranjeros. Configurándose con una morfología híbrida, donde se aprecia la connivencia simultánea en este derecho, de una parte como garantía institucional, y de otra, como derecho fundamental (STC 90/1985, de 30 de Septiembre)³⁴². Siendo constantes en nuestra Constitución, las referencias a la protección de la salud, entre ellos: art 43, art 41, 49, 50, etc. Si bien, este derecho no parece tratado expresamente en la LOEX, pero hay una remisión expresa en la Disposición Adicional Segunda, art. 3, de la misma, a los derechos y deberes reformados en esta disposición. De modo, que el tratamiento del derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria, se normativiza básicamente a través del artículo 12 de la Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), reconociendo la titularidad del derecho a la protección de la salud, y a la atención

³⁴² Esta parece ser la interpretación dada a este derecho por nuestro alto tribunal en su STC 90/1985, de 30 de Septiembre, donde se estableció el efecto expansivo de la CE a los extranjeros en base al principio de la dignidad humana, siguiéndole criterio fijado por diferentes instrumentos internacionales y que fallo con respeto a este derecho en el sentido de que Si bien es verdad que nuestra Constitución es obra de españoles pero ya no lo es afirmar que es sólo “*para españoles*”. El párrafo 1 del art. 13 de la CE, no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los Tratados y las Leyes. Sino que disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la CE podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española

sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles, “a los ciudadanos extranjeros que tengan establecidas su residencia en territorio nacional”³⁴³.

Del análisis de dicho precepto, se desprende que son beneficiarios de la protección de la salud los siguientes extranjeros:

- 1) Extranjeros residentes legales
- 2) Extranjeros irregulares, a los que a su vez subdividiremos en cuatro grupos:
 - a) Extranjeros sin previa autorización para trabajar que prestan servicios por cuenta ajena.
 - b) Extranjeros sin permiso de residencia:
 - Extranjeros empadronados y Mayores de dieciocho años
 - Extranjeros menores de dieciocho años.
 - Extranjeros ingresados en centros de internamiento
 - Extranjeros en riesgos específicos:
 - 1) Atención sanitaria en caso de urgencias
 - 2) Derecho a la asistencia sanitaria a mujeres extranjeras embarazadas

A continuación, procederemos al análisis de estos beneficiarios, y para ello, tomaremos como punto de partida, la distinción de la cobertura y la extensión de la protección que difiere siendo mayor en el primer grupo que en el segundo. Comenzaremos nuestro examen por los “residentes legales”, estos disfrutan de los mismos beneficios que los españoles, siempre y cuando se encuentren desempeñando una actividad profesional, que motive su inclusión en el sistema, siempre que cumpla con los requisitos administrativos previstos en el art 1 de LGSS: “afiliación y alta en la modalidad contributiva”. Mientras que para generar este derecho en cuanto a la modalidad no contributiva, su concesión, además de condicionarse a su situación administrativa legal, se hace también depender, de la cuantía de los recursos económicos disponibles³⁴⁴

³⁴³ MONEREO PÉREZ, J. L., (1999). *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social .Artículo 1*. En AA. VV. (Dir. Monereo Pérez, J. y Moreno Vida, M.), Comares, Granada, págs. 3 - 30.

³⁴⁴ VAL TENA, A., (2002). *El derecho de los extranjeros a la protección de la salud*, edit por REDT, num. 109, pág. 61.

Con respecto a los “*extranjeros irregulares*”, este grupo lo conforman, aquellos extranjeros, que vienen prestando sus servicios sin estar provistos de autorización para ello. A partir de la promulgación de la LOEX, el contrato celebrado sin cumplimentar este requisito, es válido, pero la eficacia del mismo, se supedita a que se obtenga la correspondiente autorización de trabajo, de tal modo que, las consecuencias derivadas del mismo, sólo son jurídicamente exigibles, cuando se disponga de modo expreso como sucede en materia de retribución³⁴⁵

El concepto de remuneración a que alude el mencionado precepto, no puede quedar limitado a la simple contraprestación dineraria³⁴⁶, sino que debe abarcar, todo el contenido que la Ley confiere al sinalagma laboral de la prestación de los servicios, confiriéndole al trabajador, el reconocimiento de determinados derechos, en materia de prestaciones, a pesar de que su situación administrativa sea ilegal³⁴⁷

Dentro de este grupo de extranjeros en situación irregular, éste puede encontrarse en situación de carencia de autorización de residencia y permiso de trabajo, y sin prestar servicios en el mercado formal, pero si se encuentra empadronado en un municipio, y demuestre carencia de recursos económicos, para sufragar por si solo la asistencia sanitaria, si bien, el problema se suscita

³⁴⁵ AA.VV., (Coord. Campo Cabal, J.) (2001). *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, Civitas, Madrid, págs.121-123.

³⁴⁶ KAHALE CARRILLO, D. J., (2007). La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España .*Edit Revista Derecho y Salud* Vol. 15, Núm. 1, Enero - Junio, págs 99-116 .

³⁴⁷ En este sentido se pronuncia la STSJ de Madrid de 14 de Marzo de 2005, ante el problema de la situación de un trabajador extranjero que han prestado servicios para un empresario sin estar en posesión del permiso de trabajo, a efectos de determinar si causan o no cotización en el Régimen aplicable de la Seguridad Social por razón de la actividad que hayan desempeñado, y si el empresario tiene o no la obligación de cotizar por ellos. El citado tribunal considera que “*La remuneración exigible a un contrato válido prevista en el art. 9. 2 del ET implica la introducción en el ámbito del Derecho Social de una especificación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, superando el ET la regla segunda del art. 1.306 del Cc. Sin duda este principio de cumplimiento de lo debido por el empresario en razón al tiempo trabajado, es aplicable a la cotización a la SS, pues la referencia del art. 7. 4 LGSS/1974 a lo establecido en los Tratados y Convenios, lo está en función de las situaciones de normalidad, no en lo referente a los casos de ilegalidad cometida por un empresario que en la relación laboral material (no contrato de trabajo) establecida con el inmigrante ilegal, ocupa a todas luces una posición dominante y concedora en lo usual de sus obligaciones básicas, mientras que la persona del trabajador inmigrante se encuentra respecto a él en un plano de inferioridad. Esto determina la aplicación al cumplimiento de las obligaciones legales del empresario con la Seguridad Social en cuanto a cotización, del mismo principio sobre el que descansa la norma del art. 9.º 2 ET, en base tiene al art. 70.1 de la LGSS/1974 al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la Seguridad Social desvinculando la cotización de otras obligaciones previas formales: la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de servicios a pesar de que no fuera procedente la afiliación y el alta, se cotiza en función al tiempo trabajado”.*

ante el recelo, que tienen estos inmigrantes a empadronarse por el temor a ser retornados a su país de origen³⁴⁸

Otra situación distinta, es la de los menores de edad (menores de dieciocho años), que se encuentren en España, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, siendo indiferente, cual sea su situación administrativa, de conformidad con lo contemplado por la DUDH en su art 25, cuya dicción literal es la siguiente: ” *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia, por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia, tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social*”.

En el mismo sentido, se pronuncia la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art 24 .1, 9 y el 20. También el PIDESC, reconoce el derecho de todo niño a protección por parte del Estado, entre otras materias, en el caso de asistencia sanitaria. Por su parte, nuestro ordenamiento jurídico interno español, establece en su art artículo 10 de la Ley 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor señala que: “*Los menores de edad, tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos, los menores extranjeros, que se hallen en situación de riesgo, bajo tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residan legalmente en España*”. De lo que se desprende, que todo niño tiene derecho a ser atendido y cuidado, con independencia de que no sean protegidos en sus países de procedencia. De lo que derivan dos obligaciones para la administración pública española. Una positiva consistente en adoptar las medidas necesarias para su adecuada protección y promoción, y, otra negativa, que le compele a no adoptar ninguna medida que pueda poner en peligro su integridad física o moral.

Finalmente, la situación del menor extranjero, al que no se le permita el ingreso a España por la frontera, y deba ser retornado a su país de origen en el plazo fijado por la ley (máximo 40 días) El centro de internamiento, deberá estar provisto de servicios de diferente índole, (sociales,

³⁴⁸ ÁLVAREZ CORTÉS, J., (2001). Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería. Edit en *Revista Relaciones Laborales*, Tomo I, págs. 365-398, sobre todo, 387.

jurídicos, culturales y sanitarios) no tendrá carácter penitenciario, y deberá cumplir lo dispuesto en el art 62 de la LOEXT sobre: “Ingreso en centros de internamiento”³⁴⁹

Por último, hay dos riesgos específicos que la Administración considera objeto de relevante tutela primero, en caso de urgencia, y segundo, en caso de mujeres extranjeras embarazadas que se encuentren en nuestro país.

En relación con el primero, es contemplado por el art 12.2 de la LOEX, cuya dicción literal es la siguiente:” *Los extranjeros que se encuentren en España, tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia, ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica*”. Este precepto, se dicta en base a los instrumentos internacionales suscritos por España, entre el que destaca el Convenio de Naciones Unidas sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus familias, en particular, en su art 28, que establece lo siguiente:” *Los trabajadores migrantes y sus familiares, tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente, que resulte necesaria para preservar su vida, o para evitar daños irreparables a su salud, en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia, no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo*”.

Esta asistencia en caso de urgencia reconocida, tiene su reflejo constitucional en el caso de España en su art 15, donde se consagra el derecho a la vida. El problema que plantea su aplicación, es determinar la conceptualización de enfermedad, con carácter de urgencia, entendiéndose englobada en este término, “*el accidente*” cualquiera que sea la causa que lo origine y la enfermedad, incluyéndose exclusivamente en este término, aquella que sea calificada como grave³⁵⁰

En relación con el derecho a vivienda por parte de los extranjeros, hay un claro recorte de este derecho a los extranjeros, puesto que la LOE, en su art 13, reconocía este derecho a los

³⁴⁹ ALONSO PÉREZ, F., (2002). La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería, Edit por *La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm., págs , 1753-1757 .

³⁵⁰ Ante el vacío legal de definición habrá que acudir a la doctrina que la dote de contenido, en este sentido, es a nuestro juicio es muy acertada la definición dada por este autor en su obra Román Vaca, E. (1998) *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*. edit, Edersa, Madrid, pág. 113, quien define acertadamente la asistencia sanitaria urgente como “*aquella situación de riesgo grave que, para la vida del paciente o su salud, puede suponer el retraso en la prestación de la asistencia sanitaria requerida*”.

extranjeros, siempre que estuviesen inscritos en el padrón del municipio de su residencia habitual, independientemente, de su situación administrativa y a los residentes. Sin embargo respecto al primer grupo, era difícilmente demostrable el determinar cual era su nivel de rentas, cuya verificación, se hacía a través de IRPF, sino tenían contrato de trabajo, de modo que, a pesar de permanecer inscritos en el Padrón y reconocérsele el derecho, no podían ejercitarlo, debiendo acudir a la vía de los servicios sociales de esa CCAA o Ayuntamiento, en virtud, de las competencias transferidas a las primeras, de conformidad con lo dispuesto por el art 148.1.3CE. Sin embargo, el criterio varía tras la promulgación de la LOEX, donde en su art 13 se establece literalmente: *“Los extranjeros residentes, tienen derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles”*. De este modo, a partir de la promulgación de la citada ley, solo se les va a reconocer este derecho a los extranjeros si están provistos de autorización de trabajo o permiso de residencia.

En referencia al derecho al Trabajo y a la Seguridad Social. En cuanto al primero, continúa bifurcándose en 2 vertientes: *“Derecho al trabajo de los extranjeros, que debe ajustarse a lo previsto por la ley de extranjería. Y otra segunda, relativa a la posibilidad de éstos, de acceder a trabajar en la administración pública como personal laboral”*. En principio de la literalidad del precepto, parece no apreciarse, diferencias sustanciales entre la LOE y LOEX, puesto que en ambas, se condiciona el derecho al Trabajo y la Seguridad Social, según lo previsto en su Ley orgánica. Debido a que el art 10.1 de la LOE, extendía su ámbito subjetivo a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa. Si comparamos esta norma con la LOEX, estos derechos se condicionan también, a que el extranjero reúna los requisitos previstos por la ley, si bien, ésta restringe estos derechos exclusivamente a los extranjeros, que se encuentren legalmente en nuestro país. A mi juicio, son derechos propios derivados de la condición de trabajador, tal y como se desprende de nuestro texto constitucional que declara en su art. 28.2: *“Se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. (...)”*, y los tratados internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE reconocen este derecho a todos los trabajadores, sin distinguir entre nacionales y extranjeros. De entre éstos cabe destacar el art. 8.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que protege el derecho de huelga de todo trabajador, que se podrá ejercer de acuerdo con las leyes de cada país. Por otro lado, el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de Marzo, sobre relaciones de trabajo, regula el derecho de huelga sin establecer ninguna distinción entre trabajadores españoles y extranjeros, distinción que tampoco hace en ningún momento el Tribunal Constitucional, que declara: *“(...) la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, y a cada uno de ellos corresponde el derecho a sumarse o*

no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponde tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales», y añade más adelante: «hay que entender (...) que el derecho constitucionalmente protegido es el que se atribuye a las personas que prestan en favor de otros un trabajo retribuido ...» (STC 11/1981, de 8 de Abril, FFJJ. 11 y 12), este pronunciamiento es el más extenso que sobre esta materia ha dictado el TC. También tienen interés, entre otras muchas, las SSTC 123/1992, de 28 de Septiembre y 189/1993, de 14 de Junio.

Y a pesar de que el art. 35 CE se refiera únicamente a los españoles cuando reconoce el derecho al trabajo no es determinante a la hora de fijar los titulares del derecho, pues resulta necesario, llevar a cabo una interpretación sistemática de todo el texto constitucional, y el art. 10.2 va a tener una relevancia especial. Así, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950, no recoge en ningún momento el derecho al trabajo, como tampoco lo hacen los distintos Protocolos que amplían los derechos y libertades contenidos en el mismo. La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de Diciembre de 1948, sí prevé, en su art. 23.1, el derecho de *toda persona* al trabajo y a la libre elección de su trabajo, pero del art. 22 del mismo Texto internacional se desprende que la satisfacción de los derechos sociales, y los de contenido económico, dependerá de la “*organización y los recursos de cada Estado*”. En la misma línea se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de Diciembre de 1966, que no alude a este derecho, algo que sí hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de Diciembre de 1966, en su art. 6, pero no olvidemos que en el art. 2.3 de este último Pacto se aclara que los distintos países “*teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos*”.

En cuanto a referencia por la LOEX de los distintos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), firmados y ratificados por España. Llama la atención que sólo los que se refieren a la igualdad entre los trabajadores españoles y extranjeros, una vez que el extranjero forma parte de una relación laboral, han sido firmados y ratificados por nuestro país: así, el Convenio núm. 97 de la OIT establece la igualdad de trato de los trabajadores extranjeros con respecto a una serie de materias que se enumeran en su art. 6, entre las cuales no se contempla el derecho de acceso al trabajo, y el Convenio núm. 143 relativo a las migraciones en condiciones abusivas y a la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores inmigrantes (no firmado por España) en su art 14, si se refiere al acceso al empleo, y permite, la

limitación de esta libertad a los extranjeros, como máximo durante un periodo de 2 años. Todo ello no obsta para que, una vez que sean parte de una relación laboral, los extranjeros queden asimilados al trabajador nacional y gocen de todos los derechos fundamentales vinculados a la misma. En el mismo sentido, se pronuncia la Recomendación 151, sobre los “*trabajadores migrantes*”, de 1975, en su art 2, donde se establece, la igualdad de oportunidades, entre otras materias: “*en el acceso al empleo letra b) y en las condiciones de trabajo letra f)*”.

Otra cuestión bien distinta, es el derecho de los extranjeros, de poder acceder como personal laboral, al servicio de la Administración Pública, lo cual viene recogido en el art 10.2 de la LOEX, y que a diferencia de la ley anterior, reconocía este derecho a todo “*extranjero*”, lo que podría dar lugar, a la controversia de que se presentaran a la oferta pública de empleo, “*extranjeros irregulares*”, cuestión que fue solventada, por el art 36, de la LOEX, en los términos de “*obligar a los extranjeros que pretendan realizar una actividad laboral o profesional en nuestro país, a obtener previamente, una autorización administrativa o un permiso de trabajo*”. Lo cual delimita su ámbito subjetivo exclusivamente a los “*extranjeros residentes*”. De otra parte, en cuanto a la catalogación de puestos de trabajo, que pueden desempeñar los extranjeros, la respuesta es “*cualquiera*”, sea estatutario o laboral, con la única limitación, de que dicha función en la administración, no conlleve el ejercicio de autoridad o poderes públicos, de conformidad con lo dispuesto, en el art 13.2 y 23.2 CE. En cambio, no se les permite el acceso a la función pública, puesto que las mismas, suelen conllevar ejercicio de autoridad³⁵¹

De lo que se deduce, que si el derecho a trabajar en puestos de la administración pública de los extranjeros regularizados, se hará, en igualdad de condiciones, que para los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, no existe a mi juicio, ningún obstáculo que impida tanto a los ciudadanos de la UE, como a los extranjeros, de conformidad con lo previsto en el art 10.2 de la LOEX, a puestos funcionariales en la administración pública española, siempre que dichos puestos, no impliquen ejercicio de autoridad, de lo que se desprende, que no existe derecho subjetivo a acceder a la función pública, ni para los ciudadanos europeos, ni para los extranjeros residentes en España³⁵²

³⁵¹ MONEREO PÉREZ, J. L.; (1994) La libre circulación de trabajadores en las Administraciones públicas de los países comunitarios. A propósito del Proyecto de Ley sobre el acceso a determinados sectores de la Función Pública de los países de los demás Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. *Rev. Relaciones Laborales*, núm.9, págs 438-478.

³⁵² GONDINO REYES, M., (1996) *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, págs 82 y ss. A juicio de este autor, debido a la diversidad de regímenes jurídicos (laboral y funcional) en la Administración Pública es preciso determinar si dichos principios son aplicables a toda clase de servicios.

Por su parte, con respecto a la libertad de reunión, manifestación y asociación, es un hecho indiscutible que los inmigrantes regularizados o no ostentan la titularidad de estos derechos tal y como se reconoce en los arts 7 y 8 de esta Ley pero esto no significa que por parte del legislador se deduzca que se atribuye lo ejercicio³⁵³. Esta modulación de derechos es contrario en general al Art. 20.1 de la Declaración de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Sociales y Políticos arts 21 y 22 y en particular al Art. 5 de la Convención Internacional de Eliminación de todas formas de Discriminación Racial³⁵⁴ en la que a su tenor literal *”prohíbe y elimina la discriminación sin distinción de origen nacional particular en el goce de los siguientes derechos... derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica”*. Además a juicio del Tribunal Constitucional estos derechos conforman la dignidad humana y en consecuencia son titulares de los mismos, los extranjeros en base al Art. 21 y 22 de la CE, donde se reconoce sin distinguir entre españoles y extranjeros y cuya prohibición solo es admisible sino es pacífica y necesita comunicación a la autoridad(no se dice nada de autorización)en el caso de que sea hagan en lugar de tránsito público y en cuanto a las asociaciones no existe obstáculo alguno para su partencia pero si para crearlas como promotor, ya que en tal caso es preciso cumplimentar unas formalidades administrativas entre cuyos requisitos se encuentra ser español de conformidad con lo preceptuado por la LO 1/2002 de 22 de Marzo reguladora del derecho de reunión y asociación. Y en este sentido se pronuncia la STC 85/1988 de 28 de Abril, que configura el derecho de reunión como *“una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercida a través de una asociación transitoria”*, mostrándose como un instrumento reivindicativo al servicio de toda persona para

De establecer que éstos solo sirven para acceder a las dos categorías mencionadas, se corre el riesgo de provocar una laboralización de al función publica, esto es, que los puestos de trabajo cubiertos Mayoritariamente por trabajadores, con el objeto de cumplir las exigencias anteriores. Como solución un sector doctrinal encabezado entre otros por Sala Franco, T. (1989) *Incidencias en la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, edit INSP, Madrid, pág 26; y López Gómez, J. M. (1995) El régimen jurídico del personal laboral de la administración Publica española. Edit *Revista de Relaciones Laborales*, núm.10 pág 9. Sostiene de que si se aplican los principios de merito, igualdad y capacidad a la contratación laboral y considerando que el termino “función pública” es lo suficientemente amplio como para abarcar toda prestación de servicios en el seno de las Administraciones Públicas.

³⁵³ Mayoritariamente la doctrina sostiene que si un derecho no lleva anejo su ejercicio, no es un verdadero derecho. Apoya esta tesis entre otros BIBIGLINO CAMPOS, P., y ARAGÓN REYES, M., (2001). En *La Ley de extranjería y la Constitución*, *Rev. Teoría y Realidad Constitucional* Nº 7., pág 51. En contra FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M., y ARCE JANARIZ, A., (1985) .Valoración constitucional de la autorización de residencia: el Tratado y la Ley, en el Art. 13.1 de la Constitución. *Rev. La Ley*.1985, Tomo I, pag 87; y, GARCIA TREVIJANO, P. J., (1991). *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Madrid, Civitas, pág 80.

³⁵⁴ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de Diciembre de 1965 entrada en vigor en España 7 de Junio de 1969.

lograr cualquier fin lícito, constituyendo un derecho de la persona derivado de la garantía de la dignidad humana.³⁵⁵

De otro lado, en materia de derecho a la Seguridad Social, esta es contemplada, únicamente en el art 10.1 de la LOEX, y cuyo tenor literal es el siguiente: “*Los extranjeros, que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica, y en las disposiciones que la desarrollen, tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente*”.

Lo que viene a deducirse, que solo se reconoce este derecho, si su situación en España es regular. Puesto que permanece en vigor lo dispuesto por la LOE, y que no se oponga a lo dispuesto por la LOEX, continúa vigente lo establecido por el art 14 de la LOE, cuya dicción literal es la siguiente:

1. “*Los extranjeros residentes, tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social, en las mismas condiciones que los españoles*”.

2. “*Los extranjeros residentes, tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos, como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles*.”

3. “*Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas*”.

En base al cual, los “*extranjeros irregulares*”, tendrán derecho exclusivamente a las prestaciones sociales básicas y específicas, extendiendo su ámbito también, a las situaciones derivadas, de accidente de trabajo y de enfermedad profesional³⁵⁶, así como a la asistencia sanitaria

³⁵⁵ SORIANO DÍAZ, R., (1997). El Art. 21. Derecho de reunión, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa-Cortes Generales, Tomo II, pág 578.

³⁵⁶ Pero no por reconocimiento expreso de la ley de extranjería, sino en virtud de la remisión al Convenio 19, art 4.1b) de la OIT y del RD 2766/ 1967 de su art 10, relativo al reconocimiento de asistencia sanitaria debida a contingencias profesionales y cuyo contenido es el siguiente” *Tendrán derecho a la asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional todos los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en este Régimen General. 2. Los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional, aunque sus empresarios hubieran incumplido sus obligaciones. 3. Aunque la relación de empleo se haya celebrado en contra de una prohibición legal, la víctima del accidente de trabajo o enfermedad profesional, aún en el caso de tratarse de un menor de catorce años, tendrá derecho a la asistencia sanitaria*”.

en caso de maternidad³⁵⁷. De modo que el derecho, a dichas prestaciones básicas a nuestro juicio, excluye el derecho a las prestaciones sanitarias, salvo las dos excepciones mencionadas anteriormente.

En cambio, los “*extranjeros legales*”, tendrán derecho a todas las prestaciones contributivas, siempre que se encuentren incluidos en el campo de aplicación de la “*Seguridad Social*”, derivada de su ejercicio, en el “*Régimen General*” o bien, por su inclusión en alguno de los “*Regímenes Especiales*”, previstos por la LGSS, siempre que cumplan, con los requisitos que legal y reglamentariamente, se determinen (*afiliación para lo que se exige preceptivamente autorización de trabajo y residencia y alta en un determinado régimen*), estos sujetos, quedan integrados en el sistema, y en consecuencia, son beneficiarios de las prestaciones, como consecuencia de ser, o haber sido, cotizantes al mismo.

Anterior a esta Ley, el art. 8 del Reglamento de 1996, remitía el acceso de los “*extranjeros*” a la asistencia y prestaciones sociales, ante situaciones de necesidad al establecido en la normativa reguladora del sistema de SS, es decir, al art. 7.5 de la LGSS, los “*extracomunitarios*” (*salvo los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos*), dependiendo de la existencia de Tratados Internacionales para tal fin y según el principio de reciprocidad. Con la aparición de esta Ley, se realiza una extensión subjetiva, de su ámbito de aplicación, permitiéndoles el acceso a las prestaciones no ligadas directamente al permiso de residencia, es decir, a las básicas.

De este modo, se les abre la oportunidad de acceder a las prestaciones no contributivas, que hasta ahora no se disfrutaban si no existía reciprocidad con el país de origen, tales como la renta mínima de inserción social, o los beneficiarios que ostentaban los titulares de familia numerosa³⁵⁸ haciendo desaparecer el problema, de la existencia de sentencias contradictorias, para los ciudadanos de países, donde no existen Tratados o Convenios Internacionales. Así pues, y en estos supuestos, deberá prevalecer la ley, cuando en su artículo 14.1, plantea que todos los extranjeros residentes, tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social plenos, sólo disfrutaban de este derecho, aquellos “*trabajadores extranjeros*”, que se hallen en situación de

³⁵⁷ RD 2766/ 1967 de su art 14.1. e) redactado conforme a lo dispuesto en el Decreto 3091/1972, de 2 de Noviembre, dispone lo siguiente”1. *Tendrán derecho a la asistencia sanitaria por maternidad: ...Las trabajadoras extranjeras, cualquiera que sea su nacionalidad, al servicio de Empresas, comprendidas en el Régimen General de la Seguridad Social.*”

³⁵⁸ JAVIER DE LUCAS, PEÑA S., y SOLANES A., (2001). *Trabajadores migrantes*. Edit Germania Serveis Grafics, S. L. Valencia. págs. 57-69.

residencia legal. Esta limitación es congruente con la presente ley, por cuanto que, únicamente, puede trabajar aquel “extranjero” que disponga del adecuado permiso de trabajo, en cualquiera de sus modalidades. De este modo, queda restringido, el derecho a la Seguridad Social y a las prestaciones sociales³⁵⁹ para los “inmigrantes no regularizados”, únicamente a aquellas prestaciones que los poderes públicos consideren como básicas. (*Creando de este modo una segunda categoría de inmigrantes con menos derechos*). De otro lado, con respecto a las prestaciones de carácter contributivo, opera la afiliación a la Seguridad Social, que exige como requisitos imprescindibles, las autorizaciones de trabajo y residencia. Consiguiéndose de este modo, la plena igualdad entre “español y extranjeros residentes”, en materia de Seguridad Social, tanto en el nivel contributivo, como en el no contributivo. Siguiendo en esta línea, el citado texto de la LOEX, realiza una regulación específica, de situaciones donde “el extranjero residente” a pesar de que se expire el plazo de renovación del permiso de trabajo, y se encuentre en algunas de las situaciones previstas por la ley, en las que les permiten seguir en España para poder disfrutar la cobertura y prestaciones que dichas prestaciones conllevan, tal es el caso, contemplado en el art 57.5d) de la presente Ley, objeto de análisis y cuyo contenido es el siguiente:

“La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia, en la omisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.*
- b) Los que tengan reconocida la residencia permanente.*
- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.*
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral”.*

³⁵⁹ Entendemos por servicios sociales la atención a discapacitados y a la tercera edad. El art. 7.3 de la Ley 13/1982, de 7 de Abril, LISMI, sólo reconoce a los extranjeros residentes, de conformidad con lo establecido en los Acuerdos internacionales suscritos y, en su defecto, en función del principio de reciprocidad, los servicios, prestaciones y demás beneficios de la LISMI. De este modo, a los extranjeros no residentes y a los irregulares, el art. 14.3 LOE les reconoce sólo los servicios y prestaciones sociales básicas.

En último lugar, analizaremos el art. 16 de la LOE el cual recogía, el derecho a la vida en familia, y a la intimidad personal a los extranjeros residentes en España, en los términos previstos en la propia Ley, y en los Tratados, y a sus familiares, que siguiendo el criterio de territorialidad, residan en España, y se encuentren contemplados en algunos de los supuestos previstos en el art 17 del citado precepto. De modo que este derecho, debe ser examinado en correlación con el art 18.1 de nuestra carta magna “*la cual que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen(...)*”, susceptible en consecuencia de protección preferente y sumario. Puesto que el derecho a la “*intimidad personal*”, es un derecho fundamental, y en consecuencia, no admite recorte ni en cuanto a su titularidad ni en cuanto a su ejercicio, mientras que la “*protección a la familia*”, si admite limitaciones en cuanto a su titularidad³⁶⁰.

Sin embargo, tras la promulgación de la LOEX, se produce un cambio en el ámbito subjetivo de aplicación, y el procedimiento administrativo para su otorgamiento. A partir de esta nueva norma, sólo se le reconoce la titularidad del derecho al reagrupante³⁶¹, que además, siguiendo la misma línea que el texto anterior, se continúa exigiendo que tenga la condición de residente³⁶².

Como novedad introductoria de esta ley, si se va a permitir que el familiar reagrupado conserve su permiso de residencia por causa familiar, y los familiares, con él agrupados, conservarán la residencia a pesar de que haya desaparecido el vínculo matrimonial, que dio lugar a la adquisición, pero la nueva redacción del artículo 16, establece que “*reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos*

³⁶⁰ STC de 19 de Noviembre de 1990.El alto Tribunal considera que la protección a la familiar prevista en el art 39.1CE, es atribuible a los extranjeros, y por tanto, es competencia de la Administración la regulación de cuestiones relativas a la reagrupación familiar.

³⁶¹ LÓPEZ BARBA, E., (2001).Extranjería. Reagrupación familiar, En *Extranjeros en España - Régimen jurídico*, coord. Por C. Sánchez-Rodas Navarro, edit por Laborum, Murcia, págs. 155-187, especialmente pág. 167.Recuerda que en la LOEX se exigía la connivencia del reagrupante para poder ejercitar el derecho de reagrupación familiar.

³⁶² En concordancia con lo dispuesto por la Directiva 2003/86 de 22 de Septiembre sobre el derecho a la reagrupación familiar, se prevé en su artículo 5 el procedimiento que debe seguirse para solicitar la reagrupación de familiares cuya dicción literal es la siguiente” *El Estado de acogida decidirá en su normativa interna si quien presenta la demanda debe ser el reagrupante o los miembros de su familia, quienes únicamente de forma excepcional podrán ya hallarse en el territorio del Estado de acogida*”.

En virtud de la Directiva 2003/86 de 22 de Septiembre sobre el derecho a la reagrupación familiar y en concreto de su art. 18 de la Ley, el extranjero residente ha de poseer permiso de residencia renovado y prorrogado por al menos un año más, lo que supone acoger a las propuestas de las Directivas comunitarias que permiten que los estados exijan un período mínimo de residencia al extranjero reagrupante.

supuestos”, omitiéndose por parte del Reglamento³⁶³ de desarrollo, la determinación del tiempo mínimo de convivencia, efecto que se podría haber subsanado por esta disposición, por lo que considero aplicable, lo dispuesto por el art 19.1 de la LOEXT que señala:

“Que para obtener el cónyuge una autorización de residencia independiente debe:

a) Obtener una autorización para trabajar

b) Acreditar haber vivido en España con su cónyuge durante dos años.

Pudiendo ser reducido dicho plazo cuando concurran circunstancias de carácter familiar que lo justifiquen”.

Es por ello por lo que el legislador ha fijado un periodo mínimo de convivencia con el reagrupante, que el art 19.1 de la LOEX de dos años, y que además de esta permanencia, se va a exigir que el reagrupado esté en posesión de autorización para trabajar, de este modo, el legislador de extranjería pretende evitar el fraude del reagrupado, si bien, con el fin de dotar de mayor flexibilidad a la norma y adaptarla a la realidad, se suprimen los apartados e) y f) del art 17, donde se contemplaban dos modalidades de reagrupación familiar. *La primera, por razones humanitarias, y la segunda, relativa a los familiares extranjeros de los españoles.*

Además se añaden dos nuevos artículos con los números 18 y 19, relativos a que familiares son agrupables; el procedimiento que debe seguirse para efectuar la reagrupación; y efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales.

En relación con el primero, el art 18, subordina el ejercicio de este derecho a que el reagrupante acredite un año de residencia y disponga de autorización para residir al menos otro año más. *¿Pero qué ocurre si el cónyuge que pretende reagruparse se separa del reagrupante?* la respuesta a tal cuestión, la solventa el art 41.4 del Reglamento, en el que se exige una convivencia de al menos dos años con el reagrupante, para conservar la residencia, y en el mismo sentido, se recoge en el art 19.1, cuya dicción literal es la siguiente: b) *“El cónyuge podrá obtener una autorización de convivencia independiente cuando....Acredite haber vivido en España con su cónyuge durante dos años”.* Otra cuestión distinta, es el matrimonio de conveniencia, que se realiza para defraudar a las *“normas de extranjería”*³⁶⁴, y sus consecuencias en el ámbito civil:

³⁶³ RD 864/2001, de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre(BOE núm. 174 de 21 de Julio 2001)

³⁶⁴ La Instrucción de 9 de Enero de 1995 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictó una serie de normas relativas al expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado

“existencia de sociedades de gananciales entre los cónyuges -o del régimen económico matrimonial primario-, las presunciones de paternidad, las obligaciones de alimentos que pueden ser reclamadas”. En particular en nuestro país, el matrimonio permite obtener un permiso de residencia, con exención de visado³⁶⁵. También se puede obtener dicho permiso de residencia, por la reagrupación familiar; y además se reduce a un año, el tiempo de residencia legal necesario para obtener la nacionalidad.

De lo expuesto, se deduce la enorme preocupación por parte del legislador, de restringir la entrada de inmigrantes ilegales, llegando a constituir una vulneración de los compromisos internacionales adquiridos por España, contraviniendo, lo dispuesto en el número 21 apartado III, de los Acuerdos de Tempere, relativo a la obligación fijada en el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países, que debe aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. De modo, que una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un periodo de tiempo, y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme, similar al de los ciudadanos de la Unión, que contenga el derecho a residir con su familia, a recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia.

De otro lado, el art 17, realiza una enumeración detallada de los familiares que el reagrupante residente, puede ejercer el derecho a reagrupar con él, y que encuadraremos en los siguientes grupos:

- a) Cónyuge.
- b) Hijos.
- c) Menores e incapaces.

en el extranjero dirigida a tratar de controlar este fenómeno insistiendo en la importancia del trámite de audiencia previa a los contrayentes en el expediente matrimonial y el mismo sentido, se pronuncio la Instrucción de 31 de Enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia. Si bien, la DGRN, señala como directriz que solo si el encargado llega a tener una “certeza moral plena” de estar en presencia de un matrimonio simulado se rechazará el matrimonio; y que en caso de duda es preferible inscribir el matrimonio.

³⁶⁵ El Tribunal Supremo declaró que los extranjeros que hayan contraído matrimonio con cónyuges españoles no es necesario que se exista un vínculo de convivencia estable y permanente tal y como detalló la STS, Sala Tercera, de 10 de Junio de 2004 (BOE núm. 203 de 23 de Agosto de 2004. Asimismo en esta citada sentencia se declaro que no es preciso acreditar, para obtener la exención de visado, la convivencia en España al menos durante un año siempre que no exista mala fe en el solicitante y, en el caso de extranjeros que sean cónyuges de español, siempre que no se encuentren separados de derecho.

d) Ascendientes.

e) Otros parientes.

En relación con el cónyuge, es preciso señalar que existe la prohibición de separación de hecho de derecho,³⁶⁶ para acogerse a este procedimiento. Asimismo, se excluye al matrimonio polígamo, en base al art. 41 del Reglamento 864/2001, por el que se establece: “*Que no se podrá conceder un permiso de residencia a un extranjero, como cónyuge de un residente extranjero, cuando otro cónyuge de éste ya cuente con anterioridad con un permiso de residencia*”. Además para conseguir una mayor seguridad de que no existe un matrimonio anterior del reagrupante, como garantía del mismo, se establece en el apartado e) del art. 44 del Reglamento 864/2001 de 20 de Julio, la obligación de declaración jurada tal y como expresa la dicción literal del citado artículo:

“Se acompañará, en caso de reagrupación del cónyuge, declaración jurada del reagrupante, de que no convive con él en España, otro cónyuge”. Admitiéndose como novedad destacable, la equiparación entre el matrimonio, y la unión de hecho estable, siempre que exista: *“la voluntad de mantener, o restaurar la agrupación familiar de la pareja estable, cuando constituye una causa suficiente o circunstancia excepcional, que justifica la exención del visado de residencia para quien acredita hallarse en tales circunstancias”*³⁶⁷.

Con respecto a los menores e incapaces, la LOEX, hace una remisión expresa a la norma contenida en la LOE, cuyo contenido es idéntico, para poder efectuar la reagrupación de menores o incapaces, es preciso, que exista resolución administrativa o judicial, por la que el reagrupante ostente su representación.

El reagrupante, ha de tener atribuida la representación legal del menor o incapacitado, de conformidad de resolución administrativa o judicial con la ley española o la ley nacional³⁶⁸.

³⁶⁶ Tribunal Supremo en Sentencia de 23 Enero 1999, se pronuncia en el sentido de que la privación de libertad del marido de la solicitante de la dispensa de visado no puede considerarse, salvo prueba en contrario, como determinante de la ruptura de la “*affectio maritalis*”, la cual se presume por la subsistencia del vínculo jurídico y por la convivencia, que se manifiesta no sólo cuando los cónyuges viven juntos compartiendo, en expresión clásica, mesa, lecho y habitación, sino cuando se respetan, se socorren mutuamente y actúan en interés de la familia.

³⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 Mayo 2000.

³⁶⁸ La normativa aplicable será la prevista en el art 9.5 del Cc y el Convenio de la Haya de 29 de Mayo de 1993, relativo a la protección del niño y ala cooperación en materia de adopción internacional.

Con respecto a los ascendientes, se amplía el derecho de éstos a la reagrupación, siempre que se acredite dependencia económica con el reagrupante, y se justifique razonadamente, los motivos por lo que pretende residir en España, de este modo, se pretende evitar que éstos reagrupados, a su vez utilicen este mecanismo para reagrupar a otros familiares. Sin embargo, en la práctica, sólo se concede el visado a las personas mayores de 65 años, previo examen de la Administración del grado de dependencia económica, a pesar de que ni la Ley, ni el Reglamento de desarrollo, fijan límite de edad para que éstos puedan ser reagrupados. Otro inconveniente añadido a este grupo, es que éstos no pueden obtener un permiso de residencia independiente, así como tampoco autorización para trabajar, su concesión, queda eximida de la consideración de la situación nacional de empleo³⁶⁹.

Finalmente, en relación con otros familiares, tal y como analizamos con anterioridad, al haberse suprimido los apartados éstos, en virtud de la apartados e) y f) del art 17(“cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias”, aunque quizá este caso se puede reconducir a la nueva posibilidad que incorpora la LO 8/2000, de reforma, de conceder un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias o circunstancias excepcionales previstas en el art.31.3 y también desaparece el derecho de reagrupación de los familiares extranjeros de los españoles a los que no les fuera de aplicación la normativa sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión europea) los únicos supuestos en los que la norma tipifica cuales son los familiares que pueden reagruparse son: “*cónyuge, hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adaptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados y no se encuentren casados*”. De modo que, En el supuesto, de que sean hijos de solo uno de los cónyuges, se exigirá además, que éste ejerza en solitario la patria potestad, o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos, debe acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción, reúne los elementos necesarios para producir efecto en España. (art 17, b) de la LOEX)

Por lo demás, resulta también novedoso el requisito previsto en el art. 18.2 de la LOEX según el cual sólo se podrá ejercer este derecho cuando el reagrupante haya residido un año en España y tenga autorización para residir al menos otro año

Con respecto al procedimiento de reagrupación, sus peculiaridades son las siguientes. En primer lugar, la iniciación del procedimiento se realiza con la solicitud de informe a la autoridad

³⁶⁹ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M; (2002) *Reforma y contrarreforma de la ley de extranjería. Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España*. Tirant Lo Blanch, Valencia, pág 140.

gubernativa, de carácter vinculante como explícitamente le reconoce el art. 8 de su Reglamento, dicho informe determinará si los medios económicos, personales y asistenciales de los que dispone el extranjero residente resultan suficientes para que sus familiares puedan obtener el visado. Estos requisitos se encuentran regulados en el art. 44 del Reglamento de desarrollo de la Ley. En relación con el primero, la vivienda, el citado Reglamento recoge dicha fórmula, señalando alternativamente que se podrá acreditar bien mediante Informe de la Corporación Local del lugar de residencia del reagrupante, o bien, mediante acta notarial mixta de presencia y manifestaciones respecto la amplitud y características de la vivienda. Lo cual nos suscita diferentes cuestiones ¿qué miembro de la corporación municipal elabora el citado informe? ¿Será el secretario del ayuntamiento el que actúe como federatario público y determine la habitabilidad y condiciones de la vivienda o cualquier funcionario del ayuntamiento? ¿Se trata más bien de una remisión al acta notarial de similar contenido a lo dispuesto en el art. 4 de la Orden de 8 de Enero de 1999 y cuyo coste debe en cualquiera de los casos ser sufragados por el reagrupante? En cualquiera de los casos, tal y como expresamente establece la ley, se deberá hacer referencia al título de posesión, número y características de las habitaciones, disponibilidad de los servicios y suministros esenciales así como las personas que conviven.

En relación con el segundo de los requisitos necesarios para que se conceda la reagrupación, se encuentra disponer de los medios de vida suficiente, para ello, será suficiente según dispone el art 44.4.c) del Reglamento 864/2001 de 20 de Julio, lo siguiente:

”Acreditación de empleo, y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000.A estos efectos, el reagrupante deberá aportar los siguientes documentos:

- *3 últimos recibos de salarios o fotocopia de boletines de cotización en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena.*
- *Justificación de ingresos de la persona en situación de inactividad. Declaración, en su caso, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al año anterior en el supuesto de trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena.*
- *Justificante de afiliación y alta en la Seguridad Social o seguro de asistencia sanitaria y beneficiarios.*

Asimismo, el reagrupante podrá aportar cualquier otro documento que considere oportuno, en relación con la acreditación señalada.

Previéndose que en caso de omisión por la Ley, o su Reglamento de cuantificación de dichos medios, éstos vendrán determinados por Orden del Ministerio del Interior, por tal motivo, se dictó la Orden³⁷⁰ de 22 de Febrero de 1989, sobre medios económicos, *(la citada norma, no señala en ningún momento que estos medios tengan que ser propios, sirva de ejemplo, el caso de los estudiantes, solo hace referencia esta disposición a la obligatoriedad de su exhibición si fuera requerido por el funcionario, cuando proceda entrar en España y de cómo deberá acreditarse la exhibición de los mismos: cheque, efectivo, etc.)* cuya posesión, habrán de acreditar los extranjeros, para poder efectuar su entrada en España, en la que se establece que para su sostenimiento durante su estancia en España los extranjeros deberán acreditar, si así fuesen requeridos la cantidad de 30 euros, multiplicada por el número de días que pretendan permanecer en España, y por el número de personas de la familia o allegados que viajen juntos; la cantidad a acreditar deberá alcanzar en todo caso un mínimo de 300 euros por persona.

Por último, el tercer requisito necesario para que la administración estime la agrupación, es de índole asistencial, consistente en acreditar la titularidad de un seguro de asistencia médica, de carácter público o privado, suficiente para prestar cobertura médica para sí y su familia. Este requisito resulta evidente, con el fin de evitar que la reagrupación suponga un coste adicional al sistema de la Seguridad Social español, tal y como se constata en el art. 9 del Reglamento de ejecución de la ley.

En relación con el derecho a la asistencia jurídica gratuita, la LOEX en su art 20, este extendía su ámbito de aplicación a todos “*los extranjeros*”, que se encontraran en nuestro país, pero circunscribiendo, la materia objeto de tutela a la denegación de entrada, expulsión o salida del territorio español, así como en caso de asilo, incluyendo en su contenido el derecho a interpretar³⁷¹.

³⁷⁰ Orden de Presidencia del Gobierno PRE/237/2002 de 8 de Febrero (BOE de 12 de Febrero de 1989).

³⁷¹CALDUCH GARGALLO, M., (2003) .La asistencia jurídica gratuita al extranjero, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 4, Noviembre, págs 65-92.Esta sentencia fue fruto del recurso de inconstitucionalidad núm. 55/96, contra el art 2 a) de la Ley de Asistencia jurídica gratuita, de 10 de Enero de 1996, interpuesto por el Defensor del Pueblo. A juicio de esta autora, resulta de vital importancia la STC 95/2003, de 22 de Mayo (BOE 10 de Junio) tras la cual podemos mantener que el extranjero que se encuentre en España podrá gozar, con independencia de su situación administrativa y del procedimiento, del beneficio de justicia gratuita en las mismas condiciones que los españoles y los nacionales de Estados de la Unión Europea.

En cambio a los “*extranjeros residentes*”, se les realizaba un paralelo reconocimiento con los españoles, abarcando cualquier tipo de procesos, cualesquiera que fuese la jurisdicción en la que se sigan, con el único requisito, del tener que acreditar insuficiencia de recursos para litigar, equiparando su situación administrativa, a los efectos del reconocimiento de este derecho “*al extranjero*” que estuviese empadronado. Sin embargo, el criterio seguido por el legislador de extranjería de la LOE es más restrictivo, ya que el tenor literal de su art 22 es el siguiente:

1. Los extranjeros que se hallen en España, y que carezcan de recursos económicos suficientes, según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita, tienen derecho a ésta, en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete, si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.

2. Los extranjeros residentes, que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan.”

De cuyo examen se desprende como factores diferenciales. En primer lugar, que el reconocimiento que se efectúa por el texto de la LOEX, del derecho a asistencia jurídica de todos los extranjeros, para una serie de supuestos determinados (*los mismos que se establecían en la LOE a excepción de “la salida obligatoria”, quedando desamparados judicialmente en caso de denegación de solicitud de concesión o renovación de un permiso, y por este motivo, se vean obligados a salir de forma obligatoria*), se condiciona su ejercicio, a que estos demuestren ante la Administración, que carecen de recursos suficientes, para pagar los honorarios de un abogado³⁷². En segundo lugar, los extranjeros cuya situación administrativa este regularizada, art. 22, en su párrafo 2 (*se elimina de su contenido, a los extranjeros empadronados que se les priva de este derecho*), y que continuando con el condicionante establecido por la ley de extranjería precedente, acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar, el reconocimiento de este derecho, es pleno y abarcaría cualquier proceso en que el extranjero fuera parte.

³⁷²El art 2.e) de la Ley 1/1996, de 10 de Enero, de Asistencia Jurídica Gratuita realiza idéntico tratamiento. En consecuencia, no tienen derecho al ejercicio de este derecho los extranjeros irregulares que carecen de recursos económicos en procedimientos de distinta índole de los previstos en la ley, que los circunscribe a denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en materia de asilo, quedando en consecuencia desamparados en el caso de procedimientos penales, civiles, laborales y contenciosos-administrativos.

En cualquiera de los casos, la línea fijada por las diferentes leyes de extranjería promulgadas en nuestro país, es implícitamente desamparar a todo el extranjero independiente de su situación administrativa a interponer recursos administrativos, que son los más demandados por éstos dada su situación en nuestro país.

De lo que se deduce, que existe una palpable trasgresión de los instrumentos internacionales ratificados por España, entre los que destacamos. La Convención Europea de Derechos Humanos, cuya dicción literal de su art. 6, párrafo 3 apartado c) señala: *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial, y a defenderse por sí misma, o mediante un defensor, y si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio”*.

En la misma dirección, el art. 14, párrafo 2.o, apartado d), del PIDCP se protege el derecho de toda persona que: *“...se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios para pagarlo”*.

En consecuencia, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, lo tienen pues, según los dos Tratados internacionales citados, todas las personas, indocumentadas, insuficientemente documentadas o plenamente documentadas. Además lo tienen en todo tipo de procesos. Por tanto, el art. 22, párrafo 2, de la LOEX, viola directamente dichos Tratados. Pero la norma analizada solo lo reconoce a los extranjeros residentes que carezcan de recursos para litigar, en cambio cuando estos no son residentes, sólo tendrán derecho a asistencia gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, del derecho a interprete en caso de que no comprenda o hable la lengua oficial que se utilice.

Lo que se pretende con el otorgamiento de este derecho por parte del legislador es evitar indefensión del inmigrante y vulneración del Art. 24.2 CE con el fin de impedir una posesión desigualdad contra la otra parte litigante. Este derecho debe ser puesto en concordancia con el Art. 119 del mismo cuerpo legislativo, que a su tenor literal dispone *“La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”*. Es decir, tal y como recoge la STC 117/1998 de 2 de Junio, *que no suponga poner en peligro la subsistencia personal o familiar del litigante*. Sin embargo, esta extensión que realiza nuestra Carta Magna, queda recortada por lo que disponga la Ley, que en ese momento coyuntural era la LO 8/2000, lo cual implica indefensión hacia el inmigrante no regularizado que no puede defender o hacer valer sus pretensiones en otros ordenes jurisdiccionales diferentes al

administrativo de entrada, expulsión o al procedimiento de asilo que son los únicos que la Ley ampara expresamente.

En este sentido, un sector doctrinal encabezado entre otros por ARAGÓN REYES³⁷³, considera que al tratarse de un derecho inherente a la dignidad humana privar del mismo al inmigrante conlleva excluirle de la tutela judicial efectiva. Por el contrario, otra parte de la doctrina al frente de FERNÁNDEZ SEGADO³⁷⁴, opinan que el derecho de los extranjeros no residentes legales en España se encuentra ya protegido en el Art. 2 de la Ley 1/1996 de 10 de Enero de Asistencia Jurídica Gratuita. Desde mi punto de vista, la limitación del goce de este derecho por parte de los extranjeros a determinados procesos, supone una clara situación de desamparo, contraria al espíritu del legislador constitucional y en consecuencia susceptible de recurso de inconstitucionalidad, avalando mi postura STC 95/2003 de 22 de Mayo, contra recurso presentado por el defensor del Pueblo, sobre este derecho, que se pronuncia del siguiente modo” *toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario...*” De modo que no reconocer este derecho es restarle efectividad y una correlativa lesión al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que poseen todos los extranjeros independiente de su situación administrativa regularizada.

Por último, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, frente a la las dudas que plantea la extensión de gratuidad en la justicia a los inmigrantes no residentes, esta disyuntiva no se plantea en torno a este derecho. Se trata de un derecho vinculado también a la dignidad humana y en consecuencia, tal y como establece la dicción del párrafo 2 del Art. 10 de la CE, “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”. En concordancia con el Art. 10 de la Declaración de Derechos Humanos que dispone “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal*

³⁷³ ARAGÓN REYES M., (2001). Ley de extranjería y Constitución, *Rev. Teoría y Realidad Constitucional*, N17, UNED, pág 16.

³⁷⁴ FERNÁNDEZ SEGADO F., (1995). La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español *RVAP*, N° 43, pág 94 y ss.

independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”

El problema se plantea es en relación con la obligación *ex lege* de motivar la denegación de visados a la vista de los arts 20.2 y 27 de la LO 8/2000, únicamente cuando estos se refieran a denegación de visado por causas distintas a la reagrupación familiar o al trabajo por cuenta ajena. A pesar de que no existe derecho alguno que obligue a la Administración a expedir un visado, lo cierto es que el inmigrante si tiene un interés legítimo en su concesión³⁷⁵. También lo es que el acto no es motivado, es susceptible de discrecionalidad por parte de la Administración además de negarle al afectado a poder alegar motivos para su impugnación. Lo que conlleva a un limbo de inseguridad jurídica que empaña las relaciones de transparencia que deben regir entre administración y administrados. Pero sin lugar a dudas, el problema más trascendente lo provoca el Art. 63 de esta ley, reguladora del procedimiento preferente de expulsión que debido al perentorio plazo que se establece de audiencia al interesado y por la ejecutividad inmediata que lleva anejo, provocan una situación de indefensión del inmigrante no regularizado, ya que el plazo que se le concede para realizar alegaciones en contra de la orden de expulsión tienen una vigencia limitada de 48 horas(plazo insuficiente para poder demostrar su situación de arraigo o el derecho a permanecer en territorio español).Además de los supuestos tasados que impiden la suspensión de la ejecutividad del acto se encuentran recogidos en los arts 21.1,63 y 64 de esta ley y cuyo procedimiento preferente sumario establece que solo es admisible como motivo de suspensión la solicitud de asilo del solicitante. (Art. 64 párrafos 4 y 5 de la presente Ley)

Finalmente como conclusión, hemos de subrayar el retroceso que suponen las modificaciones de la LO 8/2000, en relación a las novedosas reformas que se introdujeran en la LO 4/2000. El conjunto normativo supone una restricción sustancial de diferentes derechos, desapareciendo la cláusula de igualdad, para todos los derechos previstos en la LOE, tras la entrada en vigor de la LOEX, se establece, sólo respecto a los derechos que esta norma contempla, procediéndose en algunos casos a su recorte, como ocurre en el caso de educación y asistencia gratuita, en cambio, a otros derechos que se reconocían a todos los extranjeros, ahora a pesar de continuar reconociendo su titularidad a: *”todos los extranjeros”*, no se admite su ejercicio por parte de los mismos, que no ostente la condición de residentes, como ocurre en los casos de los derechos de asociación, sindicación, huelga o reunión, y por ultimo, otros derechos que se

³⁷⁵ VIDAL FUEYO C., (2002). *Constitución y Extranjería*, Madrid, CEPC, pág 204 y ss.

reconocían a “*todos los extranjeros*”, tras la promulgación de esta nueva ley, sólo les va a corresponder su titularidad a “*los extranjeros legales*”, como es el caso del derecho a la vivienda.

Destacando como uno de los derechos más vulnerados por la nueva regulación, es el derecho de reagrupación familiar, que se desvincula, de las directrices marcadas por la Unión Europea y los Tratados Internacionales suscritos por España. Olvidándose de nuevo el legislador, del nuevo concepto “*de familia*”, que conllevaría a la inclusión en el ámbito de sujetos reagrupables tanto de las parejas de hecho, heterosexuales y homosexuales, como el desamparo en el que quedan los extranjeros mayores de edad, que dependen económicamente de sus padres residentes en España de larga duración.

En cualquiera de los casos, a nuestro juicio, uno de los errores en que incurre reiteradamente el legislador de extranjería en nuestro país, es supeditar derechos constitucionales reconocidos a cualquier persona, y condicionarlos en el caso de los inmigrantes extranjeros a su situación administrativa, ya que hay derechos pertenecientes a la esfera personal y social cuya titularidad le corresponden a todo sujeto, con independencia de su situación legal en nuestro país.

1.5.5.- LEY ORGÁNICA 14/2003, DE 20 DE NOVIEMBRE, 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

Una constante de la política de extranjería en nuestro país, ha sido su carácter mutable, prueba de ello, es la reforma de esta materia, operada por la LO 14/2003, de 20 de Noviembre, que entró en vigor el 21 de Diciembre de 2003 (en adelante LOEXT) las razones esgrimidas para su introducción, y en general, del momento en que se llevaron a cabo, parece claro que se está abusando de dar unas respuestas coyunturales a un fenómeno como es el fenómeno migratorio de carácter estructural. Dando lugar a una disfuncionalidad y distorsión, en el uso de los instrumentos jurídicos y generando una enorme inseguridad jurídica.

Por su parte, la introducción de modificaciones o referencias a la política de extranjería, o al fenómeno de la inmigración, en la gran mayoría de normas, son de carácter económico-social, lo cual, pone de relieve el carácter transversal y multidisciplinar de esta materia, que exigen realizar un tratamiento integral de la misma. De su examen, destaca en primer lugar, su sintetización, como se constata en su sistemática, puesto que solo contiene cinco artículos, si bien, el alcance de la reforma que ha supuesto ha sido considerable, tal como se refleja en su “*Exposición de Motivos*”,

la inclusión de la misma en el panorama normativo de extranjería en nuestro país, obedece a los siguientes motivos:

1.- *Mejora de la gestión, mediante la simplificación de los trámites administrativos, y la mejora del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros.*

2.- *Reforzamiento y mejora de los medios, e instrumentos sancionadores, para luchar contra la inmigración³⁷⁶ ilegal y el tráfico de seres humanos.*

3.- *Obligación de adecuación a las fuentes jurídicas, debido a la incorporación de determinadas disposiciones, aprobadas por la UE., en concreto:*

a).- *Decisión del Consejo de 20 de Diciembre de 2001, que modifica la parte VI, y el Anexo 12 de la Instrucción Consular Común, así como el anexo 14 a) del Manual Común, en relación al establecimiento de tasas para la expedición de visados.*

b).- *Directiva 2001/51/CE, de 28 de Junio de 2001, donde se completan, las disposiciones del art. 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, por lo que respecta al establecimiento de un nuevo régimen de obligaciones y sanciones para los transportistas.*

c).- *Directiva 2001/40/CE, de 28 de Mayo, relativa, al reconocimiento mutuo de las decisiones, en materia de expulsión de nacionales de terceros países.*

De lo expuesto, se observa como la actual reforma legislativa, ha centrado todos sus esfuerzos en el control de la inmigración irregular, si bien es verdad, que las anteriores leyes, también pusieron énfasis en ello, su incidencia en esta materia fue menor, con la excepción del tratamiento dado al visado. Este control, se ha visto reforzado en las tres fases de la migración, esto es, tanto en el país de origen, como en la frontera y en el país de destino; estableciéndose, para ello, más instrumentos de vigilancia (v.gr. las compañías de transporte adquieren nuevas obligaciones cuyo incumplimiento es susceptible de sanción). Con la misma finalidad, se habilita a la *Dirección General de la Policía*, para el acceso a los datos patronales de los extranjeros. Este acceso, en la práctica, podría llegar a provocar que los inmigrantes no se inscribieran en el correspondiente "*Padrón Municipal*", motivando así el efecto contrario al pretendido por la norma.

Esta falta de inscripción, también podía afectar de hecho, al ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria, al estar éste vinculado al requisito del previo empadronamiento.

³⁷⁶ RODRIGUEZ PIÑERO M., (2004) .Hacia un nuevo marco multilateral sobre la inmigración, edit *Revista de Relaciones Laborales*, núm 23, págs 83-97.Realiza una clara distinción entre los conceptos de inmigración y ciudadanía.

Asimismo, otra de las razones esgrimidas por la LOEXT para justificar su promulgación, es debido a los propios aspectos sociológicos que conllevan las migraciones, tal y como se plasma en su *Exposición de Motivos*:

”...Así, junto al considerable incremento producido del número de residentes extranjeros en España en los últimos años, también se ha constatado, un cambio en las formas en las que se produce el hecho inmigratorio, del que nuestro país es receptor, lo que ha generado un mayor conocimiento de este fenómeno, a fin de incorporar nuevos instrumentos normativos que posibiliten una mejor y más sencilla ordenación de los flujos migratorios, facilitando los medios a través de los que ha de desarrollarse la inmigración, respetuosa con las causas legales, y reforzando los mecanismos para incidir en la lucha contra la inmigración ilegal...”

Con respecto al campo de aplicación, la actual ley, realiza una mejora técnica en relación con la LOEX precedente. Recordemos que en su art. 1, delimitaba el campo de aplicación en principio a los extranjeros, que a pesar de no definir, les dota de una connotación negativa, *”carecer de la nacionalidad española”*. Seguidamente en su apartado 2, del mismo numeral establece: *“que lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los tratados internacionales en los que España sea parte”*. Sin embargo, el problema se planteaba en relación a los nacionales miembros de la Unión, que se regirían por el régimen comunitario previsto en la legislación europea, pero la LOEXT, va más allá e introduce como novedad, la modificación de este artículo en su apartado 3, señalando como corrección: *“que si bien, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea se aplicará la legislación de dicha Unión, se añade la aplicación sectorial española en materia de extranjería, –es decir nuestra Ley de Extranjería– tan sólo en aquellos aspectos, que pudieran resultarles más favorables”*. Con esta redacción, se mejora por tanto la regulación anterior, en la que simplemente existía una referencia a la aplicación de *“los tratados internacionales”*, en los que España fuera parte, vía anómala, por la cual se venía dando entrada, al régimen jurídico singular de los ciudadanos de la Unión Europea.

Pues bien, la situación específica desde el punto de vista jurídico de los ciudadanos de la Unión, derivada tanto de los tratados constitutivos como de la UE, y del Tratado de Lisboa (pendiente de ratificación), obligaban a realizar una inaplazable referencia, explícita y separada, en la Ley de Extranjería, al estatuto jurídico de los ciudadanos comunitarios, lo que finalmente ha sido cumplimentado en modo adecuado.

En relación con el derecho de libertad de circulación y residencia, que aparece regulado en el Art. 5 de la Ley, otorgándose a los extranjeros que se encuentren en situación regular, sustentando este derecho en el Art. 13 de la Declaración Universal de derechos Humanos, si bien, esta libertad se ciñe al propio Estado no se hace mención alguna a la entrada de extranjeros en un país diferente al propio. En el mismo sentido se pronuncia el Art. 12.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de cuya dicción (*“Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por el y a escoger su residencia”*) se interpreta el carácter restrictivo de este derecho circunscrito internacionalmente solo a los nacionales de cada Estado y que se extiende a los extranjeros pero limitado por razones de orden publico, salud o moral publicas, libertades de terceros y libertades fijadas en el propio Pacto. Avalan esta tesis STEDH 5 de Noviembre de 1996 y de 20 de Junio de 2002 entre otras.

En el plano nacional la trasposición de esta normativa la encontramos en el Art. 19CE cuyo tenor literal es el siguiente: *“Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”*. De una primera lectura se desprende que es un derecho exclusivo de los españoles, pero puesto este Art. en concordancia con el Art. 13 del mismo cuerpo normativo³⁷⁷, en que se dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantizan el Título I de la CE, aun cuando sea en los términos que establezcan los Tratados y la Ley, siendo únicamente derechos exclusivos de los españoles los reconocidos en el Art. 23 del mismo Texto (relativos a la ciudadanía estatal). En consecuencia, nos encontramos con un derecho cuyo alcance se extiende a los extranjeros, al tratarse de un derecho de configuración legal, todo ello sin perjuicio de que el legislador en virtud de los Tratados suscritos por nuestro país, pueda exigir para el reconocimiento de su titularidad por el migrante extranjero que este se encuentre en

³⁷⁷ A juicio de ESPINAR VICENTE, J. M., (1987). *La extranjería en el sistema español de derecho internacional privado*, edit TAT, Granada, págs. 43 y ss. La ley y Tratados pueden recortar los derechos consagrados en el Título I, capítulo II de nuestra carta Magna, en se trata de que en alguna medida de que” los no nacionales gocen de tales derechos, pero en ningún caso de que les deba ser extendido tal y como consagran para los españoles ni tan siquiera de forma parecido”.

situación legal en nuestro país STC 94/1993 de 22 de Marzo y de 3 de Julio de 1980 entre otras.

Correlativo a este derecho se encuentra el deber del extranjero de estar en posesión de documentación que acredite su identidad, conviene precisar que aparece regulado en el Art. 4 de esta disposición, se refiere en concreto a la posesión y acreditación de entrada en nuestro país mediante pasaporte y visado, este último tiene una vigencia desde la fecha efectiva de entrada en España hasta la obtención de la Tarjeta de Identidad de Extranjero (ésta sólo se expedirá, cuando éste permanezca en España durante más de 6 meses) o hasta que se extinga el plazo concedido en el visado. Esta Ley presenta en este punto como novedad recogida en la Disposición Adicional 3ª, consistente en la obligación del solicitante de presentación y recogida personal de dicho documento de forma obligatoriamente personal, salvo que resulte excesivamente gravoso su desplazamiento al Consulado. De modo que, si el extranjero no se encuentra en posesión de la citada tarjeta, se tipifica esta omisión, como infracción grave, fijándose una multa por incumplir esta obligación “*ex lege*” (letra h) del art. 53 LO 4/2000). Además se constriñe al extranjero que finalizado el plazo de vigencia de la citada tarjeta, y quiera obtener su renovación, la obligación de hacerlo en los 60 días previos a la expiración, de no hacerlo así, incurre en infracción leve³⁷⁸, (art. 53 LO 4/2000).

Planteándose el problema que el art. 4, apartado 2, párrafo segundo, del Real Decreto 240/2007, exigía visado a los familiares nacionales de terceros estados de ciudadanos de Unión cuyos Estados no se aplica todavía el Acervo Schengen, así como a los familiares de ciudadanos de Estados pertenecientes al EEE, aunque fueran titulares de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario. Esta normativa era incompatible con el artículo 5.2 de la Directiva 2004/38/CE que establece: “*Los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro sólo estarán sometidos a la obligación de visado de entrada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 539/2001, o, en su caso, con la legislación nacional. A los efectos de la*

³⁷⁸ Con estas medidas a nuestro juicio, lo que pretende el legislativo es evitar las situaciones de ilegalidad de estancia de los extranjeros en nuestro país, compeliéndole a que en todo momento se encuentren documentados, acto que considero no discriminatorio de conformidad con lo dispuesto por el art 11 de la LO 1/1992, de 21 de Febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, cuyo tenor literal es el siguiente” *Los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes. No podrán ser privados de esta documentación salvo en los mismos supuestos previstos para el DNI*”

presente Directiva, la posesión de la tarjeta de residencia válida contemplada en el artículo 10 eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener un visado” Siendo modificado este apartado 2 del artículo 4 del Real Decreto 240/2007 de 16 de Febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo por el RD 1161/2009, de 10 de Julio³⁷⁹. Permitiéndose a partir de esta modificación que los familiares que sean titulares de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión o del EEE, válida y en vigor, puedan entrar en España sin más trámites, aceptando el Estado español dicha tarjeta como documentación suficiente para su estancia y residencia en España.

Siendo cuestionable la obligación de exhibir esta documentación, cuando se es requerido para ello, por los agentes y fuerzas de seguridad del Estado, en base al art. 20.1 de la *Ley de Protección de Seguridad Ciudadana*. La respuesta a una posible vulneración de derechos, ante un posible trato discriminatorio hacia los mismos, a juicio del TC, carece de fundamento, tal y como lo puso de manifiesto en la STC 13/2001 de 29 de Enero, donde se considera, que no existe motivo de discriminación, por el hecho de pedir documentación a persona cuyas características étnicas o físicas puedan parecer extranjeras, siendo además una obligación de toda persona nacional o extranjera, de exhibir su documentación ante la autoridad cuando sea requerido para ello, aunque se encuentre en la vía pública, tal y como lo apreció la STC 86/1996 de 21 de Mayo. De modo que la justificación de esta obligación, obedece al mandato del legislador de extranjería, de verificar la estancia regular en nuestro país del inmigrante, acreditándose que dicha entrada, ha sido legal, mediante pasaporte y visado, teniendo este último, una vigencia supeditada desde la fecha efectiva de entrada en España, hasta la obtención de la Tarjeta de Identidad de Extranjero, o hasta que se extinga el plazo concedido en el visado. Además como novedad, este punto figura la introducción en la Disposición Adicional 3ª, de la obligación del solicitante de presentación y recogida personal de dicho documento, de forma obligatoriamente personal, salvo que resulte excesivamente gravoso su desplazamiento al Consulado.

Al hilo de lo expuesto, se produce por esta norma una modificación técnica contemplada en su art 34.2 de la LOEXT, donde se introduce ya, como causa para denegar el sistema especial de

³⁷⁹ RD 1162/ 2009, de 10 de Julio, por el que se modifica el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el RD 2393/2004 de 30 de Diciembre

documentación por razones humanitarias, el que el peticionario, esté incurso en alguno de los supuestos del artículo 26 –de prohibición de entrada- o “*se haya dictado contra él una orden de expulsión*”. De modo que, a partir de la nueva redacción dada por la LOEXT, para proceder a la expulsión del extranjero, no es suficiente estar incurso en causa de expulsión, sino que además, se añade la obligación de que se haya dictado orden de expulsión.

Anteriormente en la LOEX, si el extranjero era requerido para su identificación solicitándole su documentación y éste carecía de la misma, en virtud del art. 56 del Reglamento “*siempre iba a quedar incurso en causa legal de expulsión*” al tener una estancia ilegal en nuestro país, ya que no puede acreditar que ha accedido al mismo, cumplimentando los requisitos señalados en el art. 34 de la ley, es decir con pasaporte o documento de viaje que acredite su situación.

Otra modificación significativa, introducida por esta ley, es la conformación de un estatuto jurídico de los extranjeros, internados en centro de detención. Mediante el otorgamiento de derechos y deberes, reflejados en el nuevo art. 62.ter y 62.bis respectivamente. Haciendo desaparecer la regulación segmentada, que se contenía en el artículo 127.7 del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería y en la Orden de 22 de Febrero de 1999.

Otra mejora técnica es el esclarecimiento que efectúa la LOEXT, en relación a la situación jurídica de los estudiantes extranjeros, que se encuentran en territorio español. En particular, en el art. 33.2, establece con claridad, que el régimen del estudiante extranjero será el de estancia, siendo la duración de la autorización de permanencia en territorio español, igual a la del curso para el que esté matriculado. Por tanto, el extranjero estudiante, nunca podrá ser considerado ya como residente, ni temporal, ni de carácter permanente, sino incurso en el régimen jurídico de estancia.

Asimismo, también merece subrayarse como novedad, *la introducción de un nuevo artículo 25 bis*, en el que sorprendentemente, y en virtud de ley y no de reglamento, se regulan los diferentes tipos de visados, lo cual supone, una mayor garantía por ser más correcto, a nuestro juicio, el instrumento normativo utilizado. Diferenciando entre los de tránsito, estancia, residencia, y visado para estudios e introduciendo, un visado novedoso, “*el visado de trabajo y residencia*”.

También otra de las connotaciones mas sobresalientes de esta ley, es su obsesión por el control, para el que se apoyan en la colaboración de bastantes aliados —unos voluntarios y otros forzosos— conforme establece el legislador, u otras normas (circulares, instrucciones, acuerdos, dos, etc.,) que ponen en cuestión la propia jerarquía normativa del ordenamiento.

Otro rasgo significativo de esta ley, es en relación con el art 34.2, relativa al internamiento de extranjeros, que fueran seguidos a un acuerdo de devolución. Donde la LOEX legitimaba, por imperativo del art. 58.5 de la Ley, un internamiento para los casos en los que la devolución, no pudiera ser llevada a efecto en el plazo de setenta y dos horas, trascurridas las cuáles, o bien, eran devueltos a sus países de procedencia, en el ya mencionado plazo de setenta y dos horas, o bien debían ser puestos en libertad.

En cambio, la LOEXT, reforma en este aspecto el artículo 58 de la Ley, permitiendo ya el internamiento, si en el plazo de 72 horas no se puede llevar a efecto la devolución. *(Lo que permite al menos temporalmente que no se llene la bolsa de inmigrantes ilegales)*

No obstante, si hay un grupo olvidado por esta nueva ley, es sin lugar a dudas los migrantes extranjeros regulares, a los que el legislador de extranjería, los trata de forma insustancial, incorporando algunas medidas al respecto, tales como: *dar una nueva naturaleza al visado; simplificando los trámites administrativos de acceso; y, la creación de dos nuevas instituciones como son el Consejo Superior de Inmigración y el Observatorio contra el racismo.* De lo expuesto, se deduce que para llevar a cabo el pretendido control de fronteras, es preciso el acompañamiento del correspondiente otorgamiento de derechos. En definitiva, el nuevo eje de articulación propuesto por la ley en materia de derechos, sólo incide en los derechos condicionados al empadronamiento, previstos en la Disposición Adicional 7 de la LBRL³⁸⁰ y en los derechos a prestaciones sociales de los trabajadores irregulares, previstos en el art. 36.3 de la presente ley objeto de análisis. En cambio, no se produce modificación alguna en relación con los derechos socio-laborales de reunión, asociación, huelga y sindicación.

Observándose como continuando, las directrices marcadas por las diferentes leyes de extranjería en nuestro país, el ejercicio de derechos por parte de los extranjeros, se halla condicionado a las situaciones administrativas en las que se encuentren³⁸¹. De modo que, a medida

³⁸⁰ Cuyo contenido es el siguiente” *Para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley Orgánica (...), sobre control y permanencia de extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales, preferentemente por vía telemática.*”

³⁸¹ VALDUEZA BLANCO, M. D., (2003). Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales, edit *Relaciones Laborales*, núm. 8, Agosto. págs 175-182. Destaca acertadamente que la distinción entre las diferentes situaciones administrativas de los extranjeros, no debe hacerse tan sólo entre la regularidad e irregularidad, pues dentro de ambas existen

que el inmigrante extranjero va jalonando situaciones administrativas de regularidad, va a ir escalando derechos, hasta llegar a la situación de residencia permanente, en la que el extranjero posee un estatuto jurídico, de “*semi-paridad*” con el nacional, puesto que la “*paridad*” absoluta con el nacional español, no se produce hasta que se consigue la nacionalidad. Resultando sorprendente, que tras la reforma operada por la LBRL, el único derecho social afectado por la introducción de la LOEXT sea la asistencia sanitaria, cuya titularidad se otorga por el mero hecho del cumplimiento de estar inscrito en el Padrón Municipal. En consecuencia, no se ha producido una modificación en el acceso al Padrón Municipal, ni, tampoco, en el requisito exigido para el ejercicio del derecho, puesto que no ha sido modificado el art. 12.1 de la LOEXT, cuya dicción literal era la siguiente: “*Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles*”. Si bien, no puede decirse lo mismo de la modificación sufrida por el art. 23 en la LBRL al introducir en la misma la Disposición Adicional Séptima, que para la finalidad del ejercicio de las competencias establecidas legalmente, permite el acceso de la Dirección General de la Policía, a los datos de *inscripción padronal* de los extranjeros. De lo que se deduce, que la Dirección General de la Policía, esta habilitada para acceder al Padrón municipal en el ejercicio de sus funciones, de control de flujos.

La consecuencia conseguida por la introducción de esta disposición, conlleva una bifurcación de efectos que se imbrica en dos direcciones:

a) De un lado para el inmigrante que siente recelo de inscribirse ante el temor de expulsión por las fuerzas de Seguridad del Estado y hace dejación de su derecho a asistencia sanitaria³⁸².

b) Para la Administración, que como consecuencia de la inclusión de esta habilitación, tiene un desconocimiento cuantitativo sobre los inmigrantes que realmente residen en cada municipio.

Sin embargo, frente a esta constada estratificación de derechos de los inmigrantes, se nos plantea a cuestión:

diferentes niveles que configuran múltiples situaciones a las que el legislador condiciona el ejercicio de derecho.

³⁸² Todo ello sin perjuicio del derecho que tiene el inmigrante no empadronado en situación administrativa de irregularidad a percibir el derecho social de asistencia sanitaria en los supuestos no modificados pro la LOEXT en su art 12.2,12.3 y 12.4.Y que contempla los supuestos de las siguientes situaciones: urgencia, menores y mujeres embarazadas.

“¿Toda la ley tiene un efecto perverso sobre los derechos de los inmigrantes irregulares?”.

Parece ser que no, a la vista del art. 36.1 de la LOEX, donde se observa un esbozo de labor tuitiva por parte del legislador, que queda plasmada en el art. 36.3 LOEXT, que se refiere a trabajadores extranjeros, sin hacer especificación alguna en torno a la situación administrativa en la que estos se encuentren, y de otra parte, cuando el legislador de extranjería se refiere a “*derechos del trabajador*”, parece que se refiere a derecho a la seguridad social³⁸³. Siendo la dicción literal del citado artículo la siguiente: “*La carencia de la correspondiente autorización³⁸⁴ por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que de lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidara el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle*”.

Finalmente del análisis del último inciso de este artículo, se desprende que cuando el legislador se refiere a prestaciones³⁸⁵, se entiende incluido en este término todas aquellas que deriven del sistema de la Seguridad Social, y cuya concesión se trasmite al extranjero, supeditada únicamente a su condición de “*trabajador*” sin que tenga trascendencia jurídico laboral, en relación con esta materia especifica su situación administrativa irregular³⁸⁶. De modo que se haría

³⁸³ TABARINI CASTELLANI AZNAR, M., (2003). Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva ley de Extranjería: A propósito de la STSJ de Cataluña de 14 de Mayo de 2002, edit por *Actualidad Laboral*, núm 10, Marzo del 2003, pág 167. Esta autora distingue tres interpretaciones del término “derechos del trabajador” del citado artículo. De un lado, que con la disposición legal, se quiera contrarrestar las soluciones de la jurisprudencia que declaraba nulo el contrato, en este caso dichos derechos harían referencia a los derivados de la estricta relación entre las partes. De otro, si lo que se pretende es que el art 36.3 De la LOEX es que el extranjero tenga todos los derechos derivados de un contrato, habría que incluir entre ellos los derechos en materia de Seguridad Social. Por ultimo, puede ser que lo que se busque sea reconocer al extranjero los derechos derivados de su condición de trabajador, en cuyo caso se haría referencia, además de a los anteriores, a la libertad sindical, al derecho de huelga, a la asistencia jurídica gratuita y, en fin, a todos los que el ordenamiento reconoce a los trabajadores por su condición de tales.

³⁸⁴ Conviene recordar que en virtud de la Disposición Adicional única de la LO 14/2003 de 20 de Noviembre, las referencias al termino “permiso” han sido sustituidas por el de “autorización”

³⁸⁵ No hay que olvidar que el migrante extranjero irregular en nuestro país, gozaba de protección por la contingencia derivada de accidente de trabajo, de conformidad con del Convenio 19 de la OIT, el art. 4.1.b) de la Orden de 28 de Diciembre de 1967 y la Resolución de la Dirección General de Previsión de 15-4-1968.

³⁸⁶ En el caso de la STSJ de Murcia de 4-10-1999 (AS 3206) se resolvía el recurso de suplicación interpuesto por un trabajador marroquí que había sufrido un accidente de trabajo cuando se encontraba realizando la prestación laboral sin permiso de trabajo ni de residencia, sin contrato de trabajo y sin que la empresa para la que trabajaba lo hubiera dado de alta en el Régimen de Seguridad Social. El citado Tribunal impone a la empresa el pago del subsidio por incapacidad temporal derivada de accidente laboral, al no existir afiliación del trabajador. La STSJ Madrid de 10 de Mayo de 1995 (AS 2202) señala que de no admitirse tales conclusiones se estaría promocionando el recurso a la ocupación de extranjeros en situación irregular y el

una especie de ficción, al tener en cuenta su vida laboral, como si se tratase de un trabajador regular, calculándose a tenor de esta carrera de seguro las prestaciones, y la cuantía a la que tuviera derecho. Una vez determinadas las prestaciones y las cuantías, la responsabilidad sería a cargo del empresario infractor de la normativa sobre extranjeros³⁸⁷.

Otro derecho afectado por la incorporación de la LOEXT, al ordenamiento jurídico español de extranjería, es el derecho de reagrupación familiar, donde el legislador, ha optado por una regulación restrictiva del mismo, con la pretensión de acabar con “*las reagrupaciones familiares irregulares*”, fijando como núcleo familiar básico los ascendientes y descendientes, y tratando de eliminar, el fenómeno de la reagrupación en cadena³⁸⁸, al exigir a cada miembro de la unidad familiar, tener su propio permiso para poder así regularizar en España a sus familiares. De modo que, como presupuesto para el ejercicio por un residente de este derecho otorgado en virtud de una previa reagrupación, se establece que éste sea además, titular de una autorización de residencia independiente; prevé también la obligación de cumplir determinados requisitos concretos para el ejercicio de la reagrupación familiar, en el caso de ascendientes previamente reagrupados. En este sentido, el texto prevé que cuando se trate de *ascendientes reagrupados*, estos sólo podrán ejercitar a su vez, el derecho de reagrupación familiar, tras haber obtenido la condición de residentes permanentes, y acrediten solvencia económica en los términos que reglamentariamente se establezcan. Surgiéndonos las siguientes premisas ¿Cómo demostrar en el caso de los ascendientes, que el reagrupante depende económicamente de su progenitor? Y en caso de conseguirlo ¿Cómo justifica que es necesario que él tenga que venir a España?

Igualmente se exige para el supuesto de cónyuges e hijos reagrupados, para poder acceder a una autorización de residencia independientemente, es preciso que previamente cuenten con una previa autorización de trabajo, lo cual, implica limitar este derecho fundamental, realizando un recorte en su reconocimiento legislativo inicial, además de endurecer el régimen de entrada en

correspondiente fraude en el empleo, solución que representa un claro perjuicio tanto para la política de empleo como para la financiación de la Seguridad Social. Así la STSJ de Madrid de 16-4-1998 (AS 1392) consideró “que de la protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es responsable la empresa del pago de las prestaciones por falta de alta en la seguridad Social. “Vid. STSJ de Andalucía /Granada de 7 de Enero de 1998 (AS 378), Cataluña de 25-4-1997 (AS 2430); Andalucía /Málaga de 23 Febrero 1996 (AS 296).

³⁸⁷ VALDUEZA BLANCO, M. D., (2004). Repercusión de la reforma de los derechos socio-laborales de los extranjeros, edit *Temas Laborales* núm. 73, págs. 111-143, especialmente pág 127.

³⁸⁸ STS 20 de Marzo de 2003, cit., FJ 5 señala “*La cuestión es si la redacción actual, suprimido el inciso transcrito, respeta o no el derecho legalmente reconocido a lo que el Consejo de Estado denomina “reagrupación en cadena” y que afirma es un derecho reconocido en la Ley*”.

España³⁸⁹. Para ello, la LOEXT introduce dos nuevos apartados en el art.18 y 19, y modifica el apartado 2 del art 17 quedando definitivamente la redacción del siguiente modo:

2.- *“Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, podrán a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo, obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante, y acrediten reunir los requisitos previstos en esta Ley Orgánica.*

3.- *Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer a su vez, el derecho de reagrupación familiar, tras haber obtenido la condición de residente permanente y acreditado solvencia económica.*

Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo.

4.- *Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación”*

En relación con la específica sobre extranjería, la regulación de este derecho viene recogida en los arts. 16-19. Nos encontramos ante un derecho cuya titularidad corresponde exclusivamente a los extranjeros residentes. Si bien, para el ejercicio de este derecho, se requiere que el reagrupante, haya residido legalmente un año en España, y tenga autorización para hacerlo otro año más, tal y como se desprende del contenido del art. 18.2 ratificado por el TC entre otras, por STC 27 de Junio del 2000. Sin embargo, para que pueda realizarse dicha reagrupación, es previo que el reagrupado no se encuentre en nuestro país³⁹⁰, admitiéndose dicho procedimiento, para los siguientes familiares: *“cónyuge no separado de hecho ni de derecho”*, en este sentido se

³⁸⁹ GOIG MARTÍNEZ, J. M., (2004) .El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes, edit *Revista Teoría y realidad constitucional*, núm 14, pág 239-271.

³⁹⁰ Caben excepcionalmente dos circunstancias en las que no se exige visado y se permite que se encuentre en España: a) solo si se trata de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo del Art. 45.2b) y b) en los casos de autorización de residencia del hijo legal del Art. 94.2 y 3 del Reglamento para el primer supuesto se exige que acredite una residencia continuada en España durante al menos tres años, carecer de antecedentes penales en el país emisor y en el de acogida, este en posesión de un contrato de trabajo cuya duración sea superior al año y acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes ;para el segundo caso, es preciso que este resida al menos dos años con sus padres o tutores, si es menor de edad debe acreditar de que se encuentran cursando estudios, que el padre o tutor acredite medios de vida y alojamiento adecuado para el ejercicio de este derecho.

pronunció la STC de 23 de Octubre de 1998, en el que se denegó la reagrupación por existir “*divorcio*” a pesar de la existencia de hijos, que obviamente tienen derecho de *estancias de visitas*, que la ley admite (lo que no se admite es que durante la misma se solicite la reagrupación).

También se admite, las uniones de hecho, donde la carga de la prueba documental (contrato de arrendamiento, padrón, etc.) y testifical, cobra una gran relevancia.³⁹¹ El nuevo Reglamento de 2011, incluye a estas **parejas de hecho** como supuesto que da lugar a la reagrupación familiar, como ordena la Ley Orgánica. Su acreditación podrá realizarse tanto a través de Registros públicos como a través de otros medios de prueba, preferentemente de carácter público (art 53).

La justificación de la extensión de este derecho de reagrupación, a las personas con las que los extranjeros residentes en España mantuvieran lazos de afectividad análogos, sin estar legalmente casados, tiene su fundamento en la jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.³⁹²

Una novedad relevante en el orden social en materia de reagrupación, supuso el tratamiento singularizado hacia las mujeres, dada su posesión de subordinación, respecto al reagrupante, produciéndose en reiteradas ocasiones, casos de violencia doméstica. De modo que, si se rompían los vínculos familiares, aunque fuese por esta causa, la reagrupada se veía avocada a tener que abandonar España.

³⁹¹ QUIROS FONTS A., (2003). El Art. 8 del Convenio de Roma (1950) (CEDH) y la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar: una conquista del Derecho internacional en el Derecho comunitario, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm 2, págs. 1074-1079.

³⁹² SANTOLAYA MACHETTI, P., (2005). Derecho a la vida privada y familiar: Un contenido notable ampliado del derecho a la intimidad, En *La Europa de los derechos : el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (coord.) por este autor y por GARCÍA ROCA, F. J. (2005) edit Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, págs 487-508. Especialmente pág 494. A juicio de este autor, cualquier convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes, puede ser considerada vida familiar protegida por el Convenio por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio Tesis avalada por LÓPEZ BARBA, E.; y GARCÍA SAN JOSÉ, D.; (2001). El derecho de Reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones asumidas en el Convenio Europeo de derechos Humanos: Un Análisis Crítico, *Revista del Poder Judicial*, núm. 64, pág. 43-82 fundamentalmente pág 64. Quienes descartan lo paradójico que resulta que en virtud de la nueva regulación de extranjería: “el residente en España pueda conseguir la reagrupación con sus hijos pero no con el otro progenitor por no estar casados”.

En la nueva Ley 14/2003, se produce así una modificación del antiguo art. 19.a ,donde partir de ahora, se establece que cuando un cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, podrá obtener autorización de residencia independiente, desde el momento mismo en que se hubiere dictado una orden de protección a su favor. En consonancia con la Ley 27/2003, cuando el juzgado de instrucción dicte una orden de protección para la víctima de violencia domestica,-en este caso, el cónyuge extranjero-, en los casos en que existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad, se podrá obtener la pertinente autorización de residencia independiente(lo lamentable es que esta vía haya sido utilizada como método de regularización de inmigrantes irregulares, y no como resultando de una efectiva violencia de genero, vulnerándose en muchas ocasiones, el derecho a la presunción de inocencia del presunto agresor cuando en realidad se debería de esperar a la sentencia firme condenatoria para, en el caso del cónyuge extranjero maltratador expulsado del territorio español en virtud del art 57 de la LOE, estableciendo una prohibición de entrada en el mismo por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez art 58 de la LOE), y conceder desde ese momento una autorización de residencia(definitiva) a la víctima del maltrato. La respuesta que da el Reglamento de desarrollo de la Ley, no es desde nuestro punto de vista la mas acertada, puesto que en su art 41.2 señala” *el cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia temporal independiente cuando fuera victima de violencia de genero, una vez dictada a favor de la misma una orden judicial de protección*”.De esta forma, el legislador, acota los supuestos de regularización solo a la mujer víctima de esta situación de maltrato, dando por sentado que el hombre es siempre el agresor. Además el legislador prevé en virtud del art 45.4a) del citado Reglamento, que se podrá conceder una autorización por razones humanitarias a los extranjeros victimas de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, en los términos previstos por la Ley 27/2003, siempre que haya recaído sentencia por tales delitos. Siendo este artículo mas garantista al vincular la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepciones debida en este caso al maltrato, que un juez falle concediendo esta conducta, y por la mera orden de protección dictada por el juzgado de instrucción de turno que no profundiza demasiado en el asunto y lo que pretende en la practica es prevenir la materialización de esta presunta violencia³⁹³

Asimismo hay que tener en cuenta en esta materia, la incidencia que ha supuesto para la reagrupación familiar, la irrupción de la Directiva 2003/86/ CE del Consejo, de 22 de Septiembre

³⁹³GASPAR BLANCH, R. A., (2003). Violencia doméstica y mujer inmigrante, *Boletín Aranzadi Penal*, Pamplona, núm, 1/2003.

de 2003. Siendo su objetivo, fijar las condiciones mínimas en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar, de modo que, su regulación no pretende obstaculizar” *la facultad de los Estados miembros de adoptar o conservar disposiciones mas favorables (art 3.5) de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros*”. En este sentido, la Directiva establece que los Estados miembros, deberán autorizar la entrada y la residencia al cónyuge y a los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, mientras que deja a elección de los Estados miembros, la decisión sobre los ascendientes en línea directa y en primer grado, los hijos mayores solteros, y la pareja no casada. Del análisis de esta disposición, se desprende como aspecto positivo relevante, la ampliación de este derecho a las parejas de hecho.

Con respecto al cónyuge, se produce una diferencia sustancial entre la citada LOEXT y la Directiva comunitaria 2003/86/CE, donde se recoge el derecho a reagrupar a la pareja de hecho, siendo incorporada la citada norma europeo a nuestro ordenamiento jurídico interno por el Decreto 240/2007, si bien, con la condición de que se encuentre inscrita como tal en un registro, que impida la posibilidad de inscripción simultánea, por lo que resulta de difícil ejercicio en nuestro país, debido a la existencia de distintos registros autonómicos e incluso municipales que no pueden garantizar la posibilidad de que no exista otra inscripción. Además se permite al Estado de acogida, imponer limitaciones facultativas sobre hijos y cónyuges, basadas en la edad y en un mínimo de residencia, para obtener diversidad de permisos en función de que si se ha solicitado previamente otro, (que se trae del primer permiso) de su naturaleza (que sea para empleo o educación, o se tratarse de residencia autónoma) además existe un plazo máximo de nueve mes para resolver, y si el asunto es complejo, puede llegar a los tres años. Recordemos que pese a la previsión de la entrada en vigor de esta Directiva el 3 de Octubre del 2005, tal y como se establece en su art. 20, esta aun no ha sido transpuesta³⁹⁴ a nuestro país.³⁹⁵ Lo cual nos plantea la premisa siguiente ¿Es necesario modificar la Directiva 2003/86/CE dada su escasa aceptación de trasposición por parte de algunos ordenamientos jurídicos europeos?³⁹⁶

³⁹⁴ Recordemos que España ha llevado a cabo los siguientes actos destinados a adaptar-no a trasponer-nuestra normativa a la Directiva: Acto Jurídico: *Concordance table*; Referencia CMNE(2005)55191)

³⁹⁵ LÁZARO GONZÁLEZ, I., (2002).La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar, *Rev. Migraciones*, núm.12, págs 43-79.

³⁹⁶ En este sentido se pronuncia la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones”*Una política común de emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos.*” COM (2008)359 final17/6/2008.

Otro punto relevante tratado por esta Directiva, es en relación con el requisito de la dependencia, en la familia nuclear, es que no se exige este requisito ni en la Directiva (*sólo exige expresamente vínculo*)³⁹⁷ ni en la LOEXT (*sólo exige convivencia para el cónyuge –artículo 17.1.a-*), aunque tiene poco sentido acudir a la reagrupación si no se depende del reagrupante. De ahí que el legislador español, se vea obligado a concretar la titularidad del derecho en detrimento del contenido: “*en todo caso reagrupa un trabajador residente a título propio, pero no se exige dependencia en la relación familiar*”. Debido a que la dependencia, en la familia nuclear, no es requisito ni en la Directiva (que sólo exige expresamente vínculo) ni en la LOEXT (que sólo exige convivencia para el cónyuge³⁹⁸) además es injustificado utilizar la vía de la reagrupación sino se depende económicamente del reagrupante.

En el supuesto de los ascendientes, previamente reagrupados, para los que sí se exige dependencia, las condiciones se endurecen. No obstante, debemos recordar que la Directiva no impone, sólo reconoce, su posible reagrupación³⁹⁹, en términos similares a como lo hace la LOEXT, por lo que ya supone un progreso considerable que se admitan en España. Eso justifica de algún modo que la reforma exija al ascendiente la previa obtención de residencia permanente y acreditación de solvencia económica para poder reagrupar. Sin embargo, aquel que tenga a su cargo un hijo menor o incapacitado queda excluido y se somete al requisito general (el requisito general es el de autorización independiente de residencia y trabajo previsto en el art. 17.2 LOEXT).

En cuanto a los hijos reagrupables, en virtud del art. 39.b RLOE, se les va a exigir que sean menores de dieciocho años, o estén incapacitados y en ninguno de los casos que se encuentren casados en el momento de presentar el visado. A nuestro juicio, es posible que la “*ratio legis*” de la disposición, se refiera a la soltería, pero de la lectura de este precepto parece deducirse, que es admisible que un hijo viudo o divorciado sea reagrupado. Igual que en el caso de la edad constatada en el momento de la solicitud, entendemos que también en ese momento procesal, deberá estar inscrita en el Registro Civil del Estado de origen, la anotación correspondiente a la

³⁹⁷ El art. 4 de la Directiva, en la que se concibe una sola familia, de tal modo que el reagrupado contribuirá, en su caso, a los ingresos familiares, extremo que deberá ser tenido en cuenta por los Estados que denieguen la renovación del permiso de residencia por insuficiencia sobrevenida de recursos del reagrupante (art. 16.1).

³⁹⁸ Art. 17.1.a. LOEXT

³⁹⁹ Art. 4.2.a) de la Directiva: (“Los Estados miembros podrán” autorizar la entrada y residencia de) “los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar necesario en el país de origen.”

libertad de estado, ya sea por no haberse alterado en ningún momento su estado, como por haberse anotado ya la nulidad o la disolución del matrimonio, tanto por defunción como por divorcio.

¿Pero puesto que el matrimonio es causa de extinción tanto de la minoría de edad (arts. 314 y 316 Cc) como de la patria potestad del incapaz (art. 171, II, 4 Cc) no es más cierto que, si el hijo es divorcio o viudo sea inadmisibile su reagrupación puesto que ya no es causa excluyente su minoría de edad o su matrimonio?

En concordancia con lo dispuesto por la LOEXT, su Reglamento de desarrollo también prevé el ejercicio del derecho de reagrupación, si el reagrupante es su representante legal, o si se trata de ascendientes del reagrupante o de su cónyuge, siempre que acrediten al menos durante el último año su residencia en España, haya trasferido fondos, que permitan deducir una dependencia económica efectiva.

¿Pero si se trata de hijo de uno solo de los cónyuges, esta dependencia que señala la ley, no seria legal y no de naturaleza económica como se deduce de la literalidad del art. 39 de desarrollo de esta norma?

Desde mi punto de vista, nos situaríamos ante una dependencia legal, y no económica, ya que de tratarse de la primera, se estaría vulnerando los arts 14 y 39.2 de nuestra carta magna. Y en el caso de que se trate exclusivamente de dependencia económica, *¿Cual es la cuantía exacta que demuestre a titulo de la Administración dependencia económica?* El art. 42.2b el Reglamento establecía que 300 euros como regla general, teniendo en cuenta el número de personas dependientes del reagrupante. Además, deberá demostrar que dispone de vivienda adecuada y de asistencia sanitaria para los sujetos que pretendan reagrupar, de modo que no supongan ninguna carga social para el país de acogida.

En cualquiera de los casos, se exige la presentación de al menos la última declaración del IRPF y tarjeta sanitaria.

Si trabaja por cuenta ajena, contrato de trabajo y recibo de salario de al menos los tres últimos meses, si es trabajador por cuenta propia, copia de los boletines de cotización del RETA, y sino trabaja, ingresos que perciba como consecuencia de pensiones, subsidios rentas, etc.

No obstante la LOEXTR, solventa el problema de los viudos/as, a los que les reconoce el derecho de reagrupación .Otra cuestión controvertida, se plantea en torno a la obligación del reagrupante de tener una vivienda adecuada, la calificación de que esta es apropiada, la ley no dice nada, lo único que se especifica es que se puede justificar a través de un informe expedido por la

Corporación Local (facultativo), y que se expedirá en el plazo de 15 días, en caso de silencio negativo, el reagrupante puede solicitar un acta notarial mixta de presencia y manifestaciones, en caso de que la Corporación local no hubiera procedido a emitir el informe de disponibilidad de vivienda en el plazo indicado, lo que será acreditado con la copia de la solicitud realizada. En todo caso, el informe o acta notarial debe hacer referencia a los siguientes extremos: “*título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias de la vivienda, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento*”.

Debiendo este gasto ser sufragado por el solicitante, el problema que se plantea es como acreditar la tenencia de una vivienda, cuando esta es ocupada por cesión de un familiar, subarriendo ilegal o en precario. En este caso, también la carga de la prueba recae sobre el mismo. Lo que si queda patente, es que no se podrá otorgar residencia a familiares del reagrupante hasta que no se haya producido la renovación de su residencia. En cualquiera de los casos, la denegación de la autorización debe ser motivada⁴⁰⁰ y notificada en forma al interesado lo antes posible, desde que recayó, sin que pueda superar el mes y medio desde que se dicto, teniendo el silencio carácter negativo.⁴⁰¹

Otro caso distinto, es el del reagrupado que solicita una autorización de residencia independiente del reagrupante, en estos casos, su concesión se encuentra subordinada a la obtención de autorización de residencia para trabajar:

a) Si se trata de cónyuge, se exige que a pesar de haberse producido separación o divorcio, anteriormente este residiera en nuestro país durante al menos dos años. (Art. 4 de Reglamento de esta Ley).

b) Que se haya producido el fallecimiento del reagrupante.

⁴⁰⁰ TRINIDAD GARCÍA, M .L., y MARTÍN MARTÍN, J., (2005). *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España*, edit por Lex Nova, Valladolid, pág 75, destacan que a pesar de que el procedimiento de reagrupación prevea que solo es preciso motivar las denegaciones de autorización de residencia por reagrupación, si recae resolución expresa no en caso de silencio administrativo, éstos autores sostienen que es extensible la necesidad de motivación también a las resoluciones tacitas sustentando su afirmación en la STSJ de Madrid de 13 de Marzo del 2003.

⁴⁰¹ Es preciso hacer referencia a la Sentencia 193 de 23 de Julio de 2008 del Juzgado Contencioso-Administrativo N°, de Pamplona/Iruña por el que se denegaba por silencio administrativo negativo la autorización de residencia del reagrupado, al demostrarse que el recurrente tenia suficiencia de recursos, contrato de trabajo desde hacia una año y cobertura de asistencia sanitaria.

c) *Que el cónyuge sea víctima de violencia doméstica,⁴⁰² acreditado por orden de protección dictada a su favor (art. 41.2b).*

d) *Si se trata del hijo menor, es preciso que este alcance la Mayoría de edad y obtenga una autorización de trabajo.*

Todo ello, sin olvidar, que el art. 19 de la LOEXT, contempla que esta excepción a la autorización de trabajo, también podría extenderse a los hijos y ascendientes, a favor de los cuales se dicte una orden de protección⁴⁰³.

En contraste con la autorización para trabajar, existe la alternativa del plazo, prevista con carácter residual por la Directiva, fijado en cinco años de residencia como máximo, en el art. 15.1 de la Directiva. También reglamentariamente en dos años para el cónyuge, acudiendo al art. 41.4. RLOE, cuya dicción literal es la siguiente:

“El cónyuge reagrupado podrá obtener un permiso de residencia independiente cuando:

a) Obtenga una autorización para trabajar.

b) acredite haber vivido en España con el cónyuge reagrupante, durante dos años, mediante certificado de empadronamiento, o de inscripción consular, o por cualquier medio de prueba admisible en Derecho que, de forma efectiva, evidencie la continuidad de dicha permanencia en España.

Este plazo podrá ser reducido cuando concurran circunstancias de carácter familiar o humanitario que así lo justifiquen”.

Si bien, habrá que esperar a la adaptación reglamentaria de la reforma (Disp. final tercera LO 14/2003), sin embargo, una interpretación orientada a aplicar el art. 15.1 de la Directiva, y a

⁴⁰² La aplicación de la Ley de Extranjería supone para las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género un “plus” con respecto a la problemática general, dado que su denuncia puede acarrear la expulsión de su compañero, en el caso de que se encuentre irregular, y puede también acarrear problemas con respecto a la renovación de la tarjeta o la concesión de la nacionalidad. La Instrucción N° 14/2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuación en dependencias policiales en relación a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género en situación irregular no resuelve de forma adecuada el conflicto que surge entre normas al posibilitar la sanción de multa para la mujer en estos supuestos, dado que la protección de la dignidad de la persona es un interés superior al de la política migratoria.

⁴⁰³ AGUELO NAVARRO, P., y RODRÍGUEZ CANDELA, J. L., (2003). Algunos aspectos críticos del texto de Reforma de la LOEX, *Revista Derecho Migratorio y extranjería*, edit Lex Nova, Valladolid, núm. 4, Noviembre, pág 85

entender esta alternativa como complementaria a la de violencia doméstica, favorece su aplicación. Finalmente no hay que olvidar, que en los supuestos de reagrupación independiente del hijo o del cónyuge, para su otorgamiento no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, pero se rechazarán aquellas solicitudes donde los interesados acrediten percibir rentas inferiores al SMI (Art. 41.6 del Reglamento). En este sentido, conviene recordar que el trabajador extranjero, a pesar de que no se encuentre en posesión de autorización de trabajo, esto no implica la privación de otros derechos individuales, que figuran en el art. 4 del ET y que son: “*el derecho a la ocupación efectiva, a la promoción y a la formación profesional en el trabajo, a no ser discriminado por el empleo o una vez empleado, a la integridad física y aquellos otros derivados del contrato de trabajo.*”⁴⁰⁴”.

En consecuencia, la mujer inmigrante extranjera en nuestro país, tiene derecho de reagrupación familiar, en virtud del art 17.1.a) de la LOEXT, cuya dicción literal es la siguiente:” *El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares....El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge, y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico, que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes*”.

De lo expuesto, se deducen varias consecuencias jurídicas. En primer lugar, si se trata de un matrimonio polígamo, la decisión del reagrupante de a quien quiere reagrupar, es una decisión unilateral suya, perjudicando generalmente al resto de los cónyuges que tuvieran vínculo matrimonial en el país de origen con el mismo. (Art 17.1.a LOEX y su correlativo art 42.2.f) del Reglamento de ejecución), sin que la ley regule las consecuencias jurídicas, que derivan en el momento de que segundos o posteriores matrimonios, produzcan en relación con los hijos. Surgiendo la duda, en relación con el art 4.4 inciso final, de la Directiva 2003/86 relativa a la reagrupación, puesto que si los Estados limitan la reagrupación familiar de hijos menores de otro

⁴⁰⁴ Según expresión de VALDUEZA BLANCO, M. D., (2003). Las situaciones administrativas e los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales, en Rev. *Relaciones Laborales*, Madrid, Tomo II, pág.167; y que ella misma define como la situación de “quienes ejercen una actividad lucrativa sin la correspondiente autorización para trabajar”.

cónyuge con el reagrupante *¿Qué hijos menores tendrían derecho si el reagrupante hubiera optado por reagrupar a otro cónyuge en caso de matrimonio polígamo?*

Otro problema lo plantea la LOEXT, al no equiparar a las parejas de hecho registradas al concepto de cónyuge⁴⁰⁵, hubiera sido más clarificador que la Directiva citada, hubiera dotado de contenido al termino "pareja de hecho", dejando a la decisión unilateral y arbitraria de cada Estado, los efectos de estas uniones. Lo que a su vez plante el problema, de los hijos nacidos de estas uniones, cuando el Estado miembro no reconoce efectos de vínculo a éstas, planteándose el problema de que éstos porque si los hijos podrán reagruparse con el residente nacional de tercer Estado, su progenitor que quedo fuera no⁴⁰⁶.

Finalmente analizaremos la situación jurídico administrativa en que se encuentra la mujer extranjera, cuando se produce el supuesto de violencia de genero y su incidencia en cuanto al derecho aplicable, y la posibilidad de conseguir una autorización de trabajo, en virtud de dicha situación, apreciándose en los últimos años un tratamiento específico de esta problemática que tiene su correspondencia en la aprobación en el Consejo de Ministros el día 9 de Enero de 2009 del "Plan de atención y prevención de la violencia de género en población extranjera inmigrante 2009-2012". En todo caso, la respuesta que desde la Ley de Extranjería se ha dado a este problema es relativamente reciente, comienza con la Ley 14/2003 de 20 de Noviembre que modifica el art. 19 para que la mujer víctima de violencia de género que estuviera reagrupada pudiera optar a un permiso independiente, para lo cual debía aportar medios económicos.

Por otro lado, el art. 45.4 del Reglamento de Extranjería contempla una autorización por circunstancias humanitarias, incluyendo los supuestos de las víctimas de conductas violentas ejercidas en el entorno familiar. La solicitud se puede presentar con la orden de protección, pero solo se concederá la autorización cuando haya recaído la sentencia. Esta reforma es completada con las Instrucciones DGI/SGRJ/05/2008, en relación con los supuestos de personas extranjeras que haya sido víctimas de determinados delitos, incluidos los de conducta violenta ejercida en el entorno familiar ó de violencia de género y la Instrucción número 14/2005, de la Secretaría de

⁴⁰⁵ La normativa española de Extranjería prevista en la LOEXTY exige que el cónyuge no se encuentre separado de hecho o derecho, en contraposición con lo dispuesto por la Directiva 2004/38 en su art 2.a, que no prevé la separación de hecho como causa de inaplicación de esta condición.

⁴⁰⁶ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., (2007) Directiva 2003/109/CE versus legislación española actual ¿la trasposición exige la modificación de la LO 4/2000?, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 15, págs 9-42. Destaca que al limitación de la alcance de la reagrupación a los "cónyuges unidos por vinculo matrimonial" introduce un trato distinto de las parejas de hecho respecto de las matrimoniales, a pesar de que el elemento de referencia para la reagrupación familiar es evitar al ruptura de la convivencia familiar que existe en ambos tipos de relaciones y no en la trascendencia del vinculo jurídico formal que los une.

Estado de Seguridad, sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular.

Esta última Instrucción que se promulga precisamente en desarrollo de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género dispone que tras la denuncia interpuesta por una mujer inmigrante en situación irregular se inician Actuaciones Previas a las que le siguen un Acuerdo de Iniciación de expediente sancionador que continuará con la incoación de dicho expediente si no se adopta medida de alejamiento o se “suspenderá por el plazo de un mes si tal medida es adoptada”. Durante ese mes la persona extranjera debe solicitar la autorización de residencia por circunstancias excepcionales; si se la conceden se reactiva el expediente que termina con una multa en lugar de expulsión. Si la mujer extranjera no solicita la autorización se levanta la suspensión del expediente que continuará con propuesta de expulsión.

Esta Instrucción no se ha llegado a ejecutar por ser poco efectiva y disuadir a las mujeres extranjeras irregulares de denunciar malos tratos parecía destinado a desaparecer. Actualmente la mujer objeto de violencia de género puede encontrarse en alguno de los siguientes supuestos:

En primer lugar, si la mujer es cónyuge de un ciudadano no comunitario y ha sido reagrupada por éste y se produce un caso de violencia de género, el Reglamento de Extranjería, prevé en este supuesto, que para poder independizarla administrativamente del reagrupante, al amparo del art 41 sólo es necesario una orden de protección (no es necesario sentencia penal condenatoria), también se puede, mediante un informe favorable del Ministerio Fiscal (si este no lo emite queda desamparada judicialmente). Así, accedería a una autorización de residencia. También sería aconsejable solicitar autorización de empleo, mediante inscripción en el Servicio de Empleo (si la CCAA tiene competencia transferida en esta materia) y formación profesional, solicitud de Renta Activa de Inserción. En estos casos, las dificultades se encuentran al renovar las autorizaciones, habría que señalar las especiales circunstancias de estas mujeres y poder flexibilizar los requisitos para la renovación. Igualmente, se podría contemplar programas especiales para el autoempleo. *¿Pero en qué situación jurídico administrativa, se encuentra la mujer, que siendo víctima de violencia de género familiar de español por esta causa, inicien un proceso de divorcio (o separación si el cónyuge es español) que régimen le sería aplicable?*

Ésta debe junto con la solicitud de una orden de protección o informe positivo a tal efecto del Ministerio Fiscal, solicitar el paso a Régimen General de Extranjería, a no ser que lleve más de cinco años en Régimen Comunitario, en éste último caso, no saldría del Régimen Comunitario (Art. 96.5). En esta situación, puede ocurrir que la sentencia de divorcio se dicte antes que la sentencia penal de violencia de género. En este caso, se computa con seis meses desde que la sentencia de divorcio es firme, para poder tramitar el paso al Régimen General de Extranjería. En cambio, si la sentencia penal por violencia de género fuera absolutoria y el divorcio aún no ha sido resuelta, igualmente se puede aprovechar hasta que se declare la disolución del vínculo matrimonial, para hacer el cambio de Régimen del Derecho Comunitario al Régimen general de extranjería. Si no se aprovecha este periodo, para esta pasarela que ofrece el art. 9.4 RD 240/2007, la mujer, una vez dictada la sentencia de divorcio, pasaría a ser irregular. De modo que, si la sentencia penal sobre violencia de género se dicta antes que la de divorcio, se debería iniciar cuanto antes el cambio del Derecho comunitario al Régimen General de Extranjería, vía art. 96 del Reglamento de la Ley de Extranjería. Y en su defecto, puede acudir a solicitar autorización de residencia por circunstancias excepcionales, pero para ello se necesita sentencia penal por violencia de género condenatoria por delito.

En todos los casos, las mujeres podrían pasar al Régimen General de Extranjería vía art. 96 del Reglamento de la Ley de Extranjería, solicitando autorización de residencia, una vez se consiga ésta, se podría tratar de obtener autorización de trabajo, siempre que haya un contrato de trabajo. El procedimiento es complicado, en principio, se tratará de tramitar ayudas como la RAI, para poder acreditar los medios económicos exigidos para otorgar la autorización de residencia. Posteriormente, para obtener la autorización de trabajo, se podría incorporar a las mujeres a procesos de formación para el empleo y conseguir más oportunidades, en la oferta de un contrato de trabajo. De esta manera, se podrá tramitar la autorización de trabajo correspondiente.

En segundo lugar, en el caso de que la mujer sea contratada en origen por campaña agrícola, no existe un proceso específico previsto, si bien sería necesario aconsejarles el cambio al Régimen General de Extranjería (art. 45. Situación similar al de mujeres víctimas de violencia de género con estancia irregular en España).

En tercer lugar, si la mujer es no comunitaria y es cónyuge o pareja registrada de un ciudadano comunitario, en este supuesto a la mujer migrante se le aplicaría el Régimen

Comunitario previsto en el RD 240/2007, de 16 de Febrero, y al no tener efecto jurídico alguno en nuestro ordenamiento jurídico interno el termino *"pareja registrada"*, por no ser esta situación constitutiva de estado civil, quedaría sin reconocimiento, salvo que este inscrita tal situación en el registro civil de algún país de la UE, conforme a su propia normativa interna, siempre que se pueda acreditar mediante certificado del Registro Civil extranjero traducido y apostillado, se considerará por las autoridades españolas como familiar de comunitario (art. 3 RD 240/2007).

En cuarto lugar, la situación jurídico-administrativa de una mujer víctima de violencia de género familiar de español o de comunitario, se resuelve mediante lo dispuesto en el Derecho Comunitario (art. 9 del Real Decreto 240/2007, de 16 de Febrero). De tal manera que las mujeres que sufran ésta situación y que inicien un proceso de divorcio (o separación si el cónyuge es español) junto con la solicitud de una orden de protección o informe positivo a tal efecto del Ministerio Fiscal, pueden solicitar el paso a Régimen General de Extranjería, a no ser que lleve más de cinco años en Régimen Comunitario, en éste último caso, no abandonarían del Régimen Comunitario (art. 96.5). En esta situación puede ocurrir que la sentencia de divorcio, salga antes que la sentencia penal de violencia de género. En este caso se cuenta con seis meses desde que la sentencia de divorcio es firme para poder tramitar el paso al Régimen General de Extranjería. En todos los casos, las mujeres podrían pasar al Régimen General de Extranjería, vía art. 96 del Reglamento de la Ley de Extranjería, solicitando autorización de residencia, una vez se consiga ésta, se podría tratar de obtener autorización de trabajo, siempre que haya un contrato de trabajo. Esto es siempre complicado. En principio, se tratará de tramitar ayudas como la RAI para poder acreditar los medios económicos exigidos para otorgar la autorización de residencia. Posteriormente, para obtener la autorización de trabajo, se podría incorporar a las mujeres a procesos de formación para el empleo y conseguir más oportunidades de en la oferta de un contrato de trabajo. De esta manera, se podrá tramitar la autorización de trabajo correspondiente. Esta solución tiene su base en la ORDEN TAS/711/2008, de 7 de Marzo⁴⁰⁷ en su art 5.1 y 6.1 y cuya dicción respectivamente señala lo siguiente: Art. 5.1. *"(...) Se podrá inscribir como demandantes de empleo, para trabajar por cuenta ajena sin ninguna limitación, salvo la derivada de la vigencia de la propia autorización de residencia, los extranjeros titulares de una autorización de residencia temporal por haber sido reagrupados aunque lleven menos de un año de residencia legal (...)"* y el art 6.1. :*"(...) los extranjeros titulares de una autorización de residencia temporal por*

⁴⁰⁷ BOE núm. 66 de 17 de Marzo de 2008

circunstancias excepcionales, por razones humanitarias, por colaboración con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales o cuando concurran razones de interés público o de seguridad nacional a los que se refieren a los apartados 4 y 5 del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero (...)”

Así pues, no tendría por qué haber dificultades en solicitar ayudas, o en inscribir como demandantes de empleo, o en solicitar la admisión en cursos de formación para el empleo, o en acceder a servicios de orientación profesional para mujeres con autorización de residencia y víctimas de violencia de género. Incluso, si la sentencia penal por violencia de género fuera absolutoria y el divorcio aún no ha sido resuelta, igualmente se puede aprovechar, hasta que se declare la disolución del vínculo matrimonial, para hacer el cambio de Régimen del Derecho comunitario al Régimen general de extranjería. Si no se aprovecha este periodo para esta pasarela que ofrece el art. 9.4 RD 240/2007, la mujer, una vez dictada la sentencia de divorcio, pasaría a convertirse en irregular.

En quinto lugar, en el caso de que la mujer sea contratada en origen por campaña agrícola, no existe un proceso específico previsto, si bien sería necesario aconsejarles el cambio al Régimen General de Extranjería (Art. 45. Situación similar al de mujeres víctimas de violencia de género con estancia irregular en España).

En sexto y último lugar, se trata de ciudadana no comunitaria irregular que sufre violencia de género, su tratamiento se efectúa por la vigente Ley en su art 31. bis, que regula el supuesto específico en estas circunstancias. En primer lugar, se le incoa un expediente sancionador por estancia irregular, (art. 53.1 a) de la Ley (si bien, el mismo queda en suspenso hasta la resolución del procedimiento penal (generalmente no se dicta expulsión, por el contrario, lo más probable es que se trate de una multa). A partir de aquí la regulación es muy similar a la recogida en la Instrucción 14/2005 de 29 de Julio.

La novedad estriba en que se concede autorización de trabajo sin necesidad de aportar oferta. Asimismo destacar que según se señala en el siguiente párrafo, *Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales podrá conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera.*

Queda por lo tanto la posibilidad de conceder esta autorización de manera provisional sin esperar a la sentencia. Por último, si se produce una sentencia condenatoria se concede la autorización y si no se hubiera solicitado se informará sobre ello. Pero cuando del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, continuará el expediente

administrativo sancionador inicialmente suspendido y si la sentencia penal por violencia de género es condenatoria y por delito, esta orden de expulsión se suspende, si bien, la mujer habrá de pagar una multa de entre 300 a 6.001 €. Lo expuesto nos plantea el interrogante siguiente ¿Tendrían derecho estas mujeres a acceder a la Renta Activa de Inserción? La respuesta es negativa, puesto que al no poder figurar éstas como demandantes de empleo por mandato de la Orden TAS/3698/2006 se ven privadas de esta prestación. Dado que para el legislador de extranjería prevalece la condición de extranjero sobre la de violencia de género. Siendo en consecuencia inaplicable lo dispuesto en el art 14 de la actual ley de extranjería, supuesto que a mi juicio debería haber sido contemplado en su párrafo 2, junto a menores y discapacitados como grupos objeto de un tratamiento privilegiado dada su situación de vulnerabilidad.

De lo expuesto se deduce, que cuando existe una presunta situación de violencia de género, el trato de la mujer inmigrante va a ser diferenciado, dependiendo de la situación jurídico-administrativa en la que se encuentre en nuestro país y del vínculo matrimonial que tenga con el presunto agresor, de modo que, mientras que a la mujer extranjera irregular, se le exige la acreditación de su situación de víctima, mediante una sentencia condenatoria por delito para otorgarle la residencia por circunstancias excepcionales, basadas en razones humanitarias, al resto de las mujeres extranjeras víctimas de violencia, le es suficiente confirmar su condición de víctima, con una orden de protección o informe del Ministerio Fiscal. Es cierto que la Ley integral 1/2004 no permite el trato discriminatorio entre víctimas de violencia de género. Por tanto, los preceptos 45.4 a) y 46.3 del Reglamento de la Ley de Extranjería deberían aplicarse en consonancia con la Ley Integral 1/2004 y no exigirse a la irregular, la sentencia condenatoria por delito que demuestre su condición de víctima, sino ampliar este concepto para poderle otorgarle la residencia por circunstancias excepcionales. Por tanto, para evitar la indefensión que padece la mujer extranjera en situación administrativa irregular, víctima de violencia de género, es necesario que esta víctima, que consigue la residencia por circunstancias excepcionales, se le otorgue a la vez la autorización para trabajar, tal como se prevé para otro tipo de supuestos contemplados en el art. 45.7 del Reglamento.

De lo expuesto se desprende que hay determinadas situaciones de riesgo y de vulnerabilidad de determinados categorías de inmigrantes, que son objeto de exclusión legal y administrativa en nuestro país, que podemos englobar en diferentes grupos: inmigrantes (excluidos de la sociedad receptora), los sin-techo (excluidos espaciales), la tercera edad (excluidos del sistema productivo), género (excluidos de las jerarquías dominantes), los parados (excluidos del

sistema productivo-laboral), los enfermos y discapacitados (excluidos de los cánones tradicionales de una sociedad), homosexuales (excluidos de otros cánones tradicionales basados en la moral) y los menores(excluidos por razones de minoría de edad).

Nuestro análisis, sólo lo vamos a centrar en la exclusión de género, y en la de minoría de edad, que se hace por parte del legislador del RD 2393/2004 de 20 de Noviembre. Si bien, debemos señalar las razones que han avocado al legislador de extranjería, al tratamiento de alguno de los grupos objeto de exclusión social, es sin lugar a dudas, los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país. En este sentido, se observa como existe una obligación por parte de los Estados, de desarrollar políticas públicas que eliminen cualquier tipo de discriminación contenida en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre los que destaca, la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que recoge entre sus propósitos, la cooperación internacional *“en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”*. Sostener un trato discriminatorio, basado en la raza o la nacionalidad, no es compatible con el principio de no discriminación, contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuya dicción literal establece en su art 2.1: *” Toda persona tiene derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*. En el mismo sentido, se pronuncia el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su art 14 y los dos Pactos Internacionales (art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Pero sin lugar a dudas, la normativa básica en esta materia, la constituye la *Convención Internacional, sobre la “Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 21 de Diciembre de 1965”*, en cuyo Preámbulo se declara como objetivo: *”adoptar todas las medidas necesarias, para eliminar rápidamente la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones, y a prevenir y combatir las doctrinas y prácticas racistas, con el fin de promover el entendimiento entre las razas, y edificar una comunidad internacional, libre de todas las formas de segregación y discriminación raciales”*. Por su parte, la OIT, artículo 1 del Convenio 111 de Junio de 1958, se refiere a la discriminación en los siguientes términos: *“cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”*.

Con respecto al tratamiento del Derecho Comunitario, destaca la aprobación de la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial étnico, va más allá en la lucha contra la discriminación racial, al recoger que el principio de igualdad de trato es *“la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico”*. Entiende que, *“existirá discriminación directa, cuando por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra, en situación comparable”*, mientras que *“existirá discriminación indirecta, cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, sitúe a las personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas”*, salvo que medie una justificación objetiva acorde a una finalidad legítima. Si bien, la Directiva en su artículo 4, admite la posibilidad de establecer una diferencia de trato, basada en el origen racial o étnico, cuando en actividades profesionales, el requisito profesional sea esencial y determinante, no pudiéndose aceptar, diferencias de trato basadas en otros motivos.

Para poder aplicar esta medida, la Directiva señala dos requisitos:

a) La existencia de un objetivo legítimo.

b) La proporcionalidad entre el derecho que se quiere proteger y el derecho que se ve limitado.

El artículo 5, señala que los Estados miembros, podrán adoptar normas dirigidas a prevenir o compensar las diferencias de trato que afecten a personas de un origen racial o étnico, y el artículo 8.1, atribuye la carga de la prueba, a la parte demandada, es decir, corresponde a la parte demandada, demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona se considere perjudicada por hechos que puedan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales, en su artículo II-81.1, *“prohíbe toda discriminación, y en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales”*. El artículo III-124.1 señala que: *“la UE, podrá establecer las medidas necesarias para luchar contra la discriminación causada, entre otros motivos, por los relacionados con la raza u origen étnico, sin perjuicio de las demás disposiciones de la Constitución, y dentro de las*

competencias que ésta atribuye a la Unión, una ley, o ley marco europea del Consejo, podrá establecer las medidas necesarias para luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo”.

Con respecto a nuestro ordenamiento jurídico interno, se consagra este derecho en su art 14CE, el cual se bifurca en dos vertientes:

- a) La discriminación patente.
- b) la discriminación encubierta.

Entiende la discriminación patente, como *“el tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras”*, mientras que la discriminación encubierta, haría referencia a *“aquel tratamiento formal, o aparentemente neutro o no discriminatorio, del que se deriva (...) un impacto adverso sobre la persona o conducta censurable”*, que carece de justificación o no resulta idónea. Una vez hecha la distinción entre discriminación patente y encubierta, prohibidas expresamente en el art. 14 CE, señala que los requerimientos policiales de identificación, con el objeto de controlar el cumplimiento de la Ley de Extranjería tienen cobertura normativa.⁴⁰⁸

A pesar de que en España, existe norma penal contra la discriminación racial, aparte de algunos artículos genéricos en la normativa laboral y de extranjería, la regulación existente es insuficiente, sobre todo, por las dificultades de probar la discriminación encubierta, y de invocar este derecho. Observándose como *“las normas típicamente laborales de los distintos ordenamientos positivos, rara vez contienen disposiciones, que de manera expresa y directa, reconocen a los trabajadores, la titularidad de los derechos, que como ciudadanos, las normas supremas les confieren.*

Tampoco la negociación colectiva, ha podido o ha sabido comprometerse de manera decisiva, con la protección de este tipo de derechos. Cuestiones tan cruciales para garantizar de manera eficaz, los derechos de la persona del trabajador, como pueden ser las relativas al procedimiento empresarial de selección de los trabajadores, *–momento especialmente propicio para conductas discriminatorias o para la violación de la intimidad o de la libertad ideológica- o*

⁴⁰⁸ STC 13/2001, FJ 8.

el control por parte del empresario, de la prestación laboral - *aspecto éste, que despliega una potencial y grave amenaza, sobre el derecho a la intimidad del trabajador* - apenas han sido exploradas por la autonomía negocial.⁴⁰⁹

La normativa expuesta, pone de manifiesto la necesidad de protección de los grupos de exclusión social. En primer lugar, nuestro análisis lo vamos a centrar en dos grupos: “*mujeres y menores*”. En relación con la exclusión legal de la mujer, se observa como su protección se incardina fundamentalmente, debido a la “*doble*” discriminación de la que es objeto, por ser inmigrante, y por ser mujer, siendo insertada tradicionalmente por parte del legislador de extranjería junto a los beneficiarios de asilo y refugio, sin dotarla de un tratamiento separado, como en cambio si se hace con los menores, tal y como queda patente en el RD 203/1995, de 10 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de Marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de Mayo, cuando se refiere a la prestación de servicios, regulada en su art 1, establece lo siguiente: ” *En la prestación de los servicios a los que se refiere el apartado 1 de este artículo, se tendrá en cuenta la situación específica de las personas en las que concurra una especial vulnerabilidad, tales como menores, menores no acompañados, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, conforme a las directrices contenidas en las recomendaciones internacionales, que se ocupan de homologar el tratamiento a estos grupos de población desplazada o refugiada*”.

En consecuencia, el tratamiento que efectúa el legislador con respecto a los derechos de los que son titulares las mujeres, aparecen diseminados por la Ley, sin recibir un tratamiento agrupado en cuanto a su sistemática, y que a continuación procederemos a examinar.(a excepción del supuesto de violencia de genero anteriormente analizado)

El primer derecho que ofrece peculiaridades en cuanto al destinatario de género, es la asistencia sanitaria. En este sentido, del análisis de la LOEXT y de su reglamento de desarrollo, que no ha sido modificado en este derecho, en cumplimiento del mandato declarativo que se efectúa en la Exposición de Motivos, en su objetivo cuarto, donde se establece lo siguiente: ” *Las modificaciones recogidas, no afectan ni al catálogo de derechos, ni a la estructura de la Ley*

⁴⁰⁹ VALDÉS DAL RE, F., (2003). Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia, edit *Relaciones Laborales*, núm. 22, págs 1-13.

Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 ". De lo que se desprende el vigente art. 12 de la LOEX, relativa a la sanidad. Dotando a este derecho de una doble configuración, de un lado como prestación del sistema de Seguridad Social recogido en el art 14, y de otro, como medida de protección aplicable a cualquier extranjero, que se encuentre en nuestro país independientemente de su situación administrativa⁴¹⁰ Evidentemente, si se encuentra ésta en "situación regular", tiene los mismos derechos en esta materia que las españolas, en cambio si su situación es "ilegal", pero se encuentran empadronadas⁴¹¹, tendrán derecho a esta asistencia en las mismas condiciones que si fuese "regular", otorgándosele por la condición, o bien, por ser trabajadora, o bien ,por carecer de recursos.

También tendrá derecho "la inmigrante" en caso de urgencia, a asistencia sanitaria, sea cual sea su situación, extendiéndose este derecho a todos los inmigrantes que se encuentren en territorio español, si cumplen los requisitos: "de ser mayores de edad y no estar inscritos en el padrón de municipio alguno", en este caso, no tienen más derecho que a este tipo de modalidad de asistencia sanitaria de urgencia, con la salvedad, de las mujeres embarazadas, pero en este caso recortada únicamente ante la situación, de enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta medica.

Por otra parte, la Ley se refiere como límite temporal de la asistencia urgente, al momento en que se produce la "situación de alta médica" y al respecto hay que tener presente no identificar "alta médica", con "alta hospitalaria", la cual se produce con remisión al médico de primaria, o al especialista que han de controlar la evolución de la dolencia hasta su curación. En definitiva, es posible realizar lecturas distintas de este precepto, y la más favorable para el extranjero, sería la del derecho a la atención sanitaria, para paliar el problema agudo, pero que finalizaría con el alta

⁴¹⁰ GARCÍA DE CORTAZA NEBRED, C., (2000). *La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social Español*, Foro de Seguridad Social ,núm. 2,Octubre, págs 68-69.A juicio, de esta autora, la extensión del ámbito subjetivo de un determinado derecho, como es el caso de la salud, a todos los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, incluso a los no regularizados el reconocimiento del derecho que se otorga a los mismos en materia sanitaria, se realiza de forma graduada o a través de graduación, dependiendo no solo de su situación administrativa sino también personal como ocurre con menores , mujeres embarazadas, y a otros extranjeros, que aunque no sean poseedores de título de residencia, optan, a través del empadronamiento, por salir de al clandestinidad y hacer pública su residencia en territorio español"

⁴¹¹ FERNÁNDEZ LE GAL, A., (2005). Los derechos fundamentales de los extranjeros en situación irregular, En Fernández LE GAL, A., y GARCÍA CANO, S., (coord.), *Inmigración y Derechos de los Extranjeros*, Córdoba, pág 81.Realiza una crítica interesante sobre la excesiva limitación del ejercicio de derechos por la circunstancia de no estar inscrito en un registro de orden administrativo. De modo que, a su juicio, para acceder al disfrute de determinados derechos se exige estar excluido de la realización de la Mayoría de derechos.

médica por haber agotado las posibilidades curativas del caso, tratando el caso, como un único proceso, con independencia de que la asistencia se inicie en un centro hospitalario, y después siga en otro ámbito, aunque lo cierto es que en la práctica, dependerá: “*de los recursos hospitalarios disponibles, de los protocolos médicos, y de la política sanitaria en cuanto a ocupación de camas hospitalarias e incluso socio-sanitarias*”, el que se opte por considerar el término “*alta médica*” en uno u otro sentido.

De otra parte, la asistencia de urgencias, no ha de identificarse necesariamente con la prestada por los servicios de urgencias de los hospitales, que indican por sí mismos, la gravedad de las situaciones que atienden, sino que también existen servicios de atención de urgencias, en los centros de atención primaria que no se identifican necesariamente con la asistencia por enfermedades graves que comporten un riesgo vital, al menos en un primer momento. Surgiendo la duda de si: *¿Los inmigrantes tienen derecho de acceso a la asistencia sanitaria de urgencias prestada en los centros de atención primaria?* La respuesta debe ser positiva, puesto que los centros de atención primaria, tienen sus propios servicios de urgencias, y no existe ningún obstáculo legal, para que éstos presten sus servicios en caso de urgencia a los inmigrantes.

Finalmente, la ley establece una discriminación positiva a favor de las mujeres extranjeras en estado de gestación, “*tendrán derecho a la asistencia sanitaria sin más condición que encontrarse en España*”. La asistencia sanitaria, se producirá durante *el embarazo, el parto y el posparto*. No dice en este caso, que dicha asistencia haya que prestarla en las mismas condiciones que la que se presta a las españolas, pero a nuestro juicio, creemos que así debería de entenderse. Por tanto, la embarazada extranjera, tendrá derecho a recibir el mismo tratamiento y las mismas prestaciones sanitarias que la española, aunque en este caso, con un horizonte temporal limitado a la fecha en que se considere finalizado el período del post-parto a efectos médicos, por lo que probablemente se utilizará un sistema de identificación distinto de la tarjeta sanitaria, que con carácter general, da acceso a los servicios sanitarios, precisamente por la inmediatez de la necesidad de la asistencia y la limitación temporal de la misma.

Se plantean en este supuesto, algunos interrogantes sobre la aplicación práctica de este precepto, como puede ser el período de duración de la asistencia post-parto. Puesto que, en el supuesto de parto, según establece la Ley 39/99 de 5 de Noviembre, de “*Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*”, el tiempo de permiso después del parto, que ha disfrutar la mujer obligatoriamente, es de seis semanas, precisamente en atención a su recuperación, pudiendo considerarse de forma orientativa, que éste es el período de tiempo en que la mujer inmigrante tiene derecho a la asistencia post-parto.

Sin embargo, otra interpretación mas aconsejable, sería dejar a criterio del facultativo, la determinación de ese período de asistencia sanitaria para cada caso individualizado, a nuestro juicio, independientemente que se aplique este último criterio por ley, debería de fijarse un plazo general para la duración de asistencia post-parto para la mujer embarazada sin recursos, o inmigrante que se encuentre en situación administrativa irregular. Resultando paradójico que el recién nacido tenga derecho *-desde que nace y hasta su mayoría de edad-* a la asistencia sanitaria, sin mas, en cambio su madre es privada de este derecho, cuando finaliza el periodo del posparto. En cualquiera de los casos, no debemos olvidar, que nos encontramos ante el derecho a la intimidad y a la integridad personal, que proclama la CE en su art 18.2 y 15 y objeto por tanto, de especial tutela, por tratarse de un derecho fundamental. Lo cual nos obliga a realizar una remisión a la LOEXT, en concreto a su art 3, que establece lo siguiente:” *los extranjeros gozarán de los derechos y libertades del Título I de la Constitución, en los términos de los Tratados Internacionales, en los de la propia ley, y en las leyes reguladoras del ejercicio del derecho en cuestión*”.

De lo que se desprende, que el ejercicio de este derecho, se realizará en condiciones de igualdad con los españoles, por tanto, es preciso el consentimiento del paciente para la realización de cualquier tipo de pruebas médicas, puesto que el ejercicio de este derecho, debe estar condicionado al consentimiento del paciente y no a su situación administrativa. De modo que solo se le podrá privar de este derecho, en base a la Ley de Medidas de Protección de la Salud Pública de 25 de Abril de 1986, donde solo se permite adoptar medidas extraordinarias, que afecten a derechos fundamentales de las personas, por razones de preservación de la salud pública.

En segundo lugar, con respecto a los servicios sociales, todos los “*extranjeros residentes*”, tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles. En cambio, los “*irregulares*”, sólo tienen derecho a los servicios, y prestaciones sociales básicas pero no a las prestaciones específicas.

La justificación de esta omisión, parece derivar de la propia definición de servicios sociales, a las que la LGSS en sus arts 53 y 54, las dota de contenido, y que el propio TC en STC 146/1986, las considera técnicas protección externas al sistema de Seguridad Social. Dirigiendo su actuación, hacia colectivos que tengan presumiblemente necesidades inespecíficas, sin llegar a configurarse

como un derecho subjetivo.⁴¹² Siendo las básicas universales, mientras que las específicas, son de aplicación a colectivos determinados, “*tercera edad, minusválidos, menores, mujeres, etc.*” Problemática especial, plantea la situación de las mujeres en situación irregular víctimas de violencia de género, que en virtud de esta ley, tampoco podrían acceder a las prestaciones sociales específicas, que la Ley prevea para estos casos.

Por ello, sería aconsejable que el futuro Reglamento, modificara el art. 14 en el sentido de incluir a las mujeres víctimas de actos de violencia de género, como beneficiarias de prestaciones sociales específicas de esta naturaleza, pese a no ser consideradas como residentes, o bien catalogar las prestaciones, que pueda otorgar la citada Ley dentro de las prestaciones sociales básicas a que tiene derecho todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa.

Otro punto a destacar, sería la protección social competencia de las CCAA, que puesto que el Estado no puede imponer a las mismas el que se reconozca a los extranjeros el derecho a los servicios sociales, puesto que no tiene competencia por razón de la materia. No habría ningún obstáculo, para que las rentas mínimas de inserción diseñadas pro las CCAA que son competencia propia de las mismas, puedan incluir éstas en su ámbito de aplicación a los extranjeros inmigrantes, si así lo deciden unilateralmente y siempre que dispongan de fondos para este fin.⁴¹³

Así mismo llama la atención, que en el supuesto de los extranjeros inscritos en el padrón y de los menores, sí se haga referencia a las condiciones de igualdad, y no sea así en el supuesto de la atención a la embarazada. *¿Quiere esto decir que no tienen derecho a la prestación farmacéutica o que la asistencia puede realizarse de forma distinta? Es decir: ¿no sería la misma prestación a la que tienen derecho los beneficiarios de la Seguridad Social?*

⁴¹² ALONSO GARCÍA, B., (2002). *El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de Enero*, edit Civitas, Madrid, núm. 110, pág 195-208, especialmente 205. Señala que sus destinatarios son sectores de población que por sus condiciones o circunstancias necesitan de una atención específica y diferenciada. Asimismo esta autora destaca que la igualdad de trato proclamada por el art 14 de la LOEXT, en materia de Seguridad Social, implica la aplicación no solo de las prestaciones contributivas(dirigidas a trabajadores)sino también de las no contributivas dirigidas a ciudadanos residentes que se encuentren en situación de necesidad .Lo cual, supone extender el ámbito del art 7.5 de la LGSS de modo que los beneficiarios de tales prestaciones lo serán todos los extranjeros residentes legales en España y no únicamente los mencionados en dicho apartado. En esta misma línea, FERNÁNDEZ ORRICO, (2001). *La protección social de los extranjeros en España*, edit por Aranzadi Social, Tomo V, pág 1287 señala la necesidad de reformar el art 7.5 de la LGSS .Mas radical en sus aseveraciones es MORENO PUEYO, M, (2004). *Extranjeros Inmigrantes y Seguridad Social Española*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios financieros*, núm 257-258,del 2004,pág 135,quien propugna la derogación tacita del citado art 7.5 de la LGSS.

⁴¹³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (2001). *La protección social de los inmigrantes extracomunitarios en la LO4/2000 y en su ley reformadora*, *Revista Social Mes a Mes*, núm. 61, pág. 34

Esta interpretación no tiene fundamento en disposición legal alguna, ya que la asistencia sanitaria en la red pública del sistema nacional de salud es única e igual para todos, no pudiéndose establecer diferencias en el acceso ni en la prestación, ni siquiera en los casos en que el usuario ha de hacerse cargo de los gastos por no estar afiliado a la Seguridad Social, y poseer recursos económicos suficientes, según establece la Ley General de Sanidad. En cualquiera de los casos, es preciso para recibir la mujer embarazada asistencia sanitaria, estar en posesión de la “*Tarjeta Individual Sanitaria*”⁴¹⁴, pero debiendo para su expedición, estar ésta empadronada⁴¹⁵, surgiendo la duda de que si ésta no cumple el requisito administrativo del empadronamiento, “*¿cuál sería el alcance de la prestación sanitaria a la que tiene derecho?*”, a nuestro juicio, sería idéntica que la embarazada española, en virtud del principio de universalización de la asistencia sanitaria de toda la población, además la ley, solo exige como único requisito para la prestación de este derecho para las mujeres en estado de gestación, el criterio de territorialidad, es decir encontrarse en España, y a pesar de que no se hace referencia a la modalidad de la prestación para este grupo, debe entenderse en sentido de igualdad de prestación a las mujeres españolas que se encuentran embarazadas.

Finalmente las mujeres embarazadas, tampoco podrán ser expulsadas en virtud de lo dispuesto por el art 57 de la LOEXT en su apartado 6 que dispone lo siguiente: “*Tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero, que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni las mujeres embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.*”

Con respecto al segundo grupo objeto de análisis, como grupo de riesgo de exclusión social, nuestro estudio lo centremos en los menores.

En este sentido, hay que tomar como punto de partida para el estudio del estatuto jurídico del menor extranjero en España, en primer lugar del tratamiento realizado por los instrumentos jurídicos internacionales entre los que destaca la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, que en su art 2, apartado 1 establece: “*Los Estados partes en la presente Convención, respetarán los derechos enunciados en esta Convención y asegurarán su*

⁴¹⁴ En el caso de ser irregular, esta será provisional.

⁴¹⁵ Que de acuerdo con lo establecido por el Real Decreto 2.612/1996 de 20 de Diciembre en su artículo 60, es competencia del Ayuntamiento de la localidad, que tiene encargada la formación, actualización, revisión y custodia del padrón municipal, si bien ha de seguir las normas aprobadas conjuntamente por el Ministerio de Economía y Hacienda y el Ministerio de Administraciones Públicas, a propuesta del Consejo de Empadronamiento.

aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes”.

Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 afirma que” *Todo niño, tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento a las medidas de protección, que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.*

En el mismo sentido, se pronuncia la Resolución del Parlamento Europeo relativo a la Carta Europea de Derechos del Niño⁴¹⁶. En el marco europeo, en la Resolución del Consejo de Europa de 26 de Junio de 1997, relativa a menores no acompañados nacionales de países terceros, se impone la obligación de proporcionar, *”(...)independientemente de su situación jurídica, la protección necesaria y los cuidados básicos con arreglo a las disposiciones de la legislación nacional”*, y sólo podrá devolverlo al país de origen o a un país tercero dispuesto a admitirlo *” cuando a su llegada se reúnan en éstos las condiciones adecuadas de acogida y asistencia para el menor, en función de sus necesidades, habida cuenta de su edad y de su nivel de autonomía”*. España al haber suscritos dichos instrumentos jurídicos y ser miembro de la UE, tiene por tanto la obligación de establecer las medidas necesarias para la protección de la infancia. El reflejo de la responsabilidad de los poderes públicos de diseñar y aplicar una política para la infancia que asegure la protección integral de los menores en nuestro ordenamiento interno, ha quedado constatado en el art 39 de nuestra carta magna que dispone lo siguiente en su apartado 1: *”Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”* y en su apartado 4 señala expresamente: *”Los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internaciones que velan por sus derechos”*. Por su parte, la norma específica en esta materia la conforma la LO 1/96 de 15 de Enero, de protección jurídica del menor, donde se le ordena a los poderes públicos de forma expresa la asistencia y protección adecuada de los menores. Esta decisión la avala nuestro más alto Tribunal en STC 141/2000 de 29 de Mayo, que declara lo siguiente: *”La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los derechos del Niño, que conforma junto con la LO 1/1996,de protección jurídica del menor, el estatuto jurídico indisponible de los*

⁴¹⁶ Resolución A 3-0172/1992 de 8 de Julio.

menores de edad, dentro del territorio nacional, en desarrollo de los supuesto en el art 39 de la CE y muy en particular, en su apartado 4”.

La traslación de esta política legislativa en torno a menores, cuando estos son extranjeros, sus derechos vienen regulados por la ley de Extranjería vigente en cada momento, en el supuesto que analizamos por la LO 14/2003 de 20 de Noviembre y su Reglamento de Ejecución RD2393/2004 de 30 de Diciembre, salvo que el menor sea “*solicitante de asilo*”, cuya regulación en tal caso se efectuará por la legislación reguladora de dicha situación. A pesar de que el tratamiento que debe efectuar el legislador español cuando se trate de menores, debe ser independiente de su nacionalidad, en la práctica no es así, primando en muchas ocasiones el régimen de extranjería, en lugar de la condición de menor. A pesar de que nuestra administración se rige por el principio de subsidiariedad progresiva⁴¹⁷, respecto de las obligaciones legales de la familia, es decir, sólo actuará en aquellos casos que los padres no cumplan, o lo hagan indebidamente, con los deberes legales inherentes a la guarda del menor.

Con respecto al derecho a sanidad por parte del menor, hay que hacer constar que el menor de 18 años extranjero que se encuentre en territorio español, por el solo hecho de ser menor de edad, tiene derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Así pues, en este caso, le será de aplicación la misma normativa sanitaria, que para los extranjeros Mayores de edad que figuren inscritos en el padrón municipal, sin otro requisito más que la minoría de edad. De modo que, en el supuesto de un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, la Ley de Extranjería en su artículo 35, establece que el Ministerio Fiscal, determinará las pruebas necesarias, que realizará la institución sanitaria con objeto de determinar con certeza la edad del extranjero presuntamente menor. Se trata de determinar la verdadera edad del extranjero, para actuar en consecuencia y ponerlo bajo la tutela de los servicios de protección de menores de la Administración competente, en los casos que el menor no esté acompañado de padres o familiares directos o cuando se decida que ésta es la mejor opción para el menor por hallarse en situación de desamparo. La determinación de la edad tiene consecuencias como hemos visto en relación con el derecho a la asistencia sanitaria, aunque lo verdaderamente trascendente por prioritario sería la protección del menor.

⁴¹⁷ DE PALMA DEL TESO, (2007). Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados, edit *Revista de Administración Pública*, núm.173, págs 523-525.

Según la Ley, las instituciones sanitarias realizarán con carácter prioritario las pruebas necesarias, cuando así lo disponga el Ministerio Fiscal. Estas pruebas de tipo médico no son intervenciones terapéuticas orientadas a mejorar la vida del menor, ni a curarlo de ninguna enfermedad. En cualquiera de los casos, los exámenes médicos, pruebas médicas e intervenciones de todo tipo, conforman el sustrato físico de la persona constituyendo injerencias en su integridad corporal. Por otra parte, todo lo relacionado con el estado de salud de la persona, esta amparado por el derecho a la intimidad que proclama la Constitución Española en su artículo 18.2 y protegido especialmente, por tratarse de un derecho fundamental. Así pues habrá que estar en primer lugar a lo que establezca la Ley de Extranjería sobre los derechos fundamentales de los extranjeros. Según el artículo 3 de la Ley, *“los extranjeros gozarán de los derechos y libertades del Título I de la Constitución, en los términos de los Tratados Internacionales, en los de la propia ley, y en las leyes reguladoras del ejercicio del derecho en cuestión”*. Al propio tiempo se establece como criterio general interpretativo, que el ejercicio de los derechos que les reconoce la Ley se realizará en condiciones de igualdad con los españoles.

Como se ha dicho, el derecho a no ser sometido a tratamientos o a pruebas médicas sin consentimiento, forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad y del derecho a la integridad corporal, reconocidos en los artículos 15 y 18 de la Constitución que están relacionados directamente, con el respeto a la dignidad de la persona y afectan al ejercicio de su autonomía de la voluntad, tal como ha tenido ocasión de manifestar el Tribunal Constitucional en reiteradas Sentencias.

Por su parte, los derechos fundamentales, gozan entre otras garantías de la de ser desarrollados únicamente mediante ley, con el carácter de orgánica, y así se ha realizado con la Ley 1/82 de Protección del Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, que regula el ejercicio de tales derechos. Por otra parte, en el ámbito de la salud, la Ley de Medidas de Protección de la Salud Pública de 25 de Abril de 1986, establece la posibilidad de adoptar medidas extraordinarias que afecten a derechos fundamentales de las personas, por razones de preservación de la salud pública.

Por lo tanto, el extranjero presunto menor, al que se le pretendan realizar pruebas médicas para determinar de forma fehaciente su edad, deberá ser informado, y cuando se trate de un menor mayor de 16 años o cuando según criterio médico, sea capaz de comprender lo que se pretende realizar y las consecuencias que pueden derivarse de la actuación, será necesario obtener su consentimiento previo y por escrito y podrá en consecuencia oponerse.

Finalmente, hay que decir que la obligatoriedad de obtener el consentimiento por escrito tras una información adecuada, es de aplicación a todos los extranjeros mayores o menores de edad, a los que se les vaya a practicar algún tipo de intervención, con independencia de su situación legal en el territorio español, de acuerdo con lo que establece la legislación sanitaria vigente, y los derechos constitucionalmente reconocidos a los españoles y a los extranjeros, según lo establecido por la Ley de Extranjería y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Debiendo de tenerse en cuenta en todo este planteamiento en materia de consentimiento de menores de edad, la conjugación de los derechos del menor, que se establecen en la legislación sobre menores con lo establecido en la Ley General de Sanidad mencionada, así como el Código de Deontología Médica, que si bien no tiene fuerza de obligar, por no tratarse de una norma jurídica, es de aplicación obligatoria desde el punto de vista ético y deontológico para la profesión médica, debiendo ser tenida en cuenta. Y la Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, básica estatal, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, si bien, su ámbito subjetivo, lo conforman el paciente al que específicamente se refiere, y a pesar de que no hace referencia alguna a menores, resulta evidente su inclusión en dicho ámbito. Siendo subsanada esta omisión por algunas leyes autonómicas, han regulado este derecho de los menores haciendo un auténtico desarrollo legislativo.

En concreto, la norma básica estatal se refiere al derecho de información sanitaria, su artículo 4.1 establece que: *“los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud, toda la información disponible sobre la misma.”*. Seguidamente, en el artículo 5.1 dispone que: *“el titular del derecho a asistencia sanitaria tiene derecho a la informado”*. En concreto, en relación con el derecho a la confidencialidad de los datos sanitarios, establece su artículo 7 que: *“toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos, sin previa autorización amparada por la Ley”*.

En cuanto al derecho a otorgar el consentimiento informado, su artículo 9.3 c) establece que se otorgará el consentimiento por representación, *“cuando el paciente menor de edad, no sea capaz intelectual, ni emocionalmente, de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la*

decisión correspondiente”. En su artículo 9.4 dispone que “*La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.*”

La cuestión que se plantea desde el punto de vista de la legalidad ordinaria y constitucional, es si el menor puede negarse o no, a que se le realicen dichas pruebas. Para dar respuesta a esta cuestión, es preciso referirnos a la legislación española en materia sanitaria y en concreto a la Ley General de Sanidad de 25 de Abril de 1986, que hemos mencionado como la Ley aplicable a la prestación de la asistencia sanitaria. En este sentido, la Ley General de Sanidad en su artículo 10, enumera los derechos de los usuarios de la sanidad, estableciendo por una parte el derecho de éstos a ser informados previamente a cualquier intervención, y la obligatoriedad de recabar su consentimiento escrito antes de proceder a realizar la intervención, o las pruebas médicas, en el bien entendido que el tenor literal de la Ley es muy amplio, de manera que los casos en que es preceptivo el consentimiento, abarcan desde la realización de cualquier prueba diagnóstica hasta las intervenciones quirúrgicas. Es preceptivo según la legislación vigente, facilitar información oral y escrita por parte del médico responsable, y solicitar el consentimiento previo del afectado. La citada Ley, establece excepciones a la necesidad del consentimiento escrito del afectado, en el apartado 6 del artículo 10. Con respecto a las excepciones previstas estas son las siguientes:

- a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.*
- b) Cuando el afectado no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.*
- c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.*

De lo expuesto, se deduce que los apartados *a)* y *c)* constituyen verdaderas excepciones, a la necesidad de obtener el consentimiento, ya que la institución sanitaria deberá prestar la asistencia sin más, en función de los bienes jurídicos protegidos, es decir, la salud pública como interés general de la población, y el bien supremo de mantener la vida o evitar lesiones irreversibles en la persona respectivamente.

En el apartado *b)* se establece el consentimiento por sustitución. En este supuesto se incardina el de los menores de edad en general, ya que cuando a criterio del médico responsable, el menor de edad no sea capaz de comprender desde un punto de vista intelectual y emocional, la

intervención o el procedimiento que se le va a realizar, serán los responsables legales del menor los que habrán de otorgar el consentimiento por sustitución.

Por otra parte, si bien a nivel estatal no se ha desarrollado una legislación en relación con el consentimiento, (defecto que esperamos sea subsanado en la legislación pendiente de aprobación en este momento) algunas Comunidades Autónomas con competencias en materia sanitaria han legislado sobre la materia. Centrándonos en el caso de los menores extranjeros, a los que se pretende realizar pruebas para determinar su edad real, de acuerdo con la legislación específica, se requiere el consentimiento previo del menor al que se le ha de haber informado también previamente, de las actuaciones que se le van a realizar, y la finalidad perseguida con ellas. De la LOEXT, en concreto del art 35, podría desprenderse que el Ministerio Fiscal decide sobre la realización de determinadas pruebas médicas, que la institución sanitaria viene obligada a realizar con prioridad y sin necesidad del consentimiento del afectado. De entenderlo así, estaríamos ante un supuesto de otorgamiento del consentimiento por sustitución, por presunción legal de que el menor no está capacitado para tomar decisiones, y el Ministerio Fiscal asume su representación legal a estos efectos. Sin embargo, esta interpretación vulnera un derecho de la persona constitucionalmente reconocido, como derecho fundamental, razón por la que conculcaría la Constitución, por lo que considero que en todo momento es preciso el consentimiento del menor, salvo que exista peligro para su salud la no realización de dichas pruebas, o cuando afecte a la salud pública, sólo en estos casos, cabría la suplantación de consentimiento pero no por el Ministerio Fiscal, sino por el juez y mediante decisión motivada.

En cuanto a los menores extranjeros, hay que diferenciar dos grupos:

a) *Los nacidos fuera de España, que acceden al territorio español por el régimen de reagrupación familiar.*

b) *Los menores no acompañados que acceden a territorio español.*

En cuanto a los primeros, se observan diferencias sustanciales respecto a la reagrupación de hijos menores e incapacitados. Apreciándose como en un principio, el interés del menor es desterrado en beneficio de la afectación mínima del bienestar económico. Cuestiones como el límite de edad para la consideración de menor, a efectos de reagrupación, introducen una indefensión total en función del régimen que sea aplicable. Esta igualdad, conculca la igualdad de todos los hijos ante la ley, diferenciando ente hijos menores y los incapacitados. De modo que, algunos tienen que emanciparse de forma obligatoria, pasada la mayoría de edad legal española. Mientras los nacionales pueden permanecer en el hogar familiar todo el tiempo que deseen. Al

menos el legislador español, no ha hecho uso de las restricciones que permite realizar la Directiva respecto de los hijos mayores de 12 y 15 años, es decir, los arts 4.2 último párrafo y 4.6 respectivamente. De lo que se desprende, que en virtud del art 17 de la LO 4/2000 apartado 1 letra b), el extranjero tiene derecho a reagrupar con él en España a los *“hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados”*. Por lo tanto, a diferencia de lo dispuesto por la Directiva 2003/86/CE del Consejo, sobre este derecho, en España no se puede reagrupar a los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no sean objetivamente capaces de proveer *“sus propias necesidades”*, debido a su estado de salud. Además se exige el cumplimiento de determinantes condicionantes en los siguientes supuestos:

a) Que si es hijo de uno solo de los cónyuges, éste debe ejercer la patria potestad o custodia por separado y debe acreditar que efectivamente lo tiene a cargo.

b) Si se trata de hijos adoptados, debe justificarse que la resolución por la que se constituyó la adopción en el país de origen produce efecto en España; o bien, también puede solicitar la reagrupación si se trata de menor de dieciocho años o incapaz, cuando el residente legal es su representante legal.

Planteándose el problema de las dilaciones que se producen en el otorgamiento del visado, por este motivo sin causa imputable al interesado, si el descendiente cumple los dieciocho años, no puede solicitar la dispensa de visado por reagrupación familiar. De otra parte, en cuanto a la posibilidad de obtener una autorización de residencia por parte de éstos de forma independiente del reagrupante, el art. 41.1 último párrafo,⁴¹⁸ de la LOEXT, permite la posibilidad de obtener la

⁴¹⁸ Recordemos que el art 4.1 (último párrafo) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo establece en el art) delega un margen de maniobra a dichos Estados miembros al regular que «excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la presente Directiva, podrá verificar si cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de aplicación de la presente Directiva. En el mismo sentido, se pronuncia el art. 4.6 de misma disposición que establece asimismo que “excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva”. De modo que, este precepto establece una diferencia de tratamiento jurídico entre la noción de un menor de la Unión Europea y un menor de un país tercero, y entre los propios menores extranjeros que solicitan la reagrupación familiar, por cuanto, como añade la propia norma, en el caso de que los Estados hagan uso de aquella excepción, si las solicitudes se presentasen después de los 15 años, se podrá autorizar la entrada y la residencia de los hijos por motivos distintos a la reagrupación familiar.

residencia temporal, independiente del reagrupante cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar, o bien, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad y residido en España durante cinco años. Es decir, la finalidad de trabajar, pasa a un segundo plano, imponiendo límites el legislador al trabajo autorizado, esto es, cuando por tratarse de un contrato a tiempo parcial o por la duración de la prestación de servicios, los ingresos obtenidos por el familiar reagrupado complementen los ingresos del reagrupante, sin que puedan superar determinada cuantía. Esta limitación es acorde con la exigencia de que a la solicitud de reagrupación, deba acompañarse los recursos suficientes para atender las necesidades de la familia (art 42.2.d del Reglamento) cuya falta puede conllevar a la resolución denegatoria de la solicitud de reagrupación familiar⁴¹⁹

Con respecto a los segundos, igualmente la LO 14/2003 y el Reglamento que la desarrolla RD 2393/2004, dedican unos artículos específicos para los menores extranjeros no acompañados. En ellos se desarrolla el procedimiento que se ha de seguir cuando uno de estos menores es detectado. En lo que a la intervención social se refiere es importante resaltar algunos aspectos: *“Una vez que se ha determinado la minoría de edad, lo primero que se estudia es la posibilidad de retorno del menor a su país de origen con su familia, siempre y cuando se verifique que no existe riesgo o peligro para la integridad de la vida del menor, de su persecución o de la de su familia (art 92.4 RD 2393/2004) Cuando se haya descartado la posibilidad de repatriación o se hayan pasado nueve meses desde que el menor ha sido puesto a disposición de los Servicios de Protección de Menores, se procederá a otorgarle el permiso de residencia”*. Es decir, por ley los menores tienen derecho de acceso al permiso de residencia. Sin perjuicio de concederle esta autorización la Administración puede acordar su repatriación después de expedida dicha autorización. *“En el caso de menores tutelados por la entidad de protección de menores competente que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales”*. Además en referencia al permiso de trabajo, de menores extranjeros tutelados, no se tiene en cuenta la *“situación nacional de empleo”* en base al art 40, letra j) de la LOEXT cuya dicción literal es la siguiente: *“No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigido a :j) Los menores extranjeros en edad laboral con*

⁴¹⁹ CHARO BAENA, P., (2006). El trabajo de los extranjeros en España: Una lectura desde el Ordenamiento Laboral, edit *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, pág -67-99, especialmente 88.

autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen". Quedando excluidos de la necesaria obtención de autorización de trabajo éstos menores tutelados en virtud de lo dispuesto en el art 41,parrafo1,letra k) que establece lo siguiente: "No será necesaria la obtención de autorización de trabajo para el ejercicio de las actividades siguientes: (...)k) *Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social*". Surgiendo el problema, que mientras la entidad que tiene al menor tutelado no realice propuesta, no puede este menor ser documentado y aplicarle esta excepción, llegando a alcanzar la mayoría de edad normalmente sin haberse producido esta actuación provocando la consiguiente indefensión del menor que "queda en la calle y sin documentar". Siendo paradójico, la situación doblemente discriminatoria en que se encuentran estos menores extranjeros, cuando se encuentran solos en España, prevaleciendo la legislación migratoria por encima de la legislación internacional de protección del menor. Concretamente, en el caso de los menores inmigrantes no acompañados, nos encontramos con un choque legislativo provocado por la condición de ser menor y por ser inmigrante ilegal.

Uno de los problemas no resueltos por el RD 2393/2004, es en relación con el residente de larga duración que se encuentra prestando sus servicios en nuestro país y pierde su empleo de forma involuntaria (ya sea por cuenta ajena o propia) y deba renovar su autorización de residencia. Esta situación no era contemplada por el citado Texto, porque se consideraba de que si el extranjero no tenía trabajo era por propia voluntad, situación que es resulta por el Real Decreto 162/2009 que introduce el art 54.5 bis) cuya dicción literal es la siguiente" *La autorización de residencia y trabajo se renovará, asimismo, a su expiración cuando el trabajador acredite que se ha encontrado trabajando y en alta en Seguridad Social durante un mínimo de nueve meses en un periodo de doce, o de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro, siempre que su última relación laboral se hubiese interrumpido por causas ajenas a su voluntad, y haya buscado activamente empleo*" La solución no es completa, dejando fuera de la norma a aquellos trabajadores que no ha trabajado el tiempo suficiente para poder solicitar dicha renovación ,siendo solventado el problema únicamente para el supuesto del cónyuge reagrupado reúne los requisitos económicos para reagrupar al trabajador con él, en este caso, el cónyuge deberá estar en posesión de autorización de trabajo y residencia, acreditar empleo o los recursos suficientes para atender las necesidades de las familias, incluyendo la asistencia sanitaria, de no estar cubierta por la Seguridad

Social (artículo 54.5 ter) de Reglamento, evitando de este modo, el trabajador en paro y en situación de imposibilidad de renovar su autorización de trabajo y residencia, por no reunir los requisitos exigidos en el artículo 54.4 bis), tenga que abandonar España y esperar que su cónyuge inicie los trámites de la reagrupación familiar para poder volver a España o bien, opte por quedarse en situación irregular. Esta misma solución se hace extensible a los trabajadores por cuenta propia⁴²⁰.

Otra de las novedades que presenta esta Ley, es el tratamiento excepcionalmente que realiza del estudiante o investigador extranjero, estableciendo una regulación diferenciada de éste, con respecto a sus familiares. Admitiéndose en tal caso, un visado de estudios (*pero no autorización de residencia*), cuya duración coincida con la estancia del estudiante durante los periodos lectivos, esta autorización, no les habilita para trabajar, si bien, con este documento puede solicitar visados de estancia para que sus familiares entren y permanezcan en nuestro país, durante la duración de dichos estudios o investigación, quedando restringido, la inclusión en dicho visado de estudios: al cónyuge o hijos menores de 18 años sometidos a su patria potestad, si bien, dicho instrumento administrativo, no les confiere derecho alguno para la obtención de autorización para la realización de actividades lucrativas laborales. (Arts 89.4 del Reglamento) Modificado por el novedoso art 38.bis, de la LOEXTR, donde en su párrafo 4, señala que a partir de la promulgación de esta Ley, para este colectivo, la autorización de residencia conlleva la de trabajo, siendo renovable anualmente si el titular continua incluido en un Convenio de colaboración, pudiendo estos extranjeros, impartir clases o realizar actividades compatibles con su actividad principal de investigador, (párrafo 7 del citado artículo). Incluso, si el investigador esta realizando sus funciones en otro Estado de la UE y quiera realizar parte de su investigación en España durante más de tres meses, podrá solicitar autorización de residencia y trabajo, para lo cual no precisaran visado, pero si se le puede exigir un nuevo convenio de acogida. Además si finaliza su convenio por causa ajena a su voluntad, tanto el como sus familiares, podrá recibir una autorización para residir en España y prestar sus servicios sin necesidad de un nuevo visado (párrafo 7 y 8 del art 38.bis)

Uno de los puntos que destaca la Exposición de Motivos de la LOEXT, es la garantía jurídica del derecho a la tutela judicial efectiva por los extranjeros, debiendo de acomodarse la actuación administrativa en materia de extranjería, a lo previsto en la legislación sobre procedimiento administrativo. Todo ello sin perjuicio, de que se admitan especialidades en dichos

⁴²⁰ APRELL LASAGABASTER, C., (2009) .La reforma de los Reglamentos de Extranjería, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 22, pág 6.

procedimientos (art. 20.2 de la LOEXT) pero respetando de forma expresa las garantías relativas a publicidad de las normas, al derecho de defensa (*contradicción y audiencia del interesado*)⁴²¹ y a la motivación de las resoluciones. A pesar de ello, se sigue perviviendo en la actual legislación el art. 27.6 de la LOEX (no derogado), en la que se excluía de la obligatoriedad de motivación los actos denegatorios de la solicitud de visado, que no se refieran a la obtención de autorizaciones de residencia por reagrupación familiar, o para el trabajo por cuenta ajena. De modo que, a partir de la LOEXT, como novedad destacada es la desaparición de cualquier diferencia jurídica entre españoles y extranjeros, en materia de justicia cautelar⁴²². Pero como inconveniente a nuestro juicio, es la introducción del art. 4 de esta norma, por el que se añade a la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, una nueva Disposición Adicional, señalada como “*Decimonovena*”, por la que se prescribe la aplicación supletoria de la regulación del procedimiento administrativo común, a los procedimientos administrativos regulados en la Ley Orgánica 4/2000, consistente en el deber constitucional de “*buena administración*”. En consecuencia, dada la prevalencia de la ley especial (v. gr. el procedimiento de concesión de visado, previsto en el artículo 27 de la LOEXT, o el de sanción de expulsión de extranjero, entre otros) sobre la general y en virtud de lo dispuesto en esta disposición Decimonovena, se aplica en materia de extranjería lo previsto por la LOEXT, y solo de forma supletoria, se aplica lo previsto en las disposiciones generales sobre el procedimiento administrativo.

⁴²¹ DEL POZO, A. B.; (2009) Procedimientos de Extranjería: Un impredecible calvario, edit por *Juris núm. 139*, Junio, págs 12-14. Donde se subraya que las Oficinas de Extranjeros incumplen reiteradamente su obligación de dar un trámite de audiencia para la eventual denegación de permisos iniciales, una garantía básica para que no se produzca una indefensión Hecho que ha motivado que , el CGAE haya solicitado que los juzgados de lo contencioso asuman todas las competencias de extranjería, incluidas las autorizaciones de internamiento, para evitar la criminalización del extranjero y que en toda incoación de expediente de expulsión, con independencia de que el extranjero esté o no detenido, se garantice la intervención letrada de conformidad con el art. 22 de la LO 4/2000.

⁴²² El TC en los últimos párrafos del Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia 115/1987 que resuelve sobre el recurso de inconstitucionalidad deducido por el Defensor del Pueblo contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 7/1985, ya había hecho constar la trascendencia de la intervención judicial decisiva y decisoria como garantía del derecho a la libertad de la persona extranjera afectada en relación con la adopción de medidas cautelares restrictivas para el ejercicio de otros derechos fundamentales. Señalando que este sistema de garantías está dirigido a reducir al mínimo el riesgo de que se produzca un uso arbitrario o injustificado de las facultades administrativas de intervención en materia de extranjería ,por lo que, el juez esta obligado a declarar la suspensión del acto si comprueba que la inmediata ejecución de la decisión administrativa no se adecua en general a la necesidad de salvaguardar los intereses generales así como en particular, a la tutela de los derechos e intereses legítimos de los extranjeros.

Asimismo hay que señalar, que el deber constitucional de buena administración, tiene su origen en el 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, donde se reconoce expresamente este derecho. El cual tiene su plasmación en nuestra carta magna en los arts. 103 y 106, relativas al establecimiento de la normativa estatal básica referida a la creación, funcionamiento y actividad del conjunto del sistema de las Administraciones Públicas, que resulta necesaria para la efectividad del Estado Social, y Democrático de Derecho, y para la adecuada configuración de las relaciones jurídico-administrativas. Cuya transposición a nuestro ordenamiento interno de extranjería, se realizó en la Disposición Adicional Cuarta de la LOEXT, en la que se recoge expresamente, en el apartado 6, la causa de resolución de inadmisión y cuya dicción literal establece los siguientes supuestos:

“1.- Falta de legitimación del solicitante, o insuficiente acreditación de la representación. (¿Porqué no se le da el plazo previsto en la ley de procedimiento administrativo común de 10 días para subsanar los errores al igual que si se tratara de un nacional?)

2.- Presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido.

3.- Cuando se trate de reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que las circunstancias que motivaron la denegación no hayan variado.

4.- Cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa.

5.- Cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España.

6.- Cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento.

7.- Cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pueda encontrarse en uno de los supuestos del artículo 31, apartado 3.

8.- Cuando dicha solicitud no sea realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por ley.”

Del análisis de la causa sexta del citado artículo: *“cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento”*.

Esta causa no hace más que reproducir el segundo supuesto del artículo 89.4 de la Ley 30/1992, del procedimiento administrativo común, a mi juicio sin justificación, y añadiendo mayor dificultad jurídica. De modo que, la normativa específica de extranjería añade al anterior, el

supuesto de la “reiteración en una solicitud ya denegada, sin alteración en las circunstancias determinantes de la denegación”. Observándose como este nuevo supuesto, no comporta ninguna innovación jurídica, sino que se limita a contemplar una concreta proyección del supuesto de la manifiesta carencia de fundamento, que ahora se sustenta en el efecto propio de la cosa juzgada administrativa⁴²³.

Lo expuesto, es también aplicable a los supuestos de: “cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España” y “cuando se haya decretado contra el mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa”.

De lo expuesto, se deduce que el derecho a la tutela judicial efectiva, es un derecho fundamental consagrado por el art. 24.1 CE, que debe ejercitarse en condiciones de igualdad con los españoles. Siendo en consecuencia, un derecho inherente a la persona, y en consecuencia su ejercicio es independiente de la situación administrativa en la que se encuentra su titular⁴²⁴. Sin embargo, el principal problema que plantea, es cuando el litigante carece de medios para poder hacer valer sus derechos en un proceso. Esta controversia fue resuelta por el art. 6 de la Ley 1/1996 de 10 de Enero, reguladora de la asistencia jurídica gratuita, reconociéndose la misma a todas personas físicas residentes, (*entendiéndose esta situación como puramente fáctica, de los que se hallan en territorio español, y no en sentido técnico-jurídico, al que alude el Art. 29.3 de la ley de extranjería*).

Además deberá acreditarse que los recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por la unidad familiar, no supere el doble del SMI vigente en el momento de efectuar la solicitud, debiendo acreditar escasez de recursos para su ejercicio, a excepción del orden social, en base al contenido del art. 2d) LAJG, donde se fija esta posibilidad. Planteando el problema en la practica, su ejercicio, cuando nos encontramos ante un extranjero que presta sus servicios sin la correspondiente autorización de trabajo, en este supuesto, y en base al art. 22.1 de la Ley de Extranjería, sólo se les reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita

⁴²³ IBARRA ROBLES J. L., (2005). *El derecho judicial en la configuración del derecho de extranjería*, Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Zaragoza en el Seminario del día 16 de Junio en Zaragoza.

⁴²⁴ En relación con el reconocimiento de este derecho ALONSO OLEA, E., (1991) *EL Art. 24.1 CE en la jurisprudencia del TS: problemas generales*, AA. VV., *Estudios sobre la Constitución Española (homenaje al profesor EDUARDO GARCÍA ENTERRIA)*, MARTÍN-RETORTILLO, S.; (coord.), Civitas, Madrid, pág 976. AGUADO y CIDOLA V.; (2004) *Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos en materia de extranjería: los problemas de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la LO 14/2003 de 20 de Noviembre RDME*, núm. 5, pág 129.

para determinados procedimientos administrativos o judiciales. Que en la práctica se reducen a los que conlleven la denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio español, así como también a todos los procedimientos dimanantes en materia de asilo.

En esos casos, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, se complementa con el derecho a recibir también asistencia de interprete si no entienden o no hablan la lengua oficial que se utilice.

En definitiva, la vigente ley de extranjería, limita la plenitud de este derecho a los extranjeros que tengan permiso de residencia en España, mientras que los demás extranjeros, sólo tienen garantizado ese derecho para procesos y casos muy especiales, en los que el riesgo de afectación de su derecho a entrar o permanecer en España es especialmente intenso. De modo que la única vía por la que se pueden subsanar la inseguridad jurídica, es a través de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados por los jueces, lo cual provoca que el régimen jurídico de la extranjería en España, se configure como un derecho de alto contenido jurisprudencial, que cuenta con un importante acervo de derecho judicial, única vía que le resta al inmigrante para hacer valer sus intereses legítimos.

Con respecto a las consecuencias jurídicas de la implementación de la LOEXT, en el ordenamiento jurídico español en general, y en concreto, en materia de extranjería introduce las siguientes novedades.

Creación de una figura jurídica nueva denominada “*arraigo*”, siendo este motivo suficiente para solicitar a la autorización de residencia temporal, y cuya ubicación figura en el numeral 31 de la LOEXT, sin llegar a determinar cuáles son los requisitos exigidos para hallarse en dicho supuesto. También, se deja al posterior desarrollo normativo las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación familiar. Además en relación con el contingente, sigue persistiendo desfases entre las necesidades reales de los empresarios, y las ofertas de empleo, que se recogen en esta herramienta de regulación de mano de obra. También continúan subsistiendo fallos en la tramitación administrativa, que sigue siendo lenta y reiterativa, a la par que ineficaz en la mayoría de los casos. No obstante, desde la perspectiva del trabajador, la LOEXT supone un avance importante, al reconocer al trabajador sin subordinación a su situación administrativa, el derecho a las prestaciones en materia de seguridad social que pudieran corresponderle.

Singularmente destacado, es la indeterminación señalada por la ley en relación con el “*lugar*” de expedición de los visados. Así, la nueva Ley, introduce una modificación en el artículo 27, al indicar que: “*el visado se solicitará y expedirá en las misiones diplomáticas y oficinas consulares, salvo en los supuestos excepcionales que se contemplen reglamentariamente*”. Habrá

que ver si esta salvedad de los supuestos “*excepcionales*”, permite la obtención de visado por parte de aquellas personas que ya se encuentran en territorio español, en situación administrativa irregular. También está pendiente de definición en el Reglamento, la introducción de la autorización de residencia temporal por razón de arraigo. Será finalmente el Reglamento de desarrollo de la Ley, el que determine, qué supuestos de arraigo permitirán otorgar residencia a algunos de los extranjeros que se encuentren en territorio español en la actualidad, desempeñando un puesto de trabajo. Debe además destacarse que la propia Ley 14/2003 dispone que en todos estos supuestos no sea exigible el visado.

Otro aspecto destacable, es la atribución de funciones de carácter público, que le confiere el art. 66.3 inciso final, donde se establece, que la compañía o empresa de transportes que tenga a su cargo un extranjero por alguna de esas causas, deberá garantizarle unas condiciones de vida “*adecuadas*” mientras permanezca a su cargo.

No dejará de plantear problemas en el futuro, a nuestro juicio, este concepto de la “*adecuación de las condiciones*”, ya que será prudencialmente valorado por las distintas compañías, en función de su sensibilidad social o su voluntad de afrontar determinados costes sin rédito alguno.

Otras consecuencias de esta ley, se manifiestan en las reformas en materia procedimental, siendo el planteamiento actual, claramente perjudicial para el extranjero, que se resulta lesionado en sus relaciones con la administración. Observándose como las causas de inadmisión, son imprecisas, como la reiteración de la solicitud ya denegada, o la carencia manifiesta de fundamento, sin tener en cuenta que las condiciones personales del extranjero han podido variar, y sin tener presentes tampoco los habituales cambios de criterio de la Administración, que pueden hacer conveniente un nuevo intento de presentación de la solicitud. Finalmente, podría afirmarse que se vulnera el principio de presunción de inocencia, cuando la reforma prevé la inadmisión a trámite de solicitudes, si existe un procedimiento administrativo sancionador. Otro punto oscuro de la ley, es el cambio de “*rol*” que se ha producido en el padrón municipal⁴²⁵, pasando de ser un “*mecanismo habilitante*” para concesión e derechos, a convertirse en un “*instrumento de control*” sobre la situación administrativa del extranjero. Esta circunstancia se hace evidente, entre otras, en

VILLAYERDE, I., (2003). Protección de datos personales y padrón municipal, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 3, 2003, págs. 72-90. Alega acertadamente, que no existe una adecuada ponderación entre la finalidad perseguida por la norma (el control de la regularidad) y la medida (acceso casi incondicionado al padrón municipal).

la previsión que permite a la Dirección general de la Policía, a acceder a los datos de inscripción padronal de los extranjeros, cuando sea preciso, para llevar a cabo el ejercicio de sus competencias en materia de extranjería.

1.6. EL DERECHO DE ASILO Y REFUGIO.

1.6.1.-AMBITO EUROPEO

El problema de los desplazamientos masivos de gran número de personas dentro del espacio europeo, no está sólo motivado por la grave situación económica y social de sus países de origen, sino también por situaciones de guerra y persecución política. El tradicional derecho de asilo se ha convertido hoy en día en un aspecto más de la política migratoria y está perdiendo con ello su carácter político y humanitario. Los límites entre inmigración causada por la pobreza y la motivada políticamente tienden a difuminarse también en el espacio jurídico europeo, amenazando el derecho de asilo reconocido históricamente, tanto en el Derecho internacional, como en el interno constitucional, como un derecho humano fundamental.

Los primeros acuerdos sobre refugiados datan del periodo 1935-1939, otorgando una definición de refugiado basada más en la desprotección de hecho que la estrictamente jurídica; englobando en esta definición a quienes han quedado privados de protección de sus respectivos Estados y también, a quienes de facto han perdido dicha protección. Posteriormente en el periodo comprendido entre 1939-1950 se caracteriza por la utilización de criterios individuales en la determinación de la cualidad del refugiado, siendo a partir de este momento cuando se empieza a individualizar al demandante de refugio⁴²⁶.

La codificación del derecho internacional sobre asilo y refugio es relativamente reciente, el punto de partida en esta materia lo constituye la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, siendo el primer instrumento jurídico internacional que recoge esta situación señalando lo siguiente: *"Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales"*. En el mismo sentido, se pronunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que en su artículo 22 dispone: *"Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de*

⁴²⁶ HATHAWAY J. C., (1991). *The Law of refugees Status*, Vancouver, págs 2-6.

acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales". La traslación de articulación de esta materia al ámbito europeo, convirtiéndose en el punto de inflexión donde se efectúa el primer intento europeo de dotar de un estatuto jurídico al refugiado, fue en el art 14.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y cuya dicción es la siguiente:" *En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas*" .No obstante, la normativación europea no se efectúa hasta la promulgación de la Convención de Ginebra de 25 de Julio 1951, en concreto en su art 1,A,2, conformando la primera definición sobre este termino y cuya dicción literal es la siguiente: " *que* " *los que como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de Enero de 1951, tenga fundados temores de ser perseguido*⁴²⁷ *por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él*".

La principal contribución de este instrumento internacional fue dotar de una definición al concepto de refugiado, si bien, sujeto a dos limitaciones una geográfica y otra temporal. La primera circunscribe su ámbito geográfico a Europa y la segunda, la temporal, exige que para quedar englobado en esta definición debían ser sujetos que cumplieran los requisitos señalados por la Convención de Ginebra antes de primeros de Enero de 1951. Deficiencia subsanada parcialmente por parte de la propia Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y su Protocolo firmado en Nueva York de 1.967, que mantiene esta definición suprimiendo de su articulación: "*como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de Enero de 1951*" y las palabras: "*... a consecuencia de tales acontecimientos*", corrección técnica que supone una ampliación de su ámbito subjetivo a todo sujeto en cualquier parte del territorio en que se encuentre, así como, al eliminarse de su articulado la referencia "*a consecuencia de tales acontecimientos*", se permite una ampliación objetiva de las circunstancias que determinan la inclusión en dicho estatuto, puesto que hasta ese momento, las razones esgrimidas por el solicitante, debieran ser las taxativamente

⁴²⁷ GOODWIN GILL G. S., (1996). *The Refugee International in Law*, 2ª Edición Claredon Press, Oxford, págs 291–295. Considera que la Convención de Ginebra, lo que establece es una categoría jurídica en base a las causas personales que motivan su desprotección, y por tanto, es una protección individual que procede de un concepto general que se encuentra sistematizado en el referido instrumento internacional.

enumeradas en este artículo. También, se observa la ausencia de definición del término de “*persecución*” cuya justificación parece residir en la voluntad del legislador europeo de crear un concepto flexible⁴²⁸.

Sin embargo, ambos instrumentos jurídicos adolecen del mismo defecto, su objeto es limitado, tratan de la cuestión que determina la inclusión en su categorización, pero no de las causas o soluciones para solventarlo. Sobre la base de lo expuesto, podemos afirmar como tanto la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, constituyen el marco legal del asilo y el refugio a nivel europeo, y de su contenido material se desprenden las normas de protección internacional de los refugiados aplicables a cualquier sujeto que se le reconozca esta situación, en cualquiera Estado parte en dichos instrumentos. Desarrollando la definición, condiciones de cesación y exclusión de la condición de refugiado, y que se completa con la fijación del contenido del estatuto que se otorga a estos sujetos, incluidos el derecho a ser protegido contra la expulsión o devolución y donde también se recogen las obligaciones de los Estados en esta materia, si bien, dada la permisibilidad de cada Estado de acatar solo parcialmente el contenido de los instrumentos internacionales, con la finalidad de lograr el Mayor numero de adhesiones por partes de los Estados, sobre todo cuando éstos se refieren a derechos humanos, en particular en relación con el instrumento objeto de análisis, la Convención de 1951, el art 42 del citado Texto no admite reserva con respecto a los refugiados⁴²⁹. A mi juicio, las cláusulas de salvaguardia que aparecen tipificadas en las escasas leyes internas de los países de la UE y las previstas en el Convenio de Ginebra, son en realidad expresión de las cautelas de los Estados, incluso cuando legislan discrecionalmente en virtud del principio de soberanía en el ejercicio de sus competencias territoriales. Seguidamente en el ámbito europeo, destaca el Acuerdo de Schengen de 1985, cuyo articulado estableció medidas para la supresión gradual de las fronteras interiores entre los países firmantes, estableciendo áreas de cooperación destinadas a reforzar la seguridad de las fronteras exteriores hacia países no firmantes, siendo posteriormente completada con la firma en 1990 del Convenio de

⁴²⁸ HYNDMAN P., (1987). The 1951, Convention Definition of Refugee: An Appraisal with Particular Reference to the case of Sir Lankan Tamil Applicants *HRQ*, Volumen, 9, pág. 60. El citado autor, considera que con ésta omisión, se permite extender los derechos de los refugiados a otros refugiados que no encajen en la definición dado por la Convención de Ginebra de 1951, adaptándolo el concepto a los nuevos supuestos de refugio.

⁴²⁹ En concreto a la definición de refugiado, prohibición de discriminación, religión, igualdad de trato con los naciones respecto al acceso a los tribunales, prohibición de expulsión y devolución, información sobre leyes y reglamentos nacionales, relación con las convenciones anteriores, solución de controversias, firma, ratificación y adhesión, cláusula de aplicación territorial, cláusula federal, reservas, entrada en vigor, denuncia, revisión y notificación al Secretario General de las Naciones Unidas.

Aplicación del Acuerdo de Schengen, que impuso la necesidad de adoptar varias medidas respecto al asilo, fundamentalmente con la finalidad de evitar el fenómeno de los llamados "refugiados en órbita"⁴³⁰ y de los movimientos secundarios de refugiados entre los Estados miembros en búsqueda de las condiciones más favorables. Un régimen jurídico que condujo al Convenio de Dublín, cuyos preceptos asignaron la responsabilidad del examen de la solicitud de asilo al Estado miembro que hubiera autorizado la entrada del solicitante a su territorio, ya fuera mediante la emisión de un permiso de residencia, visado, etc.

Sin embargo no fue hasta la aprobación del Tratado de Ámsterdam, por el que se modificó el artículo 63 del Tratado de la Comunidad Europea, el que realmente produjo la cristalización del establecimiento de un sistema de asilo europeo común, configurándose el marco legal del mismo y donde además, se fijaron instrumentos jurídicamente vinculantes para la protección de los refugiados a través de unos procedimientos similares para determinar quién es o no un refugiado. Introduciendo como novedad el reconocimiento de competencias legislativas a favor de la Unión Europea en este ámbito jurídico y político donde confluyen los derechos fundamentales, la política exterior europea, la política migratoria y la cooperación judicial europea. Anteriormente al mismo, esta materia solo se regula a través de acuerdos intergubernamentales, cuyo valor jurídico es dudoso, y las políticas y las normativas siguen siendo estrictamente nacionales. De modo que, con la entrada en vigor en 1999 del Tratado de Ámsterdam se comunitariza la política de asilo e inmigración y a pesar de la voluntad de dicho instrumento de armonizar los sistemas naciones de asilo que se fijó como una de las propuestas de Tampere en 1999, donde se acordó la aprobación de normas mínimas en el año 2004, es decir, se fijan unos límites temporales (*se acuerda un plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en el cual se deberán adoptar las medidas necesarias -hasta el 1 de Mayo de 2004) y espaciales (regímenes especiales para Reino Unido e Irlanda)* que afectan a la libertad de circulación en el ámbito comunitario. Sin embargo, no se puede concebir un espacio común sin fronteras interiores, sin tomar las medidas de

⁴³⁰ Término acuñado por el Convenio de Dublín, que establece que en caso de denegación de admisión de solicitud de asilo por dos Estados europeos, se seguirá en primer lugar el criterio familiar. En segundo lugar, el criterio de la residencia. Y por último, si no existen estos criterios, el solicitante de asilo podrá cursar su solicitud en el país que considere oportuno, siempre que no se den todos los anteriores criterios. Esto supone que tiene que resolverse en la teoría el problema de la solicitud de asilo, y por tanto, el problema del refugiado en órbita, pero en la práctica no se consigue este objetivo. Puesto que, no se solventa el problema de fondo como la ausencia de criterios comunes en los países europeos sobre toda una serie de conceptos como es la definición del concepto de refugio y de los elementos que lo integran lo cual permite una amplia discrecionalidad por parte del Estado, que le permite seguir rechazando solicitudes que demanden dicha situación.

acompañamiento necesarias que permitan efectivamente la libertad de circulación (*comunitaria y no comunitaria*) dentro del ámbito comunitario⁴³¹.

Por todo ello, estas medidas no llegaron a cristalizar, lo cual obligo que se tuviera que solicitar a la Comisión Europea la elaboración de un "*marcador*", esto es, una serie de tablas actualizadas cada seis meses con las medidas previstas y adoptadas en cada materia y las responsabilidades de cada órgano de la Unión en la adopción de cada medida, con un instrumento preferido por la Comisión, con alguna excepción: la Directiva⁴³². También destacan otros logros en esta materia como son: "*concesión del estatuto de protección subsidiaria a individuos que se hallan incluidos en la definición de refugiados de la Convención de Ginebra de 1951; reconocimiento de la persecución por agentes no estatales; aprobación de unas normas mínimas a los solicitantes de asilo durante la tramitación de su catalogación incluidos la asistencia sanitaria medica, el alojamiento y otras prestaciones*".

Sin embargo, como factor negativo, destaca el fracaso en la unificación del procedimiento a seguir, así como la aprobación de unos derechos mínimos y homogéneos estos debían disfrutar en cualquier Estado el refugiado. En este proceso destaca asimismo la creación en 2000 del Fondo Europeo para los Refugiados, destinado a apoyar a los países de la Unión Europa para la recepción de los solicitantes de asilo, la integración de los refugiados y los programas de retorno voluntario, así como el régimen de protección temporal a las personas que lleguen huyendo masivamente de conflictos o de violaciones sistemáticas de derechos humanos en sus países. Más recientemente, en 2001, el Tratado de Niza modificó de forma relevante el Tratado de Ámsterdam al someter al voto por mayoría cualificada en el Consejo los temas de asilo y otorgar poder de decisión al Parlamento, siempre que se hayan adoptado los instrumentos legales previstos por el Tratado de Ámsterdam, y posibilitar de este modo, una política europea de asilo contemplada ahora por el Tratado de Lisboa de 13 de Diciembre de 2007, que si bien no hace referencia expresa al derecho de asilo, si lo hace de forma subsidiaria por aplicación de su art 6.1 que dispone lo siguiente: "*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la*

⁴³¹ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES J., (2992). *La Inmigración y el Asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, págs. 210-212. A juicio de este autor, no se va a poder dictar una normativa comunitaria sobre el estatuto de refugiado, puesto que, la competencia comunitaria sólo alcanza a dictar normas "mínimas" para la concesión de dicho estatuto o respecto a los procedimientos a tener en cuenta por los Estados a la hora de conceder o retirar dicho estatuto de refugiado, circunscribiéndose las normas armonizadoras comunitarias a en materia de asilo son de carácter procesal, y no material, lo cual hace que su ámbito sea limitado.

⁴³² Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de Abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional.

Unión Europea de 7 de Diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de Diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados” y que se compete con su numeral 2 del mismo artículo que establece: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales...”.

Así como por la Carta de Derechos Fundamentales que en su art 18 bajo la rubrica “asilo” dispone lo siguiente:” Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de Julio de 1951 y del Protocolo de 31 de Enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.”. En base a lo expuesto, podemos afirmar que en el ordenamiento jurídico internacional no existe una consolidación definitiva de esta institución, debido a que tanto su concepto, su naturaleza, así como su contenido son imprecisos y ambiguos⁴³³

De lo expuesto, se desprende la necesidad de alcanzar una homogeneización de criterios, si lo que se pretende es conseguir la efectiva libertad de circulación de personas comunitarias en el espacio comunitario. Planteándose la premisa del ámbito específico que debe comprender dicha armonización y de su delimitación, surgiendo la disyuntiva de que si ésta se debe circunscribir estrictamente a la elaboración y aplicación del derecho sustantivo o si por el contrario, debe extenderse también a los procedimientos de dicho otorgamiento, exclusión o revocación.

A nuestro juicio, el campo fundamental de la armonización debe establecerse, particularmente, en cuanto a la interpretación de la definición de asilado y refugiado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1A de la Convención de Ginebra.

Además, sería conveniente que la armonización avanzase también en:

1).- El concepto de "protección temporal" para responder a llegadas masivas de refugiados procedentes de alguna contienda bélica o situación análoga.

2).- El alcance del derecho a la reagrupación familiar.

3).- La consideración de países de origen como "países seguros" o fórmulas análogas.

4).- La interpretación del principio del "tercer país de acogida"⁴³⁴.

⁴³³ ESPALDA RAMOS M. L., y MOYA ESCUDERO M, (1985). La ley reguladora de asilo y la condición de l refugiado de 26 de Marzo de 1984¿Nacionalismo o Internacionalismo? Edit *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 6, núm 1, Enero-Marzo, págs 73-110, especialmente pág74.

⁴³⁴ Según la COM (94) 23 final págs. 8 y 9 y la Resolución de los Ministros de 30 de Noviembre de 1992, que recoge el principio de tercer país de acogida. Establece que, se puede enviar al solicitante de asilo a un

5).- *La normativa y práctica de los Estados miembros en relación con las peticiones de asilo manifiestamente infundadas*⁴³⁵.

6).- *Necesidad de un planteamiento global del asilo coordinando las medidas de control y admisión con la cooperación a largo plazo con los países y regiones de origen, así como una activa política para mejorar la situación de los ciudadanos de terceros países que ya residen legalmente en la Unión*⁴³⁶.

1.6.2. TRATAMIENTO POR EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

El tratamiento constitucional de esta materia, se realiza en nuestra carta magna en su art 13.4, cuya dicción literal es la siguiente:“(...) *la ley establecerá los términos en los que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España*”. En cumplimiento del mandato constitucional fue aprobada la Ley 5/1984, de 26 de Marzo, complementada y desarrollada por el Real Decreto 511/85, de 20 de Febrero, y, posteriormente, por la Orden de 13 Enero 1989, que creó los servicios sociales necesarios para la integración de los asilados. Los principios inspiradores de la Ley 5/1984 son los siguientes:

a).- *No se reconoce al asilo naturaleza de derecho subjetivo, quedando relegada su competencia al Estado al considerarse como un acto graciable, tal y como se desprende de la Exposición de Motivos en su punto 4 y cuyo numeral señala que: "La competencia en materia de asilo, por tratarse de un acto en ejercicio de la soberanía del Estado (concesión, revocación, condiciones)"*.

b).- *El art. 2 de ley considera la concesión de refugio, como un acto reglado dictado en cumplimiento de la obligación jurídica contraída por España tras la ratificación de la Convención de Ginebra, siempre que el solicitante reúna las condiciones previstas en ella. Es por ello, por lo que se admite recurso judicial frente a las resoluciones administrativas que se adopten en esta*

tercer país, si la persona de que se trata ya ha recibido protección en ese país o si tuvo la posibilidad de solicitar asilo mientras transitaba por él o si resulta evidente que esta persona será admitida en el tercer país.

⁴³⁵ Los estados de la UE, en virtud del Resolución de Noviembre de 1992, acordaron que la fijación del plazo de un mes para proceder al examen rápido de las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas.

⁴³⁶ Muestra de esta preocupación quedo plasmada en la Conferencia Euromediterránea de Barcelona donde se planteó con toda su crudeza que sin un desarrollo económico y social de los países de la ribera sur, ningún control de policía, ningún cordón sanitario, podrá contener los nuevos flujos migratorios en el Mediterráneo.

materia. Además el tratamiento de la condición de refugiado por el legislador en su Título II, es muy ambigua.

c).- Se pretende ofrecer a través de esta ley, una solución jurídica a un problema de hecho como es el refugio en España de personas perseguidas en sus países por motivos ideológicos o políticos, de acuerdo con los criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia⁴³⁷.

d).- La ley diferencia entre los términos asilo del refugio. Y a pesar de que en teoría solo procede el refugio por las causas fijadas en la Convención de Ginebra, el asilo puede solicitarse no solo por estas causas sino por otras adicionales que le dan una gran amplitud. En la práctica, existe una confusión por parte del legislador en su utilización en todo el articulado, a nuestro juicio, esta utilización simplista del concepto asilo procede del error de traducción de estos términos al español, puesto que, hay que recordar que el término inglés "asylum" y su equivalente francés "asile" fueron sistemáticamente traducidos al español como "asilo" en todos los textos clásicos de derechos humanos y del derecho de los refugiados. Así ocurre, por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, (Art. 13), la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados, la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1967 sobre Asilo territorial, la Conferencia del Asilo territorial de Naciones Unidas de 1977, las Resoluciones pertinentes de la Asamblea General de Naciones Unidas, las Conclusiones y Documentos del Comité Ejecutivo del ACNUR, etc.

e) A pesar de ello, se reconoce gran número de garantías a los solicitantes tanto de asilo como de refugio, incorporando la regla de "non refoulement" entendida en sentido amplio⁴³⁸ y

⁴³⁷ TS 3ª sec. 8ª, S 05-03-1990. Pte: MATEOS GARCÍA, PEDRO ANTONIO., El TS desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Letrado del Estado declarando que según ya estableció la antigua sala 5ª del Tribunal, en su sentencia de 9-5-95, en materia de concesión del Estatuto de Refugiado, priman los criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia, resultando vano pedir una acabada prueba de las condiciones en que el interesado se mueve cuando solicita el asilo o la condición de refugiado, debiendo bastar, en principio, un temor fundado a ser perseguido en su país de origen por motivos de raza, religión, de opinión política o de pertenencia a un determinado grupo social. La condición de cristiano del solicitante, junto con el régimen autoritario de su país de partido único y la religión en él imperante, así como los restantes datos obrantes en autos, permiten llegar a que existen indicios suficientes que motiven la concurrencia de los requisitos exigidos para obtener la condición solicitada.

⁴³⁸ MARIÑO MENÉNDEZ F., (1983). El concepto de refugiado en un contexto de derecho internacional general. Edit *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 35, núm.2, págs. 337-370. También es destacable el estudio terminológico realizado por PÉREZ BEVIÁ, J. A., (1986). Determinación del estatuto de refugiado, *ADI*, Vol. VI, pág. 173.

otorga facilidades en el momento de la petición de asilo-exigencia de acogida provisional-incluso aunque se haya entrado ilegalmente en el territorio nacional.

f) Como novedad esta Ley en su numeral 3, establece de forma detallada las causas que justificaban la solicitud y denegación de asilo, de forma bastante similar a la Convención de Ginebra de 1951, pero con el importante añadido de la concesión del asilo por razones humanitarias. Además la ley es taxativa para el otorgamiento por esta causa, de modo que, no basta la mediación de razones humanitarias, La Ley requiere la concurrencia de un doble presupuesto vinculado a la situación política en el país de origen y a las circunstancias personales del solicitante⁴³⁹. Además en su párrafo 4, se garantiza al solicitante de asilo, información sobre los derechos que le corresponde en virtud de esta ley, lo cual conlleva un reforzamiento del principio de legalidad.

g) Las causas de expulsión, esta conformada por un conjunto de conceptos jurídicos indeterminados: razones de orden público, seguridad pública, etc.⁴⁴⁰

En definitiva, esta ley pretende conseguir coordinar el ordenamiento internacional y el cumplimiento de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas con el ordenamiento jurídico interno español que se inicia en la Ley de 1984, por mandato del artículo 13.4 de la Constitución, de acogimiento humanitario a esas personas que están injustamente perseguidas y que necesitan una plusprotección. Sin embargo, adolece este intento de comunión de contradicciones como son: la amplitud de reservas que guarda para si el Estado en esta materia que hacen que se vacíe de contenido la institución de asilo así como las trabas legislativas que se imponen a los presuntos asilados para obtener la residencia y trabajo en nuestro país, solo paliada por la labor jurisdiccional de los tribunales. A pesar de estos defectos, la ley 5/84 fue una norma sumamente generosa para el derecho de asilo, pero estaba redactada a partir de categorías al menos confusas⁴⁴¹, y regida por principios incompatibles con la legislación de extranjería entonces

⁴³⁹ Dictamen número 280/94, de 21 de Abril de 1994, en el que se señala que "las razones humanitarias dentro del asilo se destinan a la protección de la dignidad y los derechos fundamentales de los perseguidos en sus países de origen". El dictamen número 53.094, de 6 de Abril de 1989, entiende que el artículo 3º.3 de la Ley 5/1984, no solo exige las razones humanitarias, sino que, además, prevé una especial cualificación de dichas razones.

⁴⁴⁰ GARCÍA ENTERRÍA, E., y GARCÍA FERNÁNDEZ, T., (1977). *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, pág 271. Analiza la técnica del uso abusivo por parte del legislador de la formula de "conceptos jurídicos indeterminados".

⁴⁴¹ En este sentido conviene precisar que el termino "refugio" enmarca el derecho de los perseguidos a tramitar su solicitud en España para obtener la condición de refugiado, decisión controlable judicialmente y "asilo" se de dota de carácter ser una protección graciable y discrecional, decida soberanamente – esto es sin

también recién aprobada y, sobre todo, con los primeros pasos en la comunitarización de esta materia, unido al hecho de que la mera solicitud suponía el derecho a entrar y permanecer en nuestro país mientras se resolvía sobre el fondo, incluidos recursos administrativos y judiciales, éstos últimos con carácter suspensivo, en virtud de la Ley 62/1978, lo que originaba un periodo de residencia legal tan dilatado que convertía en altamente improbable su salida obligatoria por endeble que fuera su petición de protección. En definitiva se propiciaba su utilización fraudulenta como alternativa a la endurecida Ley de Extranjería, y se hacía en un contexto europeo que circulaba en la dirección opuesta⁴⁴². De otra parte, desde el punto de vista de los derechos humanos, en frase de JOLLY, se pasa “del liberalismo descoordinado a las restricciones armonizadas”⁴⁴³.

Esta ley, fue transformada por la irrupción en el ordenamiento jurídico interno español de la Ley 9/1994, de 19 de Mayo, que modifica la Ley 5/1984, aprobándose el nuevo Reglamento por Real Decreto 203/1995, de 10 de Febrero. La justificación de la misma queda fijada en la Exposición de Motivos, entre la que destaca la necesidad de ajustar la normativa sobre asilo al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, así como a la necesidad de realizar una armonización de las legislaciones nacionales en la materia sus connotaciones primordiales podemos sintetizarlas en las siguientes:

a).- Supresión de la dualidad entre las figuras de asilo y refugio que se había revelado como una fuente de confusión y abusos (tal y como se especifica en la Exposición de Motivos). Configurándose el asilo como la protección dispensada por España a aquel extranjero a quien se reconozca la condición de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951. El asilo por razones humanitarias, que se podía conceder a determinados extranjeros que no sufrieron persecución, se reconduce a la vía de la legislación general de extranjería⁴⁴⁴. De este modo, se

control judicial - por el Estado español. Siendo por tanto incompatible judicialmente esta última, lo cual vulnera el art 24 de la CE también, por la absoluta incapacidad de la mayoría de los solicitantes – y sus abogados- para precisar que es lo que estaban pidiendo – asilo o refugio- por lo que optaban por demandar las dos cosas, a la vez o sucesivamente.

⁴⁴² SANTOLAYA MACHETTI, P., (2010). La reforma del derecho de asilo por la Ley 12/2009, edit *Centro Euro-Americano de Estudios Jurídicos*, Universidad Alcalá de Henares, Seminario: Las reformas legales en los ámbitos de extranjería y asilo 19 de Febrero de 2010, pág 2.

⁴⁴³ JOLLY RICHARD., (1989). Desarrollo humano y neo-liberalismo: comparación de paradigmas. *Revista Latinoamérica de desarrollo humano* 6-8 September, Uppsala, Sweden, págs 1-16

⁴⁴⁴ No obstante, hay que recordar que la nueva redacción del artículo 20.2 señala que "por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse la permanencia en España del interesado, en el marco de la legislación general de extranjería". En el mismo sentido la nueva redacción del artículo 17.2 indica que

aprecia como la legislación específica de asilo española no realiza ningún tipo de aportación novedosa que complemento lo dispuesto en el Convenio de Ginebra, equiparando al refugiado con el extranjero en general sin tener en cuenta que aquél difícilmente va a cumplir los condicionantes dispuestos por el RD 1031/1980 de 3 de Mayo, siendo lo mas probable que las autoridades españolas le denieguen la autorización de residencia y el permiso de trabajo.

b).- Establece una fase previa en el examen de las solicitudes que permita la denegación de forma rápida de aquellas peticiones que sean manifiestamente abusivas o infundadas, así como aquellas otras cuyo examen no le corresponda a España. (art 5.6 añade tres números a su estructura que permiten el rechazo de la solicitud de asilo)

c).- En relación con las causas de concesión de asilo y denegación la nueva redacción se remite, a los Instrumentos internacionales ratificados por España y, en especial, a la Convención de Ginebra de 1951 y al Protocolo de Nueva York de 1967. Lo que parece excluir el "asilo por razones humanitarias". Sin embargo, en la practica no ocurre así, puesto que, en virtud del art 17.2 de esta Ley, hace alusión a que "por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligados a abandonar su país y que no cumplen los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo tercero de esta Ley". Artículo que debe ser puesto en concordancia con el art 22.2 del Reglamento que se pronuncia en el mismo sentido, fijando su permanencia en territorio español por un período no inferior a seis meses. En sentido análogo, la Disposición Adicional Primera de dicho Reglamento presta una especial consideración, también por razones humanitarias, a los desplazados.

d).- Aborda la modificación de los efectos que la resolución denegatoria del asilo produce. Se considera que la regulación modificada ha tenido un importante efecto de atracción de inmigrantes económicos hacia el sistema de asilo, al situar al extranjero que ve denegada una solicitud de asilo, en una posición de privilegio con respecto a aquel que ha seguido los procedimientos migratorios normales establecidos por el ordenamiento español, mediante la solicitud del oportuno visado.

"por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligados a abandonar su país y que no cumplen los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo tercero de esta Ley".

e).- En relación con las solicitudes "manifiestamente infundadas". Esta ley introduce un procedimiento de admisión a trámite de las solicitudes bien en frontera, bien en territorio nacional, basado en las causas establecidas en el art 5 de la Ley 5/94. En la actualidad una de las causas de inadmisión a trámite de una solicitud es que se base en datos o alegaciones manifiestamente infundadas, lo cual supone, en numerosas ocasiones, efectuar una valoración sobre el fondo del asunto sin que se hayan otorgado al solicitante las debidas garantías (tiempo y posibilidades de representar alegaciones sobre su caso, asistencia letrada, etc)produciéndose generalmente un abuso de las causas de inadmisión contempladas en apartado d) del punto 6º del art 5 de la Ley.

f).- La reforma establece que el solicitante de asilo cuya petición es inadmitida a trámite o denegada debe abandonar el territorio español, salvo que reúna los requisitos para entrar o permanecer en el país, con arreglo al régimen general de extranjería, o que, por razones humanitarias o de interés público, se le autorice excepcionalmente para ello. De modo que, el solicitante de asilo debe permanecer en todos los casos en el país hasta que se haya resuelto el recurso interpuesto. Las leyes de extranjería dictadas en nuestro país hasta este momento, contempla que la apelación contra una resolución denegatoria sea examinada por un órgano judicial diferente al que adopto la primera resolución. A pesar de ello, el carácter no suspensivo de la interposición del recurso contenciosos-administrativo, con excepción de lo establecido en el art 21 de la Ley, vacía de contenido dicha posibilidad toda vez que el solicitante puede ser devuelto a su país antes de la resolución del recurso(Recordemos que en la legislación actual se recoge como único supuesto de suspensión de la apelación el procedimiento de admisión a trámite en frontera ,tras la denegación del examen y siempre que haya mediado informe favorable la admisión a trámite (a mi juicio seria desea que se declara la suspensión de inadmisión a trámite cuando se interpusiera recurso contencioso-administrativo por el solicitante de asilo). En consecuencia, los ejes fundamentales de la reforma, realizada por esta ley radican en los procedimientos de inadmisión a trámite y en frontera cuyo objetivo era impedir el acceso o lograr la expulsión de los que no merecieran el estatuto de refugiado, antes de que adquirieran un cierto arraigo.

g).- En relación con la inadmisión a trámite de asilo, el 5.6, la presente ley recoge lo preceptuado en la disposición precedente, y además añade dos nuevos motivos:

1.- Relativo a los casos en que no corresponda a España su examen (el de la solicitud de asilo) de conformidad con los Convenios Internacionales en que sea Parte. En la resolución de inadmisión a trámite se indicará al solicitante el Estado responsable de examinar su solicitud. En

este caso dicho Estado habrá aceptado explícitamente dicha responsabilidad y se obtendrán, en todo caso, garantías suficientes de protección para su vida, libertad y demás principios indicados en la Convención de Ginebra, en territorio de dicho Estado.

2.- Cuando el solicitante se halle reconocido como refugiado y tenga derecho a residir o a obtener asilo en un tercer Estado, o cuando proceda de un tercer Estado cuya protección hubiera podido solicitar. En ambos casos, en dicho tercer Estado no debe existir peligro para su vida o su libertad ni estar expuesta a torturas o a un trato inhumano o degradante y debe tener protección efectiva contra la devolución al país perseguidor, con arreglo a la Convención de Ginebra.

h).- Además esta ley sigue sin solventar, el problema que se plantea la introducción de las solicitudes de asilo en frontera, y puesto que en la practica se traducía en la detención superior a 72 horas, , sin intervención judicial y cuya regulación debía hacerse mediante ley orgánica por afectar a un derecho fundamental ,hizo que contra la misma se interpusiera recurso de inconstitucionalidad⁴⁴⁵ .A ello hay que adicionar, que en este supuesto debido a la obligatoriedad de la asistencia jurídica junto con el carácter acelerado del procedimiento, el solicitante de asilo puede no contar con asistencia letrada en el proceso de admisión a tramite en frontera, lo que puede producir indefensión el solicitante que desconoce como debe ejercer sus derechos.

No hay que olvidar, que la regulación española del derecho de asilo, fruto de esta última reforma, se encuentra profundamente influida por los Convenios de Dublín y de Schengen que conforman constituir el punto de inflexión para una aproximación global y sistemática al asilo desde una perspectiva comunitaria y entre cuyos objetivos destaca el fortalecimiento de los controles en las fronteras externas, siendo necesario el acuerdo entre los Estados en el control de las demandas de asilo, y responsabiliza al Estado responsable del examen de la demanda de asilo al Estado que haya dejado entrar al extranjero en la Comunidad, al que haya otorgado un permiso de estancia o un visado de entrada, o al que no haya sabido o podido evitar su entrada ilegal o clandestina. Sin embargo esta europeización de nuestra normativa – que se plasma sobre todo en los procedimientos de inadmisión a trámite y de tramitación en frontera - origina un largo periodo de incertidumbre sobre la constitucionalidad de estas novedades, y, además, una práctica restrictiva del asilo, a juzgar por el elevado tanto por ciento de solicitudes que son inadmitidas a trámite y la escasísima cifra de reconociendo del estatuto en nuestro país,

⁴⁴⁵ STC 53/2002, de 27 de Febrero, admite esta limitación siempre y cuando limitaciones a la libertad de circulación que sean proporcionadas y estén controladas administrativa y judicialmente, como mecanismo útil para repeler la inmigración ilegal.

Debido a la ausencia de definición de esta institución por parte del ordenamiento jurídico interno español, fue el Consejo de Estado⁴⁴⁶ el que definió el concepto de asilo como *“Una protección humanitaria de la libertad ideológica y de creencias religiosas basada en esa solidaridad”*. Estableciendo una vinculación constitucional del asilo con el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales y su conexión con los criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia que deben inspirar el Estado democrático definido en nuestra Constitución.⁴⁴⁷

En relación con la naturaleza del derecho de asilo, la doctrina mayoritaria no reconoce a la figura del asilo, el carácter de derecho público subjetivo, en base a lo dispuesto por el art 14.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y cuyo reflejo en nuestro derecho constitucional queda plasmado en su art 10.2 que establece lo siguiente: *” 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

Puesta en concordancia con lo preceptuado por el art 1 de la Convención de Ginebra se desprende que el constituyente español se limita: *”A reconocer que en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”*.

Es decir, no se reconoce el derecho a obtener la condición de asilado, sino solamente a solicitar su otorgamiento⁴⁴⁸. Artículo que debe ser puesto en concordancia con el art 13.4 de nuestra carta magna, cuya dicción es la siguiente: *” la ley establecerá los términos en los que en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”*. Es decir, se vacía de contenido a este artículo dependiendo su contenido íntegramente de la ley que lo regule⁴⁴⁹.

Además dada la ubicación realizada por el constituyente en relación con este derecho, Capítulo I, Título I, no se reconoce el carácter de derecho fundamental y por tanto el legislador tiene libertad para su regulación de conformidad con los convenios internacionales suscritos por

⁴⁴⁶ Dictamen número 1007/95, de 22 de Junio de 1995 define el término asilo para el legislador español.

⁴⁴⁷ En este sentido, se manifiesta la Sentencia de 9 de Mayo de 1988.

⁴⁴⁸ La justificación internacional por la que no se configuró la figura de asilo la naturaleza de derecho público subjetivo, obedece a que el Proyecto de Convenio sobre el Asilo Territorial celebrado por la ONU celebró en Ginebra en 1977, no se llegó a obtener el reconocimiento de esa condición.

⁴⁴⁹ ABARCA, J. P., (1987). Nacionalidad y extranjería en la nueva Constitución. En *Lecturas sobre la Constitución Española*, Edit T. R. Fernández, UNED, Tomo II, Madrid, págs. 383 y ss.

nuestro país. Otorgándole nuestro derecho positivo la configuración de derecho público subjetivo pero de configuración legal, sólo exigible en los términos que fije el legislador⁴⁵⁰. Sin embargo, quedaría incompleto su contenido, si se limita su naturaleza estrictamente a la calificarlo como un mero derecho subjetivo, puesto que nos encontramos ante derechos inspirados en principios humanitarios y de solidaridad, cuyo eje no se fundamenta únicamente de forma objetiva en el individuo⁴⁵¹. Este sentido individualista es el que se contempla en nuestra legislación, así se constata en el art 2 de la ley que se refiere a “soberanía” en el art 7 “competencia del gobierno”, en el 18.2, a “seguridad del Estado”, etc. Además hay que partir del hecho de que al constitucionalizar el derecho asilo, este se convierte en un derecho a reglamentar por el Estado en función de las circunstancias del individuo y de la amenaza que recae sobre el mismo. De modo que, este derecho humano al positivarse por el constituyente, se convierte en obligatorio, exigiendo su defensa por parte del Estado, debido a que ha superado el concepto de mera obligación convencional y por tanto el individuo puede exigir su tutela.

Pero no se debe confundir que en el derecho de asilo, el aspecto relativo a la titularidad jurídica sobre el mismo, que hoy día sigue perteneciendo al Estado, de modo que, no puede obligarse al mismo, por encima de sus intereses permanentes o coyunturales, a otorgar asilo a uno o a una multitud de extranjeros⁴⁵²

Además no debe obviarse que a través de la institución de asilo, el Estado satisface un interés público, que consiste en la expresión abierta de la defensa que se hace de la libertad política en la comunidad internacional. En consecuencia, el llamado derecho de asilo se configura como un derecho del Estado que lo concede y no de la persona que lo solicita. De ahí que no se trate, claramente, de uno de los derechos humanos internacionalmente protegibles, sino de un mecanismo protector frente a la violación de determinados derechos del hombre, concretamente del derecho a no ser perseguido por motivos políticos, religiosos, raciales, por luchar contra el colonialismo o por cualquier otro motivo distinto de la comisión de un delito común o de un delito contra la paz, de guerra o contra la humanidad.

⁴⁵⁰ Este fue el sentido que le imprimió el Dictamen número 53.904, de 26 de Octubre de 1989

⁴⁵¹ LUCAS VERDI, P., (1951). El Derecho de asilo en las constituciones actuales, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. IV, núm. 2, págs 507-520

⁴⁵² COBO DEL ROSAL, M., y BOIS REIG, J., (1984) .El derecho de asilo, en *Constitución Española de 1978*, Tomo II, arts 10-23, edit por O. Alzaga, Madrid, pág. 253.

Por tanto, podemos afirmar que nos encontramos ante un derecho con una naturaleza mixta, participando de la soberanía del Estado de una parte y de otra, de las exigencias sustantivas de los Derechos Humanos. En la actualidad, se observa como ha desaparecido la naturaleza excepcional y graciable del asilo político en cuanto derogación parcial del principio de no injerencia en los asuntos internos de otro Estado, debido a que ofrece un concepto restrictivo de esta figura contrario a su naturaleza intrínseca del mismo, puesto que, en base a esa postura la protección se centraría en la defensa del Estado perseguidor y no de los derechos fundamentales del solicitante de asilo. De modo que, el Estado perseguidor no puede imponer al Estado que asila un comportamiento determinado⁴⁵³.

En consecuencia, la naturaleza jurídica de la figura de asilo, recibe prácticamente el mismo tratamiento en las dos leyes analizadas de nuestro ordenamiento jurídico, si bien, Ley 9/1994 hace desaparecer el trato diferenciado entre los términos asilo y refugio, que a partir de este momento el legislador va a tratar de forma conjunta, también como innovación suprime en el artículo segundo el adjetivo "*graciable*" respecto a la protección dispensada a los extranjeros⁴⁵⁴ y finalmente, en el artículo tercero establece el carácter imperativo de la concesión del asilo en determinados supuestos tasados. Desde mi punto de vista, la diferencia semántica entre ambos términos radica un solicitante de asilo es una persona que dice ser un refugiado, pero cuya solicitud no ha sido aún evaluada. El término no entraña presunción alguna; simplemente describe el hecho de que alguien ha interpuesto la solicitud, siendo cada Estado conforme a su derecho interno el que determine si estos solicitantes serán objeto de esta catalogación. Mientras que refugiado según la Convención sobre los refugiados de 1951 son "aquellas personas que se encuentren fuera de su país de nacionalidad o residencia habitual, y tengan fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas (pero que no disfrutaban de la protección de su propio Estado; de hecho, es a menudo su propio gobierno el que amenaza con perseguirles) pero en la praxis la diferencia del refugiado con el asilado se circunscribe a que para el primero, si el asilo es concedido, significa que han sido reconocidos como refugiados y por tanto necesitados de protección internacional. Olvidándose el legislador

⁴⁵³ Dictamen 55.030, de 12 de Julio de 1990.

⁴⁵⁴ El adjetivo "graciable" contenido en la ley de asilo de 1984, obedecía al mandato contenido en el párrafo 4 de su Exposición de Motivos y en el art 2.1 del Título I, Capítulo I. Que en la práctica suponían la prevalencia del principio de seguridad del Estado de acogida y de subsidiariedad en la consideración de los derechos humanos como fundamento de esta normativa.

que una persona es refugiada por lo que ha vivido y no porque un estado le otorgue o no el estatus de refugiado.

Lo cual también nos obliga a definir al desplazado interno como “aquella persona que ha sido forzada a salir de su hogar debido al conflicto, o la persecución (p.e. motivos similares a los relativos al refugio); o debido a un desastre natural o a otra circunstancia inusual de ese tipo. Sin embargo, a diferencia de los refugiados, los desplazados internos permanecen en su propio país.

De lo expuesto se deduce que uno de los presupuestos objetivos para que se otorgue la protección por asilo, es que el sujeto sufra persecución por motivos ideológicos o políticos, esto conlleva a circunscribir el concepto de asilo al ámbito político, lo cual supone el riesgo de una mayor discrecionalidad por parte del Estado que asila, puesto que las situaciones de persecución política no son idénticas en todas las constituciones ni tampoco en todas las leyes internas, lo cual supone también una clara discriminación internacional que variará dependiendo del lugar donde el solicitante de asilo presente su solicitud y de que esta situación se encuentre tipificada en las normas del Estado asilante.

En este sentido, señala que las causas originarias de las razones políticas de persecución del asilado, deben ser concretas por: motivos ideológicos, religiosos, étnicos, culturales, lingüísticos o de pertenencia a un grupo determinado que constituyan formas de represión lesivas para la dignidad de la persona, valor que, de acuerdo con los postulados generalmente aceptados por el derecho internacional y según nuestro propio derecho constitucional (art. 10, CE), es inexcusable fundamento del orden político y de la paz social.

Están excluidas del ámbito de la persecución política las situaciones de desgracia común, incluso cuando se deben a una turbulencia política o social generalizada. Asimismo cabe la extensión del reconocimiento de asilo y refugio además del solicitante de sus familiares, en virtud de lo dispuesto en el art 10.1 de la Ley 5/1984, que se bifurca en dos sentidos: “*inclusión*” en su apartado 1 y “*exclusión*” en su apartado 2.

Con respecto a las *inclusiones*, el citado artículo 10.1 extiende el asilo “*al cónyuge*⁴⁵⁵ *del asilado, admitiendo la extensión a favor de la persona que se halle ligada con éste por análoga relación de afectividad y convivencia, descartándose las uniones circunstanciales no basadas en*

⁴⁵⁵ En España se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, *para la igualdad entre mujeres y hombres* (de 23 de Marzo de 2007) la cual, en su Disposición Adicional vigésimo novena, modifica el art. 3 ley de asilo que reproduce el artículo 1A de la Convención de Ginebra, para incluir dentro de la definición de persona refugiada a “*mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a tener temores fundados de sufrir persecución por motivos de género*”.

una relación de "affectio maritalis " descendientes y ascendientes de primer grado", en cuanto a las exclusiones, abarcan a quien hubiere perpetrado un delito contra la seguridad de la navegación aérea o marítima, o de los transportes terrestres, un delito de terrorismo o cualquier otro acto considerado punible por los Convenios Internacionales válidamente ratificados por España⁴⁵⁶.

La regla seguida por España en cuanto a inadmisión de asilo por alegación de persecución política, es en relación con los países del Este de Europa, por ser países de régimen democrático, al igual que los países integrantes de la UE, que tampoco se admite la solicitud de asilo por la razón especificada.

Con respecto a la prueba de persecución por motivos políticos el art 9.1.de la Ley del 94 establece que: *"El solicitante de asilo deberá acreditar su identidad y proporcionar un relato verosímil de la persecución sufrida, mediante la prueba pertinente o indicios suficientes de las circunstancias que justificarían el otorgamiento de asilo. Con fundamento en el relato del solicitante, la Administración investigará las circunstancias objetivas alegadas y valorará su trascendencia a los efectos del asilo"*. Es decir, la carga de la prueba recae en el solicitante. De modo que, la situación política de un país no prueba, por sí sola, la efectiva persecución del solicitante de asilo⁴⁵⁷. Es necesario probar, al menos, la condición de adversario al régimen político. La única excepción que la Ley establece en esta materia, es cuando el solicitante de asilo aporta documentos que acreditan suficientemente la persecución y la Administración tiene dudas

⁴⁵⁶ Con respecto al análisis de los Convenios Internacionales ratificados por España sobre esta materia son analizados rigurosamente por VILARINO, E., (1977). El Convenio europeo sobre la represión del terrorismo. En *Revista Internacional Europea*, Tomo IV, Madrid, -2, págs 427 y ss; y, LILLICH, B., (1978). Controlling transnational terrorism; The Relevant of international Law .En *Proc. Am. Society International Law*, págs 343 y ss.

⁴⁵⁷ En este sentido se manifiesta la STS Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 24 de Febrero de 2010, en su F. 4, donde a pesar de reconocerse en las SSTS de 26 de Julio y 14 de Diciembre de 2006 (RRC 1184/2003 y 8233/2003), ambas referidas a solicitantes de asilo colombianos, a pesar de reconocerse la situación político-social de Colombia y cumplirse los requisitos exigidos en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley española de Asilo 5/84 , donde se puede definir e identificar a un determinado grupo social, que es percibido como diferente en aquella sociedad y cuyos miembros están expuestos a actos de persecución de la gravedad indicada. Ese elemento, nota o característica es la condición de médicos de los recurrentes a quienes se atribuye una privilegiada situación económica. Pero el alto tribunal sostiene invocando la sentencia de 26 de Septiembre de 2008 (RC 2893/2005) que no toda extorsión o secuestro con finalidad económica es por sí sola, y al margen de cualquier otra consideración, causa suficiente para la concesión del asilo, pues una vez constatada la efectiva existencia de esos actos de extorsión, han de valorarse a continuación, de forma casuística, factores tales como las circunstancias personales del solicitante, las características del grupo autor de la extorsión o secuestro, la intensidad y contenido de esos actos, la posibilidad de una protección eficaz por las autoridades del propio país, o, en fin, la posibilidad de evitar el peligro mediante el desplazamiento interno a otra localidad del mismo país alejada de aquella en que los actos de extorsión pudieran haberse producido, desestimándose la petición de asilo, considerando insuficientes los medios probatorios aportados (incluso teniendo dudas en relación con el certificado de la Red de Solidaridad Social).

sobre su veracidad, se produce la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole a la Administración acreditar la falsedad de los documentos aportados por el solicitante.

En este sentido, hay que recordar que actualmente la protección internacional se puede obtener por tres vías:

1.- El estatuto de refugiado, que se reconoce cuando se cumplen los requisitos de la Convención de Ginebra, y la protección subsidiaria, estatuto de protección cualitativamente inferior que se vinculaba a la apreciación de “razones humanitarias”. La vigente ley equipara ambos estatutos en garantías y contenido, y, además, define en términos rigurosos a la protección subsidiaria al concebirla como aquella que se dispensa a quienes, sin reunir los requisitos de la Convención de Ginebra para ser refugiados, tienen motivos fundados para creer que, en caso de regresar a su país de origen, estarían en riesgo de sufrir daños graves como pena de muerte, tortura, tratos inhumanos o degradantes o amenazas en un contexto generalizado de violencia ante un conflicto armado internacional o interno. Además se diferencia claramente los ámbitos del asilo y la extranjería, reconduciendo exclusivamente el estatuto de refugiado únicamente a quienes no ofrezcan dudas en su temor fundado de sufrir persecución por los motivos tasados en la Ley, circunscribiendo la protección internacional a sus exclusivos y exactos términos, e impidiendo que el asilo pueda utilizarse de manera fraudulenta por parte de inmigrantes económicos. También, como novedad se recogen de forma expresa las características de género y de orientación sexual como causas que pueden dar lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado por pertenencia a un determinado grupo social de conformidad con lo dispuesto por la Disposición Adicional 29ª de la Ley de Igualdad. Lo cual conlleva a un reforzamiento de las garantías inherentes al procedimiento de obtención de protección internacional. Asimismo, la norma adapta el derecho a la información que asiste a todo solicitante a las circunstancias específicas que, en su caso, concurren por razón de género, minoría de edad o especial vulnerabilidad.

Se procurará adoptar los medios necesarios para ayudar a que la entrevista al solicitante se desarrolle en los términos más favorables para el interesado.

2.- Se regulan las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo, así como la reagrupación familiar para aquellas personas que sean beneficiarias de protección internacional regulándose el reasentamiento como reflejo del compromiso solidario del Gobierno de España con otros países, compromiso a través del cual se podrá reasentar, mediante la fijación de un cupo anual y con la intervención del ACNUR, a un número de refugiados establecidos en países limítrofes al de su origen y donde, pese a ser refugiados, no tienen garantizada la no devolución a

éste, corriendo peligro. Se detalla minuciosamente la exclusión, revocación y cese de la protección internacional. Y a pesar de este marcado carácter garantista se le dota al sistema de necesarias para evitar que el estatuto de refugiado se desvalorice y pueda abusarse de su contenido para cometer delitos graves o actividades atentatorias contra la seguridad del Estado. Quizá la objeción de fondo es la supeditación de la regulación del asilo a lo que parece constituir la prioridad del Pacto Europeo mencionado, la obsesión por “dominar” los flujos migratorios en propio beneficio y la fijación en el objetivo de controlar la inmigración ilegal y adecuar todos esos movimientos de personas a las necesidades del mercado de trabajo europeo y de su economía productiva. Por eso, concretamente, el principal riesgo del Pacto Europeo en materia de asilo es que derive en una coartada que justifique que los Estados miembros sacrifiquen el asilo en aras de la eficacia en la lucha contra la inmigración clandestina. En efecto, no basta con afirmar como argumento justificativo que se trata de reformas progresistas que amplían derechos. Hay que examinar si los derechos en concreto se ven ampliados en su reconocimiento y garantía. Y aquí el balance es mucho menos positivo de lo que se pretende e incluso resulta seriamente preocupante, como lo demuestra el hecho de que a pesar de que la Convención de 1951 enfatiza en su art 33.1 que los refugiados no deben ser expulsados o retornados “a las fronteras de territorios donde su vida o libertad puedan verse amenazadas”. La Convención también perfila los derechos básicos que los Estados deben conceder a los refugiados y define quién es un refugiado -y quién no (por ejemplo, excluye claramente a los combatientes, a los terroristas o a personas culpables de delitos graves).

3.- Finalmente, se incorpora una nueva figura, “la protección subsidiaria”, reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art 17.2, de la vigente ley de Asilo española, para cuya inclusión en esta categoría el sujeto debe cumplir los siguientes requisitos: a) no debe reunir los requisitos para ser refugiado; b) encontrarse en territorio español; y, c) en caso de retorno a su país de origen puede sufrir daños graves para su integridad, vida o libertad. En consecuencia sus beneficiarios son actualmente las siguientes víctimas: de guerras, de situaciones de violencia generalizada, de persecución en que no se cumple alguno de los requisitos de la definición de refugiado (autoridades no son agente perseguidor y, con carácter general, reprimen la persecución; persecución no obedece a motivos Convención de Ginebra de 1951, por ej.: abuso de poder por elementos de un régimen dictatorial; el temor de persecución no es plenamente fundado, pero existe riesgo de una eventual agresión.....En cualquiera de los casos el contenido que presta nuestro país ante estas situaciones es similar: no devolución, permiso de trabajo, reunificación familiar y ayuda a la integración. Siendo la única connotación distintiva entre el refugio y la protección subsidiaria el tiempo de residencia en cuanto su contenido, radica que mientras en el primer caso es

indefinida renovable cada cinco años, en cambio en el segundo es de solo un año renovable. Siendo el procedimiento el mismo para cualquiera de las formas de protección que se demanden.

En base a lo expuesto, en un primer intento de aproximación conceptual para definir ambos términos, la definición de refugio aceptada por nuestro derecho positivo viene dada por el art 1 de la Convención de Ginebra de 1951 es la de persona “(...) *debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él*”. Mientras que la definición de asilo, en términos generales, el asilo aun en defecto de una definición sobre dicha institución, se acepta como interpretación:” *la protección que otorgan los Estados a quienes reúnen los requisitos de persona refugiada establecidos en la Convención de 1951*”.

En nuestro país, el marco legal que rige el asilo está formado por las normas internas, la normativa europea y los tratados internacionales anteriormente analizados. Entre las normas internas destaca por su supremacía el artículo 13.4 de la CE que reconoce el derecho de asilo, artículo que fue desarrollado por la Ley 5/1984 reguladora del Derecho de Asilo y la Condición de Refugiados (modificada en 1994) y por su la aplicación de Decreto de 1995. Posteriormente, la Ley de Extranjería 4 / 2000 (modificada posteriormente) y su Decreto de aplicación prevé el régimen de protección subsidiaria, enunciadas en el artículo 17.

En cuanto al ámbito subjetivo del concepto de asilo se define en el art 1 del RD 203/1995⁴⁵⁸ en el que se establecen que se reconocerá la condición de persona refugiada y, por tanto, se concederá asilo:

a).- A quienes reúnan los requisitos previstos en la Convención de 1951 y el Protocolo.

b).- A las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Por el que se aprueba el Reglamento de la aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de Marzo (BOE núm. 52, 2 de Marzo de 1995, pág 7.237)

⁴⁵⁹ Disposición Adicional Tercera, añadida por la Ley Orgánica 3/2007.

Asimismo, la Ley de Asilo contiene una connotación negativa estipulando una serie de causas por las que se prohíbe conceder asilo:

a).- A las personas respecto de las cuales existan motivos fundados para creer que han cometido alguno de los delitos contra la paz, contra la humanidad o de guerra.

b).- A las personas que hayan cometido un grave delito común fuera del país de refugio antes de ser admitidas en él como refugiadas.

c).- A quienes sean culpables de actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas.

d).- A personas que por razones fundadas sean consideradas un peligro para la seguridad del país o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituyan una amenaza para la comunidad.

De otra parte, junto a la normativa internacional, formada por la Convención de 1951 y su Protocolo adicional, se encuentran las normas emanadas de la UE. Entre otras, el Acuerdo Europeo núm.31 sobre exención de visados para los refugiados⁴⁶⁰, el Acuerdo de Adhesión al Convenio multilateral relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes⁴⁶¹ y el Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo⁴⁶², el Reglamento que establece criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de asilo⁴⁶³, la Directiva por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la

⁴⁶⁰ Suscrito en Estrasburgo el 20 de Abril de 1959(BOE de 22 de Julio de 1982, núm. 174, pág. 19.759. Ratificado por España el 30 de Junio de 1982, entrada en vigor en nuestro país el 31 de Julio de 1982.

⁴⁶¹ Instrumento de ratificación de 23 de Julio de 1993 del Acuerdo de 25 de Junio de 1991 de adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación de 19 de Junio de 1990 del Acuerdo de Schengen de 14 de Junio de 1985 (BOE de 5 de Abril de 1994, núm. 81, pág. 10.390, ratificado el 30 de Julio de 1991, entrada en vigor el 1 de Marzo de 1994)

⁴⁶² Celebrado en Dublín el 15 de Junio de 1990 (BOE de 1 de Agosto de 1997, núm. 183, pág. 23.598, ratificado el 10 de Abril de 1995, entrada en vigor el 1 de Septiembre de 1997).

⁴⁶³ Consejo de Europa, Reglamento (CE) núm. 343/2003 de 18 de Febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país (DOCE- L50, núm. 46, 25 de Febrero de 2003, pág. 1)

protección concedida ⁴⁶⁴, y la Directiva sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado⁴⁶⁵. Con respecto a los elementos que componen la definición de asilo se vertebran en los siguientes: tener temor fundado a ser perseguida; probar que el daño temido constituye persecución; y demostrar que existe un nexo causal entre la persecución y uno de los motivos recogidos en la Convención de 1951 y en la legislación española.

En relación con el primero, el concepto jurídico indeterminado” *contiene un elemento subjetivo y un elemento objetivo*”. El subjetivo requiere “*una valoración de la personalidad*”⁴⁶⁶ y “*una tasación de las declaraciones del solicitante*”, más bien que un juicio sobre la “*situación imperante en su país de origen*”⁴⁶⁷.

Por tanto, el elemento subjetivo del “*temor*” se refiere a que la persona cree o prevé que será perseguida en su país de origen. Con respecto a este elemento, ACNUR considera que “*(...) El temor es, por definición, un estado mental y por lo tanto una condición subjetiva, que dependerá de los antecedentes personales y familiares del individuo, de sus experiencias personales, y de la forma en que interpreta su situación. En la práctica, cualquier expresión de rechazo a volver al país es generalmente suficiente para establecer el elemento «temor» de la definición de persona*

⁴⁶⁴ Consejo de Europa, Directiva 2004/83/CE de 29 de Abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (en adelante, Directiva sobre normas mínimas) (DOCE-L304 de 30 de Septiembre de 2004).

⁴⁶⁵ Consejo de Europa, Directiva 2005/85/CE de 1 de Diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (DOCE-L326, núm. 48, 13 de Diciembre de 2005).

⁴⁶⁶ ACNUR, (1992). *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* Ginebra, pág. 40

⁴⁶⁷ En esta línea se enmarca la STS 3ª 5ª s 08-09-05 Rec. 3311-02, sobre la inadmisión a trámite de un peticionario de asilo ucraniano. En base a que aun cuando los dos motivos se han redactado desde una perspectiva diferente, como corresponde a la diferente naturaleza de los motivos de casación a que respectivamente se acogen, pueden ser objeto de una contemplación unitaria, por cuanto que lo que viene a denunciarse conjunta y complementariamente en los dos motivos es que la única causa de inadmisión relevante (la prevista en el art. 5.6.b] de la Ley de Asilo 5/84, en la redacción dada por la Ley 9/94) no es de aplicación al caso, desde el momento que los hechos expuestos en la solicitud de asilo son de los que, según la Ley de Asilo y la Convención de Ginebra de 1951, dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, sin que desde la perspectiva de esa causa de inadmisión, quepa exigir pruebas de la persecución invocada al tiempo de valorar la admisibilidad a trámite de la petición de asilo ni pronunciarse sobre la verosimilitud de aquel relato, cuando tal verosimilitud no ha sido discutida por la Administración, que no ha basado su rechazo de la solicitud de asilo en la falta de prueba de esos hechos.

refugiada. Si él o la solicitante no afirma expresamente que tiene miedo, esto puede deducirse con frecuencia de las circunstancias objetivas, por ejemplo cuando hay un claro riesgo de persecución en caso de retornar. En la mayoría de los casos, el solo hecho de haber solicitado estatus de refugiado es suficiente para indicar que hay un temor de volver”⁴⁶⁸.

En cambio, el elemento objetivo obliga a que el temor que experimenta la persona solicitante de asilo sea “*fundado*”, es decir, basado en una situación objetiva. De modo que, lo realmente importante es examinar las declaraciones de ésta en el contexto de la situación pertinente para satisfacer este elemento y establecer la credibilidad de la persona solicitante. Por tanto, para que el temor pueda calificarse como fundado debe existir una posibilidad razonable de persecución⁴⁶⁹.

El segundo de los elementos lo compone el concepto jurídico indeterminado de “*persecución*”. El Consejo de Europa, en su Posición Común de 4 de Marzo de 1996, establece⁴⁷⁰ que para que exista persecución, (...) *es preciso que los hechos acaecidos o que se tema puedan ocurrir: - sean lo suficientemente graves, por su naturaleza o su repetición, o constituyan un atentado grave a los derechos humanos, por ejemplo la vida, la libertad o la integridad física, o bien que, a la vista de todos los elementos del expediente, impidan de manera evidente la continuación de la vida de la persona que los ha sufrido en su país de origen;- estén originados por uno de los motivos mencionados en la sección A del artículo 1: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado, opiniones políticas. Los motivos de persecución pueden acumularse y se acumularán con frecuencia en un mismo individuo. Es indiferente que dichos motivos sean reales o, simplemente, que el autor de las persecuciones los atribuya al interesado. Las formas de persecución pueden acumularse y la concurrencia de distintos acontecimientos que por separado no supondrían la existencia de persecución puede, en*

⁴⁶⁸ ACNUR (2005) *Refugee Status Determination. Identifying who is a refugee. Self-study module 2*, Ginebra, págs. 29-30.

⁴⁶⁹ En este sentido, la Corte Suprema de Australia, en el caso *Chan Yee Kin vs. Ministro de Asuntos de Inmigración y Étnicos*, utilizó el estándar “*posibilidad real*”; la Corte de Apelaciones de Canadá, en el caso *Joseph Adjei vs. Ministro de Empleo e Inmigración*, adoptó el estándar de “*posibilidad razonable*” de que haya persecución, que reafirmó luego en su caso *Salibian vs. Canadá*. Referencias en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1906.pdf> [consulta 4 de Febrero de 2009].

⁴⁷⁰ Consejo de Europa, de 4 de Marzo de 1996, definida por el Consejo, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la aplicación armonizada de la definición del término “*refugiado*” conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de Julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (DOCE-L063 de 13 de Marzo de 1996, pág. 2).

determinadas circunstancias, constituir persecución real o contemplarse como motivo serio de temor a sufrir persecución”⁴⁷¹.

Por tanto, para que pueda alegarse esta causa, el peticionario de asilo debe demostrar que en el presente o el futuro teme ser perseguido, sin que deba ser tenido en cuenta que lo hubiera sufrido en el pasado⁴⁷², todo ello, sin perjuicio de que esto suponga vestigio para determinar un futuro riesgo por esta causa⁴⁷³. Desmembrándose el concepto de persecución de dos elementos daño severo⁴⁷⁴ y falta de protección estatal. Pudiendo producirse la persecución tanto por el Estado como no por éste y verificar que el Estado es responsable si el daño infligido por el agente no

⁴⁷¹ Ibidem, párrafo. 4.

⁴⁷² Tribunal Supremo Sec 3ª Sala 5ª S. 07-07-05 sobre la petición de asilo donde el alto Tribunal, estima que existen indicios suficientes de que D. Jose Francisco sufre persecución política en razón de su pertenencia a la raza de mauritanos negros (50.000 de los cuales fueron deportados en el año 1989 de Mauritania a Senegal y Malí) y en razón de su ideología política (mostrada ya en el año 1994 mediante la publicación desde Túnez del artículo de prensa titulado "*Cinco años de cobardía*", y mediante la participación en una manifestación por la subida del pan en el año 1995 que le costó al actor cuatro días de detención con tratos humillantes y degradantes), siendo el resultado final una orden de arresto bajo la acusación incierta de pertenecer al partido "*Los Bacistas*", a quienes se acusaba de preparar un golpe de Estado... Todos estos hechos no pueden dejar de considerarse a la hora de juzgar acerca de la orden de arresto y de la carta de su hermano, que, junto con otras pruebas, presentó para apoyar su petición de revisión... Ni una ni otra son pruebas definitivas de la persecución alegada, pero no pueden ser descartadas como prueba meramente indiciaria de la persecución.

⁴⁷³ TS 3ª Sección 6ª, S 02-04-2002, Rec. 3198-1999. El TS declara haber lugar al recurso de casación deducido contra el Auto de la AN sobre inadmisión a trámite de solicitud de asilo. Señala al respecto que la salida obligatoria del territorio nacional que conlleva la inadmisión a trámite, hace presumir que la seguridad e integridad personales de la solicitante de asilo puede verse en grave riesgo en caso de tener que regresar inmediatamente a su país, todo lo cual aconsejaba por razones humanitarias acceder a la pretensión de suspensión de la obligación de salir del territorio español mientras se sustancia el proceso, ya que los intereses públicos o generales no resultan singularmente comprometidos ni afectados por la permanencia en España.

⁴⁷⁴ TS 3ª Sec. 6ª, S 06-02-2001, Rec. 9341/1996. Pte: MATEOS GARCÍA, JOSÉ. Se recurre en casación el auto que rechaza la suspensión peticionada de la resolución administrativa impugnada en vía contencioso-administrativa y denegatoria del derecho de asilo, arguyendo que la obligatoria salida del territorio nacional produce al recurrente daños de imposible reparación, que el acto negativo de la denegación del asilo es al propio tiempo comprensivo de otro positivo, para el que se instó precisamente la suspensión, que la denegación acordada atenta a la tutela judicial efectiva y que el interés público no resulta relevante en el supuesto de hecho enjuiciado. Afirma la Sala que la denegación de la suspensión de la obligación impuesta al recurrente de abandonar el territorio español, so pretexto de que el acto recurrido es de carácter negativo, conculca la jurisprudencia señalada al respecto a cuyo tenor resulta aconsejable acceder a la petición de suspensión de la obligación de salir del territorio nacional mientras se sustancia éste proceso, en revisión del acuerdo denegatorio del asilo solicitado, ya que mientras los intereses públicos o generales no resultan singularmente comprometidos ni afectados por la permanencia del recurrente en España durante la tramitación del juicio del que la presente pieza dimana, se verían altamente comprometidos los personales del recurrente, ante la susceptibilidad de que se le irrogaran a éste daños de reparación imposible o difícil

estatal es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo.

El primer subconcepto estaría integrado por cualquier vulneración del derecho a la vida o integridad física, incluidas la tortura, la privación de libertad y restricciones económicas o sociales serias que puedan constituir una amenaza a la vida o a las libertades fundamentales⁴⁷⁵.

Mientras que el segundo subconcepto estaría compuesto por la falta de protección estatal frente a ese daño, producida por el propio Estado o por terceros pero que el Estado no protege frente a esas agresiones, extendiéndose su protección incluso si Estado, no reconoce ciertos derechos ni concede protección contra abusos graves, la discriminación puede llegar a convertirse en persecución⁴⁷⁶

Por último, debe existir un nexo causal entre la persecución y los motivos reconocidos para obtener el estatuto de refugiado y además deben concurrir en el sujeto peticionario temor de persecución por alguno de los siguientes motivos: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas. Motivos que fueron recogidos por la ley de asilo española, añadiéndose “*genero*”⁴⁷⁷. Además son admisibles los motivos de la persecución sean reales o imputados. Es decir, englobarían este segundo grupo, aquellos casos en que el agente perseguidor atribuye a la persona solicitante alguna o varias categorías de la Convención que motivan la persecución, tal y como ha sido reconocido por el ACNUR. Asimismo, tampoco debe exigirse a la persona solicitante que demuestre la intención que el agente perseguidor tiene de someterle a persecución. En este sentido, el ACNUR señala que: (...) *la definición de refugiado no requiere que haya una prueba específica de que las autoridades intentan perseguir a un individuo por motivo de alguna de las características protegidas. Mientras la persecución o el temor a ella puedan estar relacionados con las características dadas en la definición, es irrelevante que el perseguidor haya tenido la intención de perseguir. Lo que importa es el resultado.*⁴⁷⁸. En este

⁴⁷⁵ Directiva sobre normas mínimas (Directiva 2004/83/CE de 29 de Abril de 2004) supra núm. 27, art 9.2.

⁴⁷⁶ *Directrices sobre Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1 A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967* núm. 51, pág. 15.

⁴⁷⁷ Ley de Asilo, Disposición Adicional Tercera.

⁴⁷⁸ Art 1, Convención de 1951.

sentido conviene recordar la tesis sostenida por TÉLLEZ RUBIO, J. J. (2001)⁴⁷⁹ para el que “Es inútil distinguir entre refugiados políticos e inmigrantes económicos, porque la cusa primordial de la miseria también es política. Todos los que buscan refugio en España aspiran a garantías políticas y prosperidad económica, es decir, a ventajas sociales que les son negadas en sus países de origen”.

Esta interpretación del requisito del nexo causal es muy importante en casos de persecución por género, pues en muchas ocasiones los actos persecutorios se derivan de prácticas tradicionales y quien los comete no tiene la intención específica de perseguir a la persona solicitante, como por ejemplo, en casos *de mutilación genital femenina y esterilización o matrimonio forzosos*.

En resumen, el procedimiento de asilo español tiene dos fases. En la primera de ellas, se decide si se admite o no a trámite una solicitud de asilo. Entre las causas previstas para inadmitir a trámite una petición de asilo, el artículo 20.a) de la Ley de Asilo establece “*Cuando(...) la persona solicitante se halle reconocida como refugiada y tenga derecho a residir o a obtener protección internacional efectiva en un tercer Estado, siempre que sea readmitida en ese país, no exista peligro para su vida o su libertad, ni esté expuesta a tortura o a trato inhumano o degradante y tenga protección efectiva contra la devolución al país perseguidor, con arreglo a la Convención de Ginebra*” Una vez superados los obstáculos durante esta primera fase, habrá que afrontar nuevas dificultades para ser reconocido como refugiado entre cuyos motivos destaca:

a) no acreditar la identidad por carecer de documentos como el pasaporte o en su defecto presentar, lo antes posible, todos aquellos elementos que, junto a su propia declaración, contribuyan a fundamentar su solicitud. Entre otros, podrán presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado -incluido el de parientes relacionados-, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje y motivos por los que solicita la protección; b) falta de credibilidad; c) persecución por parte de “*elementos de las sociedad*” en lugar de agentes estatales y considerar que podía haberse pedido protección a las autoridades estatales; d) quedar tipificado este motivo de persecución por la Convención de Ginebra y no ser interpretado este motivo de forma restrictiva por los órganos judiciales españoles.

De otra parte, la protección otorgada por el artículo 16 de la Ley de Asilo es conocida como protección subsidiaria. La protección subsidiaria está definida en la *Directiva 2004/83/CE/del*

⁴⁷⁹ *Moros en la costa*, Madrid, Revista a Debate, pág 88.

Consejo⁴⁸⁰, de 29 de Abril de 2004 por la que se establecen las normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Mientras que la vigente ley de Asilo en España de 2009, destaca que en su art 4, que pese a que el sujeto no reúne los requisitos para ser encuadrable dentro de la figura de asilo o refugio, existen fundados razones para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños (...)contra la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante; las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos se puede igualmente obtener por medio del artículo 3 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*⁴⁸¹, interponiendo una demanda ante el

⁴⁸⁰ Este instrumento es más restrictivo y discriminatorio que la ley de asilo y protección subsidiaria en España por los siguientes motivos: La *Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de Septiembre de 2003 sobre el Derecho a la Reagrupación familiar*, en su capítulo V establece un régimen más beneficioso para la reagrupación familiar de refugiados, régimen que no es aplicable a las personas que se les ha reconocido protección subsidiaria; b) Por otro lado, las personas reconocidas como refugiadas están exentas de aportar todos aquellos documentos que deban solicitar a su país de origen y que les sea imposible aportar en virtud del *Convenio sobre Cooperación Internacional en materia de asistencia administrativa a los refugiados* suscrito en Basilea en 3 de Septiembre de 1985 y ratificado por España mediante Instrumento de 29 de Abril de 1.987 (BOE núm. 139 de 11 de Junio de 1987); y c) La *Directiva 2004/83/CE/DEL CONSEJO, de 29 de Abril de 2004 por la que se establecen las normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida* atribuye diferentes derechos a las personas reconocidas como refugiadas y a los beneficiarios de protección subsidiaria. Así por ejemplo, en su artículo 28 y 29 prevé la posibilidad de limitar la asistencia social y la asistencia sanitaria concedida a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria. El permiso de residencia para el caso de refugiado tiene una duración de tres años, renovable (Artículo 24) y en el caso de protección subsidiaria, el permiso de residencia es de un año, renovable (Artículo 25). Al amparo del Artículo 25, a los refugiados se les expide un documento de viaje y para que se expida este mismo documento a los beneficiarios de protección subsidiaria se debe acreditar que existen razones humanitarias graves por las que se requiera viajar a otro país. De conformidad con el artículo 26, al refugiado se le autoriza a trabajar por cuenta ajena o propia sin limitaciones y en el caso de beneficiarios de protección subsidiaria, esta autorización puede condicionarse a la situación nacional de empleo. Y finalmente, al amparo del artículo 26.4 y 33 de dicha Directiva, los Estados pueden limitar el acceso de los beneficiarios de protección subsidiaria a la formación ocupacional, formación profesional y trabajo en prácticas y el acceso a programas de integración.

⁴⁸¹ *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, de 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de Septiembre de 1979, BOE núm. 243 de 10 de Octubre de 1979.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien como requisito de admisibilidad, deben haberse agotado los recursos internos.

Finalmente, la ley de asilo ha sido modificada el 19 de Diciembre de 2008, sobre asilo y protección subsidiaria, en su Exposición de Motivos se recogen los motivos de su aparición. Por un lado, la necesidad de incorporar al ordenamiento español algunas normas comunitarias cuya transposición constituye un primer paso del Sistema Europeo Común de Asilo, en concreto las siguientes Directivas: Directiva del 29 de Abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; Directiva del 1 de Diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados Miembros para conceder o retirar la condición de refugiado y por ultimo, Directiva del 22 de Septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, que se traspone parcialmente cuanto a la justificación de esta nueva ley obedece a dos razones expuestas también en la citada Exposición. Pero en cambio, esa ley no se ha acomodado a la reforma impuesta en esta materia por la STJCE de 17/02/2009, que redefine las normas mínimas relativas a los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado, interpretando el art.15 de la Directiva 2004/83 en el sentido que, la existencia de amenazas graves e individuales contra la vida o integridad física del solicitante de protección subsidiaria, no está supeditada a la aportación de una prueba de que está afectado específicamente por elementos propios de su situación personal, sino que puede considerarse acreditada cuando el grado de violencia indiscriminada del conflicto armado es evidente.

Si bien, es preciso clarificar que cuando se invoca la necesidad de armonizar nuestro ordenamiento con la normativa europea. Y así, respecto al asilo, conviene recordar, como ha advertido el Consejo Europeo para los Refugiados y los Exiliados, que las Directivas de la UE son normas mínimas, es decir, que no justifican de suyas regresiones o recortes. Pero nos olvidamos que las Directivas son un mínimo, no necesita transponerse cuando el marco es más favorable. De modo que, cuando hay mas amenazas, debería ampliarse el derecho, no reducirse. Por tanto, en materia de interpretación y aplicación del derecho comunitario, el criterio básico es siempre el de la prioridad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y por eso la cláusula reiterada que recuerda que los Estados tienen competencia para aplicar la norma más favorable, es decir, que la aplicación de las Directivas europeas (*por ejemplo, la tristemente célebre directiva de retorno*) se supedita siempre a aplicar la norma vigente más favorable a los derechos.

Y por otro, la obligación de adecuar la reciente Ley Española de asilo⁴⁸² al desarrollo internacional, que ha evolucionado en el transcurso de los 56 años desde la aprobación de la Convención de Ginebra y a cuyos nuevos retos es preciso dar respuesta a través del Derecho. la nueva ley de asilo que ahora analizamos no se aprueba como consecuencia de necesidades internas de nuestra normativa. La STC 53/2002 de 27 de Febrero⁴⁸³, pareció suponer la consolidación jurídica y política de nuestro sistema de asilo, tardando siete años en legitimizar el reconocimiento jurídico y político de la institución del asilo en nuestro país y verificar que su contenido se ajusta a lo dispuesto en la Constitución española de 1978. Sin embargo los posteriores avances en la comunitarización de esta materia han hecho inevitable una nueva reforma⁴⁸⁴

La nueva norma regula el núcleo esencial de la protección internacional, y ello porque, al decir de la Exposición de Motivos que se “*equiparan los dos estatutos*” en que ésta se traduce, el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria la cual da lugar a la obtención de varios derechos consagrados en la Convención de Ginebra que ahora las Directivas comunitarias desarrollan: básicamente, el derecho a la no devolución del refugiado al país de origen donde sufre persecución, en este sentido se ha procedido a regular el contenido de la protección subsidiaria, como el de otros términos: actos de persecución, motivos de persecución, agentes de persecución o agentes de protección. Sin embargo las novedades en todos estos campos son mucho más aparentes que reales, entre otros motivos porque buena parte de su contenido venía siendo pacíficamente aplicado por los tribunales españoles sobre la base de aplicación del derecho comunitario. Sin embargo, el legislador debería de haber sido más progresista y añadir nuevas formas de persecución, como por ejemplo: la trata de seres humanos, refugiados medioambientales, etc. Para lo cual hubiera sido aconsejable dotar de contenido a la definición en si de “persecución”, con el fin de hacer desaparecer las prácticas restrictivas que sobre la misma se realizan. Dotando a estas figuras jurídicas de respaldo normativo hecho que en la actualidad carecían, y además se ha establecido un procedimiento único para la determinación de la existencia motivos de protección internacional. En cualquiera de los casos, se debe clarificar que no basta con que se amplíen derechos sino que es

⁴⁸² Ley 12/2009, de 30 de Octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

⁴⁸³ Sustenta la tesis de que existen limitaciones a la libertad de circulación que no son detenciones, que son lícitas en cuanto sirven para combatir la inmigración irregular y que no necesariamente están sometidas al plazo de 72 horas de las detenciones, siempre que se muevan en el margen de la proporcionalidad y estén controladas administrativa y judicialmente.

⁴⁸⁴ SANTAOLAYA MACHETTI, P., (2010). *La reforma del derecho de asilo por la Ley 12/2009. En Coloquios Jurídicos sobre América Latina: Las reformas legales en los ámbitos de extranjería y asilo*, IEALAT, Instituto de Estudios Latinoamericanos - Universidad de Alcalá, 19 de Febrero de 2010

además preciso que se fije si los derechos en concreto realmente ven ampliados su reconocimiento y garantía. Observándose como se supedita la regulación del asilo por parte de los Estados integrantes del Pacto europeo sobre el Asilo, a favor del control de la inmigración irregular.⁴⁸⁵

Entre sus aportaciones destaca:

- Se ha dotado de respaldo legal formal a las condiciones materiales de acogida de las personas solicitantes o beneficiarias de protección: asilo, refugio y protección subsidiaria. También por primera vez se ha recogido dentro de un texto legal la regulación de los distintos elementos que integran la clásica definición de persona refugiada: persecución, motivo de persecución, agente perseguidor etc. Como consecuencia se ha producido una sistematización en su normativa.

-Se ha incorporado al ordenamiento jurídico español los principales instrumentos de la llamada primera fase del sistema europeo común de asilo, es decir trasponer la Directiva de procedimiento y la Directiva de definición. Con respecto a la primera, son múltiples los problemas que suscita dada la multiplicidad de procedimientos a que da lugar: por ejemplo, existe la posibilidad de adoptar procedimientos acelerados y este tipo de procedimientos no presenta las mismas garantías, los mismos derechos, la asistencia jurídica disminuye, etcétera.

En cuanto a la segunda, adolece desde nuestro punto de vista del defecto de la omisión de la existencia de otros agentes de protección que no son los Estados, por ejemplo, organismos internacionales o partidos políticos. Consideramos que estos agentes a veces no pueden responder y no pueden proporcionar protección física y jurídica de los Estados. Puesto que si bien estas directivas establecen una serie de normas mínimas, los Estados tienen competencias y pueden mantener o establecer normas más favorables.

- Se incorpora un procedimiento especial y preferente de reagrupación familiar que garantiza el derecho a la vida en familia de las personas refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria, si bien, desde nuestro punto de vista como factor negativo con respecto a este derecho se ha producido un vaciamiento del derecho a la unidad familiar, al introducir un modelo hiperrestrictivo del reagrupamiento familiar), permitiendo que el país asilante pueda realizar pruebas científicas de ADN, bajo la sospecha de que el parentesco no está debidamente acreditado y el cuanto al trato de menores y otras personas vulnerables se aprecia ausencia de regulación

⁴⁸⁵ DE LUCAS, J. „ Dos tests sobre la consistencia del Estado de Derecho”, *citado* pág 130

específica en materia de polizones continuándose en la línea de elaborar una regulación insuficiente.

- En relación con el procedimiento inadmisión de 8 días es muy breve, no permite estudio del fondo. Asimismo se anula la posibilidad de revisión, lo que es grave dada la dificultad para poder obtener prueba.

Es más, se refuerza este modelo procedimental y se introduce un nuevo “*procedimiento acelerado*”, que supondría, de hecho, una nueva variedad de esta práctica tan generalizada. Además, no se contempla el acceso al recurso con efecto suspensivo de la salida obligatoria o procedimiento de expulsión.

- Se concede un lugar destacado a la intervención del (ACNUR) que si bien se sistematizan y ordenan sus funciones simultáneamente se recortan las atribuciones de dicho organismo, quedando e papel de ACNUR en frontera devaluado, ya que su informe favorable a la admisión no comporta la inmediata suspensión del retorno ante la interposición de un Recurso Contencioso-Administrativo frente a resolución desfavorable de la O.A.R. por considerarla insuficiente.

Recordemos que la legislación anterior el ACNUR participaba en las sesiones de la CIAR, así como eran tenidas en cuenta sus consideraciones produciendo incluso efecto suspensivo de la devolución o retorno en frontera, en caso de discrepar con el criterio del Ministerio del Interior. Debilitándose la participación de las organizaciones sociales en el procedimiento, eliminando la posibilidad de intervención que estas gozaban para poder emitir informes de apoyo a los solicitantes de asilo.

- Se introduce un marco legal para la adopción de programas de reasentamiento, en solidaridad con la Comunidad Internacional en la búsqueda de soluciones duraderas para los refugiados; desaparece la mención a éste en el procedimiento en frontera y la garantía adicional de la suspensión del retorno cuando exista su informe favorable.

- No se regula de forma específica la apátrida y tampoco amplía la protección a los llamados “apátridas de hecho”. Del análisis del 2,3 y 4 de la Ley 12/2009 de Asilo y protección subsidiaria, parece que el legislador español se propone confundir los supuestos de asilo, refugio protección subsidiaria y apátrida. Nos consta que ambos son objeto de estudio por dos corpus jurídicos internacionales. La Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados de 1951 referida a los refugiados y la Convención de Nueva York sobre el estatuto de los apátridas de 1954

que regula específicamente a los apátridas. Para ser apátrida no nos dice el legislador internacional que deba ser perseguido por alguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra; nos dice básica y fundamentalmente que ningún Estado le reconozca la nacionalidad. En la forma en que está previsto en la actual ley da la impresión de que se exige no solo no tener ninguna nacionalidad, sino estar perseguido por alguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra. Esto solamente nos puede llevar a que no cumplamos los mandatos de la Convención sobre el estatuto de los apátridas, que merecen su propia regulación y no que se les exija ser perseguidos al mismo tiempo por alguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra. Pero creemos que no tiene nada que ver una cosa con la otra. Esta utilización indistinta de ambos términos puede llevar a no poder cumplir con nuestras obligaciones internacionales.

-Otro aspecto a destacar es el debilitamiento de la función de las organizaciones sociales en el procedimiento, omitiendo cualquier referencia a su papel en el estudio de los casos en la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio o, al menos, la posibilidad de remitir informes de apoyo. Resulta gravoso además, el debilitamiento de la asistencia letrada en una referencia genérica a la formalización de la solicitud de asilo la asistencia letrada⁴⁸⁶ e intérprete⁴⁸⁷ deben

⁴⁸⁶ STS 3ª 10-11-03 En donde la parte demandante aunque alegó, según declara como hecho probado la sentencia impugnada, “cuanto estimó oportuno a su derecho”, fue privado de la intervención de letrado, a pesar de haberla solicitado de forma expresa en su primera comparecencia ante la Administración, por lo que al no cumplirse esta garantía legal, que si bien, no es preceptiva en cuanto que el solicitante del asilo puede renunciar a ella, se infringieron los artículos reseñados en el fundamento jurídico de la anterior sentencia; por lo que debe ser estimado este motivo de casación, en el aspecto en que se sustenta sobre el error *in iudicando* y, de conformidad con lo establecido en el artículo 95.2.c) de la vigente Ley Jurisdiccional, se anuló la sentencia recurrida, así como la resolución administrativa a que se refiere, que inadmitió a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España, retrotrayendo las actuaciones administrativas practicadas a fin de que se dé cumplimiento al derecho de asistencia letrada.

⁴⁸⁷ STS 3ª 5ª 21-04-06 Rec. 2675-03 sobre derecho a intérprete. Se aduce por nuestro alto Tribunal que dicha diligencia no consta firmada por ningún intérprete, por lo que, no habiendo constancia alguna de que esa asistencia de intérprete se procurara, no podemos sino concluir que el interesado bien pudo no haber comprendido plenamente los derechos de que gozaba. Ciertamente, parece que en algunos trámites posteriores sí que intervino un intérprete...en cambio, no figura esa firma de traductor en el escrito de ofrecimiento del trámite de audiencia, siendo este un trámite tan esencial para la defensa del solicitante. Así las cosas, ni el interesado dispuso de un intérprete para articular su solicitud, ni gozaba de intérprete cuando se le confirió el trámite de audiencia...hemos de añadir que esa indefensión se acrecienta aún más por el hecho de que el expediente se instruyó sin presencia de Abogado que le asesorase. No hay en el expediente ninguna diligencia por la que se ofreciera a la aquí interesada la posibilidad de pedir la designación de Abogado de oficio o renunciar a esa facultad...Así las cosas, hemos de concluir que la deficiente información de derechos que se hizo al interesado (sobre los que se ilustró a éste sin presencia ni intervención de intérprete), y la falta además de información a aquél sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de un Abogado de oficio (sobre lo cual el impreso que la Administración utiliza es claramente defectuoso), derivó en una situación real y efectiva de indefensión para él, más aún habida cuenta de su condición de extranjero desconocedor del idioma y el Derecho español. Indefensión que reviste una trascendencia invalidante de las actuaciones administrativas que culminaron en la resolución impugnada.

estar garantizadas no sólo al inicio del expediente⁴⁸⁸, sino durante la formalización y tramitación de la solicitud⁴⁸⁹.

- Se obstaculiza la posibilidad de obtención del peticionario de asilo de autorización de residencia y trabajo; y a la expedición de documentos de identidad y de viaje.

- Recoge de forma expresa la dimensión de género como causa de petición de asilo, así como también se admite como causa que puede dar lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado la orientación sexual del peticionario.

- Facilita el reasentamiento a un número de refugiados establecidos en países limítrofes al de su origen y donde, pese a ser refugiados, no tienen garantizada la no devolución a éste conculcando la solidaridad internacional.

- La nueva legislación limita el derecho a solicitar y gozar de una protección internacional a los nacionales de terceros países y los apátridas, lo cual excluye a los ciudadanos de la UE. Tales disposiciones son contrarias a la Declaración Universal Declaración de los Derechos Humanos, el artículo 14 sobre el derecho a buscar asilo, la Convención de 1951, el artículo 3 sobre la no discriminación y su Protocolo de 1967, el artículo 1.3 sobre el levantamiento de las limitaciones geográficas de la Convención. Vulnerando de forma directa la Convención de Ginebra de 1951, y

⁴⁸⁸ STS 3ª SECC 6ª 15-01-04 Donde la recurrente articula un único motivo de casación por infracción el artículo 5.4 de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo en relación con los artículos 5.1, 5.2, 8.4 y 19.2 del Real Decreto 203/95 por cuanto ni consta en autos la comunicación al ACNUR ni se facilita asistencia letrada a la recurrente, solicitante de asilo, pese a haberlo interesado. En contra de lo que afirma la sentencia de Instancia una cosa es la intervención preceptiva de Letrado y otra muy distinta el derecho a ser asistido de letrado. Proclamado este derecho en la Ley 5/84, artículo 5.4, quedando probado que solicitada asistencia letrada el hecho de no facilitarse esta implica un vicio que determina la nulidad del expediente y que por tanto acarrea la necesaria anulación de la resolución recurrida, otra cosa implicaría dejar vacío el contenido del derecho proclamado en el artículo 5.4 de la Ley 5/84.

⁴⁸⁹ TS 3ª Sec. 6ª, S 03-04-2002, Rec. 217-1998. El TS estima el recurso de casación interpuesto por un nacional de Togo contra las resoluciones administrativas que le denegaron el derecho de asilo y el reconocimiento de la condición de refugiado. La Administración señala que el derecho de asilo descansa en torno a dos principios, la necesidad de prueba y la aportación de la prueba, denegando el derecho solicitado por falta de indicios que permitan tener por probados los hechos que el recurrente alega. Recordando el TS que en materia sobre los conceptos de prueba y verosimilitud se remite a la doctrina que sobre los indicios distingue entre los que permiten hacer una inferencia presuntiva y los que sólo permiten establecer un amago presuntivo, concluyendo que la Administración no puede ampararse en un principio exacerbado de la carga de la prueba cuando son “razones humanitarias” las que el intérprete ha de tener en cuenta al aplicar el derecho positivo, ya que a la Administración no le basta con negar valor a lo que declara el solicitante, sino que tiene el deber jurídico de hacer un esfuerzo para comprobar la certeza de lo alegado, entendiéndose el Alto Tribunal que de lo expuesto existen indicios no de verosimilitud, sino de certeza de lo alegado.

sustentándose en la ficción de que todos los Estados miembros de la Unión Europea respetan los derechos humanos y ofrecen las mismas garantías.

- Se realiza un entramado de procedimientos de inadmisión o abreviados, incrementando el margen de maniobra de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior, para en definitiva descartar cualquier petición de protección internacional sin una debida y suficiente valoración⁴⁹⁰. En este sentido, no es de justicia que la vigente ley admita en su art 20.1.a como causa de inadmisión, la cláusula del país seguro. No siendo lógico, inadmitir una solicitud a trámite por proceder el solicitante de un país de origen seguro o de tránsito, también considerado seguro. Esta disposición también es contraria al principio de no discriminación previsto en el artículo 3 de la Convención de Ginebra. En su lugar, procedería que se examine de manera individualizada la solicitud de asilo, evaluando el riesgo concreto que cada persona puede correr si es devuelto a un país que se presupone seguro, ya sea de origen o de tránsito. Como tampoco lo es, que la nueva ley (art 20.1.b) admita como causa de inadmisión de una solicitud el supuesto derivado del Reglamento de Dublín, es decir cuando su examen corresponda a otro Estado miembro de la Unión Europea. Siendo esta causa contraria a los principios postulados en el proceso de armonización, ya que su finalidad era garantizar el mismo tratamiento a los solicitantes de asilo en todos los Estados miembros, hecho que en la práctica esto no está sucediendo.

-Otra novedad destacable en este punto, es que los procedimientos de inadmisión a trámite como consecuencia de la normativa europea, no pueden ser aplicados en territorio nacional (artículo 20 de la ley) más que por falta de competencia de nuestro país, o por incumplimiento de requisitos procesales, y en ningún caso por motivos de fondo, es decir “por carencia manifiesta de contenido” que era el supuesto más frecuentemente aplicado. En cambio en la inadmisión en frontera es tratada de forma más compleja en el art. de la ley parece prever un doble procedimiento, de inadmisión para los supuestos del art. 20 y de denegación en cuatro días para los que proceden de país seguro del que además poseen la nacionalidad, los supuestos de exclusión o denegación, los manifiestamente fundados y los de carencia manifiesta de contenido. Y es con relación a estos últimos con los que surgen problemas porque aparentemente se ha sustituido el

⁴⁹⁰ En base a la TS 3ª Sec. 7ª, S 06-05-1992, Rec. 491/1989. Pte: Trillo Torres, Ramón. El TS estima el recurso de apelación y anula la resolución del Ministerio del Interior denegatoria del reconocimiento de la condición de refugiado al recurrente, al concurrir los presupuestos necesarios para la misma, sin que sea necesaria prueba plena de la existencia de los mismos dada la dificultad para su obtención; por otra parte no pueden establecerse criterios generales de aplicación o interpretación complementaria de la norma para declarar la condición de refugiado, sino que debe examinarse cada situación particular.

antiguo procedimiento de inadmisión a trámite por otro que no es el ordinario ni el de urgencia prevista en la normativa europea y que solo el desarrollo reglamentario de la ley determinara cual va a ser.

-Asimismo la protección también da acceso a una serie de prestaciones sociales que el operador jurídico se limita a enumerar al corresponder su desarrollo al Ministerio de Trabajo e Inmigración y cuyo contenido es genérico (el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales, a los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de género, en su caso, a la seguridad social y a los programas de integración, en las mismas condiciones que los españoles art 36.1f).

Pero si el solicitante es anciano , o discapacitado la prestación complementaria a dichas ayudas es potestativa y no generalizada,(ejemplo de ello es el derecho a la renta mínima de inserción desde que se le recoge la solicitud de asilo hasta que esta se resuelva) por parte de la Administración tal y como expresamente reconoce el numeral 36.4 de la presente ley cuya dicción literal es la siguiente” la Administración en casos específicos, debido a dificultades sociales o económicas, las podrán poner en marcha servicios complementarios a los sistemas públicos de acceso al empleo, a la vivienda y a los servicios educativos generales, así como servicios especializados de interpretación y traducción de documentos, ayudas permanentes para ancianos y personas con discapacidad y ayudas económicas de emergencia”.

-En cuanto al derecho a la asistencia jurídica, a pesar de su reconocimiento continua adoleciendo de falta de perfilación en su contenido, porque la praxis nos muestra, sobre todo en solicitudes en frontera, que los que toman la declaración suelen ser funcionarios de los Cuerpos de seguridad del Estado, que difícilmente distinguen entre una asistencia al detenido, donde la asistencia jurídica es de carácter pasivo y de garantía de que a la persona se le lean sus derechos y declare libremente, pues muchas veces, desafortunadamente, estos funcionarios en frontera difícilmente distinguen la asistencia al detenido con la asistencia a un refugiado, que realiza un letrado, donde el papel debe ser más activo. Sin embargo, el legislador español, perdiendo de vista la necesidad de equidad, impone a la persona que toma declaración, en el artículo 15.6, que realice labores de consejo al solicitante y de colaboración para establecer los hechos relevantes. Primero, esta persona que toma declaración no puede ser imparcial, esto forma parte del contenido precisamente del trabajo como funcionario. Además este artículo 15.6 supone una sobrecarga para éste letrado que toma declaración que además se le compela a colaborar y ayudar al refugiado. Esta

sería en todo caso la labor del letrado. Creemos que debe darse contenido a la asistencia jurídica y evidentemente que sea un contenido que evite la inducción, pero sí facilite que realmente la asistencia del letrado implique el consejo amplio a la persona -no ex post, sino antes de solicitar el asilo- y ayudarla a establecer los hechos relevantes, excluyéndose la inducción. En definitiva, el artículo 15.6 comete el error de atribuir al funcionario las labores que deberían definirse para el letrado de la asistencia jurídica para que, confundiendo éste la asistencia al detenido, de carácter penal, con la asistencia que hace un abogado a un potencial refugiado.

-Como factor positivo la nueva ley en su art 38 continua manteniéndose la posibilidad de solicitar asilo en sede diplomática, pudiendo promover los Embajadores de España el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley. Estando pendiente de desarrollo reglamentario la formula utilizada para su materialización. Puesto que su supresión se hubiera traducido en la practica en la eliminación de una vía para pedir protección.

-En cuanto a la inadmisión a trámite, con las causas de inadmisión que nos vienen dadas en los artículos 20. Apreciándose como junto a causas formales se introducen causas sustantivas (falta de competencia) lo que en la práctica se traduce en un pronunciamiento sobre el fondo. Tampoco se prevé con suficiente claridad el papel de ACNUR en la exigencia del non-refoulement, por imperio del artículo 33 de la Convención de Ginebra. Si queremos cumplirlo, tendríamos que dar mayor relevancia al papel de ACNUR, si disienten extraordinariamente en su criterio y consideran que la solicitud en frontera de esa persona debe ser admitida a trámite. No bastaría con decir que se amplía el plazo. Creemos que debería darse mayor relevancia al informe positivo de este organismo para no asumir el riesgo de incumplir el non-refoulement, porque el riesgo de hacerlo es que un ser humano puede morir o puede sufrir una gravísima quiebra de su integridad⁴⁹¹.

-Por otro lado, resulta incongruente sobrepasar los plazos para decidir y notificar sobre la admisión a trámite suponga silencio administrativo positivo, ya que el silencio administrativo queda vaciado de contenido cuando posteriormente en la tramitación permitimos que se pueda invocar la causa de inadmisión como causa de denegación. Tal y como se deduce del contenido del art 20.2 cuyo tenor literal es el siguiente: “La no admisión a trámite prevista en este artículo deberá notificarse en el plazo máximo de un mes contado a partir de la presentación de la solicitud. El

⁴⁹¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Sesión núm. 15 celebrada el viernes 20 de Marzo de 2009

transcurso de dicho plazo sin que se haya notificado la resolución a la persona interesada determinará la admisión a trámite de la solicitud y su permanencia provisional en territorio español, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva del procedimiento. La no admisión a trámite conllevará los mismos efectos que la denegación de la solicitud.”. De su lectura se desprende que ante la pasividad de la Administración su omisión es favorable al solicitante, entonces, ¿cómo va a resolver posteriormente la denegación del asilo por cuestiones formales que tenía que haber resuelto en la fase inicial que la administración incumplió? Para que ese silencio administrativo positivo tenga el sentido, una vez pasado el plazo de admisión a trámite a través del silencio administrativo positivo, lo lógico es que el peticionario tenga derecho al estudio del fondo de su solicitud y que no se deniegue por una causa formal que se podría haber resuelto en la fase inicial. Además el silencio administrativo siempre debe actuar a favor de los ciudadanos y es la Administración la que esta obligada a prestar los medios y los recursos suficientes para ser eficaz en estos supuestos. Este es un caso claro en el que, evidentemente, la defensa de los derechos de las personas debe ser fundamental y donde en ningún caso se debe obrar en contra del solicitante de asilo sino a favor.

-Tambien es objeto de inseguridad jurídica, el derecho que le confiere el art 18.1 que les reconoce el derecho a ser documentado mientras se resuelve su solicitud, pero en la praxis esto se traduce en periodo de espera de una media de año y medio a dos años a la espera de la resolución las personas cuya solicitud de asilo es denegada pasando en un periodo relativamente breve de seis meses⁴⁹² desde la solicitud de asilo pueden trabajar de forma regular,(recordemos que el art 32 de la vigente Ley 12/2009 de 30 de Diciembre, autoriza al trabajo a los solicitantes de protección internacional)Pero además junto con la denegación del estatuto de persona refugiada y de cualquier tipo de protección reciben también una notificación de salida obligatoria, han de abandonar el país.(art 37) En estos casos, su proceso de integración no solo se ve interrumpido, sino que retrocede de forma drástica. En muchos casos pasa de ser persona autónoma a depender de servicios sociales. Pasando de ser una persona en situación administrativa regular en irregular, salvo que decida acogerse a la única vía de regularización de las personas en situación administrativa irregular es la autorización de residencia por causas excepcionales, que incluye arraigo, razones de protección internacional, razones humanitarias, colaboración con la autoridad, interés público o seguridad nacional en casos en que el retorno al país suponga un riesgo real para la vida o para su integridad física. Este marco legislativo permite, en teoría, acogerse a esta vía,

⁴⁹² El art 24.3 de la Ley 12/2009 de Asilo, establece este periodo para la resolución del procedimiento ordinario y de 3 meses si el procedimiento seguido es el de urgencia (art 25.4 de la citada ley)

tanto en los casos en que concurren los ejemplos detallados en el reglamento de extranjería como en otros que se basan en supuestos de naturaleza extraordinaria pero que no aparecen de forma explícita en este. Sin embargo, en la práctica la Administración suele denegar de forma sistemática muchas de las solicitudes de residencia por circunstancias excepcionales, ya que su interpretación de la legislación es totalmente restrictiva.

-Otro aspecto criticable es la tramitación de un procedimiento abreviado cuando exista un grupo de riesgo (ej. menores) y es preciso reducir los plazos (debe ser resuelto en dos meses) , que debido a su celeridad va a ofrecer menos garantías, al no intervenir en su tramitación la CIAR, la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, en el que va a ser el instructor el que va a decidir que esto es manifiestamente infundado e inverosímil y, por tanto, por vía del procedimiento abreviado, lo va a denegar. Entonces ¿Qué papel juega la admisión a trámite de la solicitud?

- En cuanto a extensión del asilo y agrupación familiar, artículos 39 a 41, nos preocupa que en el artículo 40.1, párrafo segundo, se exija en todo caso la realización de pruebas biológicas en caso de ascendientes y descendientes, en los casos donde no pueda determinarse sin dudas esa relación de parentesco. Debería de haberse optado por parte del operador jurídico español que las personas demuestren que existe una relación paternofamiliar.

-Finalmente en relación con la revocación contemplada en el art 44, plantea dudas sobre procedencia lo previsto en su apartado 1, párrafo c cuyo tenor literal es el siguiente” la persona beneficiaria constituya, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España”.De lo que se deduce que se admite la revocación del asilo a una persona por el hecho de hacer manifestaciones contra la persona que le persigue, para evitar que se comprometan las relaciones de España con ese país.

¿Cuál es la realidad la praxis del derecho de asilo en España? La respuesta no es estrictamente jurídica, resulta significativa que en el año 2008,solo 151 personas obtuvieron el asilo en 2008 y sólo 4.516 lo solicitaron⁴⁹³, para comprender las razones por las que nuestro país, como en los años anteriores, denegó la protección a tantas personas, es preciso referirse al contexto internacional, que se caracteriza entre otros aspectos por el reconocimiento formal de los derechos humanos en la mayor parte de las naciones, pero también por la imposibilidad de ejercerlos por la inmensa mayoría de la humanidad.⁴⁹⁴

⁴⁹³ CEAR www.cear.es/files/Frontera%20Cero,

⁴⁹⁴ www.gloobal.net/iepala/gloobal/.../ficha.php?

La globalización podría ser un instrumento para universalizar los derechos, pero desde la lógica capitalista desde la que se desarrolla es el canal para aumentar los bienes de una minoría y condenar a la mayoría a sobrevivir en contextos donde los derechos humanos son violados de forma sistemática y continua.

Esta lógica mundial se traduce en España en una crisis del derecho de asilo, visible, en primer lugar, a través de medidas que impiden a las personas refugiadas llegar a un lugar seguro y esto a través de la imposición de visado, la externalización de fronteras y las expulsiones colectivas. Y, en segundo lugar, mediante prácticas que niegan este derecho a quienes logran solicitarlo, como las políticas de denegación sistemática de este derecho, la aplicación de cláusulas de exclusión y la falta de reconocimiento de otras formas de persecución. Entre las dificultades a que se enfrentan las personas refugiadas sin protección se encuentran las políticas migratorias europeas en general y las españolas en particular.

En el actual panorama normativo español, la implementación de la *Ley 12/2009, de 30 de Octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, mantiene erróneamente desde mi punto de vista ,la política de no identificar adecuadamente a las personas que huyen de violaciones de derechos humanos y que son confundidos “en esos flujos mixtos de inmigrantes que intentan acceder irregularmente a nuestro territorio, se pueda detectar a aquellas personas necesitadas de protección internacional”.En consecuencia, la respuesta a el escaso numero de peticionarios en nuestro país de protección internacional parece obedecer a que nuestra legislación reduce al máximo el estándar internacional de este derecho combinando esta formula con paliar ese déficit mediante la fijación de una cuota de reasentamiento de refugiados ya reconocidos, y esto es a lo que parece apuntar la Disposición Adicional Primera de la Ley, en la que se afirma que los refugiados reasentados en España tendrán el mismo estatuto que los aquí reconocidos, que se elaborarán programas de reasentamiento en colaboración con ACNUR y otras organizaciones, y, sobre todo, que el Consejo de Ministros acordará un cupo o contingente anual. Pero como defecto a esta disposición no garantiza un número mínimo adecuado, si parece obligar al Gobierno a cuantificarlo todos los años. También hay que aludir a la importancia que a este precepto parece dar la Exposición de motivos de la ley que lo considera “un instrumento eficaz para garantizar la protección internacional de las personas”, insistiendo, unos párrafos más adelante en que con él se trata de “hacer efectivo el principio de solidaridad y de dar cumplimiento al designio constitucional de cooperar con el resto de los pueblos de la tierra”.⁴⁹⁵

⁴⁹⁵ www.ielat.es/inicio/repositorio/Asilo%20IELAT%20febrero%202010.pdf

Es con toda seguridad prematuro pronunciarse sobre los eventuales efectos de este texto, pero no puede dejar de resaltarse el carácter imperativo del precepto por el que el Consejo de Ministros, “acordará anualmente” ese contingente de reasentamiento, que si bien con él se trata de “hacer efectivo el principio de solidaridad y de dar cumplimiento al designio constitucional de cooperar con el resto de los pueblos de la tierra”.

Veremos lo que dan de sí tan elevados deseos, en una profunda crisis económica como la que parecemos, pero, en cualquier caso, me parece justo señalar que este precepto abre un mecanismo que, debidamente aplicado, permitiría a nuestro país completar la cuota de solidaridad que le corresponde, y que si esto se convierte en una realidad, esta Disposición Adicional será el precepto clave de la recién aprobada Ley de asilo.

En este sentido, la política reciente de la Unión Europea, aboga por una concepción de la gestión de las migraciones a la margen de los derechos humanos, basada en una visión mercantilista de la inmigración, tendiendo a criminalizar a aquellas personas que tan solo han cometido una falta administrativa, la entrada o permanencia irregular en su territorio. (p.e. la Directiva de 18 de Junio de 2008 del Parlamento Europeo por la que pretenden "armonizar las condiciones de detención y expulsión de inmigrantes en situación administrativa irregular" conocida coloquialmente como Directiva de la vergüenza) Recordemos tras la entrada en vigor de esta disposición supranacional, las personas a las que se inadmita o se deniegue su solicitud tendrán que esperar un prolongado periodo de tiempo hasta poder regularizar su situación administrativa. Produciéndose el efecto de que cuando una solicitud es inadmitida o denegada, la persona pasa ya a estar afectada no por la legislación de asilo sino por la de extranjería, que no tiene en cuenta las circunstancias especiales de una persona que debió huir de su país y que tendrá dificultades añadidas para cumplir con todos los requisitos impuestos por el régimen general de extranjería. Como ejemplo se pueden destacar los obstáculos que puede tener una persona para obtener documentación de su país de origen cuando ha sido perseguida en este contexto o cuando su región de procedencia ha sido objeto de un conflicto armado. A pesar, de que tal y como establece el art 19.7.de la Ley2/2009, “la resolución sobre la solicitud de asilo, tiene que ser resuelta por el ministro de Interior en un plazo máximo de seis meses ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora.” Se observa en la práctica como esta dilación llega ha alcanzar año y medio a dos años a la espera de la resolución, sin que recaiga ningún tipo de restricción para trabajar ni en cuanto al sector de actividad, ni en cuanto al ámbito geográfico (renovable a los seis meses si es solicitante de asilo, al año si lo es de protección internacional y a los cinco si es refugiado) .Pero en caso de denegación o inadmisión , el peticionario recibe una notificación de salida

obligatoria, que le obliga a abandonar España. En estos casos, su proceso de integración no solo se ve interrumpido, ocurriendo la paradoja de que puede pasar de ser persona autónoma y cotizante al sistema de Seguridad Social a depender de servicios sociales del mismo, siempre que no hubiera adquirido la autorización de residencia, tal y como especifica taxativamente el art 36.5 de la LOEXTR sufre la pérdida de ciertos derechos laborales debido a su situación irregular, en concreto no podrá percibir las prestaciones por desempleo y la contradicción que puede suponer percibir una prestación (por ejemplo, una pensión por incapacidad) y permanecer irregular en España. De modo que, la única vía de regularización de las personas en situación administrativa irregular es la autorización de residencia por causas excepcionales, que incluye arraigo, razones de protección internacional, razones humanitarias, colaboración con la autoridad, interés público o seguridad nacional en casos en que el retorno al país suponga un riesgo real para la vida o para su integridad física. Este marco legislativo permite, en teoría, acogerse a esta vía, tanto en los casos en que concurren los ejemplos detallados especificados en la vigente ley de extranjería de 2009 como en otros que se basan en supuestos de naturaleza extraordinaria pero que no aparecen de forma explícita en este (y que probablemente el nuevo reglamento de desarrollo de la citada ley prevea) Sin embargo, en la práctica se comprueba, cómo las delegaciones del Gobierno deniegan de forma sistemática muchas de las solicitudes de residencia por circunstancias excepcionales, ya que su interpretación de la legislación es totalmente restrictiva

Una de las posibles vías de solución para este grupo vulnerable puede ser es la colaboración con las autoridades autonómicas y locales para que apoyen a las personas que residen en su territorio. Un ejemplo de esta línea es el programa de acogida a personas inmigrantes en situación de vulnerabilidad, que se inició en Febrero de 2008 en el País Vasco, con el apoyo de la Dirección General de Inmigración del Gobierno vasco. Este programa está dirigido a la asistencia de personas inmigrantes en situación de vulnerabilidad extrema, entre las que se ha incluido a las personas inadmitidas a trámite. Otra posible solución también podría dirigirse a permitir que se acojan al proceso extraordinario de regularización las personas cuya solicitud de asilo ha sido denegada. Por un lado, concediendo arraigo laboral a quienes prueben dos años de estancia en España y una relación laboral de al menos un año, computándose para ello los periodos de formación y práctica; por otro, podría otorgarse autorización de residencia por circunstancias humanitarias para aquellas personas a quienes el regreso a su país para la tramitación de visado suponga un peligro para su seguridad o la de su familia. En este sentido, un paso fundamental a tener en cuenta para la resolución de la concesión de utilización de residencia y trabajo, las cotizaciones a la Seguridad Social de las personas que no han obtenido protección internacional.

En consecuencia, se ha desaprovechado la oportunidad legislativa que brindaba la Ley 12/2009, de 30 de Octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, de haber ampliado el concepto de asilo y el de persecución; mantener al menos el estándar internacional de derechos humanos; detener el proceso de externalización de fronteras en aquellos países que no cumplen los estándares mínimos de protección de derechos humanos; realizar por parte de todos los Estados de la UE un “*compromiso de asentamiento*”. También se ha olvidado el operador jurídico español que nuestro derecho de asilo y protección subsidiaria está compuesto no solo por tres directivas sino también por todo el elenco jurisprudencial de tribunales internacionales de derechos humanos y que se basan filosóficamente en la Convención de Ginebra del año 1951 con escenarios bien distintos, porque Europa era una cosa en el año 1951 y es una cosa bien distinta ahora, para ello no debemos olvidar que el legislador español para esta materia se encuentra supeditado y debe armonizar en su ordenamiento jurídico interno, no solo a los instrumentos internacionales suscritos por España sino también a las directivas dictadas por la UE, y finalmente se deben mejorar de los centros de internamiento y permitir el libre acceso a las organizaciones sociales para que supervisen sus actuaciones si se pretende conseguir una transparencia en el tratamiento que se efectúa a los mismos de los sujetos objeto de una protección internacional .

1.7. LEY ORGANICA 2/2009 DE 11 DE DICIEMBRE

En cuanto a la entrada en vigor de la quinta ley de extranjería en España en veinticuatro años, desde que se regula esta materia por nuestro ordenamiento jurídico interno. LO 2/2009 de 11 de Diciembre (BOE nº 299, de 12 de Diciembre de 2009). De su examen, en primer lugar, llama la atención la Memoria que acompaña a la norma, memoria justificativa que se bifurca en tres sentidos: “*coyuntural, económico e incidencia*”. Asimismo el citado Texto, aborda la necesidad de adaptación de la legislación de extranjería, a las sentencias del Tribunal Constitucional (y evitar así posibles interpretaciones de dudosa constitucionalidad). Ahora bien, el acatamiento de estas sentencias por parte del legislador español de extranjería, son fruto del imperativo fijado por las sentencias provenientes del citado tribunal sin que conlleven voluntad extensiva de reconocimiento.

No podemos olvidar que la LOEX en sus diversas redacciones de 1985, 2000 y 2003, ha sido la Ley Orgánica que más recursos de inconstitucionalidad ha sufrido y surge por la necesidad de transposición de las directivas europeas pendientes de incorporación al ordenamiento jurídico español, si bien, paradójicamente se observa, como se incumplen convenios internacionales, como ocurre con menores no acompañados(a nuestro juicio, la necesaria adaptación al Derecho europeo no debiera servir de pretexto para elaborar una

regulación contradictoria con el régimen jurídico desarrollado por el derecho judicial de extranjería en los últimos años).

No obstante, a pesar de introducir modificaciones para adaptarse a directivas comunitarias, es continuista con la ley vigente, añadiendo dos cambios no exigidos por dichas directivas. Alargar de 40 a 60 días el periodo de internamiento de un extranjero con expediente de expulsión y endurece las condiciones para la reagrupación familiar. En todo caso, conviene señalar que, aunque nuestra legislación es anterior a la aprobación de las indicadas Directivas, siendo muchos de los aspectos que se regulan en las mismas ya están recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, bien en la Ley 4/2000, de 11 de Enero, en su redacción actual, o bien en el Reglamento de la misma que fue aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre. Igualmente, resulta determinante a estos efectos la ratificación y entrada en vigor en nuestro país de las obligaciones dimanantes del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n.º 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de Mayo de 2005. Si bien, no debemos obviar que cuando se argumenta la necesidad de armonizar nuestro ordenamiento jurídico con la normativa europea, la interpretación y aplicación de citado derecho, descansa en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, sin perjuicio de que el Estado tiene el deber de aplicar la norma mas favorable en materia de derechos si su norma nacional conlleva una mejora que sea aplicable y siempre que las garantías y derechos reconocidos superen las garantías mínimas fijadas por el derecho comunitario. Además la adaptación de la ley a la normativa europea es un proceso inacabado que seguramente obligará a nuevas modificaciones. De hecho y durante la tramitación parlamentaria se han ido modificando diversos artículos para ser adaptados a la Directiva 2009/50 que regula la tarjeta azul, la Directiva 52/2009 sobre sanciones a empleadores o el Reglamento 810/2009 por el que se regula el Código de Visados. Y aun queda pendiente de ser aprobada la Propuesta de Directiva del Consejo, de 23 de Octubre de 2007, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, (COM 2007/0638).

Tres son los objetivos que pretende conseguir esta reforma legislativa:

a) La necesidad de incorporar a dicha Ley Orgánica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dando para ello una nueva redacción acorde con la Constitución, a los artículos de la misma que se han declarado inconstitucionales.

b) La necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, a través de la indicada Ley Orgánica, las Directivas europeas sobre inmigración que están pendientes de transposición o que no se han transpuesto plenamente.

c) La necesidad de adaptar la referida Ley Orgánica a la nueva realidad migratoria en España, que presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían cuando se aprobó la última reforma de la ley.

El primer punto relevante en esta materia, es que la citada Ley, es sólo es orgánica en parte. Hay que acudir a la nueva redacción de la Disposición Final Cuarta de la Ley 4/2000 y a la Disposición Final Primera de esta misma Ley 2/2009, para averiguar si un precepto en concreto lo es o no. Se compone de una Exposición de Motivos, un artículo único, el cual se estructura en distintos apartados que modifican el articulado de la Ley Orgánica 4/2000, así como de dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. Y tal y como acertadamente destaca TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A⁴⁹⁶. “Nos situamos ante una nueva ley de derechos de los extranjeros e inmigración, pues las reformas que introduce a lo largo del articulado legal son bastantes y de considerable importancia, valor y alcance técnico-jurídico a los que afecta, pues ante todo no se ha de olvidar su transversalidad”

Con respecto a la sistemática que presenta su artículo único, se observa como se divide a su vez en sesenta y nueve apartados, donde se incluyen el Título Preliminar, relativo al ámbito de aplicación, que tiene un carácter técnico y puntual, con el objetivo de mejora técnica de la redacción, limitándose a introducir correcciones gramaticales que favorecen el perfeccionamiento de la técnica legislativa utilizada. La primera se produce en su art 1, apartado 3, que establece “*Los nacionales de los Estados miembros de la UE y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario, se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser mas favorables*”. De modo que se observa como existe por parte del legislador de extranjería, una limitación del objeto de esta ley, excluidamente a los nacionales no comunitarios (arts 1 y 2), siendo únicamente de aplicación la presente norma de forma subsidiaria y siempre que les resulte mas favorable, de conformidad con el principio de no discriminación, contemplado en el art 3 de la Convención de Ginebra.

Apreciándose como la redacción técnica dada por esta reforma a este art 1, se sintetiza en la sustitución de la referencia a la legislación de la UE, de aplicación a los nacionales de los Estados miembros y a quienes sea de aplicación el régimen comunitario, por la de “*las normas que lo regulan*”. Por su parte, el art 2b) excluye de su ámbito de aplicación a los

⁴⁹⁶ “La nueva reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: notas clave para su comprensión, *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, 2ª época, núm. 9, 2009, pág 4.

“Representantes de misiones permanentes o diplomáticos con sede en España”, si bien, como novedad la norma amplía el ámbito subjetivo de exclusión de la ley (art. 2 b) a los familiares de dichos representantes.

También se observa como se introducen en el citado Título Preliminar dos nuevos artículos, el 2bis y el 2 ter. En cuanto al primero, contempla cual es el actual *marco competencial de la política migratoria* en nuestro país estableciendo los principios en que se va a sustentar nuestra actual política migratoria y en que va a consistir la actividad pública encaminados a lograr la integración social de los inmigrantes y cuya dicción literal es la siguiente:” *El Gobierno en el marco de las competencias del Estado sobre definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, y sin perjuicio de las que hayan asumido las CCAA en sus estatutos, llevara a cabo una política de inmigración legal y ordenada, de carácter integral, que se basara en los siguientes principios:*

a) La coordinación con las políticas definidas por la UE.

b) La ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo.

c) La integración social de los inmigrantes.

d) La efectividad del principio de no discriminación, y consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan y trabajen legalmente en España, en los términos previstos en al Ley.

f) La lucha contra la inmigración irregular.

g) La persecución de la trata de seres humanos.

h) La igualdad de trato en las condiciones laborales y de seguridad Social.

i) La promoción del dialogo y colaboración con los países de origen y transito de inmigración, mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios y fomentar y coordinara las iniciativas de cooperación”.

De su contenido, se extraen entre otras las siguientes consecuencias. En primer lugar, consignar tales principios en la Ley, a pesar de su formulación *numerus clausus*, materializan la voluntad de someter a los mismos la actividad reglamentaria y planificadora del Gobierno en esta materia, además de ofrecer al resto de operadores jurídicos nuevos criterios interpretativos en forma de principios legales. En segundo lugar, se subrayan y delimitan las competencias que corresponden al Estado, conforme al artículo 149.1.2ª CE (nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo) si bien, se pretende articular una política migratoria integral, lo cual exige que se reconozca un papel activo a las CCAA y entes locales en esta materia y (lo que es más difícil) que este nuevo marco sea a su vez respetado por el Estado,

desaprovechando la oportunidad histórica por parte del legislador en este artículo de reconocer expresamente el papel que los las CCAA y los entes locales desempeñan en el desarrollo de la política migratoria. De modo que, para que este postulado de cooperación y colaboración entre los diferentes niveles de administración pública, no queden en una mera declaración de propósitos, es preciso que se establezcan criterios claros en cuanto a la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política migratoria, por parte de cada Administración pública implicada. En definitiva este artículo viene a definir genéricamente los principios ordenadores de las políticas de inmigración en España (Sin embargo, esta adaptación por parte de nuestra legislación de extranjería a la nueva realidad migratoria, no debería de servir para justificar una política migratoria basada en medidas de control de fronteras frente a las medidas integradoras).

Por tanto, debido a la nueva asunción de competencias por parte de las CCAA, el TC se ha visto obligado a pronunciarse sobre la materia, siguiendo el principio de *”especificidad de la competencia”*, (principio especialmente determinante de la Sentencia 13/1992 y de la línea doctrinal, que inaugura en materia de subvenciones públicas), de tal modo que *“la inclusión en regla de más amplio alcance deba ceder ante la regla más especial”* (doctrina aplicada por el Tribunal a una pluralidad de títulos competenciales, así a la seguridad pública, entre otras, en la Sentencia 175/1999; turismo y comercio interior, en las Sentencias 125/1984 y 242/1999; sanidad en la Sentencia 329/1994; competencias sobre industria, planificación de la actividad económica, reestructuración, comercio exterior e investigación científica y técnica, en las STC 190/2000; o legislación procesal, en la Sentencia 50/2006, o legislación laboral; en la Sentencia 158/2004, entre otras, que analizan los mismos títulos competenciales mencionados), buscando una interpretación conjunta y sistemática del texto constitucional, y de sus disposiciones atributivas de competencias.

Ahora bien, del mismo modo que el título competencial “inmigración y extranjería” no posee un carácter horizontal ilimitado, que impida cualquier intervención autonómica en la materia, el ámbito de actuación autonómica es susceptible de generar consecuencias y efectos sobre el conjunto del Estado, y afectar a la definición y planificación de la política migratoria efectuada por el mismo, de tal modo, que resulta necesario no sólo establecer una uniformidad en el ordenamiento aplicable, sino en sus criterios de aplicación, y especialmente, crear instrumentos de cooperación y coordinación entre Estado y CCAA, en los diferentes niveles jurídicos-administrativos en el ejercicio de sus respectivas competencias en la materia; máxime cuando, como ocurre en este caso, las políticas de integración social del inmigrante, las medidas de integración de menores o el acceso al empleo como factores de integración incumben a todas Administraciones públicas y son un deber inexcusable a la actuación de los poderes públicos en virtud de lo dispuesto en el art. 9.2 CE. Por tanto, estos principios de coordinación no son sólo, como ha dicho el Tribunal Constitucional, principios jurídicos implícitos y deducibles del texto

constitucional con carácter general, y en especial en el diseño del sistema territorial de distribución de competencias, sino que además constituyen, para Estado y Comunidades Autónomas, *“un deber general de colaboración”* (STC 80/1985, FJ 13.c), en el que el Estado ostenta una función de coordinación general *“entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas”* [STC 32/1983, FJ 13.a]. No obstante, estos principios que deben presidir la política migratoria de las CCAA y de los Entes locales, se debe bifurcar en un doble sentido diferenciado, puesto que para las primeras quedan obligadas a su cumplimiento y en cambio para la Administración del Estado su valor se reduce a ser meramente orientativo no vinculante, tal y como se desprende de algunos de sus apartados. Otro aspecto relevante, de este artículo 2 bis) cuya dicción literal de su párrafo 1 es la siguiente” *Corresponde al Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 149. 1. 2º de la Constitución, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política migratoria, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por los Estatutos de las Comunidades Autónomas”* Se observa que no existe referencia alguna en torno a las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas, siendo únicamente estas recogidas deficientemente en el art. 68 que regula la Coordinación de las Administraciones Públicas, y establece en su apartado 2: *“Las Comunidades Autónomas que asuman competencias ejecutivas en la concesión de la autorización inicial de trabajo, deberán desarrollarlas en necesaria coordinación con las competencias estatales en materia de extranjería, inmigración y autorización de residencia, de manera que se garantice la igualdad en la aplicación de la normativa de extranjería e inmigración en todo el territorio, la celeridad y uniformidad de los procedimientos y la información entre las Administraciones”*

Asimismo se añade un nuevo artículo 2 ter, que en consonancia con lo acordado en el reciente Pacto Europeo de Asilo e Inmigración, recoge el compromiso del Gobierno de mantener una política migratoria de carácter integral, cuyos principios se enumeran en el mismo artículo y que a nuestro juicio, constituye una de las principales novedades de esta norma, puesto que si a tenor del contenido de los arts precedentes 2bis y 2c) la integración se convierte en el pilar de la inmigración, de modo que esta pretendida integración debe tener su reflejo en todas las Administraciones, surgiendo la duda, de cómo se va a imponer la integración a las CCAA sobre competencias, que ya posee en virtud del 148 CE como propias y dispone de actuaciones específicas en esta materia: *“sanidad, servicios sociales, etc.”* .Sin obviar que algunos Estatutos han incorporado expresamente la integración social de los extranjeros como una competencia propia. En definitiva, el apartado 1 del art 2 ter, señala que el objetivo de esta Ley, es conseguir la plena integración de los inmigrantes, dentro de un marco de convivencia de identidades y culturas diversas, sin más límite impuesto a esta integración que el respeto a la

Constitución y a las y las leyes. En base a lo expuesto, podemos dilucidar que los arts 2bis y 2 ter, establecen de forma global los principios generales sobre los que debe girar la política migratoria estatal, cuyos objetivos giran en torno a la integración, igualdad de trato de los inmigrantes, coordinación con las políticas de la UE, la lucha contra la inmigración irregular, el diálogo y la colaboración con los países de origen y de tránsito como factores de integración, lo que en definitiva no supone más que una remisión a la previsión constitucional del art 9.2 de la CE y de la cláusula del art 1.1 CE que configura nuestro país como un Estado social y democrático de derecho. Lo cual implica que se puedan implementar diferentes modelos de convivencia, debiendo ser la propia ley la que defina cual es el modelo a seguir en nuestro país. Problema que parece subsanado parcialmente en el apartado 2 del art. 2 ter del citado Texto, donde si bien, no se define dicho modelo, al menos si recoge algunas de las “*medidas específicas*” que corresponden a los poderes públicos, entre las que destaca las formativas para diferentes fines concretos que a juicio del legislador es preciso formar a los inmigrantes que son los siguientes: *valores constitucionales que en modo alguno podrán tener carácter obligatorio; conocimiento y respeto de los derechos humanos ;libertades públicas; tolerancia e igualdad entre hombres y mujeres; y como medias específicas para conseguir la integración: el aprendizaje del castellano y demás lenguas cooficiales, escolarización de menores y el acceso al empleo.* De la redacción del precepto se deduce que las acciones formativas, especialmente en materia de lenguas y de conocimiento y respeto de los derechos humanos y de los valores constitucionales no podrán tener carácter obligatorio de ahí que el legislador utilice formulas impersonales para su implementación “*favorecer el aprendizaje*”, “*procurarán*”.

Otra laguna legislativa la plantea la falta de perfilación legislativa sobre que administración es la competente para las funciones de promoción del aprendizaje de cada una de las lenguas cooficiales, al encargar esta tarea a las Administraciones Públicas en general, si bien, el resultado tácito parece ser la promoción de las dos lenguas (“*castellano y demás lenguas cooficiales*”).

Desde mi punto de vista, el legislador de extranjería ha optado por un modelo concreto de convivencia, apostando por la construcción de un modelo social en el que convivan distintas identidades y culturas. Optando de este modo por una integración social del inmigrante, de ahí la importancia que le dota a la misma, y estableciendo como único límite a esta diversidad debe ser el respeto a las leyes y la Constitución. Es por ello, por lo que la nueva ley contempla medidas que transmitan nuestros valores constitucionales a los extranjeros. Algunas de esas medidas para favorecer la integración son: colaborar con el aprendizaje del castellano como del resto de lenguas cooficiales, escolarizar a los menores de edad y ofrecer acceso al empleo.

Sin embargo, la mención a la escolarización de los menores la consideramos superflua, pues es una obligación derivada de la propia ley y la Constitución (STC 236/2007), mientras

que el acceso a una ocupación como factor de integración, se precisa en el marco de la propia Ley. Por otro lado, tanto el aprendizaje de la lengua como el favorecimiento del acceso al trabajo, y todavía más claramente las “*acciones formativas*”, sobre valores constitucionales y derechos humanos, introducen cuidadosamente una obligación de prestación que puede recaer sobre otras Administraciones con competencias en estos ámbitos, fundamentalmente las Comunidades Autónomas⁴⁹⁷

Por su parte, el art 2 ter, rubricado “integración de los inmigrantes” cuando trata el tema de integración⁴⁹⁸, se observa como lo hace de forma transversal y no bidireccional como hubiera sido deseable, limitándose a señalar obligaciones para el inmigrante circunscritas a *acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales*” Asimismo esta primera aproximación conceptual a la integración social de la inmigración se conecta en el art. 2 ter con los deberes de cooperación entre el Gobierno y las CCAA y los Entes Locales así como su vinculación con un Plan plurianual y la consolidación de un fondo estatal para la integración (que ya existe actualmente pero al que se dota de rango legal). De lo expuesto se deduce que el mencionado art. 2.ter se limita a exponer que las administraciones autonómica y local tienen que colaborar en la formulación del plan estratégico “*tomando como referencia sus respectivos planes de integración*”, de manera que el hecho de elevar a rango de ley orgánica esta materia no excluye que cada Comunidad Autónoma opte por un modelo concreto de integración, actuación que se llevara a cabo a través de la aprobación de un Plan estratégico Plurianual que a su vez contendrá programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes. Sin embargo, este apartado 3 del art. 2 ter, parece vincular el plan plurianual a la creación de un marco estable de cooperación Estado-CCAA-

⁴⁹⁷ MOYA MALAPEIRA, D., (2009) *La reforma de la Ley de Extranjería*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, núm. 20, Madrid, pág 5

⁴⁹⁸ *Vid*, estudio en profundidad de este tema GARCIA CASTAÑO, F. J., Y OLMOS ALCARAZ, A., (2010). La promoción de la plena integración por parte de las Administraciones Publicas ¿Una protección legal para la construcción de una sociedad multicultural?, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros* (dir) Jose Luís Monereo Pérez y (coord) Luís Ángel Triguero Martínez y Jose Antonio Fernandez Aviles, Comares, Granada, págs 111 -177. También del mismo autor en la dimensión específica del derecho a la educación en Andalucía, (2002). De la presencia de población inmigrante extranjera en la escuela al diseño de políticas educativas de igualdad: El caso de Andalucía, *Revista Portuaria*, N °2, Universidad de Huelva, págs 169-164.

Ayuntamientos⁴⁹⁹. Sin embargo, debe clarificarse el vínculo entre el Plan plurianual, que es del Estado y actualmente incluye partidas presupuestarias de los diferentes ministerios, del Fondo Estatal de Integración, que actualmente subvenciona las actividades de las CCAA y de los Ayuntamientos en una serie de ámbitos que el Estado considera conveniente reforzar, y que hasta la fecha se determinaban por acuerdo con las CCAA. Existiendo una duplicidad de actividades, generando la duda sobre el carácter actual que tiene el citado Fondo ¿Es un instrumento principal o complementario el Plan con respecto al Fondo? Asimismo otro defecto que adolece la presente ley es la falta de concreción en cuanto a la organización y funcionamiento del fondo, continuando vinculando su cuantía a la Ley de Presupuestos de cada año, en lugar de hacerlo depender de lo acordado en la nueva Conferencia Sectorial de Inmigración, en la que si participan en su decisión las CCAA.

Asimismo de un análisis global del articulado de la presente ley se observa como se configura la integración de forma unilateral, como un deber impuesto a los inmigrantes, en lugar de hacerlo de forma bidireccional, de deberes también por parte de la población autóctona tal y como se estipula en el “Plan estratégico para la Ciudadanía e Inmigración” de Febrero de 2007 y que tienen reflejo en diferentes artículos de la vigente ley de extranjería como el art 9, apartado 3 cuya dicción literal es la siguiente” Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social”. A mi juicio, el legislador debería de haber sido más imperativo en este establecer este deber de integración, imposición que supondría no solo vincular al propio Estado sino también al resto de administraciones públicas que actualmente les viene impuesto este deber de forma transversal, ya que según se le dote de importancia a esta filosofía de la inmigración así se podrá conducir a la integración y evitar una situación de segregación, en este sentido conviene recordar las palabras de I. KANT “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como fin y nunca como medio”⁵⁰⁰

De otra parte, el Título I recoge dentro de este marco normativo y jurisprudencial, las modificaciones que en materia de *derechos y libertades* de los extranjeros, junto a las correspondientes obligaciones efectúa la Ley y cuyo objetivo fundamental gira en la adaptación del nuevo texto a la doctrina contenida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, se reconoce los *derechos fundamentales* a los extranjeros cualquiera que sea su situación en España, así como el establecimiento de un sistema progresivo de acceso a los otros derechos basado en el refuerzo del estatus jurídico a medida que aumenta el periodo de

⁴⁹⁹ Destaca por su interés el estudio de esta cooperación Estado, CCAA y entes locales, realizado por MONEREO PÉREZ J. L., y DIAZ AZNARTE, M^a T, (2008). El Estado Social Autonómico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía, Bomarzo, Albacete.

⁵⁰⁰ (1967) .Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Madrid, Espasa, pág 84.

residencia legal. No es cierto, como se recoge en la Exposición de Motivos en su art 3.2 (que no ha sido objeto de modificación alguna) que cumpla en su integridad con las sentencias del Tribunal Constitucional universalizando los derechos fundamentales para todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa. Es precisamente en los derechos prestacionales donde la propuesta de ley es más restrictiva en este sentido se regulan de nuevo los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga, así como la libertad de circulación y sus limitaciones⁵⁰¹. No obstante, el reconocimiento del legislador de extranjería de derechos de los extranjeros extracomunitarios en situación administrativa irregular no supone una labor acabada desde el punto de vista constitucional. Ejemplo de ello lo constituye en el derecho de asociación, que si bien, la STC 236/2007 acaba de reconocérsete derecho para los extranjeros que se encuentren en situación irregular. Y a pesar de que cuando el Defensor del Pueblo impugnó la Ley de Extranjería del año 1985 no cuestionó la exigencia de la residencia legal para poder reunirse que establecía el artículo 7.1 de la Ley 7/85, su recurso se ceñía a la exigencia de una autorización gubernativa especial cuando el derecho de reunión se ejercía por personas extranjeras.

Pero como hemos hecho referencia anteriormente los derechos deben ser observados también desde otros ángulos como son su importancia y la forma en que se garantiza su efectivo ejercicio. En consecuencia, carece de eficacia que actualmente el TC haya reconocido el derecho de asociación de los extranjeros irregulares si luego, por ejemplo, el Registro de Asociaciones va a impedir su inscripción. En la misma línea se encuentra los preceptos dedicados a los derechos de *educación* (hasta los 18), eliminándose la obligación de las administraciones públicas de garantizar “la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite”, y en el mismo artículo 9, en su numeral 3, restringe la educación no obligatoria exclusivamente para los “extranjeros residentes”; así como el de asistencia jurídica gratuita. La reforma del derecho de *reagrupación familiar* centrándola en la familia nuclear, pareja afectiva y ascendientes de más de 65 años. En relación con el derecho a la *documentación*, que figura en el art. 4 cambia fundamentalmente su párrafo 2, añadiéndose lo que aparece en cursiva:

“Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en

⁵⁰¹ MOYA, D., y HERNÁNDEZ, D., (2009). La reforma de la Ley de Extranjería: Novedades y limitaciones. edit por *Juris núm, 139*, Junio, pags 15-18. La actual Ley, se limita a incorporar la doctrina constitucional a los arts. 7, 8 y 11 de su texto Ley sin aprovechar el espacio de modulación que el Tribunal Constitucional ofrecía, probablemente porque esta modulación es muy difícil de hacer sin correr el riesgo de una nueva declaración de inconstitucionalidad.

España o desde que se conceda la autorización, respectivamente. Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de un visado de residencia y trabajo de temporada.

Reglamentariamente se desarrollarán los supuestos en que se podrá obtener dicha tarjeta de identidad cuando se haya concedido una autorización para permanecer en España por un periodo no superior a seis meses.”

Asimismo se reconoce el derecho de *asociación* a “Todos los extranjeros en las mismas condiciones que los españoles”

Apreciándose como este derecho junto al de reunión y de manifestación se suprime la exigencia de residencia legal en España para el ejercicio de los mismos, en línea con la jurisprudencia constitucional (STC 236/2007 F.J.6º) que declaró la inconstitucionalidad de este inciso justificando dicha supresión por “*no realizar ninguna modulación de estos derechos por vulneración de los arts21 y 22 de la CE.* “

Especial consideración merece el tratamiento del derecho al sufragio por parte de los extranjeros en las elecciones municipales, que viene regulado en art 6 de la actual Ley en concordancia con lo dispuesto en el art 13.2 de la CE, que en principio lo reserva a los españoles, con la siguiente excepción “*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*” (En este sentido actualmente se esta explorando la posibilidad de ampliar el derecho de sufragio municipal a una serie de países con los que la reciprocidad puede ser posible como pueden ser Colombia y Perú). Extendiendo su ámbito subjetivo a dos sujetos diferenciados: *comunitarios* y *extracomunitarios*. Recordemos que este precepto constitucional fue objeto de modificación en 1992, para hacer posible la ratificación del Tratado de la UE por nuestro país, y cuya reforma sustancial fue añadir la dicción “*pasivo*” para hacer efectivo el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos europeos en las elecciones municipales, pero una interpretación errónea del mismo al reverenciarlos de forma general, hizo que se extendiera el ejercicio de este derecho también a los extranjeros extracomunitarios (fin no perseguido por el espíritu de la norma).

Con respecto a los primeros, se reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales a todas las personas “*residentes*” en España, que sin haber adquirido la nacionalidad española, tengan la condición de ciudadanos de la UE. En lo que respecta a los ciudadanos no comunitarios el art. 176, reconoce el derecho de sufragio activo a “*los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a españoles en dichas elecciones, en los términos de un Tratado*”. En ambos casos, se acude pues de forma clara e indubitada al concepto de “*residentes*”, entendido como extranjeros que ostentan la residencia legal. Por tanto, el ejercicio del derecho al sufragio de los ciudadanos no comunitarios es objeto

de Mayor número de condicionantes por parte de la Ley, entre ellos sobresale el requisito de la reciprocidad; la exigencia de Tratado; la reducción de su ejercicio a las elecciones locales y también la exigencia de que los titulares de este derecho ostenten la condición de “residentes”. Es decir, que residan legalmente en España. Sin embargo, la condición de “residentes” para el ejercicio de este derecho, aparece expresamente recogida en los artículos 176 y 177 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio, de Régimen Electoral General. En consecuencia, la remisión que hace la ley al hecho de “*que residan*” se ajusta lo previsto por el artículo 33.1 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 y cuya dicción literal es al siguiente: “...*son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir*”.

Otro derecho modificado por la vigente ley es el derecho a la educación, que ha resultado ampliado tras la misma, el derecho y el deber, de todos los extranjeros menores de 18 años (art. 9.2) a la educación (básica obligatoria) “*en las mismas condiciones que los españoles*”, derecho que conservarán hasta la finalización del curso escolar cuando cumplan dicha edad durante su desarrollo del curso. Tampoco parece claro el apartado 2 relativo a los extranjeros menores de 18 años, pues aunque se alude los que se hallen en España, que tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa, a continuación se habla de “*extranjeros residentes*”, que tienen derecho a acceder a las demás etapas educativas postobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles”. Sin embargo, como se declaró en la STC 236/2007, “*de las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad*”, donde no se menciona la educación infantil, que aunque no es obligatoria no debe excluir a los extranjeros, ni aclara si se incluyen para los menores de 18 años tanto los niveles educativos reglados como los no reglados, pudiendo concluirse que los no reglados no estarían garantizados, dado que se alude exclusivamente a la “*enseñanza postobligatoria*” y ésta comprende “*el bachillerato, la formación profesional de grado medio, las enseñanzas profesionales de las artes plásticas y diseño de grado medio y las enseñanzas deportivas de grado medio*” Otro defecto que adolece este precepto es la limitación del el derecho a la enseñanza a los mayores extranjeros que se encuentren en España a la etapa de secundaria obligatoria y la falta de claridad con respecto a dicha etapa desconociéndose si queda incluida o no dentro de este derecho como obligatoria, puesto que la normativa general no establece ésta como un servicio de prestación obligatoria por

los poderes públicos, aun cuando sería conveniente su generalización. Tampoco resulta lógica la supresión del apartado en el que se reconoce a los extranjeros residentes el acceso a actividades de carácter docente o a la creación y dirección de centros reconocidos en la LOEXT.

Con respecto a la educación de adultos, el apartado 3 del art. 9, es contradictorio, puesto que, de una parte niega el acceso de los extranjeros adultos residentes a la educación básica a pesar de reconocerles el acceso a la enseñanza postobligatoria. Debido a este defecto de redacción creemos que el legislador deja abierta la previsión del apartado 4 para ofrecer servicios educativos complementarios.

Asimismo, de la literalidad del precepto, parece deducirse la limitación del acceso a esta enseñanza no obligatoria a los “*extranjeros residentes*”⁵⁰². El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 236/2007 (F.J. 8. º) vino a señalar que “*el derecho a la educación constitucionalmente garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a “todos”, independientemente de su condición de nacional o extranjero, en incluso de su situación legal en España. De conformidad con las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad.*

Este derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor.” Por estas razones, el Tribunal declara la inconstitucionalidad del inciso “*residentes*” efectuado por el art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000. En definitiva pues, el Tribunal Constitucional entiende que ha de reconocerse el derecho de “*todos los extranjeros menores de 18 años a acceder a la educación postobligatoria, cualquiera que sea su situación en España, y no pudiendo someterse su ejercicio a requisitos distintos de los del mérito y capacidad*”. De lo expuesto se deduce que de la interpretación de la STC 236/2007 este derecho que esta circunscrito estrictamente al extranjero residente si bien la reforma no lo ha entendido así si

⁵⁰² En la misma línea se mueve la reciente Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de Abril de 2009, sobre la educación de los hijos de los inmigrantes (2008/2328(INI)) , que a pesar de su carácter no vinculante subiste el error por parte de la UE de demandar a los Estados que la integran que se garantice la educación a los hijos de los inmigrantes legales, incluidos no solo el aprendizaje de las lenguas oficiales del Estado de acogida, sino también la promoción de las lenguas y culturas del país de origen de esos niños (Considerando 8) Insiste en que los niños y adultos inmigrantes tengan la oportunidad de aprender las lenguas del país de acogida y estén dispuestos a aprovecharla para facilitar su plena integración.

analizamos el art 9.2 de la LO2/2009, cuya dicción literal es la siguiente “Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa.” De cuya interpretación se deduce que la restricción de este derecho por parte del citado precepto puede ser subsanado por las CCAA, puesto que estas pueden reconocer para estudiantes en situación irregular derechos superiores a los previstos en la ley incluyendo el reconocimiento a la educación y a las becas.

Respecto de las ayudas públicas en materia de vivienda, la Ley reforma el artículo 13 para admitir la posibilidad de que las Administraciones competentes puedan exigir requisitos adicionales a los extranjeros residentes regulares en el acceso a las ayudas en materia de vivienda. No obstante, se excluye de la aplicación de esos requisitos adicionales a los extranjeros con residencia permanente o de larga duración, que serán tratados en condiciones de igualdad con los nacionales (Recordemos que antes de la actual reforma también los inmigrantes extracomunitarios residentes con permiso temporal éstos estaban equiparados a los residentes legales) No obstante, debemos de tener en cuenta como la no modulación del ejercicio de los derechos contenidos en los artículos declarados inconstitucionales no significa que la reforma de la ley suponga un avance en este campo.

Al contrario, se propone un recorte en un importante grupo de derechos con implicaciones en la práctica mucho mayores que lo que hubiera supuesto algunos de los derechos corregidos por el TC. Ejemplo de lo expuesto lo conforma el derecho de vivienda enunciado, que limita el acceso a las ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles solo a los extranjeros con residencia permanente y que obedece al principio de progresividad de los derechos. Lo cual significa que para el resto de extranjeros residentes se podrá limitar dicho acceso a las ayudas y excluirlo en consecuencia del ámbito de aplicación del RD 1472/2007, de 2 de Noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación y donde se exige la residencia legal y permanente de cinco años para acceder a las ayudas destinadas al alquiler de vivienda. No obstante lo anterior, este artículo junto al referido al derecho a la educación dejan abierta la puerta para que las CCAA que lo deseen y tengan fondos para estas ayudas legislen en materia de acceso a la vivienda ampliando la posibilidad de acceder a la misma a quienes no tengan la condición de residentes permanentes de larga duración creando una evidente lesión al principio de solidaridad interterritorial.

Seguidamente la Ley continua restringiéndose el derecho al *trabajo* sólo para los residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social. Para tener derecho al empleo público, hay que acudir a la Ley 7/2007 de 12 de Abril, del Estatuto Básico del Empleado Público para conocer el alcance exacto de la regulación, en concreto al artículo 57 que regula el acceso al empleo de

“nacionales de otros Estados”, que permite el acceso al régimen funcional, con algunas limitaciones, a los nacionales de Estados comunitarios y a los de otros Estados que sean parte de Tratados internacionales ratificados por España, mientras que lo limita al ámbito laboral para los restantes extranjeros “con residencia legal en España”. Tal y como se desprende del tenor literal del citado art 57:

“1. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas. A tal efecto, los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios contempladas en el artículo 76 a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados.

2. Las previsiones del apartado anterior serán de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho y a sus descendientes y a los de su cónyuge siempre que no estén separados de derecho, sean menores de veintiún años o Mayores de dicha edad dependientes.

3. El acceso al empleo público como personal funcionario, se extenderá igualmente a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo.

4. Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles.

5. Sólo por Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas podrá eximirse del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario”.

De otra parte, en cuanto al derecho a la *asistencia sanitaria* se circunscribe su titularidad a los extranjeros inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, a los menores de dieciocho años y las embarazadas hasta el posparto. En los demás, en caso sólo se otorga ante una situación de urgencia. Finalmente en cuanto al derecho en materia de *vivienda*, sólo tienen derecho a recibir ayudas en esta materia los extranjeros residentes de larga duración en las mismas condiciones que los españoles. Además el alto Tribunal añade que las condiciones de ejercicio que el legislador establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España “sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido

esencial (art. 53.1 CE) se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”.

Otra de las novedades de la citada Ley se refiere a la reagrupación familiar, siendo contemplado por el legislador constitucional español como un derecho no fundamental, incluido en el derecho a la familia previsto en el art 39 de la CE, sin que sea en consecuencia objeto de reserva de ley orgánica, y no formando parte del derecho a la intimidad personal ,sin ser catalogado por nuestro derecho como un derecho humano comprendido en el art 8.1 de la Carta Europea de Derechos Humanos, tal y como lo reafirma la STC 236/2007 F.J. 11º).Donde a pesar de tener un carácter de derecho social fundamental de la persona y como tal reconocérsele este carácter por numerosos textos internacionales y europeos, nuestro legislador lo configura formalmente con un derecho de configuración legal tal y como lo evidencia la actual ley de extranjería de 2009.En este sentido el debemos matizar que el derecho comunitario en relación con este derecho mantiene una configuración dual que modulan su protección: la familia de los españoles plenamente protegida en base al art 39 de la CE ,en situación asimilada a la misma se encuentra de la los ciudadanos europeos en virtud del Reglamento núm. 1612/68 del Consejo relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. (Sin embargo, el mismo sólo se limita a los familiares nacionales de terceros Estados de un nacional comunitario empleado en otro Estado miembro, por lo que no incluyen los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros). Y en segundo lugar, solo sustentado en los estándares mínimos de derecho internacional se ubicarían los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros en base al reconocimiento de este derecho por parte de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de Septiembre de 2003 .Y donde a pesar de que el TJCE, podía haber subsanado esta deficiencia indirectamente protegiendo a aquellas familias que quieran residir en un Estado miembro distinto al de origen, cuando lo ha hecho se ha sustentando en base al principio básico de la libre circulación. Es más, el buen funcionamiento de la aplicación de la libre circulación es en realidad el interés supremo que trata de proteger el TJCE y en cambio, el derecho fundamental de la familia es sólo algo incidental para él, tal y como se desprende al pronunciarse sobre el artículo 8 CEDH que para el alto tribunal no garantiza como tal ningún derecho a favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado. Sin embargo, ha matizado que *“la exclusión de una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1 del CEDH”*. Tal injerencia infringe dicho Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2, de previsión legal, es decir, que esté justificada por una necesidad social imperiosa y

en especial proporcionada a la finalidad legítima perseguida⁵⁰³. Actualmente la línea jurisprudencia seguida por dicho tribunal el Tribunal de Estrasburgo, suele decantarse hacia la defensa de los intereses generales del Estado, se cuestiona cualquier posible justificación de los intereses particulares que pueda legitimar la reagrupación familiar. Esto es, se presume que cualquier injerencia en el derecho a la vida familiar de los extranjeros, es legítima por la simple concurrencia de intereses del Estado, independientemente de su importancia, sin entrar a valorar si realmente los intereses particulares del solicitante de reagrupación familiar, equivalen a un claro menoscabo de los intereses estatales⁵⁰⁴.

Ante esta postura comunitaria el legislador español ha perdido la oportunidad histórica que le brinda la actual Ley 2/2009 de extranjería, de dotarle de carácter de derecho social ya que cumple los dos requisitos exigibles para este fin: el supuesto técnico-jurídico de positividad y su sistema de garantías jurídicas e institucionales a través de determinadas técnicas específicas de organización jurídica⁵⁰⁵.

La citada norma de extranjería, introducción de nuevos requisitos para la reagrupación de ascendientes, pero también la autorización para trabajar a los cónyuges y descendientes reagrupados y la posibilidad de que las parejas de hecho se beneficien también de este procedimiento, si bien, en la práctica en muchos casos resulta de imposible cumplimiento en base a lo dispuesto por el RD 240/2007 relativo a familiares de comunitarios, así como en relación con las Instrucciones DGI/SGR/03/2007 que señalan que los diferentes Registros autonómicos y municipales existentes en España no serán válidos a los efectos del reconocimiento de la pareja de hecho. Para ello, distingue entre núcleo familiar básico, integrado por cónyuge e hijos, y los ascendientes. Asimismo se mencionan la inclusión dentro de esta categoría de familiares de la pareja de hecho del inmigrante que deberá contar con un permiso de residencia de larga duración, al menos de cinco años. A estos se les equipara con una relación de afectividad similar a la conyugal previa prueba de este extremo. Con esta previsión se pretende extender el reagrupamiento a otros modelos de familia para inmigrantes provenientes de países en los que resulte imposible contraer matrimonio (prohibición del divorcio u obstáculos al mismo, dificultad para celebrar un segundo matrimonio, exclusión del matrimonio homosexual, etc.). En este sentido, y aunque el precepto no lo establece, en la

⁵⁰³ LA SPINA, E., (2006). La protección de la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, edit *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, ISSN 1138-9877, núm. 14 (Ejemplar dedicado a: Textos de las Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, 26 y 27 de Octubre de 2006))

⁵⁰⁴ ARRIAGA IRABURU, I., (2004). El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo, Eunsa, Pamplona. pag 246.

⁵⁰⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., (1992) (1993). Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, I y II, Revista española de Derecho del Trabajo, núms. 56 y 57, pags 67 y ss.

práctica administrativa probablemente se utilizará esta vía de reagrupación como subsidiaria de la reagrupación matrimonial, que ofrece mayor seguridad jurídica; como son relativamente pocos los países que disponen de registros de parejas de hecho, es previsible que la demostración ante las embajadas o consulados españoles de que la relación afectiva es similar o equiparable a la matrimonial será relativamente compleja y de difícil valoración, por lo que requerirá una detallada concreción reglamentaria y, como suele ser la práctica en este ámbito, de circulares o instrucciones. La respuesta dada a la reagrupación por parte del Reglamento de 2001, es la siguiente: a) Se incluye la pareja de hecho como supuesto que da lugar a la reagrupación familiar, como ordena la Ley Orgánica. Su acreditación podrá realizarse tanto a través de Registros públicos como a través de otros medios de prueba, preferentemente de carácter público (art.53); b) Se concretan las razones de carácter humanitario que motivarán que el ascendiente menor de 65 años pueda acceder a la reagrupación familiar: que forme parte de la familia ya constituida en origen; que no sea objetivamente capaz de proveerse por sí mismo; que esté declarado incapaz y la tutela esté atribuida al reagrupante; que su presencia sea imprescindible para la conciliación de la vida personal y laboral del reagrupante; que sea cónyuge de otro ascendiente mayor de 65 años que vaya a ser reagrupado(art 53e) ; c)Se especifican objetivamente los medios económicos a acreditar para considerarse suficientes a efectos de la reagrupación con base en el IPREM; (2 miembros: 175% IPREM); si más de 2 personas se añadirá un 50% IPREM, sobre la bases de 225% para tres miembros. Expresamente se refiere a la acreditación de la posibilidad efectiva de disposición de los medios económicos tomando en consideración la perspectiva de mantenimiento de una fuente de ingresos en el año inmediatamente posterior a la presentación de la solicitud de autorización. La cuantía podrá ser minorada excepcionalmente cuando el reagrupable sea menor de edad. Y se contempla la posibilidad de contabilizar los ingresos de familiares en línea directa en primer grado, residentes en España y que convivan con el reagrupante (art. 54); d) Se garantiza la prevalencia de los informes de la Comunidad Autónoma a efectos de adecuación de la vivienda. Se establecen los supuestos en los que cabrá el informe del Ayuntamiento con carácter subsidiario, e incluso la acreditación directa por el interesado en caso de inacción de ambas Administraciones Públicas(art. 55); e) Como en el caso de todos los procedimientos se somete a una profunda revisión, también en el caso del procedimiento de renovación de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar(art.56); y, finalmente, f)Se regula con mayor detalle la residencia de los familiares reagrupados, independiente del reagrupante, contemplando la posibilidad de contar con uno o varios contratos de trabajo de duración mínima. Asimismo se explicita que la autorización independiente tendrá la duración que corresponda, en función del tiempo previo de vigencia de la situación de residencia por reagrupación familiar. En todo caso, la autorización independiente tendrá una vigencia mínima de un año (art 59).

Se destaca, también en este punto, como efecto importante de la reagrupación, que el cónyuge o pareja de hecho e hijos reagrupados, cuando alcancen la mayoría de edad laboral (16 años), quedarán habilitados a trabajar de forma automática (sin ningún otro trámite administrativo) con base en la autorización de residencia por reagrupación de la que sean titulares. Es decir, se procede al reconocimiento de la autorización para trabajar de cónyuges y descendientes reagrupados que hayan alcanzado la edad mínima laboral sin tener que renunciar a la autorización de residencia por reagrupación familiar (autorización dependiente del reagrupante) y sin tener que tramitar autorización administrativa a estos efectos ante la autoridad laboral. Esta medida viene matizada por la posibilidad de reducir, durante la vigencia del primer permiso temporal, los efectos de esta autorización a determinados sectores o zonas geográficas.

En definitiva, el artículo 19.1, pretende evitar la dependencia del reagrupante, con la cautela de que durante el primer año de vigencia de la autorización laboral, su acceso al mundo laboral podrá limitarse por vía reglamentaria, salvo que se trate de familiares de residentes de larga duración, a “las ocupaciones consideradas deficitarias en mano de obra según la situación nacional de empleo”, es decir aquellas para las que no se encuentre personal autóctono o extranjero ya residente en España que pueda cubrirlos. Además, las personas a las que quiere reagrupar deberán ser mayores de 65 años, edad que ya no les permite ejercer una actividad laboral. Admitiéndose excepcionalmente la reagrupación únicamente de estos ascendientes, cuando se prueben que existan razones humanitarias y solo en caso de residentes de larga duración, siendo este requisito opuesto a lo previsto en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de Septiembre sobre el derecho a la reagrupación familiar. Además la citada limitación colisiona con la política de conciliación de la vida familiar y laboral o la política destinada a las personas mayores que impulsa el gobierno. Al fin y al cabo, se impide que los abuelos y abuelas puedan relacionarse con sus nietos, incluso los cuiden mientras trabajan los padres. Resaltar también la previsión de desarrollo reglamentario que hace la Disposición Adicional Segunda para facilitar la reagrupación de familiares de españoles.

Y por último el derecho a la *asistencia jurídica gratuita*, se otorga a los extranjeros que se hallen en España en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles. (Art.22.1) eliminándose la referencia a los “*extranjeros residentes* “para poder extender dicho derecho a todos los extranjeros que se encuentren en España. A partir de esta premisa el debate se centra en clarificar que la representación ante el Juzgado y la defensa son cuestiones diferentes, de forma que un letrado ejerce el derecho de defensa pero no el de representación, tesis sostenida por la de 11 de Marzo de 2008 que niega la facultad de representación al letrado. Al hilo de este artículo, se mantiene la necesidad de manifestar de manera expresa la intención de recurrir así

como persiste el apoderamiento a través del consulado si el extranjero se encuentra fuera de España. Siendo en consecuencia el citado preacto de dudosa legalidad puesto que se exige a la persona extranjera que manifieste expresamente si va a recurrir o a “interponer la acción correspondiente”, instaurando un requisito no previsto para las personas no extranjeras. Surgiendo la polémica de ¿Cual es el momento de ejercitar la correspondiente acción? Respuesta otorgada por la Instrucción de la Dirección General de Policía, Comisaría General de Extranjería de fecha 12 de Diciembre de 2009, el momento en el que se debe realizar esta manifestación es en la ejecución del expediente sancionador, algo totalmente contrario al derecho de defensa dado que la expulsión por lo general no es inmediata, de manera que en la fase de ejecución no es preceptiva la presencia de letrado originándose una situación de grave indefensión ya que el letrado asignado no tendrá conocimiento de que se ha llevado a cabo la expulsión y además no sabrá si la persona extranjera manifestó su intención de recurrir la sanción.

De lo expuesto se desprende que la aparente ampliación de derechos no es tal, sino que en la practica produce el efecto contrario “*el recorte de derechos*” Pese a que se ha dicho que amplía los derechos de los extranjeros, en la práctica significa un recorte ,puesto que a pesar de que la ley restituye a los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular los derechos de de reunión, manifestación o huelga de los que fueron excluidos en el año 2000, dado que dichas restricciones eran inaplicables: nadie podía evitar que los extranjeros indocumentados se reunieran en un sindicato, ni existía ningún procedimiento sancionador contra el trabajador extranjero en situación administrativa irregular se sumara a la huelga⁵⁰⁶. Si bien en el caso de los derechos de sindicación y huelga, decae la exigencia de autorización de trabajo. La justificación de este tratamiento diferenciado, obedece o se trata de derechos en los que es admisible un tratamiento diferenciado entre españoles y extranjeros, en virtud de lo que dispongan los tratados y las leyes que los regulen, siempre que en su aplicación no se vulnere el contenido esencial del derecho en cuestión, en cuanto “*no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (...) es pues lícito que las leyes y tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros*” (STC 94/1993, de 22 de Marzo, F. J. 4.º). En cambio, los recortes de derechos que ahora se imponen sí que afectan realmente (De poco sirve que el TC y la ley de extranjería hayan reconocido el derecho de asociación de los extranjeros irregulares si luego, por ejemplo, el Registro de Asociaciones va a impedir su inscripción)

⁵⁰⁶ La Sentencia 236/2007(F.J.9º) y otras posteriores se pronunciaron en el sentido de declarar inconstitucional estos preceptos por considerar que “*la exclusión total del derecho de libertad sindical de aquellos extranjeros que trabajen pese a no haber obtenido autorización de estancia o residencia en España, no se compadece con el reconocimiento del derecho a la libertad sindical que efectúa el art 28.1CE.*” En idéntico sentido se pronuncia la sentencia 259/2007 sobre la limitación del ejercicio del derecho a la huelga.

El retroceso más significativo es la ampliación del periodo de residencia exigido en España para reagrupar a un familiar que pasa de dos a cinco años, vulnerando la Convención de Naciones Unidas sobre personas migrantes. Además, exige que los ascendientes a reagrupar tengan más de 65 años, pese a que luego deje abierta la puerta a no exigir esta edad en casos excepcionales. ¿Qué les ocurrirá pues a aquellos inmigrantes cuyo padre tenga ya 66 años, pero su madre sólo 55? ¿Se obligaría a la mujer a separarse de su marido?

En relación con el Título II, se refiere al régimen jurídico de los extranjeros en España, se introducen importantes modificaciones, la mayoría de ellas consecuencia de la transposición de las Directivas europeas, destacando sobre todo las que incorporan nuevas situaciones de los extranjeros entre las reformas introducidas destacan:

El perfeccionamiento del estatuto de los residentes de *larga duración*. produciéndose un cambio de denominación en cuanto la denominación y características de la actual “*residencia permanente*”, que ahora pasa a llamarse “*residencia de larga duración*”, recogiendo en el art 32 de la Ley la posibilidad de que los residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea puedan residir en el resto de la UE, asumiendo cada Estado la obligación de recibirles y facilitar su residencia; para que esto sea posible, se vincula la residencia a la realización de una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena. De este modo, el residente de larga duración no tendrá que verse obligado a volver a solicitar, autorización de residencia inicial, lo cual, aporta la ventaja a éste de poder reagrupar directamente a sus ascendientes en los términos del art. 32.3 del la Ley así como a acceder a las ayudas públicas en materia de vivienda. Además hay que tener en cuenta, lo dispuesto en el en el novedoso artículo 18.bis, en adaptación a la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de Noviembre, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, en el que se establece que los familiares reagrupables de un residente de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea que reside en España podrán solicitar ellos mismos la reagrupación aportando prueba de su residencia en el primer Estado miembro .De modo que, tan pronto como se instalen en España y obtengan autorización podrán reagrupar a sus ascendientes, tal y como estipula la Directiva de Residentes de Larga Duración 2003/109/CE de 25 de Noviembre de 2003 del Consejo. Pero en cambio, si éstos ascendientes permanecen en el país de origen y pretenden ser reagrupados dependería del desarrollo reglamentario de esta Ley, siendo aconsejable, desde nuestro punto de vista, un cambio legislativo en cuanto a la reagrupación de familiares extracomunitarios de españoles, puesto que actualmente éstos se rige por lo dispuesto por vía general de la Ley de Extranjería, y no por la vía especial del régimen de reagrupación de los ciudadanos comunitarios mucho más beneficiosa para éstos⁵⁰⁷.

⁵⁰⁷ Informe del Consejo General del Poder Judicial. De 30 de Abril de 2009.

Como novedad, el nuevo Reglamento de 2011, de ejecución de la LOEXTR, diferencia claramente la residencia de larga duración y residencia de larga duración UE, esta última es ex novo en los arts. 148 -158. Se facilita la movilidad del residente de larga duración UE en otro Estado miembro, previendo su concesión cuando se acrediten medios de vida propios, sean o no laborales. Igualmente, se prevé un procedimiento especial para la reagrupación familiar en estos supuestos. En ambos supuestos, residentes de larga duración en España o UE, se prevé que estos puedan recuperar la titularidad de esta residencia, en los supuestos de regreso tras haber cumplido el período de retorno, mediante un procedimiento simplificado y con silencio administrativo de carácter positivo (arts.153 - 156).

En relación al régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros apenas ha sufrido variaciones significativas. Observándose como la principal novedad en materia de visados es la vinculación de la autorización de residencia y trabajo incorporada en el visado al alta a la Seguridad Social dentro del período de tres meses posterior a la emisión del mismo. De esta manera, el visado cumple una doble función: *“de autorización de entrada y de autorización de residencia y trabajo hasta que no se obtenga la tarjeta de identificación del extranjero que hace alta pedir en un mes con posterioridad a la entrada (art. 4.1); pero esta segunda función queda en suspenso hasta que el trabajador no esté efectivamente incorporado al trabajo y se produzca el alta en la Seguridad Social”*.

En consecuencia, se va a exigir el alta en la Seguridad Social desde que se dispone de la autorización para trabajar vinculada a una oferta laboral, así como el acceso al mercado de trabajo del cónyuge e hijos mayores de 16 años reagrupados. Este criterio ha sido recogido por el Reglamento de desarrollo de esta ley de 2011, estableciendo como novedad las condiciones en las que, en caso de que el alta no se produzca por razones ajenas al trabajador extranjero, será admisible el alta por un empleador distinto al que solicitó la autorización (art. 67.8).

Más relevante aún, es hecho de que la ley recoja la jurisprudencia laboral sobre el acceso por los trabajadores extranjeros sin autorización de trabajo a las prestaciones de la Seguridad Social. De modo que, si bien, la carencia de la correspondiente autorización no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle. La nueva redacción sin embargo exige que estos derechos y prestaciones sean compatibles con su situación y excluye explícitamente la posibilidad de obtener la prestación por desempleo.

Del examen de esta norma a nuestro juicio, los graves perjudicados son los *“migrantes extranjeros irregulares”*, que si denuncian su situación ilegal podrán percibir, el finiquito y salario de tramitación pero no el subsidio por desempleo, circunstancia por la que no van a tener

vocación alguna de abandonar ese mercado informal quedando obligado a salir del territorio nacional en caso de no producirse. Asimismo, si consideramos positivo el derecho a percibir tales prestaciones, si bien la ley fija el límite a las mismas en su compatibilidad con la situación del trabajador, en particular, se considera incompatible la condición de irregular con la percepción de la prestación de desempleo una vez se acaba el trabajo realizado sin contrato; tampoco, por tanto, habría derecho a desempleo cuando se produzca despido improcedente, lo único que cabría sería la percepción de indemnización, y ni siquiera la readmisión. Lo que parece confuso es la situación de los residentes que trabajen sin autorización, ya que lo expuesto, sobre incompatibilidades solo es aplicable a los trabajadores que sean irregulares y carezcan de autorización de residencia y trabajo.

En este sentido, el punto 5, del art 36 se refiere a la validez del contrato de trabajo, en el supuesto de contratación laboral de un extranjero sin autorización. A este respecto, la ley dispone que el contrato no sea nulo y genera obligaciones recíprocas entre el empresario y el trabajador, así como obligaciones subsidiarias de la Administración, pero que, en todo caso, el trabajador que carezca de autorización “*no podrá obtener las prestaciones por desempleo*”. La nueva regulación que introduce este artículo no resulta definitivamente esclarecedora sobre en que situación queda el trabajador extranjero que carece de autorización, pues, a la hora de delimitar las prestaciones a que tiene derecho, se limita a hacer una remisión genérica a lo dispuesto en los “*convenios internacionales*”, y a conceptos jurídicos indeterminados (“*u otras que pudieran corresponderle*”), lo que no facilita la tarea jurisprudencial de delimitación de dichas prestaciones y, en concreto, las dudas existentes respecto a la percepción de la indemnización por despido improcedente o las prestaciones de Seguridad Social(y la contradicción que puede suponer percibir por ejemplo, una pensión por incapacidad y permanecer irregular en España).También debemos hacer referencia a la nueva redacción del art. 36.3, en relación con la posibilidad de extensión del reconocimiento de derechos a la cobertura de contingencias comunes a la persona extranjera irregular y cuya solución arbitrada por el legislador de extranjería niega esta ampliación de cobertura en base al RD 1041/2005, de 5 de Septiembre que modifica, entre otras normas, el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de Enero dando nueva redacción al art.42 en el sentido de establecer que los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la OIT de 5 de Junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección

frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales⁵⁰⁸. En esta línea de delimitación de dicha prestaciones, habrá de tenerse en cuenta la más reciente jurisprudencia en la materia, y, especialmente la STS (Sala de lo Social, Sección 1) de 18 de Marzo de 2008, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, y en la que se efectúa una delimitación de las prestaciones que pueden corresponder al trabajador extranjero en situación irregular. Así, señala la Sentencia que *“el hecho de trabajar sin la autorización de trabajo, pese a ser una falta grave, no será obstáculo para que pueda obtener las prestaciones que pudieran corresponderle. Pero tales prestaciones serían los servicios y prestaciones sociales básicas; entendiendo por tales, tanto los servicios sociales a los que alude el art. 53 LGSS, como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe citar la prestación de asistencia sanitaria de urgencia y también las prestaciones que nuestra sentencia de 26 de Mayo de 2004 calificó de asistencia social externa a la Seguridad Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (art. 149.1.17 CE) sino en el artículo 148 de la norma suprema como competencia que puede ser exclusiva de las Comunidades Autónomas”* (F.D. 5.º). Por otro lado, considera el Tribunal que el hecho de que la Ley aluda genéricamente a *“las prestaciones que pudieran corresponderle”* *“remite al conjunto de la normativa legal aplicable, entre la que se encuentran los Convenios internacionales suscritos por España. Y, en función de ello, ha reconocido a los extranjeros el derecho a las prestaciones de Seguridad Social derivadas exclusivamente de contingencias profesionales, y a condición de que los afectados sean autóctonos, bien de países que, como España, hayan suscrito el Convenio 19 de la OIT, bien de países con los que España tiene suscritos Convenios de Seguridad Social que establezcan un régimen de reciprocidad en la materia”* (F.D. 6º).

A ello hay que adicionar el hecho de que si el art 36 citado se pone en relación con el art 14 del mismo texto, se observa como este último es confuso en cuanto al reconocimiento del derecho de prestación a la Seguridad Social cuando el sujeto es un inmigrante extracomunitario en situación administrativa irregular, estableciendo una clara dicotomía entre dos tipos de sujetos: los extranjeros residentes, que tendrían derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos que se ofrezcan en España en igualdad de condiciones que los españoles y todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa, que sólo tendrían derecho a los servicios y prestaciones sociales

⁵⁰⁸ Recordemos que el Convenio n.º 97, "relativo a los trabajadores migrantes" de 1 de Julio de 1949 (ratificado por España el 23 de Febrero de 1967) reserva el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad social sólo a "los emigrantes que se encuentren legalmente" en el país (artículo 6.1), es decir a las personas "normalmente admitidas como trabajadores migrantes" (artículo 11.1).

básicas. El problema surge ante la ausencia de conceptualización por parte de la LGSS entre los términos prestaciones básicas y específicas omisión no solventada por parte de las legislaciones autonómicas, con lo cual las personas irregulares no acceden en muchas CCAA a prestaciones de carácter básico (renta básica, salario de inserción, etc) como consecuencia de esta indefinición. Y a pesar de las críticas recibidas se mantiene la misma terminología añadiendo que los menores de 18 años con discapacidad al margen de su situación administrativa sí tienen acceso a prestaciones específicas. El motivo esgrimido en las diferentes enmiendas este artículo para incluir a este colectivo era la discriminatoria situación en la que se encontraban estos menores a quienes no se les reconocía oficialmente su grado de discapacidad por no ser residentes legales.

Por último, y en lo que respecta a la prestación de desempleo, la citada sentencia considera que no cabe reconocerla a los extranjeros en situación irregular pues, al contrario de lo que ocurre con las contingencias profesionales, no existen Convenios Internacionales integrados en nuestra normativa interna que así lo autoricen. La adopción de la decisión contraria, sería tanto como desconocer la finalidad que pretende la LOEXT que es incentivar la entrada y la estancia regular de extranjeros en España. El reconocimiento de todas las prestaciones de Seguridad Social a los irregulares supondría la plena equiparación entre los extranjeros residentes y la emigración irregular o clandestina. Ello implicaría además, la creación judicial de una especie de regularización encubierta” (F.D. 7.º), fin que no persigue la presente normativa. Sin embargo a mi juicio se ha desaprovechado la oportunidad de la promulgación de esta nueva ley para aclarar a qué prestaciones tiene acceso el trabajador en situación irregular dejando en manos de los tribunales quienes atendiendo al caso concreto resuelva sobre la procedencia o no del recogimiento de este derecho social.

En consecuencia, la Ley señala con rotundidad las consecuencias sancionadoras para los empresarios que contraten a trabajadores extranjeros en fraude de ley. Hasta el momento la gravedad de las multas por emplear a personas sin permiso de trabajo oscilaba entre los 6.000 y los 60.000 euros, pero con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2009 del 11 de Diciembre que reforma la anterior Ley de Extranjería se han endurecido las sanciones administrativas que afectan a estos empleadores, tal y como se establece en el artículo 55 como infracción muy grave la contratación de empleados extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los ocupados siempre que el hecho no constituya delito. Las nuevas multas previstas oscilan entre los 10.001 hasta los 100.000 euros una vez que se establezca un procedimiento sancionador que se inicia con la apertura de un Acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La imposición de la sanción al infractor corresponde a la Delegación del Gobierno de cada autonomía.

Asimismo en el párrafo 3 del mismo artículo, se dispone que para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia. En cuanto a la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta para la misma la capacidad económica del infractor. Además, se contempla la infracción penal en los casos en que pueda acreditarse una explotación laboral.

De otra parte, el art. 25 bis, señala que los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán estar provistos de visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en su pasaporte o documento de viaje o, en su caso, en documento aparte, salvo normativa europea o convenio internacional, quedando en caso contrario a salir del territorio nacional en caso de no producirse (se prevé desarrollo reglamentario del citado precepto). En cuanto a los tipos de visados se amplían su número y se configuran del siguiente modo:

a) *De tránsito*, que habilita a transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o a atravesar el territorio español.

b) *De estancia*, que habilita para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un período o suma de períodos cuya duración total no exceda de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada.

c) *De residencia*, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional.

d) *De residencia y trabajo*, que habilita para la entrada y estancia por un período máximo de tres meses y para el comienzo, en ese plazo, de la actividad laboral o profesional para la que hubiera sido previamente autorizado quedando vinculación de la eficacia de la autorización de residencia y trabajo al alta en la Seguridad Social del trabajador en la Seguridad Social.

e) *De residencia y trabajo de temporada*, que habilita para trabajar por cuenta ajena hasta nueve meses en un período de doce meses consecutivos.

f) *De estudios*, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, no remunerados laboralmente.

g) *De investigación*, que habilita para realizar proyectos de investigación en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación, permitiéndoles su prórroga siempre y cuando se mantengan las condiciones establecidas para la expedición de la autorización inicial y cuando los centros de investigación puedan ser habilitados. A su vez, también se introduce como mejora a este colectivo y sus familiares reagrupados, de tal forma

que una vez que finalice el convenio de acogida, o si este se resuelve con anterioridad “*por causas no imputables al investigador*”, este y sus familiares podrán ser autorizados para residir “*y ejercer una actividad lucrativa*” sin necesidad de un nuevo visado.

De otra parte, se establece que el modo de acreditar las diferentes situaciones de los extranjeros en España son estancia o residencia, siendo los mecanismos utilizados para su materialización pasaporte o *documento de viaje* que acredite su identidad, *visado* o *tarjeta de identidad de extranjero*, según corresponda (art. 29.2)

Añadiéndose por parte del nuevo art 27.6 que la denegación de visado deberá ser motivada “*cuando se trate de visado de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, así como en el caso de visado de estancia o de tránsito*”. Aunque hay que puntualizar que la nueva redacción del art. 27.6 y del apartado 2 de la Disposición Adicional Tercera viene motivada por la necesidad de adaptarse al Reglamento 810/2009 por el que se regula el Código de Visados.

Por el contrario, la ampliación de supuestos de inadmisión a trámite para las solicitudes de visado de estancia, (Disposición Adicional Cuarta apartado 2) lejos de suponer mayores garantías incrementa de maneja injustificada supuesto de inadmisión a los que se contienen como regla general en la Ley de Procedimiento Administrativo. No obstante, el apartado 1. d) de esta disposición Cuarta sirve para fundamentar la revocación de un expediente de expulsión en solicitudes de permiso por arraigo, violencia doméstica o trata de seres humanos. Asimismo se mejora la redacción de la Disposición Adicional Sexta incluyendo la cláusula de respeto a los derechos humanos en las readmisiones. Supone una mejora en las garantías que la Disposición Adicional Cuarta de la Ley aclare las funciones de los Juzgados de Instrucción respecto al internamiento.

De lo expuesto se desprende como la vigente Ley incorpora nuevos tipos de visados: el visado por intercambio de alumnos, el visado de prácticas no laborales y el nuevo visado de investigación incluidos dentro del visado de estudios que perviven con la inclusión expresa del visado de residencia y trabajo de temporada. La justificación de la inclusión de éstos nuevos visados que figuran en el art. 33 de la Ley, es establecer una regulación adaptada a la normativa comunitaria sobre el régimen de los estudiantes, intercambios de alumnos, prácticas no laborales y servicios de voluntariado. El régimen es esencialmente el mismo que ya existía (para estudiantes e intercambio de alumnos) con la novedad de su ampliación al régimen de voluntariado y de prácticas como consecuencia de lo dispuesto en la Directiva 2004/114/CE, de 13 de Diciembre, del Consejo para el visado de autorización de estancia por estudio, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (los que el legislador denomina autorización). Con respecto específicamente al visado de estudios (art. 38), se

concretan los requisitos para obtenerlo. Los requisitos a valorar por la Misión diplomática u Oficina consular y los que deberá valorar la Oficina de Extranjeros; y se da una nueva redacción más simplificada de las normas de procedimiento. También se regula la **prórroga de estancia por estudios**, ampliándose a 90 días posteriores a la caducidad el plazo para solicitar la prórroga de estancia por estudios (art. 40), evitándose así disfunciones -en la denegación de prórrogas al finalizar los estudios por coincidir este final con el de la estancia vigente-. Y por último, se les permite a estos estudiantes prestar sus servicios por cuenta propia y ciertas excepciones a las limitaciones geográficas impuestas por la realización de los estudios (art. 42.3) y se regula la movilidad dentro de la Unión Europea (art. 43).

Siendo también un factor positivo, la concreción por parte del legislador de la duración de cada uno de los visados. Además, otra novedad positiva es la propuesta de que a los estudiantes se les conceda siempre la autorización para trabajar si tal actividad económica no limita el seguimiento ordinario de los estudios. Igualmente, se incluyen algunas previsiones dirigidas a asegurar la movilidad de los estudiantes dentro la Unión. Asimismo en materia del ya existe visado de estancia de corta duración, se incorporan las reformas de los diferentes tipos de visado de corta duración derivadas del Código Comunitario de Visados, revisando el procedimiento y condiciones para la expedición de los visados, en particular la posibilidad excepcional de expedición de visados en fronteras exteriores (art. 29). **Al hilo de lo expuesto, se** detalla el procedimiento de tramitación de los visados de residencia y trabajo (art. 169). Los visados de corta duración tendrán una vigencia máxima de seis meses, y habilitarán para la entrada en España (169.4). Asimismo se mantiene Se mantiene la posibilidad de regular un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen, así como un número de visados para la búsqueda de empleo limitados a determinadas ocupaciones en un ámbito territorial concreto (art. 166.2 y 170 a 174)

Conviene precisar que con respecto a los requisitos de entrada y estancia en el territorio español para extranjeros no comunitarios no contraviene el derecho fundamental de libre circulación pues, como ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional (STC 94/1993, de 22 de Marzo, F.J. 3. °): *“la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”*. En el mismo sentido, se pronuncia nuestra carta magna, que en su art 13.1 CE no incluye el derecho a entrar en España como un derecho fundamental de los extranjeros, si bien el legislador podrá otorgarlo a aquellos extranjeros que cumplan unos determinados requisitos establecidos por la Ley (STC 72/2005, de 4 de Abril). Así pues, las

leyes y los Tratados pueden modular el ejercicio de estos derechos, limitando la entrada y residencia de extranjeros al cumplimiento de determinados requisitos y formalidades, por lo que las normas en esta materia forman parte de las facultades de los Estados en materia de política migratoria. La novedad introducida por la ley, consiste en la creación de un registro de entradas y salidas de los extranjeros no comunitarios “*a efectos de control de su período de permanencia legal en España*” (apartados 5 del art 25 de la LO). Siendo su función primordialmente dotar de información a la Administración sobre la situación administrativa de los inmigrantes extranjeros, con la finalidad de facilitar el ejercicio de las competencias administrativas en materia de circulación y estancia de los nacionales de países no comunitarios.

Dicho registro, cuya regulación específica habrá de ser desarrollada por vía reglamentaria, se somete expresamente a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal. En consecuencia, la creación del citado registro, responde a las facultades de control de las situaciones de estancia y permanencia de ciudadanos extranjeros, por parte de las Administración manifestación de la competencia que es propia de ésta y que legítimamente ejercita. Por lo tanto, tal y como dispone el nuevo Reglamento de 2011, se establece actualmente la posibilidad de registrar las entradas y salidas de los extranjeros del territorio nacional (arts. 14 y 21). También se contempla con mayor detalle la autorización de regreso, reglamentando criterios que ya venían dándose en la práctica (p.e. en los supuestos de pérdida, extravío o sustracción); así como su período de vigencia (art. 5). De otro lado, también se dispone de una concreción de la naturaleza de la detención de un extranjero para denegar la entrada a efectos de proceder a su regreso en las instalaciones del puesto fronterizo, clarificando las condiciones y finalidad de aquélla; asimismo se señalan una serie de dotaciones que deberán tener las instalaciones. Aun siendo conscientes de que las instalaciones pertenecen a AENA (art. 15). Por todo ello, se incorpora un nuevo (Capítulo IV) relativo a las devoluciones y salidas obligatorias (antiguo Título XII del Reglamento actual), reconociendo el carácter sancionador de las primeras, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y aplicando por consiguiente el pertinente criterio de prescripción (art. 23.7). Se contempla la posible revocación de resoluciones de devolución no ejecutadas en el marco de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales (art. 23.8). Y también, se regula el tránsito aeroportuario, fruto de la incorporación de las modificaciones fruto de la aplicación del Derecho de la Unión Europea y en particular del Código Comunitario de Visados, aprobado por el Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de Julio de 2009.

Además se establece la referencia expresa como única excepción de proveerse de la tarjeta de identidad de extranjero, para quienes sean titulares de un visado de residencia y trabajo de temporada (art. 4.2, inciso final) (Recuérdese que dicha tarjeta es obligatoria para todo extranjero que permanezca en España por un período superior (ahora partir del nuevo

Reglamento también inferior) a seis meses, salvo justamente a partir de la entrada en vigor de la futura reforma el supuesto referenciado). Hay, además, una nueva remisión al ámbito reglamentario para concretar cuando podrá obtenerse esa tarjeta si se dispone de autorización para permanecer en España durante un período inferior a seis meses. Actualmente el nuevo Reglamento contiene idéntico contenido pero además señala que si finalizada la vigencia de la autorización de estancia no existiera constancia de que el trabajador ha sido dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, éste quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo en caso contrario en infracción grave por encontrarse irregularmente en España (art 70.8 y 9) .También se prevé la forma de entregar la Tarjeta de Identidad de Extranjero en los supuestos de retorno voluntario, permitiendo que se graben los retornos en el Registro Central de Extranjeros. Asimismo se incluye una nueva regulación del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, que será coordinado por el Ministerio Fiscal, y que incluirá datos fisonómicos y biométricos del menor y los traslados entre Comunidades Autónomas (art.212).

También se establece la posibilidad de registrar la entrada y salida del territorio español prevista en los artículos 25.5 y 28.1 de la Ley, objetivo que debería alcanzarse mediante la creación de una nueva base de datos de entradas y salidas. En todo caso, ésta es una previsión distinta a la del art. 66.1 del citado Texto que contempla la obligación de las compañías transportistas de facilitar a las autoridades españolas con antelación a la partida del buque o avión, la lista de pasajeros transportados (nombre, nacionalidad, pasaporte, fecha de nacimiento, lugar de embarque, destino, etc.), información que conformara una base de datos temporal que compañías y autoridades conservarán durante 24 horas a efectos de organizar mejor los controles fronterizos.

Otro apartado destacado es el referente a la autorización de residencia y trabajo y regímenes especiales, observándose como la presente Ley da prioridad en el acceso al trabajo de los nacionales frente a los extranjeros, a los que limita dicho acceso mediante la exigencia de una autorización administrativa para trabajar, que está sometida a la valoración de la situación nacional de empleo. Pero una vez producido el acceso del extranjero al trabajo, el régimen aplicable se caracteriza por la igualdad de derechos laborales con los españoles. Las autorizaciones administrativas para trabajar constituyen pues una de las bases sobre las que se asienta la protección de la mano de obra nacional, están generalmente unidas a la residencia temporal y son de distintos tipos en función de la naturaleza del trabajo a realizar. En concreto, en materia de fijación de residencia, la ley distingue dos situaciones: a) la estancia, caracterizada por su temporalidad cuyo plazo se fija en 90 días, susceptible de prórrogas y b) la residencia, estancia procedente de un permiso de trabajo, que también tienen limitada su vigencia pero con

un amplitud mayor hasta 5 años. Este segundo supuesto, esta más ampliamente desarrollado por la ley justificación que radica desde nuestro punto de vista, en el elevado numero de peticionarios del mismo y por la importancia de las relaciones jurídicas derivadas de éste⁵⁰⁹. Estando el permiso de estancia íntimamente conectado con el permiso de trabajo, tal y como se denota en que tanto en su otorgamiento como en su expedición, se realizan simultáneamente al permiso de residencia, a pesar de que su concesión depende de ministerios diferentes, el primero el del Interior y el segundo al de Trabajo. Destacando el recorte que se efectúa a este derecho de libre elección de residencia por el legislador en el la citada Ley, donde se permite a las autoridades requerirles en cualquier momento para que presten información sobre su residencia así como se establece la obligación por parte del extranjero, de comunicar cualquier variación que se produzca en relación con la misma. Tras la reforma operada por la LO 2/2009, continúa el legislador diferenciado ambas situaciones, si bien, en su art 31.1 después de reiterar la temporalidad de la estancia, añade un apostillamiento necesario para recordar que la misma no regirá para las situaciones siguientes: admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado. Asimismo aclara la actual ley en su apartado 2 del artículo 30 bis, que los residentes pueden encontrarse en alguna de estas dos situaciones: residencia temporal o de residencia de larga duración,(en virtud de la Disposición Adicional Primera, todas las referencias a los términos residencia permanente o residente permanente contenidas en el ordenamiento jurídico se entenderán referidas a la residencia o residente de larga duración)detallando en el articulo siguiente su definición, requisitos para su otorgamiento y actividades que se pueden realizar tras su concesión. Mientras que el art 30 bis de la LO 14/2003 se limitaba a definir quienes eran residentes, subdividiendo a estos en dos categorías según la situación en la que se encontraran: residencia temporal o residencia permanente. Se le añade por esta nueva ley también un 2 numeral al art 31” *La autorización inicial de residencia temporal que no comporte autorización de trabajo se concederá a los extranjeros que dispongan de medios suficientes para sí y, en su caso, para los de su familia. Reglamentariamente se establecerán los criterios para determinar la suficiencia de dichos medios*” y también los apartados 6 y 7 el primero recogido por el art 14 de la Ley 14/2003 que obliga al extranjero con residencia temporal a comunicar toda variación de domicilio, estado civil o cambio de nacionalidad y una novedad en esta materia son los criterios fijados por el legislador para renovar la autorización de residencia donde anteriormente se limitaba a la petición de antecedentes penales especificando la asimilación de su carencia a la concesión de indultos, remisión condicional de la pena o suspensión de la pena privativa de libertad y ahora además se le añaden un apartado b) al párrafo 7 del art 31 de la LO 2/2009, cuya dicción literal es la siguiente ”*El incumplimiento de las obligaciones del extranjero en materia tributaria y de*

⁵⁰⁹ BELDA PÉREZ PEDREDRO, E., (1997). *Los derechos a la libre elección de residencia y al libre desplazamiento*. Edit Parlamento y Constitución de Castilla-La Mancha, Anuario núm. 1, año, pág 251.

seguridad social". Por todo ello, el legislador de extranjería distingue actualmente dos tipos de residencia: temporal o de larga duración. Caracterizando a la primera, que la autorización para permanecer en España es por un período superior a 90 días e inferior a cinco años. Mientras que para la segunda, esta autorización tiene un carácter indefinido, siendo ejercitable dicho derecho en las mismas condiciones que los españoles. Por su parte, el nuevo Reglamento de 2011, presenta profundas novedades, realizando una clasificación más detallada de las posibles situaciones de residencia temporal distinguiendo las siguientes:

a) Residencia temporal no lucrativa(que si bien ya existía) ahora se van a fijar con precisión los requisitos y medios económicos a acreditar por el extranjero, aplicando diferentes tramos de porcentajes sobre el IPREM, actualizado anualmente por el Ministerio de Economía y Hacienda(400% del IPREM para el titular, más 100% por cada familiar, arts 46 y 47).Otra novedad, es la revision que se realiza del procedimiento que pretende establecer unos criterios homogeneizadores no solo de los documentos que se deben aportar sino tambien clarificando las competencias revisoras de la Delegación o Subdelegación del Gobierno y de las misiones diplomáticas u oficinas consulares (art. 48).Tambien se regulan posibles visados y autorizaciones de residencia de carácter extraordinario (art. 50).De otra parte, se le otorga al “esfuerzo de integración” un valor complementario, en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización. Tendrá carácter preceptivo el Informe de la Administración autonómica competente que deberá aportarse, regulándose el contenido mínimo que deberán tener los informes (art. 51.4).

b) Residencia temporal por reagrupación familiar, en la que como novedad, se incluye la pareja de hecho como supuesto que da lugar a la reagrupación familiar, como ordena la Ley Orgánica. Se concretan las razones de carácter humanitario que motivarán que el ascendiente menor de 65 años pueda acceder a la reagrupación familiar Se especifican objetivamente los medios económicos a acreditar para considerarse suficientes a efectos de la reagrupación Se garantiza la prevalencia de los informes de la Comunidad Autónoma a efectos de adecuación de la vivienda. Se produce una revisión, en el caso del procedimiento de renovación de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar y finalmente see regula con mayor detalle la residencia de los familiares reagrupados, independiente del reagrupante.

c) Residencia temporal y trabajo para investigación, se establece un procedimiento expreso que garantiza un procedimiento ágil para las especificidades de la reagrupación familiar en este supuesto y, expresamente, la movilidad de los investigadores dentro de la Unión Europea, tal como ordena la Ley Orgánica y la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de Octubre.

d) Residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE, se les provee también de un procedimiento expreso y ágil para las especificidades de la reagrupación familiar en este supuesto y, expresamente, la movilidad de los profesionales altamente cualificados dentro de la Unión Europea, tal como ordena la Ley Orgánica y la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de Mayo.

e) Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, se realiza una regularización específica del trabajador transnacional de temporada o campaña (desplazamientos dentro de una empresa o grupo de empresa). Se aplica el beneficio para que la no consideración de la situación nacional de empleo (artículo 40.2.c) LO) se vincule a que se acredite la necesidad de que el trabajador conozca directa y fehacientemente la empresa.

En todos los casos de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, la expedición de esta autorización se condiciona a la obtención del correspondiente visado de entrada en España y ser dado de alta en seguridad social dentro del plazo de vigencia del visado (art. 63). Como novedad, se establecen las condiciones en las que, en caso de que el alta no se produzca por razones ajenas al trabajador extranjero, será admisible el alta por un empleador distinto al que solicitó la autorización. Otra novedad introducía por este Reglamento, es que modifica el ámbito geográfico de limitación de la autorización inicial de trabajo, posibilitando, en aras de propiciar la movilidad, que en aquellas Comunidades Autónomas que tuvieran reconocidas competencias en la materia el ámbito geográfico pueda ser el autonómico (art. 63.5). Además debe aportarse el contrato de trabajo, firmado por el trabajador y por él mismo y que garantice al trabajador una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. En el caso de que la contratación fuera a tiempo parcial, la retribución deberá ser igual o superior al salario mínimo interprofesional para jornada completa y en cómputo anual.

También es destacable la nueva configuración que se realiza para la determinación de la situación nacional de empleo, valorándose a escala autonómica en vez de a escala provincial como hasta ahora (art. 65). Igualmente, se establecen nuevas pautas en la elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura, que van más allá de los certificados sobre insuficiencia de mano de obra disponible. También se regulan los medios económicos, materiales y personales a acreditar por el empleador para determinar si puede asumir las obligaciones del contrato, utilizando el IPREM como herramienta de carácter objetivo. En el caso de empleador, persona física, se parte de 100% del IPREM cuando se trata de una sola persona; 200% en el caso de unidades familiares con dos miembros y se incrementará en un 50% por cada miembro adicional. Los ingresos a contabilizar serán la suma de los que cuente cada una de las personas que integran la unidad familiar. Otra novedad introducida por el Reglamento no tan positiva, es que a partir de ahora los informes policiales desfavorables

deberán ser valorados por el órgano competente para resolver las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena. Y finalmente se objetivizan los supuestos en que la misión diplomática u oficina consular podrá denegar la solicitud del visado.

f) Residencia temporal y trabajo por cuenta propia, esta limita su actuación en el caso de autorización inicial a un ámbito autonómico y sectorial determinados, como ordena la propia Ley Orgánica. Se regula asimismo el esfuerzo de integración como elemento a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización (art. 107.4).

g) Residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo, no se modifica.

h) Residencia temporal tras retorno voluntario, se contempla un procedimiento específico, preferente y privilegiado, para retorno a España una vez transcurrido el compromiso de no regreso. En el caso de no haberse establecido plazo de no regreso, las solicitudes de autorizaciones de residencia temporal o residencia temporal y trabajo solo podrán ser presentadas transcurridos tres años desde la fecha del retorno a su país de origen-este plazo podrá ser modificado por Orden Ministerial del Ministerio de Trabajo e Inmigración-.

Se recuerda la se conservara la residencia previa en España a los efectos de renovaciones y obtención en su caso de la tarjeta de larga duración. Esta reserva opera tanto quienes retornen acogidos a un programa de retorno como aquellos otros que retornen voluntariamente al margen de programa alguno.

Por su parte, el Título IX del nuevo Reglamento, rubricado” Autorizaciones de residencia y trabajo de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación o desarrollo o docentes, que requieran alta cualificación, o de actividades artísticas de especial interés cultural”, Esta diseñado para los profesionales altamente cualificados extranjeros y para los que se dedican a la investigación entre cuyas connotaciones sobre las siguientes: a) se fija la plantilla de trabajadores, inversión, volumen de fondos propios u otros, exigibles para que una determinada empresa se considere incluida en el ámbito de aplicación del título; b) se prevé una mayor tipología de autorizaciones a las que podrán resultar de aplicación las previsiones específicas del título (cabe reseñar la previsión de que se podrán tramitar procedimientos sobre residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados o para investigación);c) se prevé que las pequeñas y medianas empresas puedan verse beneficiadas de las previsiones establecidas en este título en caso de que pertenezcan a sectores estratégicos (tecnología de la información y las comunicaciones, energías renovables, medioambiente, agua y tratamiento de aguas, ciencias de salud, biofarmacia y biotecnología y aeronáutica y aeroespacial);d) se realiza una regulación más detallada de los casos que, por entenderse asimilados a los expresamente previstos, podrán

entenderse incluidos dentro del ámbito de aplicación del Título; e) se establecen con mayor precisión las particularidades del procedimiento y documentación necesaria (art. 177) y la posibilidad de tramitarse una autorización de residencia temporal sin autorización de trabajo para los familiares de los trabajadores. Este Título debe ser completado con el Título VIII del citado Reglamento, donde se regula la extinción de la autorización de residencia temporal y trabajo para investigación (art. 160), de profesionales altamente cualificados (art. 161), de víctimas de trata de seres humanos (art. 162) y de la residencia de larga duración (art. 163). en cualquiera de los casos se trata de favorecer la llegada de la migración de los altamente cualificados y de los investigadores, hecho que se evidencia en la reducción del plazo para la tramitación de permiso de estos que pasa de 90 días a 45 días y reduce a la mitad la tramitación del **permiso** para investigadores, se debe a la medida de favorecer la incorporación de personas con un gran potencial en aquellos centros acreditados por el Ministerio de Ciencia e Innovación, para llevar a cabo esto, va a mantenerse actualizado un listado de Organismos de investigación previamente autorizados para suscribir convenios de acogida a estos investigadores, entre los Organismos estarán aquellos que consigan la acreditación del Programa Severo Ochoa, es decir, centros de excelencia.

Asimismo conviene recordar la modificación técnica-gramatical efectuada por la Disposición Adicional Primera, en virtud de la cual todas las referencias a los términos residencia permanente o residente permanente contenidas en nuestro ordenamiento jurídico se entenderán referidas a la residencia o residente de larga duración. En cuanto a la autorización de residencia y trabajo, la regla general, es exigir su tenencia a todos los extranjeros extracomunitarios mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa *previa para residir y trabajar*. La autorización de trabajo se concederá *conjuntamente* con la de residencia salvo excepciones. La eficacia de la autorización inicial se condicionará al alta del trabajador en la *Seguridad Social*. Si va a ejercer una *profesión* para la que se exija una titulación especial, ha de tener homologado el título correspondiente y, si las leyes así lo exigiesen, ha de colegiarse. La solicitud habrá de presentarse *personalmente*. Siendo una obligación de carácter horizontal tanto para el empleador como para el trabajador. De modo que, para el primero, deberá solicitar -personalmente o por su representante legal- la autorización y acompañar el contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización. Sino puede incurrir en responsabilidades y además esta circunstancia no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. También esta obligación personal es exigible al trabajador por cuenta propia, que además de acreditar el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales debe además cumplir los

requisitos relativos a la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo, entre otros. Añadiéndose en su regulación por el art 37 dos nuevos apartados en virtud del cual “*la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia se limitará a un ámbito geográfico determinado y a un sector de actividad. Su duración se determinará reglamentariamente*”. Esta limitación geográfica, que ya había existido antes de las modificaciones de la Ley 4/2000, esta conectada con la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos lo prevean, puedan conceder este tipo de autorizaciones, dado que se hace posible vincular la autorización inicial con el ámbito territorial de la Administración que la concede, estas restricciones geográficas y funcionales de la autorización para trabajar por cuenta propia, son opuestas a toda lógica empresarial y perjudicar la viabilidad de los proyectos. Situación bien distinta, es la operada con respecto al trabajador por cuenta ajena, para la concesión inicial, de dicha autorización se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo. Se basará en la solicitud de cobertura de un puesto vacante, presentada por un empresario o empleador ante la autoridad competente, junto con el contrato de trabajo y el resto de documentación exigible, ofrecido al trabajador extranjero residente en un tercer país. La autorización inicial se limitará, salvo excepciones, a un determinado territorio y ocupación, correspondiendo la autorización inicial de trabajo y residencia, ya sea su actividad por cuenta propia o ajena a la CCAA limitada a su estricto ámbito geográfico no superior al de una Comunidad Autónoma, y a un sector de actividad. De tal forma que la autorización inicial queda limitada a un ámbito geográfico no superior al autonómico (en coherencia con el traspaso de competencias en esta materia a las CCAA) y a un sector de actividad, remitiendo a la normativa reglamentaria sobre su duración. En el mismo ámbito de relación entre la normativa estatal y la autonómica, se consolidan legalmente las competencias de las autonomías en materia de autorizaciones inicial de trabajo, siendo importante destacar el idéntico contenido de los artículos 37.3 (trabajo por cuenta propia) y 38.8 (trabajo por cuenta ajena), en los que se dispone que la concesión de dicha autorización inicial de trabajo, que deberá llevarse a cabo “*en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia*”, corresponderá a las Comunidades Autónomas “*de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos*”. De lo que se desprende que salvo esta facultad nueva que se confiere a las CCAA el art 38, apenas ha sufrido modificación alguna, limitándose a la inclusión en el texto de la ley de una regulación pormenorizada del procedimiento de concesión de las mismas y de las obligaciones que corresponden al empresario o empleador, incorporando al texto de la ley previsiones que en la actualidad se recogen en el Reglamento⁵¹⁰ de desarrollo de la misma. Por tanto, una vez que se haga efectivo el traspaso de las referidas competencias en

⁵¹⁰ Real Decreto 1162/2009, de 10 de Julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre(BOE núm.177)

materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros a las CCAA concurrirán en el correspondiente procedimiento administrativo dos Administraciones Públicas: una, la autoridad laboral autonómica, que resolverá sobre la concesión de la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, al amparo de la autorización de residencia y trabajo solicitada; otra, la autoridad estatal competente en materia de residencia de extranjeros, que resolverá sobre la posibilidad de que el extranjero resida en España, al amparo de dicha solicitud de autorización de residencia y trabajo.

En consecuencia, la intervención de dos Administraciones Públicas diferentes en el procedimiento de autorización inicial de residencia y trabajo no debe producir, en ningún caso, alteración o deterioro del servicio que se presta a la ciudadanía, ni afectar tampoco, por otra parte, al ejercicio de las competencias que tienen reconocidas específicamente cada una de las Administraciones Públicas, lo cual obliga a optar por procedimiento ágil y eficaz, donde se maticen las diferencias entre las autorizaciones de residencia y las autorizaciones de trabajo. En consecuencia, aunque en el procedimiento intervengan dos Administraciones Públicas diferentes, el empresario o empleador que pretenda contratar a un trabajador extranjero sólo deberá presentar una única solicitud de autorización de residencia y trabajo y lo hará ante una única Administración a través del órgano que sea competente para su tramitación. Asimismo, los interesados recibirán una única resolución en respuesta a su solicitud de autorización de residencia y trabajo, en la que se contendrán los pronunciamientos concretos de cada una de las Administraciones Públicas.

Teniendo en cuenta lo anterior, los aspectos más relevantes del procedimiento de autorización de residencia y trabajo que se aplica cuando en el mismo intervengan la Administración General del Estado y la Administración Autonómica correspondiente, son los siguientes:

En primer lugar, la iniciación del procedimiento corresponderá al órgano competente de la comunidad autónoma, que deberá coordinarse necesariamente con el órgano competente de la Administración General del Estado en relación con el ámbito de la residencia y garantizarle asimismo el conocimiento en tiempo real de las solicitudes. Seguidamente la resolución de la indicada solicitud corresponderá en cada caso a la Administración que sea competente, aunque las autoridades a quienes corresponda resolver de cada una de ellas deberán dictar de manera coordinada y concordante una resolución conjunta, concediendo o denegando la autorización de residencia y trabajo solicitada. Dicha resolución conjunta será expedida por el órgano competente de la comunidad autónoma y firmada por los titulares de cada uno de los órganos competentes de cada una de las Administraciones. De modo que, la resolución conjunta será notificada a los interesados por el órgano competente de la comunidad autónoma en los plazos y forma establecidos en la normativa vigente. Y finalmente, la resolución podrá ser impugnada

ante los órganos que la firmen si bien se resolverá de forma conjunta y concordante por los titulares de los órganos competentes de ambas Administraciones y se notificará a los interesados por el órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente.

De idéntica forma se procederá cuando se trate de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia, si bien, con la particularidad de que en este caso el inicio e impulso de la tramitación corresponderá inicialmente a la misión diplomática o consular correspondiente.

Por otro lado, y mediante la adición de un art. 38.bis, se procede a la transposición de la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de Octubre de 2005, relativa al procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

Finalmente conviene precisar que respecto al acceso por los trabajadores extranjeros sin autorización de residencia y trabajo a las prestaciones de Seguridad Social, se excluye de las mismas el acceso a las prestaciones por desempleo. En el caso de los descendientes, dada la mayor inestabilidad y precariedad laboral de éstos ha obligado al legislador a buscar una solución a medias, puesto que si bien no se les va a reconocer directamente una autorización de residencia y trabajo independiente. En cambio sí se les otorga una la autorización de residencia que le habilite para trabajar sin ningún otro trámite administrativo, debiendo ser muy cautos en cuanto al posible desarrollo reglamentario de este precepto y el alcance extensivo o restrictivo que le otorgue el legislador español.

Además, la propia Ley prevé la posibilidad de una autorización independiente de residencia y trabajo excepcionalmente si existe maltrato o violencia de género, desde el momento que se dicte orden de protección judicial. A las que tampoco se tendrán en consideración la situación nacional de empleo cuando se trate de personas extranjeras afectadas por violencia de género. Así como se atenderá la posibilidad de obtención de la autorización de trabajo por parte de las mismas en los casos de reagrupación familiar y a quienes han obtenido permiso de residencia por circunstancias excepcionales al ser "*víctimas de violencia de género*". Siendo un factor positivo de la ley, el mantenimiento de la regulación vigente en cuanto al acceso a una autorización de residencia independiente por parte del cónyuge reagrupado víctima de violencia de género. De modo que, cuando se produzca denuncia o se conozca la existencia de una mujer victima de violencia de genero que se encuentre irregularmente en nuestro país, con independencia de las actuaciones que motive el hecho de su situación irregular, las cuales se iniciarán con posterioridad a las actuaciones precisas para darle una total asistencia humana y legal a dicha victima, tal y como previene la LO 1/2004 de conformidad con la Instrucción 14/2005 de la Secretaria de Estado de Seguridad, la primera actuación que se realiza es asistirle y darle protección integral, informándola de su derecho a solicitar residencia de carácter excepcional, suspender el procedimiento sancionador que le era

de aplicación en virtud del art 53.1,a) y hasta que se resuelva en relación a la prueba de la denuncia de violencia de genero, se le debe conceder autorización provisional de residencia y trabajo a favor de dicha mujer cuyos efectos perduraran hasta que se dicte resolución final concediendo o denegando la autorización de residencia . Por su parte, el nuevo Reglamento de 2011, ha establecido en relación con este permiso excepcional a las mujeres victimas de violencia de género las siguientes matizaciones: a) le dedica un Capitulo específico; b) se prevé la no incoación de expediente sancionador si éste no existiera previamente a la denuncia y su suspensión en caso de que así fuera (novedad);c) la protección conferida no sólo se agota en la mujer, sino que se extiende a sus hijos, en caso de que los hubiera. Esta protección conlleva la autorización para trabajar sin aplicación de la situación nacional de empleo; d) la duración de las autorizaciones será de cinco años (art. 132.1a), aunque se prevé la existencia de una autorización provisional de residencia temporal y trabajo desde la presentación de la solicitud de autorización siempre que exista una orden de protección o un informe del Ministerio Fiscal que aprecie la existencia de indicios de delito (art. 131).Se podrá conceder cuando exista sentencia condenatoria o de la que pueda deducirse que la mujer ha sido víctima de violencia de género. Y finalmente, se regulan asimismo las consecuencias de terminación del proceso sin sentencia condenatoria o de la que no pueda deducirse que la mujer ha sido víctima de violencia de genero (art. 132.2).

En relación con el reconocimiento de derechos a menores es un tema que ha sido objeto de profundas transformaciones, tal y como lo demuestra su desarrollo en doce párrafos. Destacando en primer lugar, la introducción del novedoso párrafo 1, que comienza exponiendo la intención del Gobierno de promover el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados, es decir, se hace referencia al control y repatriación de menores primando la contención del flujo en el país de origen. Seguidamente se otorga protagonismo a las CCAA, facultándoles para establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su “entorno de procedencia”. Sin perfilar el alcance real de esta facultad dado que las CCAA tienen vedada la adopción de acuerdos internacionales. Otra novedad interesante, es el apostillamiento final realizado en el párrafo 4, donde se establece que determinada la edad y puesto el menor a disposición de los servicios públicos de protección, se produce la iniciación del procedimiento administrativo dirigido a resolver sobre su destino, procedimiento que puede iniciarse de oficio o a instancia de la entidad pública de protección. el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se hallen (Recordemos que la anterior redacción de la LO 4/2000 se limitaba a señalar que el Ministerio Fiscal los pondría a disposición de los servicios competentes de protección de menores, lo cual supone un avance puesto que, estos menores no van a ser destinados de forma arbitraria a diferentes

partes del territorio sino que su vinculación primaria es con el territorio donde han sido detectados por las Fuerzas de Seguridad del Estado). No obstante, desde mi punto de vista este precepto examinado en sus apartados 2 y 3, es parco y se limita a señalar que será el Ministerio Fiscal quien habrá de disponer lo pertinente para ello, sin especificar que será el Ministerio Público, como garante del interés del menor, al que le corresponde la decisión relativa a dicha determinación, que habrá de adoptarse mediante decreto motivado.

El párrafo 5, introduce como novedad que la Administración del Estado antes de iniciar la repatriación debe solicitar informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen ,manteniéndose la competencia sobre la decisión de repatriación en manos de la Administración General del Estado, sin perjuicio del informe de las entidades públicas autonómicas de protección, lo que resulta acorde con la atribución al Estado de la competencia exclusiva en materia de “*inmigración*” (art. 149.1.2 CE).Afortunadamente se incluye una mención expresa sobre el derecho de audiencia del menor lo cual conlleva una mejora con respecto a la ley precedente, derecho que, dado su carácter de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente reconoce el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, por lo que la omisión del trámite de audiencia al menor supone la vulneración del art. 24.1 CE (STC 221/2002, de 25 de Noviembre y 71/2004, de 19 de Abril).

Reconociéndose en el numeral 6, capacidad para actuar en el procedimiento en el que es parte, lo cual conlleva a una mejora en las garantías del menor al reconocer el derecho a ser oído el menor de 18 y mayor de 16 años en los casos de repatriación y el derecho de defensa, consecuencia todo ello de una gran cantidad de sentencias emitidas por diferentes tribunales cuya culminación se plasma en la STC de 22 de Diciembre de 2008, (Rec. de amparo nº. 3319/2007). El punto 7 mantiene una redacción similar al anterior respecto al carácter de residencia legal a todos los efectos del menor tutelado y el otorgamiento del permiso de residencia. A este respecto hubiera sido deseable plasmar esta autorización de residencia en términos de obligación, lo cual eliminaría muchos problemas que se dan en la práctica. Asimismo queda para el desarrollo reglamentario el plazo en el que se otorga este permiso que actualmente es de nueve meses, el cual actualmente opera como límite máximo y no como término “a quo”.

Otro apartado discutible es el numeral 9, de cuya redacción parece desprenderse la interrupción de la autorización de residencia del menor al llegar a la mayoría de edad y la continuación de esta u otra autorización que se concedería cumpliendo determinadas condiciones(informes positivos sobre esfuerzo de integración, continuidad de la formación o

estudios que se estuvieran realizando y su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo). Este planteamiento deja en manos del ente tutelante decidir sobre la continuación en situación de residencia regular de menores que dejan de estar tutelados; Otorga en definitiva una competencia que presta la administración tutelante que concede el permiso de residencia ,configurándose la autorización como un “no derecho” sino como un premio o castigo que se otorga al menor en función de su integración en la CCAA donde se encuentre. Por otro lado, se indica que reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo.

Por su parte, el numeral 11, introduce como novedad la posibilidad de atribuir la tutela a ONG's, fundaciones o entidades dedicadas a la protección de menores. Desconocemos el encaje que tiene este ejercicio de tutela con el artículo 172 del Código Civil, que es la norma donde se regula el ejercicio de la tutela. De entrada resulta contrario al principio de igualdad que el ejercicio de la tutela por una entidad privada solo se prevea para menores extranjeros. Por otro lado, no todas las competencias que ejerce la administración pueden transferirse, (la ley no aclara si estamos ante una encomienda de gestión); en definitiva, este nuevo apartado confunde la tutela y la guarda, privatiza el ejercicio de la tutela aunque suponemos que nunca podrá privatizar su constitución y su extinción que siempre requerirá de un acto administrativo y añade confusión e inseguridad jurídica a la situación en la que puedan encontrarse los menores, contribuyendo al mantenimiento de situaciones irregulares de menores a los que no se les otorga la tutela o se les extingue la misma sin causas legalmente justificadas. Las referencias del apartado 12 a acuerdos entre CCAA para asumir la tutela supone un acercamiento a la realidad de este fenómeno que conlleva una extraordinaria movilidad de los menores por diferentes provincias. Sin embargo, dudamos que los acuerdos se firmen en beneficio del menor o se fije reglamentariamente una especie de cupos de menores para su distribución en el territorio nacional, la respuesta vendrá dada sin dudas por el futuro desarrollo reglamentario de la presente Ley.

En relación con el sistema de permisos es más complejo creándose nuevas autorizaciones, permitiendo que las CCAA puedan conceder permisos iniciales, lo cual va a suponer un mayor distanciamiento entre los diferentes grupos de inmigrantes: los altamente cualificados, investigadores, etc y de otro, los de baja cualificación. Destaca el cambio de denominación del “residente permanente” por el “de residente de larga duración” aumentándose más si cabe las diferentes categorías de inmigrantes, lo cual conlleva a la multiplicación de visados y procedimientos para su obtención. Por su parte, el artículo 36.6 de la Ley tiene efecto disuasorio hacia el inmigrantes extranjero que habiéndose acogido a programa de retorno

voluntario⁵¹¹, volviera a España antes del plazo acordado en tal caso, en virtud del artículo citado, expresamente se recoge la no concesión de una autorización de residencia y trabajo para éstos. En cambio más progresista parece el legislador en el mismo artículo en su párrafo 2, al permitir el otorgamiento de autorizaciones para trabajar no vinculadas a autorizaciones de residencia en el supuesto de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condena y otros que se establezcan reglamentariamente. (Este inciso final muy ambiguo y discrecional debería ser concretado en el Reglamento de desarrollo de esta Ley).

Por su parte, en nuevo Reglamento de 2011, prevé las siguientes novedades en materia de menores: a) Realiza una aproximación a la situación de los menores hijos de residentes legales. En el supuesto de menores no nacidos en España podrán obtener autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios de vida y alojamiento exigidos en este Reglamento para ejercer el derecho a la reagrupación familiar.

Con respecto a los menores no acompañados, se les dota de un régimen integral, dotándolos de una definición técnicamente más correcta y completa, se regular de forma mas pormenorizada el procedimiento de determinación de la edad bajo la dirección del Ministerio Fiscal(es mas garantista),tambien se regula el procedimiento de repatriación en interés del menor ; se reglamenta la Intervención del menor mayor de dieciséis años, o, menor de dieciséis años con juicio suficiente; se realiza una referencia expresa al derecho de asistencia jurídica gratuita, se crea una nueva figura” la autorización de residencia del menor no acompañado” y se especifica pormenorizadamente la forma de documentación del menor, una vez cumple los 18 años y por último, se incluye una nueva regulación del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados coordinado por el Ministerio Fiscal, y que incluirá datos fisonómicos y biométricos del menor y los traslados entre Comunidades Autónomas.

También se observa como el legislador de extranjería sigue apostando por una migración ordenada y control de flujos, estableciendo una estratificación en función del extranjero que tiene preferencia para trabajar en el mercado español. En primer lugar, se opta por los ciudadanos de la UE poseedores de la tarjeta azul y por los investigadores. Seguidamente, un segundo grupo lo conforman los “residentes extracomunitarios de larga duración en la UE; y finalmente un tercer grupo, integrado por el resto de migrantes económicos regulares. El segundo mecanismo de contratación contemplado en la ley lo constituye el régimen general y

⁵¹¹ Entró en vigor el pasado 12 de Noviembre del año 2008, fue diseñado con el fin de ampliar el ámbito de derechos y de oportunidades de los trabajadores inmigrantes contribuye, además, a ordenar el fenómeno migratorio y sus flujos, potenciando la migración circular de los mismos.

los cupos. Son los dos sistemas tradicionales de entrada de trabajadores que en la nueva ley se mantienen con algunas modificaciones.

En cuanto al régimen general regulado en el art. 38 se describe como un sistema de contratación subsidiario del regulado en el art. 39; se dice que “se basará en la solicitud de cobertura de un puesto vacante, presentada por un empresario o empleador ante la autoridad competente”, de manera que se restringe este tipo de contratación a cubrir vacantes que a su vez sean actividades de las contempladas en el catálogo de Actividades de Difícil Cobertura. Catálogo en cuya elaboración participan las CCAA, algunas con competencia para otorgar permisos iniciales de trabajo, de manera que las actividades del Catálogo podrán reducirse aún más, sobre todo en las CCAA con competencia para otorgar permisos iniciales. Asimismo destaca en el citado Catálogo, la fijación por ley prevista en el actual 50 del Reglamento relativo al Catálogo Trimestral de Ocupaciones de Difícil Cobertura, aún cuando el nuevo art. 38.2 de la Ley ahora incluye a las CCAA como suministradoras de la información en vez de incluir al Servicio Público de Ocupación Estatal, como ocurría anteriormente. En el mismo sentido, el art 42 de la Ley sobre trabajadores de temporada mantiene también la referencia a la necesidad de que las CCAA proporcionen información sobre sus actividades de temporada. Sin embargo, ha supuesto un retroceso la desaparición de los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas en la determinación de las necesidades laborales quedando exclusivamente en manos del Ministerio de Trabajo e Inmigración su fijación.

Finalmente otra dificultad a destacar en el sistema general además de los requisitos de temporalidad de la oferta, (un año) absolutamente alejados de la dinámica laboral del mercado de trabajo de este país, son el tiempo que se tarda en resolver la solicitud o la caótica situación de algunos consulados, (Marruecos, Colombia, Pakistán, etc) que pueden alargar este proceso hasta más de medio año.

Es importante destacar igualmente una de las consecuencias de la actuación de las CCAA en el otorgamiento de permisos que se traduce en que la autorización por cuenta propia que hasta ahora no tenía ninguna limitación geográfica y de empleo, se limita a un ámbito geográfico no superior al de una Comunidad Autónoma, y a un sector de actividad (art. 37.2).

Junto al régimen general está el cupo que ahora se rubrica “Gestión colectiva de contrataciones en origen”⁵¹², (art. 39). que sustituye el término “*contingente de trabajadores*” por el de “*contratación colectiva en origen*” correspondiendo su aprobación al Ministerio de Trabajo e Inmigración, desapareciendo su carácter anual siendo sustituido “*para un periodo determinado*” (Creemos que si la crisis se agudiza el siguiente paso puede ser fácilmente el endurecimiento de las condiciones de contratación nominativa de trabajadores en origen

⁵¹² El contingente anual de contratación en origen para 2010 se regula en la Orden TIN/3498/2009, de 23 de Diciembre (BOE del 29).

también fuera de catálogo de puestos de difícil cobertura que actualmente ha descendido en más de la mitad). No obstante, sí cabe apuntar que, en esta nueva regulación se permite la participación de las Comunidades Autónomas en el procedimiento de contratación colectiva en origen, solo si éstas tienen competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo permitiéndole establecer servicios para facilitar la tramitación de los correspondientes visados ante los consulados españoles, así como promover el desarrollo de programas de acogida para los trabajadores extranjeros y sus familias, tal y como se estipula en la Disposición Adicional Novena rubricada "*autorizaciones autonómicas de trabajo en origen*". A ello hay que unir el hecho de la ineficacia del contingente para los inmigrantes irregulares que se encuentran en España, que solo funciona para éstos como mecanismo de regularización durante el periodo 1993-2000. Puesto que desde la promulgación de la Ley 8/2000 sólo podían acceder al contingente las personas que se encontraran en sus países de origen. Hasta ahora ha sido utilizado por grandes empresas que se desplazan a los países de procedencia a preseleccionar a sus trabajadores y la actual ley refuerza este aspecto introduciendo a las CCAA con un papel activo que podrá abarcar incluso el establecimiento de agencias propias de colocación. La contratación a través del contingente y la de trabajos de temporada, (art. 42) se circunscribe a aquellos *países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios*. Delimitar cuáles son estos países no resulta tarea fácil debido a los diferentes tipos de acuerdos que existen sobre el particular. Así tenemos acuerdos estrictamente de readmisión, (Marruecos, Argelia, Guinea Bissau y Mauritania); acuerdos formados tras el Plan GRECO que contemplan el tema de las contrataciones, (Colombia, Marruecos, República Dominicana y Ecuador) y acuerdos llamados "de nueva generación" que tratan de manera conjunta el control de flujos, la ayuda al desarrollo y el mercado de trabajo, (Gambia, Guinea Conakry, Mauritania, Malí, Cabo Verde y Níger). Existen por último "memorandos de entendimiento" y declaraciones de intenciones con países como Senegal, Filipinas y El Salvador. A este grupo de países añadimos los que han suscrito acuerdos con la Unión Europea que a diferencia de estos últimos se centran en la readmisión aunque no por ello deja de ser países a los que se refiere el mencionado art. 39. Hasta la fecha, la Unión Europea ha firmado once acuerdos de readmisión con terceros países (Hong Kong, Sri Lanka, Macao, Albania, Rusia, Ucrania, Bosnia y Herzegovina, Montenegro, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Serbia y Moldova) y próximamente suscribirá el decimosegundo con Pakistán. Además el nuevo Reglamento de 2011, regula la previsión de la aprobación de las cifras y procedimientos relacionados con la gestión colectiva de contrataciones en origen por Orden del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Con respecto, a la “*situación nacional de empleo*”, continua siendo un concepto jurídico indeterminado, sometido a la consideración de la Administración competente que es al que determina las autorizaciones que va a conceder y que tiene excepciones en determinados casos, que son los que la ley denomina “*Supuestos específicos*” (art. 40) y en los que no se tiene en cuenta esa situación nacional a efectos del contrato de trabajo. En primer término y por lo que respecta a las autorizaciones individuales, se modifica el art 36, que regula la autorización para el ejercicio de actividades lucrativas, en los siguientes aspectos: “*se contempla que la autorización de trabajo se conceda de manera indisoluble con la de residencia, salvo en casos excepcionales en que se determine lo contrario, como el previsto para extranjeros penados (punto 1). Se contempla expresamente que la entrada en vigor de la autorización se producirá con el alta en la Seguridad Social (punto 2)*”, *se trata con ello de asegurar que la autorización corresponde a una necesidad real de contratación, evitando autorizaciones fraudulentas. Se asegura que la solicitud de autorización vaya acompañada de un contrato de trabajo que garantice que la actividad laboral del trabajador se extienda, al menos, durante toda la vigencia de la autorización (punto 4).* Como novedad, el actual Reglamento de 2011, cambia de criterio en la determinación de la situación nacional de empleo, tomando actualmente la demanda de las CCAA en lugar de las provincias como hasta ahora se venia haciendo. Como consecuencia de ello, para elaborar el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura, se tendrán en cuenta otros criterios diferentes además del de la insuficiencia de mano de obra. Correlativo a estos cambios, se regulan los medios económicos, materiales y personales a acreditar por el empleador para determinar si puede asumir las obligaciones del contrato. Y a partir de ahora se establece el deber de que los informes policiales desfavorables deberán ser valorados por el órgano competente para resolver las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena (este ultimo punto, no hace mas que positivar lo que en la practica se venia haciendo)

En cuanto al Título III relativo a las infracciones y régimen sancionador⁵¹³, existen importantes novedades, gran parte de ellas asociadas a la transposición de la Directiva de Retorno. Asimismo se endurece este último ampliando las conductas tipificadas como susceptibles de sanción y se elevan las cuantías de las multas (que pueden llegar hasta los 100.000 euros) con ello se pretende evitar actuaciones fraudulentas, tales como los matrimonios de conveniencia, la promoción de la inmigración irregular por medios indirectos, o el falseamiento de los datos para el empadronamiento, castigándose los que induzcan, promuevan, favorezcan la inmigración “*si tienen animo de lucro*” de este modo se exculpa a las ONG’s del

⁵¹³ Vid, GARCÍA BLASCO, J., y MONEREO PÉREZ, J. L., (dirs.)(2006). Comentario sistemático al texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y Normas Concordantes, Comares, Granada, pág. 130.

tipo penal dado que su actividad es puramente solidaria. Asimismo, y entre otras, se introducen novedades en la regulación de la expulsión dependiendo que el infractor sea un residente de larga duración para cuyo caso debe de concurrir alguno de los supuestos contemplados en los arts 53.1.d) y f) y 54.1.a) y b) y se modifican las condiciones y regulación del internamiento, debiendo de tratarse de infracciones previstas en el art 54.1(infracciones muy graves contra el orden público e inmigración clandestina), art 53.1(infracciones graves contra el orden público, estancia irregular e incumplimiento de medidas de seguridad publica y el art 57.2 extranjeros condenados con penas privativas de libertad por un plazo superior al año, este último se tramita por un procedimiento preferente siendo su ejecución inmediata no admitiéndose periodo voluntario de salida) .Sin embargo, se mantiene el procedimiento de expulsión urgente, avalada su constitucionalidad por el TS, pese a la evidencia de que en la práctica dificulta considerablemente el acceso a los tribunales y el control por éstos de la expulsión, al constreñir excesivamente los plazos para revisar tal decisión.

Así, de acuerdo con la nueva Ley, el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente; su duración máxima será, con carácter general, de 60 días. La modificación introducida se acomoda a las previsiones del Derecho comunitario, pues la Directiva 2008/115/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, contempla en su artículo 15.5 que cada Estado miembro fijará un periodo limitado de internamiento “*que no podrá superar los seis meses*”. Esta ampliación pese a las críticas recibidas no obstante, el plazo de 60 días sigue siendo uno de los más cortos en comparación con otros Estados de la Unión Europea siendo un plazo superior al que existe en la actualidad en cuanto a la extradición penal⁵¹⁴, prevista en los tratados internacionales para las personas delincuentes⁵¹⁵. Otra novedad destacada es la desaparición de la figura del retorno, cuya consecuencia más mediata es que la competencia para denegar la entrada en el puesto fronterizo que antes correspondía a los Delegados de Gobierno pasa a corresponderle a la Policía Nacional

Asimismo se tipifican algunas infracciones nuevas, como trabajar en sectores o actividades distintas a aquellas para las que concedió la autorización laboral, efectuar

⁵¹⁴ Convenio Europeo de Extradición de 13 de Diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de Abril de 1982(BOE de 8 de Junio) establece en su art. 16.4 que la duración máxima de la prisión preventiva de los extranjeros no puede exceder, en ningún caso, de cuarenta días. Además el argumento de que la ampliación del plazo de internamiento obedece a la necesidad de trasposición de la Directiva 18 de Junio de 2008, “sobre procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio” Es falso, puesto que esta dispone en su art 4.3 “*La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva*”

⁵¹⁵ Interesante es el estudio de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Diciembre de 2008, sobre el retorno de las naciones de terceros países en situación irregular, realizado por PEREZ SOLA, N., (2008) .La Directiva de retorno y la involución en la Europa de los derechos, Revista de Estudios Jurídicos, núm. 8, págs 1-13.

reagrupaciones de hecho al margen del procedimiento legal, consentir o colaborar en el suministro de datos falsos al padrón, celebrar matrimonios o declarar tutelas fraudulentas con fines lucrativos o de obtención de cualesquiera otros beneficios reconocidos por la Ley. En estas últimas infracciones, y atendiendo a que pueden comportar la expulsión del extranjero, debería afinarse la tipificación de las infracciones, pues en su redacción actual son excesivamente abiertas, de modo que pueden incluir conductas que no deberían sancionarse. De otra parte, se tipifican nuevas infracciones tal y como se constata en añadir dos nuevos supuestos de infracciones leves (art 52): d) *Encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular, , y el 52 e): La contratación de trabajadores cuya autorización no les habilita para trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.* Ambas infracciones están unidas, la primera la comete el trabajador y la segunda el empleador y suponen añadir dificultades al mantenimiento de las autorizaciones dado que los supuestos de limitación geográfica y de actividad aumentan con la nueva ley, todo ello en un contexto de grave crisis económica como la actual. Como es el supuesto de la novedosa infracción grave prevista en el artículo 53.2 b) “Contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito”. La introducción de esta actuación supone en primer lugar la invasión de la extranjería en el derecho matrimonial, en concreto, el Cc, la LRC y su reglamento. El supuesto contemplado en la nueva ley se solapa a lo dispuesto en la Instrucción de 31 de Enero de 2006 de la DGRN sobre los matrimonios de complacencia (BOE nº 41 de 17 de Febrero de 2006) porque en materia de derecho civil el matrimonio de complacencia se enmarca en lo que el art. 6.4 del Cc llama fraude de ley, mientras que la simulación de la que habla la ley de extranjería solo cabe referirla a la regulación e los flujos migratorios. Ahora bien, resulta muy discutible que la ordenación de los flujos tenga relación con una actuación propia del derecho civil que hasta ahora tenía como única consecuencia la no celebración del matrimonio. Sin mencionar claro está la discriminación que supone frente a otros matrimonios entre nacionales que sean anulados por similares motivos y que sin embargo no llevan aparejada sanción alguna. Lo cual plantea las siguientes premisas ¿Las sanciones se impondrán a ambos contrayentes? ¿Qué tipo de comunicación se articulará entre los registros Civiles y los órganos de extranjería? ¿Cómo se va a garantizar en este supuesto el derecho a la intimidad?

Otra novedad es la introducida por el art. 53. 2 b) que tipifica como sancionable el hecho de de “promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido

el período de tiempo permitido por su visado o autorización. Este artículo se refiere a la autorización de invitación “Procedimiento previsto por la Orden PRE/1283/2007, de 10 de Mayo, (BOE 113 de 11 de mayo de 2007). El supuesto contemplado debe se puesto en concordancia con el art. 318 del Código Penal que castiga con una pena de cuatro a ocho años al que promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España; no en vano, en la solicitud de invitación que se presenta en la policía se hace expresa mención a este artículo a modo de advertencia. Se vuelve a observar un solapamiento entre ilícitos penales y administrativos en un tema que ha ido endureciéndose paulatinamente observándose como lo que comenzó con las comunicaciones de los notarios a la policía sobre las cartas de invitación y se continuó con la citada Orden de 10 de Mayo de 2007 que crea la autorización de invitación cuya legalidad resulta más que dudosa lo cual nos plantea el siguiente interrogante ¿Una Orden Ministerial puede crear “ex novo “ una autorización administrativa?

Y finalmente este art. 53.2 prevé por último como infracción “Consentir la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal por parte del titular de una vivienda habilitado para tal fin, cuando dicha vivienda no constituya el domicilio real del extranjero”. Este artículo parece que hace abstracción del referente normativo en que se apoya el empadronamiento y de la problemática social concreta que rodea a la población inmigrante y las dificultades que encuentra para el empadronamiento. Respecto a lo primero, el punto de partida es el art. 15 de la LBRL cuya dicción es la siguiente” Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente. “De lo que se desprende que el empadronamiento se deviene en un derecho- obligación, por eso el art. 72 del Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales recoge los efectos de la baja por inscripción indebida y a su vez el art. 73 prevé la posibilidad de que un ayuntamiento declare de oficio el alta en el padrón como vecinos a las personas que vivan habitualmente en su término municipal y no figuren inscritos en el mismo. En consecuencia y a pesar de añadir la nueva ley en el art. 53.1c) la obligación de cualquier autoridad de poner en conocimiento de las autoridades pertinentes cualquier infracción relativa la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal, el acceso al empadronamiento no debe entenderse alterado por esta modificación. Recordando que la Resolución de 21 de Julio de 1997 prevé la posibilidad de poner en conocimiento de los servicios municipales del Ayuntamiento correspondiente el empadronamiento de alguien que no vive realmente en esa vivienda. En este sentido conviene recordar el empadronamiento ha estado relacionado con la extranjería en un inicio con la originaria Ley 4/2000 que establece el empadronamiento como elemento generador de determinados derechos y la Ley 14/2003 que establece la obligación de renovar el empadronamiento cada dos años para los extranjeros sin autorización permanente.

Desviándose también de lo establecido en la Directiva 208/115 de retorno, la Ley mantiene la multa como sanción general, y en este sentido se contempla en el art. 57.1 donde se refuerza el criterio de aplicación prioritaria de la sanción de multa frente a la expulsión, lo cierto es que el sistema sancionador sigue descansando en el supuesto de expulsión como sanción principal probablemente con la intención de introducir gradualmente el régimen de retorno previsto en la Directiva, pero hacerlo salvaguardando la realidad nacional, que es que la multa, constituye una alternativa real al extendido uso de la expulsión; con ello se evidencia, no obstante, la desconfianza estatal en que pueda cumplirse la premisa fundamental sobre la que descansa la Directiva: el binomio irregularidad/ expulsión o regularización y cuyos resultados de esta adecuación particular de nuestro derecho de extranjería a la directiva de retorno, obtiene los frutos previstos. También se observan diferencias entre la Directiva de retorno y la Ley en su redacción actual. En primer lugar la confusión terminológica, para la Directiva la expulsión se entiende como la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro (art. 3.5), sin embargo, la ley mantiene el término expulsión al expediente que se incoa. En la Directiva se contempla un procedimiento dividido en dos fases: la primera fase consiste en dictar una decisión de retorno donde se establece un plazo de siete a treinta días para la salida voluntaria; la segunda fase se inicia con la adopción de una decisión o un acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se ordene la expulsión (art. 8) ante el incumplimiento de la salida voluntaria. Y como medida complementaria se encuentra la prohibición de entrada, que debe aplicarse obligatoriamente cuando no se da un plazo de salida voluntaria o ésta se incumple; en los demás casos y según la Directiva, la prohibición de entrada es optativa. Y en cuanto a la aplicación del procedimiento ordinario o el preferente deja en manos del funcionario de policía valorar si se aplica uno u otro procedimiento para el caso de la estancia irregular, (art. 63.1 que prevé la tramitación por procedimiento preferente).

Por último, el art. 57 de la actual que regula la sanción administrativa de expulsión del territorio nacional, como sustitutiva de la sanción de multa (previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción). De su análisis se desprende su carácter restrictivo de la libertad de circulación y residencia, limitación que ha sido expresamente reconocida en el Derecho Internacional en el art. 13 del PIDCP, siempre que se adopte conforme a la Ley. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido a avalar también la constitucionalidad de esta sanción, en cuanto el precepto cuestionado cumple con las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los arts. 25.1 y 9.3 CE, pues la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, dado que su actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificada

como infracción grave y por otra, por la concurrencia de los criterios establecidos en la misma Ley o por la remisión de ésta a la Ley 30/1992. De modo que, que será la Ley la que fije que presupuestos objetivos y subjetivos deben concurrir, así como unos criterios que condicionan normativamente a la Administración para decidir cuándo procede la imposición de la sanción de expulsión y permiten el control jurisdiccional de sus decisiones. (STC 260/2007, de 20 de Diciembre, FJ. 4.º).

Por tanto, para limitar la libertad de circulación de los extranjeros en España, debe respetarse en primer lugar, el principio de proporcionalidad de la sanción en relación a la naturaleza de la infracción, principio que exige una valoración ponderada y razonable de la distinta gravedad de los hechos que configuran la infracción, y que habrá de ser tenido especialmente en cuenta en relación con lo dispuesto en el artículo 57.1, dado que el mismo contempla la sustitución de la medida de multa por otra de especial gravedad, como es la de expulsión del territorio nacional que solo podrá ser impuesta por infracción tipificada en el art 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años. b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado. c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española. d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral. Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo.

En segundo lugar, la exigencia de motivación de la resolución administrativa, que adquiere una especial relevancia en los supuestos de resoluciones sancionadoras (artículo 138.1 LRJPAC), en cuanto constituye elemento indispensable para posibilitar el control jurisdiccional sobre la legalidad de la actuación administrativa y para evitar la indefensión del sancionado. Por ello, se apunta la conveniencia de incluir expresamente en el texto la exigencia de motivación de la resolución sancionadora, además de la necesaria audiencia del interesado en el procedimiento

sancionador. Además no hay que olvidar que la medida de expulsión, es configurada como un mero “*sustitutivo procesal*”, por la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2000, de 31 de Enero, que le atribuye la naturaleza propia de una sanción administrativa, no de una pena, donde la autorización judicial resulta ser un requisito necesario para que pueda llevarse a cabo por la Administración la expulsión, negándose que el extranjero ostente derecho alguno a que, en lugar del expediente de expulsión, se siga el procedimiento judicial hasta su culminación. En consecuencia, en primer lugar, se debe respetar el principio de proporcionalidad de la sanción en relación a la naturaleza de la infracción, principio que exige una valoración ponderada y razonable de la distinta gravedad de los hechos que configuran la infracción, y que habrá de ser tenido especialmente en cuenta en relación con lo dispuesto en el artículo 57.1, en cuanto el mismo contempla la sustitución de la medida de multa, por otra medida de especial gravedad, como es la de expulsión del territorio nacional; en segundo lugar, la exigencia de motivación de la resolución administrativa, que resulta necesaria en relación con cualquier acto administrativo (art. 54.1.a LRJPAC) pero especialmente cuando se trata de una resolución sancionadora (art. 138.1 LRJPAC), que se presenta como elemento indispensable para posibilitar el control jurisdiccional sobre la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, que se encomienda a los Tribunales por el art. 106.1 en relación con el art. 103.1 de la Constitución, además de la trascendencia de tal exigencia para evitar la indefensión del sancionado, pues sólo de concurrir podrá conocer los motivos de la Administración y articular adecuadamente sus medios de defensa. De ahí que quepa apuntar la conveniencia incluir expresamente en el texto de la Ley la exigencia de motivación de la resolución sancionadora, además de la necesaria audiencia del interesado en el procedimiento sancionador. Por su parte, la Ley en su artículo 57.2 en relación con la expulsión por la comisión de un delito y la consiguiente vulneración del “*non bis in ídem*” contempla como causa de expulsión que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año (salvo cancelación del mismo). Planteándose la disyuntiva en dilucidar si la sanción penal (condena) y la sanción administrativa (expulsión) se refieren a los mismos hechos.

Pues bien, el TC en la sentencia 236/2007 de 7 de Noviembre diferencia “(....) *que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes*” Si bien, cabe recordar que la Administración no debe motivar la denegación de visado en todos los casos excepto los visados de reagrupación familiar y de solicitud de autorización de trabajo. Puesto que como el TC recuerda en la misma sentencia sólo es inconstitucional la denegación no motivada de un derecho fundamental.

Pero ocurre que la concesión de visados es un acto no reglado, (nadie tiene derecho a un visado). Por lo tanto, en la medida en que no existe un derecho fundamental a entrar en España, es constitucional no motivar la denegación del visado.

Al hilo de lo expuesto se nos plantea la siguiente cuestión ¿sufre alguna variación el régimen de infracciones y sanciones tras la aprobación del nuevo Reglamento de 2011? Las principales novedades destacables del mismo en la materia que nos ocupa podemos sintetizarlas en las siguientes: a) Se recuerda que en cumplimiento de lo preceptuado en la LOEXTR el extranjero que se hallase privado de libertad podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de expulsión ante el instructor del expediente o el funcionario del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente (art. 220); Se reitera que la determinación de la sanción debe realizarse en atención a criterios de proporcionalidad y teniendo en consideración el grado de culpabilidad del infractor y el daño o riesgo generado con la comisión de la infracción (art. 219.3;228);c) En los procedimientos ordinarios en los que pueda proponerse la sanción de expulsión de territorio español, el extranjero tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos (art. 224.3); d) Se recuerdan los casos en que el procedimiento tendrá naturaleza preferente, cuando la infracción sea la permanencia irregular en territorio español (riesgo de incomparecencia; que el extranjero evite o dificulte la expulsión; o que el extranjero sea considerado un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional);e) se dedica una sección específica 4ª a los casos de concurrencia de procedimientos, en donde se establece los criterios en los que procederá la revocación de una orden de expulsión en caso de que el extranjero presente una solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales (art. 238);f) se castiga al incumplidor, de modo que, en los supuestos en que se hubiera impuesto un periodo de cumplimiento voluntario de la sanción y éste hubiera sido desatendido por el extranjero, no se podrá acordar la sustitución de la expulsión por la salida obligatoria (art. 243.5); g) se prevé que el establecimiento de un periodo de prohibición de entrada, tras una expulsión, superior a cinco años requerirá informe de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras; y, finalmente, h) se elimina la regulación del régimen de internamiento extranjeros, por realizar la Ley Orgánica 2/2009 una remisión reglamentaria distinta a la general.

También debemos destacar la importancia que tiene el tratamiento que efectúa la presente Ley en su art 59, sobre colaboración con bandas organizadas ,observándose como el mismo sigue el mismo esquema que el art. 31 bis, es decir, es decir la incoación de un expediente sancionador y deja en manos de la “autoridad competente” declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa facilitándole un permiso de residencia y trabajo siempre que se de alguno de estos

supuestos: cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social. En el primero de los supuestos, es necesario denunciar al traficante aunque no se diga de manera expresa de esta manera y el segundo de los motivos resulta más difícil definirlo dada su ambigüedad, su falta de concreción y sobre todo porque no figura entre los criterios fijados en el art. 8 de la Directiva 2004/81 para expedir este permiso.

Por otro lado, el periodo de reflexión que recoge este artículo en su párrafo 3, tiene por finalidad conocer si la víctima desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Sin embargo, el artículo 6.1 de la Directiva habla de *un período de reflexión que les permita recuperarse y librarse de la influencia de los autores de los delitos, de forma que puedan decidir con conocimiento de causa si cooperan con las autoridades competentes*. Esta omisión por parte de nuestro legislador de extranjería “librarse de la influencia de los autores de los delitos” tiene efectos muy importantes si tenemos en cuenta que este tipo de redes tiene un poder de coacción que puede llegar hasta las familias del país de origen. Destacar por último que en ningún caso la Directiva obliga al estado a la invocación de un expediente de expulsión, de manera que estamos como en el caso de las mujeres víctimas de violencia doméstica ante un procedimiento sancionador absolutamente prescindible. El nuevo Reglamento de 2011, en el supuesto de colaboración contra redes organizadas, regula pormenorizadamente la situación del extranjero que encontrándose en situación irregular sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad colabore con las autoridades españolas en la persecución del delito. A estas víctimas les posibilita obtener una autorización de residencia temporal y trabajo o el retorno asistido al país de procedencia. Además acertadamente contempla de forma expresa la situación de los extranjeros menores de edad.

De otro lado, en cuanto a las víctimas de trata de seres humanos, también realiza una regulación detallada: identificación de la víctima, período de reflexión, exención de responsabilidad y la autorización, provisional y definitiva, de residencia y trabajo y el posible retorno asistido.

Otra modificación significativa, introducida por esta ley, es la conformación de un estatuto jurídico de los extranjeros, internados en centro de detención. Mediante el otorgamiento de derechos y deberes, reflejados en el nuevo art. 62.ter y 62.bis respectivamente. Haciendo desaparecer la regulación segmentada, que se contenía en el artículo 127.7 del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería y en la Orden de 22 de Febrero de 1999. Asimismo se aclara en el art 62 de la vigente Ley, la doble intervención del Juzgado de Instrucción que decide el internamiento y el que lo supervisa (De este modo, el ingreso en los centros sigue siendo competencia de los Jueces de Instrucción Penal, lo que estigmatiza a los migrantes que no han cometido ningún delito, a nuestro juicio, dicha medida debería ser acordada por un juez de lo

contencioso administrativo especialista en sancionador, en base a que el Tribunal Constitucional estableció ya en el año 1985 que las personas privadas de libertad por infracción de la Ley de Extranjería nunca podrían tener condiciones inferiores a las privadas de libertad por comisión de un hecho delictivo. De hecho, ante la falta de regulación directa, el Tribunal Supremo declaró la aplicación subsidiaria de la normativa penitenciaria a los CIES.). Como factor negativo, destaca el aumento de cuarenta a sesenta días del internamiento en el CIE, una decisión carente de toda justificación⁵¹⁶. En definitiva, que el aumento del plazo a parte de suponer un aumento en el plazo de privación de libertad no va a impedir la actual situación de “limbo de irregularidad” en que se encuentra el inmigrante extracomunitario irregular. De ahí que sea de aplaudir la inclusión de la mención que el art. 57.4 hace a la posibilidad de revocar en determinados supuestos la orden de expulsión en los supuestos que así se determinen reglamentariamente.

Sin embargo, a pesar de todo existe una clara dicotomía de ejercicio del derecho de libertad y seguridad entre los españoles y los extranjeros y cuya justificación se realiza en base a los arts 10.2 y 13.1 de nuestra carta magna , y su remisión tácita al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que permite configurar las limitaciones a la libertad personal en el marco de los procedimientos de los Estados parte relacionados con las cuestiones migratorias⁵¹⁷. Observándose como subsiste coetáneamente una diversidad terminología para aludir a la expulsión, devolución y retorno, subsistiendo una falta de sistemática en su regulación y de definición del ámbito de aplicación concreto de actuación de cada una de estas medidas privativas de libertad, unido al hecho de la posible vulneración del principio de seguridad jurídica al remitir la regulación de importantes elementos del estatuto jurídico del extranjero sometiendo al internamiento cautelar a normas de insuficiente rango, que son las que vienen a fijar actualmente la concreción del ejercicio de sus derechos mientras permanezcan internados, como el es el caso del las normas reguladoras del régimen interior de los centros de internamiento que suponen una limitación del derecho fundamental a la libertad y seguridad (arts 17.1 y 53.1 de la CE) que impiden desde mi punto de vista, efectuar una remisión en blanco al Reglamento ,ya que es esta provocando una deslegalización de materia objeto de reserva constitucional, por que la forma que debe adoptar es la de Real Decreto para su desarrollo y no la de Orden Ministerial, como recoge el art 155.1 del RD 2393/2004, cuya dición literal es la siguiente “La creación de centros de internamiento de extranjeros se establecerá por orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta de los Ministros del

⁵¹⁶ No parece razonable que una persona que presuntamente ha cometido un hecho delictivo y está pendiente de extradición no pueda estar privada de libertad más de 40 días mientras se resuelve la misma, y que una persona extranjera, que solo está pendiente de expulsión por una infracción administrativa, pueda estarlo 60 días.

⁵¹⁷ DONAIRE VILLA, F.J., (2009). .Libertad individual y sus limitaciones en el Régimen general de Extranjería. En *Los derechos de los inmigrantes en España*” (coord.) por Eliseo Aja Fernandez, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pags 211-246.

Interior y de Administraciones Públicas” lo cual provoca una doble infracción: constitucional y legal y que esperamos que el futuro Reglamento de desarrollo de la LO 2/2009 corrija.

Novedad también es la introducida en el Título IV relativo a la *coordinación y cooperación de los poderes públicos*, su objetivo es reforzar la coordinación y cooperación de las Administraciones públicas e institucionalizar en esta materia la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Concretamente en la Disposición Adicional Quinta, relativa a la acceso a la información, colaboración entre Administraciones Públicas y gestión informática de los procedimientos (Aspecto que parece que va a ser tratado por el nuevo Reglamento permitiendo que las demandas son resueltas en plazos mucho más cortos, razonables) se dispone de forma expresa, con mención a la autorización prevista en la legislación sobre protección de datos y al objeto de facilitar la actividad de las autonomías que asuman competencias, que la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística por lo que respecta al Padrón Municipal de Habitantes, facilitarán a las Comunidades Autónomas *“la información necesaria para ejercer sus competencias sobre autorizaciones iniciales de trabajo, sin que (...) sea preciso el consentimiento de los interesados”*. De lo que se desprende el deber de una parte de comunicar a las autoridades competentes de éstas las principales resoluciones adoptadas respecto a los extranjeros internados en centros radicados en la correspondiente Comunidad Autónoma, y a éstas se les atribuye legitimación para poder recurrirlas. Y por otra parte se exige el informe previo de las autoridades competentes en materia de salud pública en relación a las condiciones higiénico-sanitarias de los centros de internamiento. En fin, mediante un nuevo precepto se pretende abordar los supuestos en que el número de extranjeros ingresados en una Comunidad Autónoma supere la capacidad de ésta para proporcionar el acogimiento de menores o el internamiento en centros habilitados. En estos casos, el Gobierno, previa audiencia de las Comunidades Autónomas afectadas podrá acordar el acogimiento o el traslado a otras Comunidades Autónomas, si bien deberá ajustarse a un estricto reparto equitativo entre todas ellas. El control parlamentario de esta actuación se recoge expresamente al obligar al Gobierno a dar cuenta inmediata al Congreso de los Diputados y al Senado de las medidas adoptadas por este concepto.

Una novedad importante en esta materia es la introducida por Título XV del nuevo Reglamento de 2011, relativo a las Oficinas de Extranjeros y Centros de Migraciones. De modo que, a los primeros, le atribuye una nueva función: función de comprobar que se mantienen las condiciones que motivaron la concesión de la autorización (Art. 259.9); También se aclara que la dependencia orgánica y funcional de las Oficinas de Extranjeros de de los Directores/Jefes de las Áreas/Dependencias de Trabajo e Inmigración, sin perjuicio de su dependencia funcional de los Ministerios de Trabajo e Inmigración y del Interior (art. 261.1); se concreta el informe de

la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración sobre el nombramiento o cese de los jefes de Oficinas de Extranjeros, para reforzar su capacidad de control sobre la cuestión, al preverse expresamente que habrá de contar con toda la documentación que se haya valorado para la propuesta de su nombramiento y la posibilidad de realizar una entrevista personal con el candidato (art. 261.5).

Por su parte, las en las Disposiciones Adicionales de la LEOXTR, (que tienen el carácter de ley ordinaria únicamente las disposiciones Tercera a Octava y las Disposiciones Finales, así como los artículos especificados con tal carácter en la Disposición Final Cuarta) se obliga al Gobierno a aprobar un plan de control de fronteras que adecue los efectivos policiales a las necesidades actuales, estableciendo que dicho plan sea remitido a las Cortes Generales para su conocimiento y deliberación. Asimismo se establece un seguimiento y control parlamentarios. El Gobierno deberá remitir en cada período de sesiones a la Comisión competente del Congreso de los Diputados una comunicación en el que de cuenta de los problemas detectados en el período y las medidas acordadas en el mismo, permitiendo así que la Cámara pueda aprobar resoluciones en las que enjuicie la labor gubernamental y proponga medidas alternativas. En este sentido, se dispone por parte de la nueva Disposición Adicional Séptima de una nueva obligación por parte del Gobierno, de forma que deberá remitir a las Cortes Generales, para facilitar su labor de control de la actividad del ejecutivo, un informe anual que incorporará un análisis cuantitativo y cualitativo de los datos analizados por el Observatorio permanente de la inmigración relacionados con los flujos migratorios, “*y especialmente sobre los procedimientos de flujos migratorios de carácter laboral*”. Por su parte, la Disposición Adicional Primera, fija el plazo máximo para resoluciones de expedientes y efecto del silencio, diferenciando entre las relativas a visados de tránsito o estancia que deben ser resueltas en quince días teniendo el silencio efecto negativo mientras que para las solicitudes de prórroga de autorización de residencia, renovación de autorización de trabajo o para las solicitudes de autorización de residencia de larga duración, el plazo para contestar la Administración será de tres meses y los efectos del silencio por el contrario serán positivos; la Segunda, contempla la posibilidad de establecer reglamentariamente condiciones especiales más favorables, respecto de las previstas en esta Ley, para la reagrupación familiar ejercida por los españoles; la Tercera, señala los lugares de presentación de las solicitudes y exigencia de comparecencia persona, admitiéndose que reglamentariamente se puedan establecer excepciones a la presentación ante el órgano competente para su tramitación o a la necesidad de presentación personal; la Cuarta, se introducen flexibilizaciones en el régimen de inadmisión a trámite de solicitudes cuando exista un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que se pueda proponer la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión judicial o administrativo, salvo ,en este último caso, que la orden de expulsión hubiera sido revocada o se

halle en uno de los supuestos tipificados por la Ley; la Quinta, se contempla la creación de una aplicación informática común ,que registrará la información y datos relativos a los extranjeros y ciudadanos de la UE residentes en España y el régimen vigente de sus autorizaciones así como el acceso a la información, colaboración entre Administraciones públicas y gestión informática de los procedimientos, la Novena, reconoce en el marco de los procedimientos de contrataciones colectivas en origen, a las CCAA que tengan reconocidas competencias ejecutivas en materia de autorización de trabajo podrán establecer servicios que faciliten la tramitación de los correspondientes visados ante los consulados españoles, así como promover el desarrollo de programas de acogida par los trabajadores extranjeros y sus familias; La disposición Adicional Cuarta (reformada) y la Tercera modifican de la LOPJ (Jueces de vigilancia de los CIES y las salas de inadmitidos de fronteras art 62.6,siendo competente para su resolución el de juez de instrucción del lugar donde estén ubicados, y éste para poder ordenar que se practique la detención deberá valorar las circunstancias concurrentes, en especial el riesgo de incomparecencia, las actuaciones tendentes a dificultar o evitar la expulsión y la existencia de condena o sanciones administrativas previas) y modifican la LO 6/1985 de 1 de Julio del Poder Judicial, regulando las competencias de los juzgados de instrucción referidas a los centros de internamiento. Finalmente la Disposición Adicional Quinta (reformada) recoge la necesidad de reformar la Ley del Registro Civil (Nacionalidad por residencia).

De otra parte, se institucionaliza la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Incorporándose la Conferencia Sectorial de Inmigración y la Comisión Laboral Tripartita (art 72) desapareciendo el Consejo Superior de Política Migratoria (órgano estatal que agrupa a administraciones centrales, comunidades autónomas y administraciones locales que tienen un papel importante en la determinación y ejecución de la política de inmigración), lo que viene a enfatizar el reconocimiento implícito del carácter laboral de la inmigración. Y en base a la Disposición Adicional Quinta apartado 5, se contempla que el Observatorio Permanente de la Inmigración sirva de herramienta, no sólo de análisis y prospectiva, sino también de ejecución de medidas y políticas que contribuyan a la ordenación de los procesos migratorios y a la colaboración entre las distintas Administraciones. También desaparecen las entidades no gubernamentales (ONG's) como componentes del Foro Social para la Integración (que es órgano de participación a nivel estatal como escasa participación en la actualidad pero que esperamos que el nuevo Reglamento le dote de Mayor protagonismo dado su importancia en materia de integración si bien su actuación es vista con recelo por la participación desde mi punto de vista del FEMP)

Se modifica en virtud de la Disposición Adicional 5, la Ley del Registro Civil que no tiene contenido orgánico. Se añade un nuevo párrafo al artículo 63, dedicado a la concesión de nacionalidad por residencia. Por el nuevo párrafo, el interesado podrá aportar al expediente un

informe emitido por la Comunidad Autónoma a efectos de acreditar su integración en la sociedad española.

La Ley, en las Disposiciones Transitorias, reconoce en aras del principio constitucional de seguridad jurídica, tanto la eficacia de las resoluciones válidamente adoptadas antes de la entrada en vigor de esta Ley Orgánica cuanto de los procedimientos administrativos en curso, que se resolverán de acuerdo con la normativa vigente en el momento de la iniciación a no ser que beneficien al interesado y expresamente invoque su aplicación. Las Disposiciones Finales permiten matizar tanto los preceptos que no tienen carácter orgánico como los títulos competenciales diversos que constituyen la base constitucional para su aprobación. Asimismo atribuyen al Gobierno la potestad de desarrollo reglamentario estableciendo un plazo máximo de dos meses para adaptar las normas reglamentarias a lo dispuesto en esta Ley.

Finalmente, el nuevo Reglamento de 2011, en sus veinticuatro disposiciones adicionales adapta la normativa de extranjería a la Ley 11/2007, de 22 de Junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos: presentación telemática; asignación de una Dirección Electrónica de Extranjería; Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería; y, Aplicación informática para la tramitación de procedimientos.

En resumen, nos encontramos pues ante la reforma de la reforma, que hasta el momento lo único que ha conseguido es unir a los que se oponen a ella, volviendo a errar el legislador en su redacción, puesto que a pesar de que debería de ser ley debería de ser una ley social, su carácter se orienta mas hacia la contención y control, y en lugar de dirigirse a una integración real de los inmigrantes, incluyéndose elementos que se contradicen con una política de inmigración auténticamente orientada a la integración, como la introducción del vago concepto de '*esfuerzo de integración*', como si éste fuera un proceso unilateral de las personas inmigrantes, de modo que su objetivo parece más encaminado intentar adaptar la reforma de la Ley de Extranjería a las Directiva de la Comunidad Europea que plantear un nuevo modelo migratorio, sino que la vocación del legislador parece dirigirse mas que a cambiar las bases del actual modelo de gestión migratoria, a limitarse a efectuar una serie de ajustes al mismo en el que el inmigrante fuera abordado, en primer lugar, desde su condición de ser humano y ciudadano, con el reconocimiento de los derechos que le son inherentes por tales hechos seguir avanzando en reforzar la integración como uno de los ejes centrales de la política de inmigración, salvaguardando un marco de convivencia de identidades y culturas, sin otro límite que el respeto al ordenamiento jurídico. Olvidándose el legislador la interconexión entre el trabajo y el derecho social al mismo, que por su propio carácter intrínseco, constituye un derecho social de integración de los inmigrantes⁵¹⁸. En definitiva, se pretende sustituir en

⁵¹⁸ Destaca un interesante análisis de esta perspectiva realizado por AAVV, MOLINA HERMISILLA, O., y MOLINA NAVARRETE, C., (dirs), (2009) *La centralidad del trabajo como factor de integración*

nuestro país una ley de extranjería por una ley de inmigración, de modo que, tal y como señala MONEREO PÉREZ, J. L., “los cambios operados por la presente Ley no sólo han afectado a los nacionales y comunitarios, sino también a los propios extranjeros que ejercen su derecho humano a emigrar y que escogen a España como país de destino -país de inmigración para ejercer el derecho material a inmigrar-”⁵¹⁹Objetivo que consideramos que no se ha cumplido pero que el nuevo Reglamento de desarrollo de la misma de 2011, puede subsanar.

En cualquiera de los casos existe una clara dicotomía en esta disposición que constantemente alude a “inmigración” y en cambio, se refiere rara vez a “extranjería”, siendo contradictorio cuando la Ley que pretende ejecutar es una ley integral de extranjería. Destacando como hemos analizado una apuesta por consolidar la inmigración de larga duración y por la integración del inmigrante a través de un modelo intercultural de integración individual y no por un modelo multicultural, que ha demostrado ser un fracaso en países como Francia en relación con la población islámica (pidiendo que se integren unilateralmente en la sociedad que les acoge fomentando los valores occidentales). En definitiva y resumen, se tratará de comprobar hasta que punto se puede controlar el mercado laboral y éste no se verá superado por la propia sinergia de los flujos migratorios y sus efectos sociales y políticos inherentes a la deseada integración, con vocación de permanencia o no, de los trabajadores extranjeros en nuestra sociedad y sistema del bienestar. Todo indica que nos hallamos, pues, a las puertas de una nueva aventura en la ejecución regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Sin embargo, lo más preocupante en si mismo, no es lo que dispone este nuevo Reglamento sino qué criterios tendrá en cuenta la Administración a la hora desarrollar cada uno de sus artículos en el día a día. Y a pesar de que el Reglamento es la base legal que regula la situación de los extranjeros en España, sigue siendo distinto de lo que realmente sucede día a día en cada oficina de extranjería, donde se aplican instrucciones y “criterios” que no siempre se hacen públicos a pesar de que la Administración esta sujeta al Estado de Derecho, tal y como proclama el art 1.1 de su texto, lo cual implica que este no sólo debe respetar y potenciar el ejercicio de los derechos y libertades individuales y colectivas, sino que debe velar por prestar a los ciudadanos los medios necesarios para vivir dignamente, alcanzar el bienestar social y lograr una sociedad más justa incluidos por supuesto también a los inmigrantes.

social, en Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: Balance y perspectiva de futuro, Literaria, Jaén, págs 13-14.

⁵¹⁹ (2009).La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo, edit Bomarzo, Albacete, págs 22-23.

1.8. ANÁLISIS DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS EN LA UE Y ESPAÑA

En los últimos años, los flujos migratorios en la Unión Europea y en España han impulsado los cambios sociales, económicos y políticos, abarcando varios aspectos, como es el caso de los derechos del ciudadano, el trabajo, las relaciones sociales, la cultura y la representación política.

Por tanto, las instituciones de la Unión Europea están conscientes de la necesidad de dar soluciones a la inmigración, sobre todo los países que, como España, cuentan con tradición migratoria, por lo que han puesto en marcha programas de investigación, formación e intervención social:

*“En la Unión Europea, se ha generalizado un modelo de gestión de la inmigración que puede definirse en términos de política instrumental y defensiva, de policía de fronteras y adecuación coyuntural a las necesidades del mercado de trabajo (incluida la economía sumergida). Una política de inmigración que, al igual que sucede con algunas políticas de gestión de la multiculturalidad, se basa paradójicamente en la negación de su objeto, pues consiste en negar al inmigrante como tal inmigrante, es decir, alguien cuyo proyecto –plural, puede ser perfectamente tratar de quedarse en el país de recepción, al menos durante un período estable que tampoco significa necesariamente (menos aún en los tiempos de la globalización) quedarse para toda la vida, al menos en el proyecto de la primera generación. Se niega la posibilidad de ser inmigrante de verdad, esto es, libre en su proyecto migratorio -el que sea-, basado simplemente en la libertad de circulación. En lugar de aceptar esa posibilidad o, al menos, abrirla, se extranjeriza al inmigrante, se le estigmatiza, congelándolo en su diferencia, como distinto (extranjero) y sólo como trabajador útil en nuestro mercado formal de trabajo aquí y ahora. Por eso, se le imponen condiciones forzadas de inmigración, supeditadas al interés exclusivo e instrumental de la sociedad de destino, que sólo le necesita como mano de obra y sujeta a plazo”.*⁵²⁰

La regulación de los flujos migratorios que se dirigen hacia España adquiere un nuevo carácter en los últimos años con la firma de acuerdos bilaterales de contratación de trabajadores en origen. A pesar de lo limitada que hasta la fecha ha sido su implantación, este tipo de acuerdos surgen con la voluntad de regular de forma ordenada las migraciones y suponen la transformación del mercado de trabajo en uno de los factores más influyentes en la gestión de la política migratoria. Estos acuerdos, que se han multiplicado en los últimos años, aparecen en un escenario internacional modulado por el énfasis en nuevas fórmulas de reclutamiento de trabajadores extranjeros más coherentes con las necesidades de los países de origen y de destino y de los propios inmigrantes, que impulsan nuevos itinerarios y formas de movilidad.

⁵²⁰ DE LUCAS, J., (2006) *Justicia, migración y derecho*. Universidad de Valencia, pág. 12.

En este apartado trataremos de ofrecer una visión general sobre la evolución en la UE y de nuestro país sobre el análisis de los flujos migratorios.

En primer lugar, examinaremos la evolución y cambios que se han producido en el sistema migratorio europeo, en la que la inmigración económica o laboral, siempre han jugado un papel decisivo en su construcción, es con las características que presenta desde finales de los años 80 del pasado siglo en cuanto a su origen, trayectoria, composición, intensidad y finalidad de los flujos migratorios, uno de los fenómenos mas potentes tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Sus efectos se proyectan sobre los diferentes aspectos de la vida social de los países europeos receptores, que a su vez experimentan importantes cambios demográficos y en sus sistemas de empleo y bienestar social, con un destacado envejecimiento de la población y reducción de la que está en edad de trabajar, incremento de las tasas de desempleo y desajustes de sus sistema de Seguridad Social basados en las tradicionales técnicas de reparto.

En segundo lugar, se parte de un acercamiento histórico donde se contempla el posicionamiento de nuestro país en los flujos migratorios, lo cual permite comprender que éstos no son algo novedoso y que además, aunque actualmente España se constituye como destino de personas inmigrantes, durante varias décadas también lo fue de emigrantes. Por otro lado, las peculiaridades propias de España como actual país receptor de inmigración requieren precisar cuál ha sido su evolución respecto a la materia que nos centra, puesto que podríamos decir que nuestro país es relativamente joven en el abordaje y estudio de los movimientos migratorios.

Para ello, es necesario atender a las diferencias que se han producido en las últimas décadas y de este modo tomar conciencia histórica de que también España ha recurrido a la emigración en momentos de penuria económica, social y política.

Y en tercer y último lugar, analizaremos el desfase de la realidad socio-laboral, de la política legislativa europea y española, en relación a los inmigrantes extracomunitarios, y su desdibuje que se realiza en las políticas migratorias de la UE, ni en la legislación comunitaria, ni derivadamente, a las opciones y legislaciones de los Estados miembros.

1.8.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Con respecto al primer punto, la evolución histórica, conviene recordar que aunque pueda parecer que los movimientos migratorios son un fenómeno contemporáneo, es importante recordar que éstos tienen un origen remoto, casi ancestral, probablemente dicho fenómeno no se produjo como corte puntual, sino como una evolución y continuidad del movimiento migratorio en los países de la UE y, paralelamente, también en nuestro país.

A la hora de referirnos a los flujos migratorios es preciso tener en cuenta la existencia e interconexión entre distintos factores que potencian no sólo su aparición, sino también su desarrollo. El fenómeno migratorio tiene una explicación multicausal formada por factores de tipo económico (desequilibrios, desigualdades y pobreza, etc.); factores sociales y políticos (violencia, terrorismo o conflictos armados entre otros) y factores culturales (escasez de posibilidades para las mujeres en los países de origen, roles cerrados, discriminación o malos tratos). Todo ello, encorsetado en un contexto internacional de globalización que fomenta el desarrollo del libre comercio sin restricciones, pero al mismo tiempo, tratando de controlar el libre tránsito de personas.

Por lo que podemos afirmar, que el fenómeno de las migraciones es claramente complejo y multidimensional. Puesto que por una parte, la emigración repercute tanto en el país de origen como en las personas que emprenden el proceso migratorio, y de otra, la inmigración además de afectar a estas personas, repercute en el país y sociedad de acogida. Actualmente el control externo se concreta en las siguientes medidas: visados, vigilancia de fronteras, responsabilizar a la compañía de transporte de los pasajeros, legislación contra el tráfico ilegal de personas, campañas de información en los países y regiones de emigración y, por último, acuerdos con los países de tránsito y de origen. Los controles externos son los preferidos por los países europeos en los momentos actuales, ya que ofrecen mayores perspectivas de éxito y son menos perjudiciales para los ciudadanos.

Las medidas principales de control interno son las siguientes: vigilancia interior, documentación de identificación personal obligatoria, acceso regulado a los derechos de los nacionales (trabajo, sanidad, educación, etc.), multas y sanciones a los empresarios que empleen trabajadores ilegales, repatriación y deportación, y, por último, amnistías.

En el caso de Europa no se puede decir que exista una política comunitaria en sentido estricto, ya que hasta el momento los instrumentos jurídicos y políticos han dado una respuesta parcial a los tres aspectos que deben abordarse de forma íntegra: una gestión de flujos migratorios, una política de integración social y una política de cooperación con los países de origen. Además, se ha incidido especialmente en la gestión de flujos por medio de una política de control de fronteras frente a los otros aspectos. Los acuerdos adoptados en Tampere el 16 y 17 de Octubre de 1999 por los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros de la Unión Europea suponen la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, que refleja los acuerdos sobre el espacio europeo "Schengen" en relación a la unificación del régimen de entrada, condiciones de expedición de visados, regulación de la estancia de los extranjeros, responsabilidad y sanciones a los transportistas. Surgiendo a partir de ese momento, una preocupación preferente por se ha incidido en una política de reforzamiento de la seguridad que ha incrementado la preocupación por el control de los flujos migratorios, ligando migración,

terrorismo y seguridad. Todo lo cual se ha materializado en el ámbito comunitario, que se concreta en una política de control de flujos migratorios, mediante la fijación de contingentes de entrada por parte de los Estados miembros y que se bifurca en dos vertientes:

- *El refuerzo de la seguridad interior*

- *La lucha contra la inmigración ilegal.*

Con respecto a la primera, se inicia en los años setenta ante la incapacidad de los UE de superar problemas que desbordan el ámbito estatal, como terrorismo, inmigración ilegal, etc. Refiriéndonos estrictamente a esta última, se encuentra reflejada en el art 7ª del TCCE, mediante el Acta Única Europea⁵²¹, cuyo objetivo se podría sintetizar en la desaparición de fronteras interiores y reforzamiento de fronteras exteriores de la UE. Posteriormente el TUE en su art 100c, habilitó al Consejo para que éste determinará que nacionales de países terceros debían de proveerse de visado para cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros fruto del cual se implementó en la UE en virtud del Reglamento del Consejo 1683/1995 de 29 de Mayo, un modelo uniforme de visado par los nacionales de terceros países.⁵²²

Resultando paradójico que el citado instrumento internacional incluyera la política migratoria en el pilar relativo a la cooperación intergubernamental contenido en su art k1.2.TUE. Criterio seguido hasta que se aprueba el Tratado de Ámsterdam, que propugna la armonización de los mecanismos de seguridad interior en el territorio de la UE, que se materializa en el Reglamento del Consejo 539/2001 de 15 de Marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de obtener visados para cruzar las fronteras exteriores, subordinando su exclusión en función de criterios sociopolíticos como son: “*la inmigración clandestina, el orden publico, la seguridad interior*⁵²³, *las relaciones exteriores de la Unión con los terceros países, así como las implicaciones de la coherencia regional y del principio de reciprocidad*”.

Asimismo estas medidas para luchar contra la inmigración ilegal quedan plasmadas a través de la Directiva 2002/90 de 28 de Noviembre, relativa a la entrada, circulación y estancia de inmigrantes irregulares⁵²⁴, mediante la delimitación de la conductas sancionables⁵²⁵,

⁵²¹ DOCE L, núm. 169 de 19 de Junio de 1987.

⁵²² DOCE L, núm. 164 de 14 de Julio de 1995.

⁵²³ BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., (2001). *Los nacionales de terceros países en la UE*, Servicio de publicaciones de la UCO Córdoba, págs 106-107. A juicio, de esta autora, el objetivo básico de la contención de flujos migratorios, se incardina en la defensa de la seguridad interior, puesto que de los dos niveles de acción normativa encarados por la UE en este punto y que se imbrican en el aspecto comunitario y en el intergubernamental se sustancian en el refuerzo de dicha seguridad interior mas que en la lucha en sí misma contra la inmigración ilegal.

⁵²⁴ DO L 328 de 5 de Diciembre de 2002

exigiendo a los Estados, la adopción de medidas estatales disuasorias y proporcionales ante la comisión de cualquiera de las infracciones contempladas en sus arts 1 y 2.

Por otro lado, la Directiva 2004/82 de 29 de de Abril, determinará las conductas empresariales sancionables relacionadas con los transportistas aéreos. Compeliendo a éstos a solicitar a sus pasajeros la documentación prevista en el art 3 y en caso de incumplimiento el Estado deberá sancionar económicamente a la empresa incumplidora.

Dicha sanción puede consistir incluido en la inmovilización, incautación o decomiso del medio de transporte, o la suspensión o retirada de la autorización para transportar, si así lo estableciera la legislación interna del Estado miembro.

De conformidad con esta postura represiva de la UE contra la inmigración ilegal, en materia específica relativa a la readmisión y las personas inmigrantes en situación no regularizada, la UE pretende marginarla para restarle márgenes de actuación fijando unas directrices muy claras: *"los extranjeros en situación irregular deben dejar el territorio de la UE"* y plantea estrategias bidireccionales entre los Estados de acogida y origen: *" todos los Estados tienen la obligación de readmitir a sus nacionales"*.

Respecto a la cooperación y contribución al desarrollo en origen y destino: *"se tendrá en cuenta la bilateralidad de las relaciones y la reciprocidad entre origen y destino, los Estados deben atender a aquellas personas que van a otro país, con el fin de mejorar su situación y la de sus familias, la inmigración debe convertirse en un componente importante de las relaciones exteriores"*

Se reforzará la cooperación al desarrollo con los países de origen y se debe formar a su personal de fronteras, para que las mafias no trafiquen con seres humanos. Respecto a la obtención de visados y el paso de las fronteras: *"los visados biométricos son la principal novedad a aplicar"*, según el texto: *"como muy tarde el 1 de Enero de 2012"*.

También se incrementaran los medios de Frontex (agencia europea de fronteras) con un centro terrestre en el este de Europa y otro marítimo en el sur a partir de 2012, todo ello unido a la creación de un registro electrónico de entradas y salidas en la UE.

Con respecto a la incidencia de la política de control de flujos migratorios sobre la lucha contra la inmigración ilegal, ésta constituye el principal caballo de batalla de la política

⁵²⁵ Expresamente señala la presente Directiva en su art 1 apartados a) y b) que se sancionará a *"cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o transitara a través de éste.."* así como a *"cualquier persona que intencionadamente ayude, con animo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros"*

migratoria, hasta el punto de convertirse en una obsesión del legislador que distorsiona la política de asilo y refugio y las medidas de integración. Observándose como, esta declaración de buenos propósitos, se dirige primordialmente contra la *inmigración ilegal* en el territorio de la UE, bien porque éstos eluden dicho control, bien porque desembocan en esa situación tras haber concluido los periodos de validez de estancia o trabajo⁵²⁶.

A su vez, éstos inmigrantes pueden intentar entrar en el territorio de la Unión o bien, haber conseguido penetrar por dichas fronteras⁵²⁷. Por todo ello, y en el ámbito específico intergubernamental, hay que volver a incidir en la importancia de los “*Acuerdos de Schengen*”⁵²⁸, que establece una serie de medidas para preservar el ámbito espacial donde extiende su protección y que circunscribe el territorio de la UE.

Entre cuyas medidas se encuentran algunas destinadas a combatir la *inmigración ilegal*⁵²⁹, de la que se derivan sanciones dirigidas a los destinatarios de diversos ámbitos que los Estados miembros están compelidos a imponer. Como es el caso de la responsabilidad del transportista tal y como se contempla en el art 66,1 de la LO 13/2004 de 20 de Noviembre de Extranjería, cuya dicción literal de su numeral es la siguiente: “*Cuando así lo determinen las autoridades españolas respecto de las rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen en las que la intensidad de los flujos migratorios lo haga necesario, a efectos de combatir la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública, toda compañía, empresa de transporte o transportista estará obligada, en el momento de finalización del embarque y antes de la salida del medio de*

⁵²⁶ MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., (2005). *Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea*, edit por Comares, Granada, pág 59.

⁵²⁷ En este sentido, el 16 de Octubre de 2008 se aprobó por la Comisión en Bruselas el “Pacto Europeo de Inmigración” cuyo objetivo básico es reforzar la lucha contra la inmigración ilegal a escala comunitaria y organizar mejor la inmigración legal. Su sistemática se sustancia en cinco ámbitos de acción: inmigración legal, inmigración ilegal, control de fronteras, política de asilo y relaciones de la UE con terceros países. En concreto, esto significa para algunos mayores inmigrantes oportunidades de encontrar un puesto de trabajo en Europa, mientras que para otro más miedo a la expulsión. En materia de repatriaciones, la UE quiere cooperar más estrechamente con los países de origen de los inmigrantes ilegales y, al mismo tiempo, intensificar los controles en sus fronteras exteriores. no es vinculante desde el punto de vista legal. Esto tampoco hubiera podido lograrse desde el punto de vista político. Una de las novedades mas relevantes, es destacar que la estancia irregular en un determinado Estado de la Unión, no dota de status legal para tener derecho a las regularizaciones, las cuales, se pide a los Estados miembros que las limiten "caso por caso y no generales, en el marco de las legislaciones nacionales por motivos humanitarios y económicos". Ello significa que, también en el futuro, los Estados continuaran siendo responsables de sus políticas individuales de inmigración al carecer de fuerza vinculante dicho instrumento internacional.

⁵²⁸ Sobre este instrumento jurídico existen numerosos trabajos, entre ellos. FERNÁNDEZ ROMO, M. M., (2001). *La ley de Extranjería y el Acuerdo Shengen*, en www.derecho.com y MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., (2002). *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, Colex.

⁵²⁹ ZAPATA BARRERA BARRERO, R., (2000). Política de Inmigración y Unión Europea, en *Revista Claves de la Razón Práctica*, núm 104, pág 31. Sostiene que actualmente la política de la Unión no se sustenta exclusivamente en principios de seguridad y control.

transporte, a remitir a las autoridades españolas encargadas del control de entrada la información relativa a los pasajeros que vayan a ser trasladados, ya sea por vía aérea, marítima o terrestre, y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final, al territorio español(...)”.

Responsabilidad que se exige no sólo en la legislación nacional e extranjería sino que también se extiende al orden penal, tal y como se contempla en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen sanciones aplicables a los empresarios de residentes ilegales nacionales de terceros países⁵³⁰, muestra la voluntad de castigar la ilícita actividad favorecedora del tráfico de inmigrantes, sustentada en la base jurídica del art 63, apartado 3, letra b), del Tratado CE. Donde si bien, dicha base jurídica no cubre las medidas relativas a los nacionales de terceros países residentes legales en la UE que trabajan contraviniendo su estatuto de residencia, por ejemplo los estudiantes de terceros países que trabajan más horas de las permitidas.

En base a la cual, la citada Directiva, pretende reducir el factor atracción que representa la posibilidad de trabajar, apoyándose en el principio de subsidiariedad, al ser una competencia no exclusiva de la Comunidad y que los Estados miembros por si solos no pueden acometer. Introduciendo como novedad, la definición comunitaria del termino “*empresario*“ en su art. 1 y 2, englobándose en el mismo, no sólo las personas físicas o jurídicas que contratan a otras personas en el marco de actividades económicas, sino también los particulares que contraten, por ejemplo, personal de limpieza, puesto que, si lo que se trata es de reducir el factor de atracción que constituye el empleo ilegal, no tendría sentido excluir a los particulares que contratan personal, extendiendo su ámbito subjetivo a todos los nacionales de terceros países que no tengan derecho a residir en la UE. (Art 3 de la citada Directiva).

Por su parte, las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Sevilla⁵³¹, parece indicar que la directriz política de la UE es profundizar en este ámbito de lucha contra la inmigración ilegal. A este respecto, destaca el logro de la articulación efectiva de la gestión coordinada e integrada de las fronteras exteriores de la UE, así como en incluir cláusulas sobre gestión de flujos migratorios y readmisión obligatoria en los futuros acuerdos de cooperación, asociación o equivalentes que se suscriban con terceros Estados como elemento de la cooperación de la UE con terceros Estados (párrafos 31-33)

Finalmente el Tratado de Lisboa, al formular los objetivos de la política común de inmigración no sólo obliga a la UE a garantizar de forma permanente la necesaria lucha contra la inmigración ilegal junto a la gestión eficaz de los flujos migratorios y conjugándose con un

⁵³⁰COM (2007) 249 final ,2007/0094 (COD) Bruselas, 16 de mayo de 2007.

⁵³¹ 21-22 de Junio de 2002.

trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros. Si bien, que también junto a este carácter represivo que conlleva dicho control debe existir una connivencia con el respeto que tiene toda persona a la libertad de circulación, tal y como queda reflejado en el art 2 del citado instrumento internacional que establece lo siguiente:

1.- La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos.

2.- La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.

En relación con los mecanismos utilizados por la UE para el control de flujos migratorios, se observa como el enfoque global de la inmigración realizado en el último decenio en Europa se sustenta en combinar instrumentos de control de fronteras, – *repatriación y lucha contra la inmigración irregular* – con herramientas de gestión de la inmigración legal y de integración, y con medidas destinadas a atacar las causas profundas de los flujos migratorios – *política de cooperación al desarrollo, paz y seguridad, política comercial, etc.*–

Sin embargo, instrumentos más recientes, como el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, refuerzan claramente el control de fronteras y la lucha contra los flujos migratorios irregulares, difuminando los otros aspectos. Lo cierto es que la UE y España han invertido costosos medios técnicos y humanos para restringir los flujos migratorios controlando las fronteras marítimas y terrestres, firmando con los países de origen acuerdos de readmisión de migrantes irregulares expulsados o devueltos, desmantelando redes de tráfico y trata de seres humanos y vinculando los acuerdos de cooperación al desarrollo a las políticas de control de flujos. Sin embargo, hasta la fecha, tal y como señala CRUZ VILLALON, J., “la UE ha operado en esta materia más en términos de coordinación de las necesidades a cubrir entre los diferentes países miembros, que de conformidad con la realidad social de la inmigración que desde una política de inmigración propia y global independiente de la de los países que la componen”⁵³².

Surgiendo la disyuntiva: *¿Son conformes con la protección de los Derechos Humanos y con las exigencias del Estado de Derecho las operaciones de control de fronteras?* Lo cierto es que las prácticas extraterritoriales de control fronterizo pueden lesionar los derechos humanos de los potenciales migrantes. En particular, el control en el punto de partida pone en peligro el derecho de toda persona a abandonar un país, incluido el suyo. Si bien es cierto que este derecho

⁵³² La política comunitaria de inmigración, *Revista Relaciones Laborales*, núms. 15-16,2009, págs 17 y ss.

no es absoluto⁵³³ la “*lucha contra la inmigración irregular*” podría estar convirtiéndose en un férreo control de la “*emigración irregular*”. Produciéndose un externalizado control fronterizo donde no siempre se respetan las garantías jurídicas previstas en el ordenamiento español y de la UE para las personas que tratan de acceder a su territorio:

- *Derechos a ser informado, asistencia jurídica (incluso gratuita), intérprete, recurrir la medida impuesta son claramente insuficientes vulnerando el derecho a emigrar*⁵³⁴.

A ello hay que unir la circunstancia, de que la interceptación de migrantes en la frontera de su país de origen choca con su derecho a solicitar asilo y el principio de “*non refoulement*”, puesto que la Convención de Ginebra sólo puede ser invocada fuera del país de su nacionalidad. La interceptación en países en tránsito desnaturalizándose el concepto propio de asilo. Además se esta a nuestro juicio produciendo una extraterritorialización de las fronteras de la propia jurisdicción, al extender la vigilancia y las posibilidades de acción más allá de su territorio, incluso extendiéndose al territorio soberano de terceros Estados.

En la actualidad se observa como la tendencia se orienta a que debido a que los Estados-nación cada vez ejercen un menor poder sobre la movilidad internacional, es en el control y la gestión represiva de las fronteras, en donde tratan de ejercer su cada vez menor soberanía. Y por ello, las políticas migratorias de la UE caracterizadas por la interrelación del mercado con las lógicas de control, se centran en el fomento de la migración regular y temporal vinculada a las necesidades del mercado de trabajo europeo y la lucha contra la inmigración irregular.

Para la consecución de este fin, la UE se sirve de un inquebrantable régimen de fronteras configurado por instancias nacionales y transnacionales que realizan el control en lugares cada vez más alejados de los límites geográficos de los estados europeos.

Además, estos controles externos se acompañan de controles internos en los que se identifica y detiene a inmigrantes indocumentados que han logrado entrar. De este modo, se desvincula “*control fronterizo*” y “*límites territoriales*” mientras se asimila “*control de fronteras*” con “*mantenimiento del orden público*”. Y a pesar de que la UE ha externalizado y deslocalizado gran parte de la gestión de sus fronteras hacia otros países, estableciendo determinados procedimientos relativos a los controles fronterizos, tales como la obtención de los visados fuera de su territorio, y responsabilizando o derivando el control de documentos a compañías de transporte o funcionarios de enlace en terceros países.

⁵³³ El derecho mencionado puede ser objeto de restricciones previstas por ley y necesarias para proteger ciertos intereses estatales legítimos (art. 12.3 PIDCP; art. 2.2 Protocolo nº 4 al CEDH y art. 12.2 de la Carta Africana).

⁵³⁴ Derecho recogido en el art. 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); en el art. 2.2 del Protocolo nº 4 al CEDH (1950) ó en el art. 12.2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

La implementación de estos instrumentos supone que se activen múltiples controles “*a distancia*”, antes incluso de traspasar físicamente una frontera geográfica (*en las embajadas de los países de origen, en las agencias de viaje, compañías de transporte...*). De esta forma, la frontera actúa en el propio país de origen como un mecanismo preventivo desde el mismo momento en que una persona decide emprender una experiencia migratoria.⁵³⁵

Otra manifestación de esta externalización también se da mediante la transmisión a terceros países de la responsabilidad del control y la gestión de los migrantes. Para ello, las Políticas Europeas de Vecindad (PEV) imponen la gestión de las migraciones como condición determinante para adoptar acuerdos económicos y comerciales con la UE.

Aparte de la PEV, los Estados miembros firman acuerdos de readmisión y de cooperación policial con los países de origen y tránsito de los migrantes para que éstos acepten las expulsiones, por lo que se convierten en un instrumento clave de las políticas de la UE. Como contrapartida, la UE establece cuotas de migración legal para los nacionales de los países que han aceptado el acuerdo⁵³⁶.

En esta evolución, se observa como desde los Acuerdos de Schengen el control de las fronteras externas ha sido estrechamente relacionado con la salvaguarda de la seguridad interior y la protección de la comunidad europea de las amenazas exteriores. De modo que, a partir de dicho instrumento internacional Europa tiene oficialmente una sola frontera exterior que los Estados Miembros y las instituciones de la UE tienen que gestionar de forma coordinada a la seguridad, pero que en modo alguno implica un enfrentamiento abierto con otros países. Convirtiéndose la amenaza a la seguridad parece más bien una serie de amenazas sociales, transnacionales y frecuentemente personificadas en la imagen del migrante. Justificándose de este modo, que mientras que potencialmente la inmigración suponga una amenaza no será necesario argumentar las posibles irregularidades en los procesos de expulsión o devolución de inmigrantes ni sobre la vulneración de derechos humanos sufrida por este colectivo.

Por todo ello, los territorios fronterizos de la UE aparecen fuertemente blindados mediante acciones de vigilancia, actuaciones policiales o incluso con la detención de los migrantes. Existiendo cautamente una traslación de responsabilidad en materia de control de la UE hacia los estados miembros de forma coordinada, como por la agencia europea FRONTEX, como por los países de tránsito de las migraciones en su propio territorio.

⁵³⁵ DIDIER BIGO, y ELSPETH GUIL, (2003). La visa Shengen: expression d'une strategie de "police" à distance, *Cultures & Conflits*, núm. 49, págs. 22-37.

⁵³⁶ FERNÁNDEZ BESSA, C., (2008). Frontera sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa Lallevir S.L. Barcelona, *Los límites del control*, pág 8.

Por otro lado, estos controles exteriores van acompañados de distintos controles interiores que tratan de identificar y detener a los inmigrantes indocumentados que se encuentran viviendo o trabajando en el territorio de la UE sin los permisos requeridos. En este sentido, los Centros de Internamiento de Extranjeros⁵³⁷ o los controles policiales que tienen lugar por cualquier Estado miembro de la UE, pueden suponer para los migrantes las mismas consecuencias que los controles de frontera exteriores: la exclusión de los migrantes de la sociedad, ya sea mediante su deportación a otro país, o bien, mediante la privación de sus derechos más fundamentales relacionados con la ciudadanía⁵³⁸

También hemos aludido al mecanismo de Acuerdos de readmisión de migrantes expulsados o devueltos interrelacionados e instrumentalizados las ayudas al desarrollo al control de flujos de modo que, en función del control de flujos que estos países realicen en su origen recibirán mayor o menor cuantía económica de ayudas, conformando el tercer ámbito de la política migratoria en los países desarrollados dicha cooperación internacional, centrando sus actuaciones fundamentalmente en interés de la soberanía de los Estados y que concretan en acuerdos bilaterales, siendo pocos los acuerdos que se consiguen a nivel de cooperación multilateral.

Resultando sorprendente que la Comisión Europea sólo ha firmado acuerdos de este tipo con los países limítrofes de Europa oriental y que utiliza únicamente los mandatos de negociación con Argelia y Marruecos.

En el caso concreto de nuestro país, éste ha firmado esos mandatos con: *Marruecos (1992), Nigeria (2001), Argelia (2002) Guinea Bissau (2003) Mauritania (2003), con Guinea y Gambia en 2006, con Cabo Verde y Malí en 2007, y con Níger en 2008.*

Destacando como denominador común en todos ellos, el vacío legislativo con respecto a la alusión de derechos humanos y a lo más que se llega es a realizar una mención sobre los mismos en el Preámbulo de los citados instrumentos internacionales.

Asimismo tampoco se hace en relación con las disposiciones que prohíben el uso de la fuerza y el recurso a la tortura o de otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, y que se recogen expresamente en la Convención sobre refugiados.

Resultando paradójico como en cambio en el acuerdo firmado con Marruecos en 1992, no se recoja referencia alguna a la protección de los derechos humanos. Espíritu de la norma que se

⁵³⁷ A mi juicio, estos centros constituyen la piedra angular del sistema actuando como el instrumento real de gestión de las migraciones, puesto que su función es la de asegurar la expulsión física o jurídica de los inmigrantes irregulares: o fuera del territorio o condenados a la ilegalidad.

⁵³⁸ FERNÁNDEZ BESSA, C., (2008). Frontera sur., cit op. pág 9.

recoge en la Directiva 2004/81 de 29 de Abril⁵³⁹, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países, que sean víctima de la trata de seres humanos o que hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, si cooperan con las autoridades competentes, con el fin de acabar con las mafias que trafican con personas y que favorezcan la inmigración irregular⁵⁴⁰.

La eficacia de este sistema radica en lograr que todos los Estados miembros adopten en su legislación interna este modelo, de modo que las ventajas de movilidad y ausencia de controles en fronteras que conlleva el Espacio Schengen no se conviertan en un obstáculo para la ejecución de las respectivas decisiones de expulsión de alcance nacional. Observándose como la citada normativa busca obtener la mínima cooperación de la víctimas para la persecución de los responsables de los delitos recogidos en los citados preceptos de la Directiva 2002/90 y finalmente otra norma comunitaria relacionada con el control de la entrada y gestión de flujos migratorios la conforma la Directiva 2001/40 de 28 de Mayo, relativo al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, donde el legislador pretende obtener una mayor eficacia en la ejecución de las medidas de expulsión y un aumento de la cooperación entre los diferentes Estados miembros en torno a las decisiones de expulsión.

En definitiva, el legislador no manifiesta vocación alguna de protección de los derechos humanos de la dignidad del inmigrante como persona apreciándose como en la actualidad las tendencias normativas en los países receptores de inmigración en la UE, tienden a combinar políticas migratorias muy restrictivas con medias socio-laborales dirigidas a la flexibilización y desregulación del mercado laboral, así como a la limitación de la acción social estatal⁵⁴¹.

El problema desde mi punto de vista estriba en las connotaciones administrativas que el tráfico ilegal de personas representa. Lo cual nos conduce a sustentarnos en dos bases jurídicas:

- La primera, la de los arts 61 a) y 63.b) del TCE relativo a la armonización de la definición común de facilitar la entrada no autorizada, así como el tránsito y la residencia en un Estado miembro.

⁵³⁹ DOCE L.; 149/34 .Destaca el análisis que sobre la misma realiza ALBRECHT, H .;“Fortress Europe? Controlling illegal immigration” *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol.10.1, 2002, pág 20.

⁵⁴⁰RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLO, J. M., (2006). *Regulación legal de la extranjería e inmigración en España*, edit por la Universidad Pontificia de Comillas, Colección Documentos Prácticos del Instituto de Estudios de Migraciones núm 3, Madrid, págs 78-86.

⁵⁴¹ SOLÉ, C., ALARCON, A., GIBERT, F., PARELLA, S., y RIBAS, N., (2001). El impacto de la inmigración en los países del sur de Europa, en SOLÉ, C., (coordinadora) *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora*, editorial Anthropos, Barcelona, pág 280.

- La segunda, relativa a los arts 29.31e) y 34.2b) del TUE sobre armonización de las sanciones penales, la responsabilidad de las personas implicadas y los problemas derivados de la jurisdicción aplicable. Y cuya plasmación legislativa se concretiza en la Directivas anteriormente citadas, así como la Decisión Marco del Consejo de 28 de Noviembre de 2002, sobre al reforzamiento del marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la residencia irregular.

En cuanto al tratamiento que sobre el control de flujos no se efectúa en el ordenamiento jurídico interno español, hasta la Comunicación⁵⁴² del Gobierno al Congreso de los Diputados sobre la situación de los extranjeros en España de 30 de Diciembre de 1990, a través de la cual se pide que el Estado participe de forma activa en la canalización y organización de los flujos de inmigración legal en función de las necesidades de mano de obra española, sintetizándose dicha política en seis puntos:

- a) Control de entradas, visados y control de fronteras.
- b) Lucha contra el trabajo clandestino.
- c) Política de promoción e integración social.
- d) Reforzamiento de la actuación policial.
- e) Mayor coordinación y centralización administrativa.
- f) Reforma del procedimiento de asilo y refugio.
- g) Dimensión europea de una política de extranjería.
- h) Potenciar la cooperación española al desarrollo.

En resumen, los principios que inspiraron esta política activa fueron los siguientes:

1.-Prioridad para acceder a un empleo de los trabajadores nacionales, comunitarios y extranjeros legalmente residentes en España, sobre nuevas incorporaciones.

2.-Consideración integral del inmigrante, no solo como trabajador sino también como persona, con necesidades individuales y familiares.-Equiparación social, cultural y económica de todos los ciudadanos y grupos sociales residentes legalmente en España.

3.-Concepción de la política de inmigración como complementaria y no sustitutiva de la política de cooperación para el desarrollo orientada hacia los países emisores de mano de obra.

4.- Afirmación de la solidaridad comunitaria.

⁵⁴² Fruto de la cual se aprobó la Proposición no de Ley 162/000107 B0E núm. 165, serie D de 22 de Marzo de 1991, sobre la situación de los extranjeros en España.

5.-Respeto de la existencia de lazos históricos, lingüísticos o culturales como justificación de acciones orientadas de la inmigración, dirigidas hacia zonas geográficas concretas especialmente hacia Ibero América.

6.-Tratamiento diferenciado para los inmigrantes por motivos ideológicos, políticos o religiosos.

Observándose que desde que se formularán las primeras políticas de inmigración españolas, las previsiones oficiales de inmigración regular (*cuando se han realizado al igual que el resto de países europeos*) nunca se ha correspondido con el volumen de inmigración real. De modo que, cada vez que se produce una regularización se nos asegura solemnemente que será la última, y que el sistema legal se ha modificado y se han introducido cambios suficientes para una regulación canalizada y fluida de los flujos migratorios a través del contingente⁵⁴³ y del régimen general. Lo que no obedece a la realidad, se trata de un grave problema, fruto del cual, es un alto nivel de inmigración irregular. Además este desequilibrio debilita la capacidad de la Administración para gestionar la inmigración.

1.8.2.- MECANISMOS UTILIZADOS POR LA UE PARA EL CONTROL DE FLUJOS MIGRATORIOS

El efectivo control de los flujos migratorios nunca es absoluto y según cada país, va cambiando de acuerdo con la extensión de la frontera, las condiciones geográficas, la proximidad de países emisores, la economía, entre otros. La Unión Europea aplica mecanismos que permitan controlar el flujo migratorio, donde se incluyen fortificar sus fronteras, emplear métodos tecnológicos, exigencia de documentos para ingresar al país, control en aduanas, aeropuertos, puertos, entre otros. Sin embargo, las fronteras siempre tendrán un grado de permeabilidad.

“La UE ha realizado acciones de ayuda al desarrollo de los países emisores, de comunicación y, también, de vigilancia de las costas de estos países, de lucha contra el tráfico de los seres humanos, implementando políticas de retorno y evaluando las políticas. La Comisión también ha dictado acciones a desarrollar en los Estados miembros como perseguir a los empresarios que contratan ilegalmente a los inmigrantes sin papeles, les explotan y refuerzan el efecto llamada. Ha advertido a Italia que podría ser objeto de sanción su intención

⁵⁴³ MERCADER UGUINA, J. R., y TOLOSA TRIBIÑO, C., (2003). El contingente de trabajadores extranjeros, balance de una sinuosa experiencia, en *Rev. De Relaciones Laborales*, núm. 11, Junio, págs. 79-80.

de regularizar a 350.000 inmigrantes. Es un secreto a voces el reproche de la UE a España por las regularizaciones masivas que realiza.”⁵⁴⁴

La Unión Europea ha establecido la necesidad de encontrar principios comunes entre los países miembros, que permitan afrontar la inmigración y exigir a los inmigrantes un comportamiento adecuado basado en las normas europeas como requisito para establecerse en el continente. Sin embargo, también ha habido críticas en el seno de la Unión a la tendencia a endurecer las políticas de inmigración.

“Aunque la Unión Europea (UE) reconoce específicamente que compete a los Estados miembros fijar los límites cuantitativos a la entrada de extranjeros procedentes de terceros estados¹⁵⁸ así como otras funciones de carácter diverso, los países miembros han cedido, en virtud de la voluntad política, soberanía para que buena parte de las directrices sobre la materia sean comunitarias. “(...) Las normas comunitarias hoy en vigor (...) fijan el marco constitucional y normativo dentro del que necesariamente debe desenvolverse la política española sobre inmigración y extranjería”.⁵⁴⁵

Dentro los mecanismos aplicados en España para el control de flujos migratorios se encuentran, entre otras, las siguientes normas legales: La Constitución Española, el Tratado de la Unión Europea y la reciente 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.

“La inmigración es una realidad que está en constante cambio. Por ello, el legislador está obligado a adaptar su normativa reguladora, si quiere que la misma proporcione soluciones efectivas a los nuevos retos que se plantean. Además, el fenómeno migratorio ha adquirido tal dimensión en España y tiene tales repercusiones en el orden económico, social y cultural que exige que por parte de los poderes públicos se desarrolle una actuación decidida en diversos frentes, incluido el normativo. Por lo tanto, los poderes públicos deben ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de tal manera que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo”⁵⁴⁶

En España, las políticas de inmigración tienen como objetivo regular la entrada de extranjeros de acuerdo con las necesidades laborales del país. Los continuos cambios en la

⁵⁴⁴ IGLESIAS, S., y BECERRA M., (2007). *La inmigración: el reto del siglo XXI*, Madrid, Dykinson, pág. 223.

⁵⁴⁵ ARGEREY, P., (2005) *.El impacto económico de la inmigración europea: estudio de un caso particular: España*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, pág. 154.

⁵⁴⁶ Preámbulo de 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.

legislación sobre la materia de extranjería y las regularizaciones extraordinarias de inmigrantes, no son medios totalmente eficaces para controlar la inmigración irregular.

*“Las políticas de control de flujos migratorios, no suelen alcanzar la totalidad del problema migratorio internacional, pues éste tiene dos puntos extremos en el espacio, es decir el lugar de origen y el lugar de destino del inmigrante, y es preciso que ambos sean tenidos en cuenta: es decir, no basta con controlar la inmigración sólo en nuestras fronteras, pues para los migrantes son mucho más determinantes para su expatriación los factores que los expulsan de sus lugares de origen, casi siempre las diferencias económicas existentes y percibidas por el migrante entre el lugar de origen y el de destino.”*⁵⁴⁷

Entre los países miembros de la Unión Europea, no debe existir desacuerdo y descoordinación política en cuanto al ingreso de inmigrantes en el espacio comunitario. Las medidas que aplica un Estado respecto a la entrada de nacionales de otros países afectan a los demás estados, siendo una de las razones por la que en Europa han avanzado firmemente en el desarrollo de una política común de inmigración.

*“La preocupación de la UE por el fenómeno de la inmigración viene motivada, principalmente, por la necesidad de materializar el objetivo de un espacio sin fronteras interiores donde quedara plenamente garantizada la libre circulación de personas. Un Área de Libertad sólo podía ser aceptada por los Estados a cambio de establecer unas medidas compensatorias que garantizasen la seguridad en su interior. Ello exigía reforzar tanto las fronteras exteriores como las medidas adoptadas en el ámbito de la inmigración. El miedo a una afluencia masiva de nacionales de terceros estados condicionó desde entonces la naturaleza de las medidas adoptadas, fundamentalmente de carácter restrictivo.”*⁵⁴⁸

La acción comunitaria ha centrado sus mayores esfuerzos intentando desarrollar un arsenal jurídico de carácter defensivo, preventivo y represivo para garantizar unas condiciones óptimas de seguridad.

“Una de las medidas más interesantes para permitir la entrada legal del inmigrante en territorio nacional es la de facilitarle el acceso a un permiso para la búsqueda de empleo. La posibilidad de entrar en el país con la finalidad de conseguir la inserción en el mercado laboral, sin tener previamente una oferta de empleo, facilita, a mi juicio, la lucha contra las redes de tráfico de inmigrantes que se alimentan de las entradas clandestinas (de los precios desorbitados que los inmigrantes están dispuestos a pagar) al tiempo que permite superar el

⁵⁴⁷ EIRAS, A., y GONZÁLEZ, D., (2004). *La inmigración en España*, Universidad de Santiago de Compostela, pág. 212.

⁵⁴⁸ ARGEREY, P., (2005). *El impacto económico de la inmigración europea: estudio de un caso particular: España*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, pág. 156

estricto vínculo de inmigrante-trabajador. Ciertamente esa superación es sólo temporal, pues con este permiso lo único que se hace es aplazar en el tiempo la exigencia de demostrar que se tiene un trabajo como requisito ineludible para acceder a un permiso de residencia.”⁵⁴⁹

El Plan de Acción de Viena de 1998 establecía las medidas para dar cumplimiento al mandato del Tratado de Ámsterdam. Estas medidas eran la lucha contra la inmigración ilegal, el establecimiento de una política coherente en materia de readmisión y de regreso y, por último, el estatuto de los extranjeros legales en el territorio de los Estados miembros. El Tratado de Ámsterdam de 1997 establecía un periodo de cinco años desde su entrada en vigor, es decir, hasta el 1 de Mayo de 2004, para establecer una política común para luchar contra la inmigración ilegal.

En este sentido, la política comunitaria de lucha contra la inmigración ilegal se compone de los siguientes aspectos:

- Medidas que tienen por finalidad el control de los flujos migratorios -especialmente a través de la política de visados- y a garantizar una gestión más eficaz de las fronteras exteriores.

- Medidas relativas a las obligaciones que atañen a los transportistas como “agentes de carácter privado” en el control de la inmigración ilegal.

- Medidas destinadas a controlar, prevenir y luchar contra la llegada o la entrada ilegal en el territorio de los Estados miembros, principalmente a través de redes de tráfico ilegal de inmigrantes o de trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual.

- Medidas en el ámbito del retorno y la readmisión, incluidas las medidas relativas a la asistencia financiera y técnica a terceros países en los ámbitos de la migración.

En este sentido, para el control de la inmigración ilegal en España se han desarrollado los siguientes mecanismos:

- La Agencia Europea de Fronteras (FRONTEX) de la Unión Europea: En el ámbito de la UE, la comunitarización de las cuestiones de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, ha permitido el desarrollo de una cooperación policial en el ámbito del control de fronteras exteriores por medio de actos típicos y con la finalidad de luchar contra la inmigración irregular. Con base en el Reglamento 2004/2007/CE, fue creada la Agencia Europea para la gestión operativa de las fronteras exteriores de la UE (en adelante, FRONTEX), siendo plenamente operacional desde Julio de 2005.

- La cooperación en el ámbito de la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD): A diferencia de FRONTEX, donde se plasma en acuerdos de trabajo, en la PESD la participación

⁵⁴⁹ SOLANES, A., (2006). *La paradoja del principio de control de flujos migratorios*, Universitat de Valencia, pág. 10.

de terceros Estados se traduce en un Acuerdo Internacional. La posible implicación de la PESD en la lucha contra la inmigración irregular, viene originada por la reciente creación de un Fondo específico para las fronteras exteriores. En efecto, se prevé la posibilidad de cofinanciar a través de este Fondo, acciones de apoyo a determinados Estados miembros en caso de situaciones de urgencia debidamente justificadas que requieran una acción urgente en sus fronteras exteriores, en el marco de la gestión integrada de fronteras y, en especial, para posibles operaciones PESD de gestión de crisis. De este modo, es factible vislumbrar actuaciones conjuntas de FRONTEX con acciones PESD en la lucha contra la inmigración irregular y donde exista una situación que pueda poner en peligro la seguridad de la zona. Este planteamiento sería acorde con las nuevas.

- La Asociación de Fuerzas de Policía y Gendarmería Europeas y Mediterráneas con Estatuto Militar (FIEP): Los objetivos de la FIEP son: a) el desarrollo de su capacidad de hacerse reconocer, a nivel de instituciones europeas, como un foro y una estructura de cooperación policial apta para acciones concretas, y a través de cooperaciones bilaterales y multilaterales. Por ejemplo, se han desarrollado las patrullas conjuntas hispano-marroquíes en el Estrecho de Gibraltar para luchar contra la inmigración irregular; b) la voluntad de alcanzar los objetivos previstos por los Estados miembros europeos de la FIEP, concretamente en lo referente a la constitución de una fuerza europea de policía para la gestión de crisis y en el marco de la PESD.

- El Diálogo 5+5: Constituye un foro regional de concertación, cooperación y reflexión que debe servir a los intereses comunes de los participantes sobre la base de la solidaridad. Este Diálogo lo componen Argelia, Libia, Marruecos, Mauritania, Túnez, por parte magrebí, y España, Francia, Italia, Malta y Portugal, por parte europea. Su finalidad es, a través de la cooperación multilateral, el desarrollo del primer bloque (cuestiones políticas y de seguridad) del Proceso de Barcelona. Los principios generales del Diálogo 5+5 se basan en la voluntad de reforzar las medidas de confianza en todos los campos así como la concertación y el diálogo entre los Estados. La finalidad será alcanzar una percepción común de las cuestiones actuales que permitan resolver pacíficamente y responder a las amenazas en la zona occidental del Mediterráneo, en especial el terrorismo internacional y la inmigración irregular. Nos encontramos, por tanto, ante un proceso de virtual integración política, de acercamiento multilateral para alcanzar una visión común respecto a las amenazas contra la seguridad en las dos orillas del Mediterráneo Occidental.

1.8.3.- PROBLEMÁTICA SUSCITADA POR LA READMISIÓN Y EL RETORNO, EN LA FLUCTUACIÓN MIGRATORIA

La política de readmisión y retorno con países ajenos a la Comunidad Europea, requieren de un planteamiento coherente y coordinado. La Unión Europea considera que los convenios de readmisión son un mecanismo esencial para regular los flujos de inmigración. El Programa de la Haya establece “*que los extranjeros que no tengan derecho a permanecer legalmente en Europa deberán regresar de forma voluntaria u obligatoria, ya que es prioritario establecer una política eficaz de expulsión y repatriación.*” Adicionalmente, la Constitución Europea señala expresamente en el artículo III-267, apartado 3, que:

“La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros”.⁵⁵⁰

En este sentido, una de las principales razones por la que los acuerdos de readmisión tiene gran importancia, es el interés que tiene la Unión Europea de aplicar medidas para controlar la inmigración ilegal, considerándola como un mal difícil de combatir. Un acuerdo de readmisión es aquel “*por el que se establecen los procedimientos prácticos y los medios de transporte para el retorno y la readmisión por las partes contratantes de las personas que residen ilegalmente en el territorio de una de las partes contratantes*”⁵⁵¹.

Uno de los problemas que se presentan cuando un Estado Miembro intenta expulsar del país a un inmigrante ilegal, es que en la mayoría de los casos los países de origen no les reconocen como ciudadanos o el extranjero oculta o destruya su documentación con el propósito de no dar a conocer su nacionalidad y por tanto no pueden ser devueltos, lo que trae como consecuencia que estos inmigrantes permanezcan en el espacio europeo aunque tengan una orden de expulsión, como es el caso de los países subsaharianos.

“La experiencia adquirida hasta ahora muestra que no hay que infravalorar el tiempo necesario para negociar un acuerdo de readmisión, ya que se considera que redundaría únicamente en interés de la UE, por lo que no deben esperarse resultados rápidos. Tales acuerdos sólo llegarán a buen fin si forman parte de un programa de cooperación más amplio (...). Por este motivo, la Comisión considera que habría que tener en cuenta, para cada país en concreto, una serie de “medios de persuasión” -es decir, ofrecer incentivos para conseguir la cooperación de

550 Constitución Europea, artículo III-267, apartado 3.

551 COM 175 (2002) Libro verde presentado por la Comisión relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, COM (2002) 175, de 10 de Abril de 2002, pág. 28

los países terceros en la negociación y celebración de acuerdos de readmisión con la Comunidad Europea.”⁵⁵²

Los acuerdos tiene como finalidad lograr la mayor conexión posible entre los Estados miembros y utilizar el poder de la Unión Europea para negociar las medidas de expulsión de ciudadanos irregulares en el espacio comunitario. Sin embargo, existen grandes obstáculos para establecer convenios con estos países.

“La práctica convencional comunitaria en materia de acuerdos de readmisión con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam ha sido especialmente abundante. Efectivamente, a partir de la segunda mitad de los años noventa, y como consecuencia de posibilidad de llegada masiva de inmigrantes procedentes de la extinta Unión Soviética y de otros Estados de Europa central y Oriental, la Comunidad y sus Estados miembros celebraron un conjunto de acuerdos mixtos en los cuales se incluía alguna cláusula relativa a la obligación de las partes de readmitir a aquellas personas que se encontrasen en sus respectivos territorios de forma irregular. También existe en los acuerdos de asociación celebrados con Estados europeos. Respecto a los acuerdos generales celebrados con muchos Estados nacidos de la disolución de la URSS, parece que la intención inicial de los Estados miembros de la UE era la de celebrar tratados bilaterales de readmisión con los Estados nacidos de la disolución de la Unión Soviética; pero tales Estados se mostraron reacios y en la negociación decidió la introducción de las cláusulas de readmisión”⁵⁵³

En España la legislación en materia de inmigración ha sido permisiva. Por un lado, la justicia es muy estricta en cuanto a la defensa de derechos personales y por otro, las Administraciones defienden intereses para su bienestar, como es el caso de promover el empadronamiento para alcanzar mayor financiación. De igual forma, se incrementa la inseguridad pero a la Seguridad Social le interesa tener más afiliados. “*La consecuencia de todo ello es que nuestras fronteras sean muy permeables, y la conclusión es que entre tanto España siga proporcionando puestos de trabajo legales o ilegales, la inmigración seguirá atravesando las fronteras, fundamentalmente las aeroportuarias.*”⁵⁵⁴

552 COM 703 (2002). Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la integración de las cuestiones de migración en las relaciones exteriores de la Unión Europea con países terceros. I. Migración y desarrollo. II. Informe sobre la eficacia de los recursos financieros disponibles a escala comunitaria para la repatriación de inmigrantes y de solicitantes de asilo rechazados, para la gestión de las fronteras exteriores y para proyectos de asilo y migración en terceros países, COM (2002) 703, de 3 de Diciembre de 2002, pág. 26.

553 CHUECA, A., (2007) Inmigración y tratados internacionales celebrados por la UE: los tratados de readmisión, Universidad de Zaragoza, pág. 21

554 IGLESIAS, S., y BECERRA M., (2007). *La inmigración: el reto del siglo XXI*, Madrid, Dykinson, pág. 46.

Una de las principales características de la inmigración en España es que a pesar de ser reciente, ha crecido con mucha rapidez en menos de diez años.

“Los Estados de recepción ante la llegada masiva de inmigrantes, han dictado normativas en materia de migraciones siguiendo pautas restrictivas que han conducido, de manera intensa, a la entrada de personas por cauces irregulares que se convierten en el caldo de cultivo de redes mafiosas. Se sabe positivamente que una política restrictiva de inmigración tiende a aumentar la bolsa de irregulares y a fomentar las entradas clandestinas y el tráfico de inmigrantes, con independencia del trabajo que los mismos vayan a desempeñar en los países de destino.”⁵⁵⁵

La capacidad de actuación de los países para responder al fenómeno de la inmigración es limitada ya que no se resuelve a través de acuerdos entre estados, pues las corrientes migratorias son realizadas por personas con intereses propios y estrategias personales que van más allá de las negociaciones entre países.

“El prestigioso sociólogo francés ALAIN TOURAINE, director de la Escuela de Altos Estudios de París, defendió un mercado laboral en el que los inmigrantes puedan intervenir en la vida económica según sus capacidades porque -opina- que son capaces de crear muchos más puestos de trabajo de lo que se les permite. Respondió a la pregunta sobre su parecer de la regularización llevada a cabo en España en 2005, en el sentido de que "tiene efectos más bien negativos... Eso es darse la impresión de que uno maneja una situación que en realidad no maneja. Dijo que en España y los países del sur de Europa han entrado en poco tiempo una gran cantidad de inmigrantes y ante este fenómeno hay que dar prioridad a los problemas de empleo, demostrando que hay un desempleo grave además de carencias sociales. La prioridad, dice el sociólogo, es su situación laboral. Dar posibilidad a que se desarrollen y lo de menos es el debate sobre su situación legal.”⁵⁵⁶

Los países que conforman la Unión Europea se ven afectados por los flujos migratorios internacionales. Por lo que han desarrollado una política de inmigración común y se han presentado diversas propuestas para elaborarlas con el propósito de optimizar la gestión de los flujos de migración a través de la coordinación.

555 OSO, L., (2005). Mujeres Inmigrantes y Prostitución en Galicia, Curso Publicación *Revista Temas para el Debate*, pág. 119.

556 IGLESIAS, S., y BECERRA M., (2007). *La inmigración: el reto del siglo XXI*, Madrid, Dykinson, pág. 57

1.8.3.1.-PROCEDIMIENTOS UTILIZADOS POR ESPAÑA PARA EL CONTROL DE FLUJOS: NORMALIZACIÓN Y ARRAIGO LABORAL

En España, al igual que en la mayoría de los países de la Unión Europea, la inmigración irregular se ha convertido en un fenómeno social. Dentro de las políticas nacionales de inmigración se establecen regulaciones legales específicas para que los extranjeros accedan al mercado de trabajo. El propósito es suministrar vías de entrada para satisfacer las necesidades del mercado laboral. Por tanto, se trata de ofrecer a los trabajadores extranjeros aquellos puestos de trabajo para los que no existen trabajadores nacionales. España necesita inmigrantes para ciertos sectores y es aquí donde debe imperar una política adecuada a las exigencias que facilite la regularización en los casos necesarios, es decir aplicando criterios más sólidos a la par que más flexibles de gestión de flujos. A partir del año 2000, en España se han establecido estrategias basadas en los siguientes aspectos:

- Establecer un cauce de entrada legal para la inmigración extranjera que se perciba como una alternativa viable a la inmigración irregular. El cauce es el contingente anual de trabajadores extranjeros que vendrá fijado en función de las necesidades del mercado de trabajo español. El contingente aparece íntimamente relacionado con los convenios de inmigración que deben firmarse con los principales emisores (Marruecos, República Dominicana, Ecuador, Colombia, Rumania y Polonia, a los que añadir un convenio de repatriación con Nigeria).

- Disuadir la inmigración irregular haciendo la vida más difícil al inmigrante que se encuentra en esta situación. Para ello se elimina toda vía de regularización desde dentro del país, salvo excepcional de causas humanitarias o arraigo. También se incrementan las inspecciones de trabajo para impedir el trabajo informal de extranjeros y cerrar el acceso al empleo a los inmigrantes irregulares. Finalmente se intensifican los esfuerzos para expulsarlos.

- Impedir la entrada de los inmigrantes clandestinos. Sobre todo la impermeabilización de la frontera sur ha centrado gran parte de los esfuerzos desde finales de los noventa. Se han realizado fuertes inversiones en la construcción de vallas que rodean el contorno de Ceuta y Melilla y en el desarrollo del Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE), dispositivo destinado a la detección de embarcaciones clandestinas que llevan inmigrantes al otro lado del Estrecho. El área del Estrecho se convierte así en la metáfora de la Europa-fortaleza. El SIVE es la intangible muralla interior, el Estrecho, el foso donde se ahogan los desafortunados. Ceuta y Melilla son, con su perímetro vallado, dos torres avanzadas.⁵⁵⁷

“En la práctica son muchos los extranjeros que entran y permanecen irregularmente en los territorios de los distintos Estados sin cumplir los trámites legalmente establecidos. Aun cuando

⁵⁵⁷ AUBARELL, G., y ROCA, A., (2003). *Perspectivas de la inmigración en España. una aproximación desde el territorio*, Barcelona, Icaria Editorial, pág. 92.

es difícil conocer con exactitud el número de inmigrantes ilegales existentes, es un hecho constatado que su magnitud es considerable, por lo que su reducción se ha convertido en una prioridad política tanto a nivel estatal como de la Unión Europea. La existencia de un gran número de trabajadores inmigrantes que acceden al mercado laboral sin seguir los cauces legalmente establecidos al efecto, pone de manifiesto el fracaso práctico de las políticas nacionales de inmigración.”⁵⁵⁸

Por tanto, como políticas migratorias el control y la seguridad se han incrementado de modo significativo en España y la mayoría de los países de la Unión Europea. La ordenación de los flujos migratorios laborales es un desafío para los países que tienen el deber de atender las necesidades de aquellos trabajadores extranjeros potenciales para su mercado laboral, además de garantizar el control de los mismos.

“En la actualidad, las migraciones están marcadas por la omnipresente mano económica de la globalización, cuyo efecto impacta a todos los niveles, incluso al jurídico. Que la variable económica adquiera un papel capital al abordar la cuestión de los flujos migratorios es la excusa para gran parte de las reducciones de las libertades de que son objeto los extranjeros, en su dimensión de inmigrantes, en los modernos ordenamientos jurídicos de estados de derecho como el español. En efecto, España es un buen ejemplo de cómo el paso acelerado de país de emigración al de inmigración se ha traducido en un progresivo endurecimiento de su normativa de extranjería, destinada a controlar los flujos legales de entrada y el estatuto jurídico de aquellos que quedan al margen de otros regímenes privilegiados como el comunitario.”⁵⁵⁹

El visado es un mecanismo aplicado para el control de los flujos migratorios. La Unión Europea es quien tiene competencia para definir los criterios, condiciones y procedimientos y los países que la conforman se encargan del control en sus fronteras y aplicación de las medidas concretas de admisión. En España, la incidencia del visado es importante debido a la doble frontera nacional y comunitaria, en cuanto a Iberoamérica y África.

“1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España.

2. Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en

⁵⁵⁸ AGUILERA, R., (2006). *El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo. Los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral*, Madrid Universidad Complutense de Madrid, pág. 176.

⁵⁵⁹ SOLANES, A., (2008). *¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España*, Universitat de València, pág. 3.

España o desde que se conceda la autorización, respectivamente. Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de un visado de residencia y trabajo de temporada. Reglamentariamente se desarrollarán los supuestos en que se podrá obtener dicha tarjeta de identidad cuando se haya concedido una autorización para permanecer en España por un periodo no superior a seis meses.

3. Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de Febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.”⁵⁶⁰

De modo que, el visado garantiza que los extranjeros ingresen a España, ya legalizados desde su país de origen y es obligatorio obtener la tarjeta de identidad de extranjero (TIE) en el plazo de un mes si la estancia en el país es superior a los seis meses. La tarjeta de identidad del extranjero tiene como finalidad servir de documento personal que acredita la situación legal del extranjero, la misma es intransferible y garantiza su estancia en España.

“El objetivo de los acuerdos bilaterales ha sido la regulación de forma ordenada y coherente de los flujos migratorios laborales, el impulso de la cooperación, así como la prevención de la inmigración irregular y de la explotación laboral de los trabajadores. Los acuerdos regulan los procedimientos, normas y principios para la contratación de trabajadores incluyendo la preselección, la selección y la formación en el país de origen, además de prever la coordinación de programas de apoyo al retorno voluntario. Además de ampliar los países con los que se suscribían estos acuerdos bilaterales también se trabajó en la mejora de los acuerdos ya existentes con Bulgaria, Marruecos, Colombia y Ecuador, especialmente en el perfeccionamiento de los mecanismos de selección y formación en origen. La principal novedad fue concebir estos acuerdos desde un enfoque integral de la política migratoria que incorporase en el proceso de ejecución a los países de origen. Control de flujos, cooperación al desarrollo y mercado de trabajo confluyen en una acción única, novedosa y pionera en el contexto europeo. Esto supuso también la directa vinculación de la llegada de inmigrantes con las necesidades de mano de obra, o lo que es lo mismo, la laboralización de los flujos”⁵⁶¹.

Los permisos concedidos, tanto a los trabajadores por cuenta ajena en sentido estricto, como a los trabajadores por cuenta propia, tendrán un período de validez establecido previamente por los Estados, no pudiendo exceder los tres años, renovables durante períodos que no superen ese límite, previa solicitud del interesado tres meses antes de la fecha de vencimiento. Además, dichos permisos estarán sometidos a una restricción inicial de dependencia a actividades o ámbitos profesionales específicos, en el caso de los trabajadores por

⁵⁶⁰ Artículo 4 de 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.

⁵⁶¹ FERRERO, R., y LÓPEZ, A., (2009) .Nuevas dinámicas de gestión de las migraciones en España: el caso de los acuerdos bilaterales de trabajadores con países de origen. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Número 80, Junio 2009, pág. 128.

cuenta ajena y a actividades por cuenta propia o a campos específicos, en el caso de trabajadores por cuenta propia. Es posible, además, que los Estados limiten los permisos a la realización de actividades en una región determinada. Tales restricciones desaparecerán a los tres años.

En cuanto a los permisos de trabajo por cuenta ajena, los períodos de validez son los siguientes:

- Para los trabajadores temporeros, el permiso será de un máximo de seis meses por año natural, caducado el cual deberán regresar a un tercer país. Su prolongación no podrá exceder el máximo de esos seis meses, pero se podrán expedir permisos de residencia que cubran, en un acto administrativo único, hasta cinco años de trabajo temporal sucesivos.

- Para los trabajadores transfronterizos, el permiso tendrá la misma validez que el permiso concedido a trabajadores por cuenta propia o ajena propiamente dicha, es decir, tres años, con la única peculiaridad de que no concederá a su titular el derecho a residir en el Estado miembro emisor del permiso.

- Para los trabajadores destinados a otro país por la empresa para la que trabaje, el permiso tendrá una duración igual a la solicitada, pero no podrá superar nunca un máximo de cinco años. Ahora bien, tal permiso sólo se concederá si se demuestra que el trabajador en cuestión es una persona clave en la entidad jurídica en el otro país, por trabajar como directivo o con capacidad ejecutiva y un especialista con conocimientos esenciales para el servicio de establecimiento, equipo de investigación, técnicos o de gestión.

- Para los aprendices, el permiso de residencia no será superior a un año, aunque podrá ampliarse por el tiempo necesario para obtener un título profesional reconocido por el Estado miembro en que esté desarrollando la actividad.

- Para aquellos nacionales de terceros países que realicen actividades por cuenta ajena dentro de un programa de intercambio juvenil o movilidad de jóvenes el permiso se concederá, como máximo, para un año, pudiendo ampliarse, excepcionalmente, si un programa del mismo tipo prevé tal posibilidad.

“En los procedimientos de regularización llevados a cabo en España entre los años 1985 y 2001 ha existido una clara desconexión entre los requisitos exigidos y la situación laboral del extranjero irregular. Así, en todos ellos, con la excepción del proceso de regularización de 1996, se ha procedido a la concesión del permiso de trabajo correspondiente con independencia de si el extranjero irregular contaba con una oferta de trabajo. En el proceso de regularización de 1996 se exigió dicha oferta para la concesión del permiso de trabajo, sin embargo la oferta de trabajo podía no llegar a materializarse en un contrato de trabajo pues no se exigía ninguna prueba posterior de su existencia; bastaba con acreditar que en el momento de la solicitud se

contaba con una oferta firme de empleo sin ningún otro requisito adicional, de manera que la oferta de empleo no era vinculante para los empresarios.”⁵⁶²

El proceso de regularización del año 2005 se originó por la cantidad de extranjeros en situación irregular en España. Este proceso se denominó de normalización y se caracterizó por vincular la concesión de las autorizaciones de residencia y trabajo a la existencia de una futura relación laboral. Por tanto, en este proceso se exigió a los empresarios la presentación de la solicitud de autorización, solicitud que antes era realizada por el ciudadano extranjero.

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

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

b. A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual. A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa.

c. Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.”⁵⁶³

Por tanto, la autorización de residencia por razones de arraigo laboral se podrá otorgar si el trabajador extranjero acredita una permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años y reunía los siguientes requisitos:

- No poseer antecedentes penales en España y en su país de origen o de anterior residencia por delitos contemplados en el ordenamiento español.

- No tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en el espacio territorial de los Estados miembros del Espacio Schengen.

⁵⁶² AGUILERA, R., (2006) *El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: Los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, pág.184.

⁵⁶³ Artículo 45. 2 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

- Demostrar la existencia de relaciones laborales en España cuya duración no sea inferior a un año.

En conclusión, se tiene que las acciones y actividades efectuadas por las instituciones europeas han sido significativas y abarcan los diferentes aspectos referidos a la lucha contra la inmigración irregular. Esto es un síntoma de la importancia que tiene para la Unión Europea y es muy significativa la acción que realizar la Comisión en forma de Comunicaciones y otros actos que permiten determinar las carencias o fallas en el ámbito legal y también fomentar el compromiso por los Estados miembros.

La acción de las instituciones de la Unión Europea se centra especialmente en mejorar el control de los ciudadanos que ingresan a la Unión Europea. Los esfuerzos normativos se están concentrando en definir los requerimientos y las condiciones exigidas a los nacionales de terceros Estados y en mejorar la gestión de los flujos migratorios. Los requisitos exigidos para cruzar las fronteras exteriores tienen su fundamento en la ausencia de controles internos al movimiento de personas entre los Estados miembros.

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, establece en el artículo 36:

“1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente.

2. La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad.

3. Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión de la autorización se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente y, si las leyes así lo exigiesen, a la colegiación.

4. Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del

contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización (...)⁵⁶⁴

En este sentido, los hijos mayores de 16 años del ciudadano extranjero que ha optado por la reagrupación familiar, tienen derecho al permiso de trabajo de manera automática, al igual que el cónyuge o la pareja de hecho.

1.9. RÉGIMEN DE ENTRADA PERMANENCIA Y SALIDA DEL TERRITORIO ESPAÑOL DE LOS INMIGRANTES EXTRACOMUNITARIOS.

El régimen de entrada depende de que exista convenio internacional regulador⁵⁶⁵ ratificado por España, constituyendo uno de los requisitos previos para determinar la situación del inmigrante en nuestro país y poder regularizar su situación. Estos requisitos son establecidos por el Estado, al tratarse de un derecho fundamental no incluido en el Art. 13.1 de nuestra CE tal y como señalan entre otras las STC116/1993 de 29 de Marzo y STC 72/2005 de 4 de Abril. En consecuencia, nos encontramos ante un derecho exclusivo de los españoles tal y como se desprende del Art. 19 de nuestra Carta Magna *“Los españoles tienen derecho a(...) entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”*

Todo ello, sin perjuicio de que pueda extenderse su ejercicio a los extranjeros que cumplan los requisitos exigidos en la Ley. De modo que, el extranjero extracomunitario que pretenda entrar en nuestro país, deba hacerlo a través de las fronteras exteriores y el horario establecido⁵⁶⁶

Otra forma de acceder dicho extranjero, al territorio español es a través de las fronteras interiores, en tal caso, tiene un plazo de 72 horas para comunicarlo ante la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía (Art. 22 del Reglamento en caso contrario, si no abandona voluntariamente el territorio Schengen será expulsado del territorio conforme a la normativa establecida por dicho Estado. Sólo se admite excepcionalmente la entrada ante una autorización extraordinaria

⁵⁶⁴ Artículo 36 de 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.

⁵⁶⁵ DE LA VILLA GIL, L. E., (2007). *Comentario al Reglamento de Extranjería*. Dir. por RAMOS QUINTANA M. I., edit por Lex Nova, Valladolid, pág 89.

⁵⁶⁶ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., (2005). Régimen aplicable a los extranjeros comunitarios y asimilados, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, A.; (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y Formularios)*, Murcia, Diego Martín Librero Editor, pág. 113.

concreta y siempre que existan acuerdos internacionales con dicho país. (art.1.2 del Reglamento previsto en el RD 2393/2004 de 30 de Diciembre que desarrolla la Ley 14/2003)

En cualquiera de los casos, el denominador común que se exige en cualquiera de los países que integran la UE, para el acceso a su territorio de un sujeto no comunitario son fundamentalmente dos:

- Pasaporte.
- Visado.

En relación con el primero conviene realizar algunas precisiones⁵⁶⁷. Esta exigencia puede no ser preceptiva en el supuesto de que exista Convenios con algún país que le exima esta obligación (normalmente sometido al principio de reciprocidad). En cualquiera de los casos debe permitir el retorno al país que los expidió. Siendo obligación del titular del mismo su conservación y solo puede ser privado de la misma en los supuestos regulados en la LO 1/1992 de 21 de Febrero sobre Seguridad Ciudadana. Tal y como dispone el Art. 11 de dicha Ley que expresamente señala” *Los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes. No podrán ser privados de esta documentación salvo en los mismos supuestos previstos para el Documento Nacional de Identidad. “Además existe obligación por parte de los transportistas de comprobar la validez y vigencia de pasaporte y visados, antes de iniciar la salida y de no permitir el embarque de los pasaportes cuya documentación no sea correcta, pasando a convertirse el transportista en el cuasi encargado del control de fronteras*⁵⁶⁸

Con respecto al visado, es un documento administrativo preceptivo en cualquier país del mundo para poder entrar en su territorio. El origen del modelo que actualmente se sitúa en la Proposición no de Ley⁵⁶⁹ relativa a la situación de los extranjeros en España, en la que se fijaron las líneas básicas de política migratoria española en ese momento, y en cuyo punto tercero se instaba al Gobierno a “*desarrollar la utilización del visado como instrumento de orientación de la política migratoria*” medida que permitía reforzar la capacidad de control de entrada de extranjeros y evitar flujos desordenados de inmigrantes.

⁵⁶⁷ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ M. A., (2001). *La entrada y salida de los extranjeros del territorio español, en el nuevo derecho de extranjería*, RODRÍGUEZ BENOT, A.; y HORNERO MÉNDEZ C.; (coord.) Comares. Granada, págs. 187-210.

⁵⁶⁸ AGUEDO NAVARRO P., y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A., (2001). *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, pág. 852.

⁵⁶⁹ Adoptada por el Congreso de los Diputados de 9 de Abril de 1991, BO CG., Congreso de los Diputados, IV Legislatura, núm. 165.

En cuanto a la exigencia de visado⁵⁷⁰, los Estados miembros son libres de exigir o no un visado a los nacionales de los países terceros así como determinar si los apátridas y los refugiados reconocidos deben estar provistos de visado. En la actualidad, los extranjeros extracomunitarios⁵⁷¹ que quieran acceder al territorio Schengen deben proveerse de un visado⁵⁷² en el momento de cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros.

Asimismo con la finalidad de reforzar la eficacia del visado y como complementario al mismo se constriñe a los ciudadanos extracomunitarios a deberá presentar al consulado los documentos de un seguro personal y otros de garantía, junto a un acta notarial de invitación de la organización o persona que lo recibirá en el país de destino. El seguro deberá cubrir los gastos de asistencia médica, asistencia hospitalaria, repatriación médica y repatriación de restos mortales, en caso de haber un incidente, además de la repatriación por motivos jurídicos legales.

De otro lado, en la actualidad se está estudiando por parte del Consejo Europeo la regulación unitaria por la UE sobre la implantación de un *Sistema de Información de Visados*⁵⁷³, con objeto de regular el intercambio de datos entre los Estados miembros sobre visados de corta

⁵⁷⁰ El Reglamento (CE) N° 539/2001 del Consejo de 15 de Marzo de 2001, define el término <visado> como una autorización expedida por un Estado miembro o una decisión tomada por un Estado miembro, exigida para entrar en su territorio con objeto de:

- permanecer en dicho Estado miembro o en más Estados miembros, durante un período cuya duración total no exceda de tres meses.
- O bien, para transitar por el territorio de dicho Estado miembro o de varios Estados miembros, con exclusión del tránsito por la zona internacional de los aeropuertos y de los traslados entre aeropuertos de un Estado miembro.

⁵⁷¹ Si bien, están exceptuados de esta obligación los nacionales de terceros países que figuran catalogados en el Anexo II del Reglamento (CE) N° 539/2001 del Consejo de 15 de Marzo de 2001 y que en la actualidad lo componen 42 países: Andorra, Argentina, Australia, Bolivia, Brasil, Brunei Darussalam, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Corea (República de), Costa Rica, Croacia, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos de América, Estonia, Guatemala, Honduras, Hungría, Israel, Japón, Letonia, Lituania, Malasia, Malta, México, Mónaco, Nicaragua, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, República Checa, Rumania, San Marino, Santa Sede, Singapur, Suiza, Uruguay, Venezuela. (Frente a 101 países que es preceptivo visado para entrar en el territorio de la UE).

⁵⁷² Se exime de la obligación de presentar visado a los países que figuran exceptuados en el Reglamento (CE) N° 539/2001 del Consejo, siempre y cuando acrediten que su estancia es como turistas por un plazo máximo de tres meses presentando un pasaporte en regla, un billete de avión con la vuelta cerrada y 2.000 dólares en efectivo.

⁵⁷³ Reglamento (CE) N° 539/2001 del Consejo de 15 de Marzo de 2001) establece el Sistema de Información de Visados (VIS), a través del cual se procede al intercambio de datos sobre visados entre los Estados miembros, permitiendo de este modo a las autoridades nacionales autorizadas incorporar y actualizar datos sobre visados y consultarlos electrónicamente. Si bien, a nuestro juicio el problema fundamental del sistema lo constituye la posible violación que de su mal uso pueda acometer en relación con los derechos individuales, ya que si parte de los registros pueden permanecer en los Estados nacionales, habrá que fijar un tiempo máximo de consulta para que no sea utilizados esos datos para otros fines. por lo que las inspecciones deberían hacerse de forma periódica y por personal especializado que sea funcionario ya que si se incurre en el error de encomendar esta gestión a una empresa privada, la inseguridad es Mayor creando una posible disfunción entre el fin por el cual se crea el sistema y la finalidad última a la que se destina.

duración, incluyendo las decisiones de conceder, denegar, anular o prorrogar el visado. A este fin se prevé establecer un sistema interconectado al que tendrán acceso las autoridades competentes y en el que se introducirán todos los datos relativos a las solicitudes, incluyendo los datos biométricos⁵⁷⁴ del solicitante (fotografía y huellas digitales). La finalidad de este nuevo sistema es eliminar el *visa-shopping*, mejorar la seguridad interna⁵⁷⁵ de los Estados miembros, prevenir casos de fraude en materia de inmigración ilegal y facilitar los controles en las fronteras exteriores. En definitiva crear una política eficaz de visados, sin afectar a la autonomía propia de cada Estado para fijar unilateralmente a que países se les exige visado, sin perjuicio del respeto a la normativa fijada por la UE en la materia preceptiva para los países integrantes del territorio Schengen.

Pero sin lugar a dudas, lo más novedoso es agregar al visado una función complementaria, de modo que, además de servir para presentarse en un puesto fronterizo y autorizar su entrada sirve también para permanecer en la situación para la que se expidió y en su caso, trabajar en nuestro país. Estableciendo el Art. 6 del Reglamento, una serie de excepciones a su exigencia basadas en Acuerdos bilaterales, estar en posesión de tarjeta de residencia o de autorización de residencia independientemente de su naturaleza, tener la condición de refugiado o ser miembro de tripulación y tenga documento acreditativo de dicha condición.

En cualquiera de los casos debía de acreditarse el fin de la estancia en nuestro país STSJ Madrid de 20 de Mayo del 2003, que denegó la entrada del turista basándose en que no sabía donde iba a alojarse e incluso lo que le costaba pero actualmente en cambio sólo se le pide justificar documentalmente el motivo de su visita cuando exista dudas sobre la causa de entrada en nuestro país, tal y como pone de manifiesto la STS de 1 de Abril de 2005. Cabe también excepcionalmente cuando sean apreciadas razones humanitarias, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España permitir la entrada de conformidad con lo previsto en el Art. 25.4 de la Ley y su correlativo Art. 4.2 del Reglamento de desarrollo. Esta excepcionalidad

⁵⁷⁴Según información del *periódico el País* de 12-05-2005. Se prevé que la introducción de implantarán dos identificadores biométricos, el reconocimiento facial y la impresión digital deberán estar registrados en el futuro Sistema de Información de los Visados (VIS) para la expedición de visados a finales del 2006. Además estos identificadores serán introducidos en los títulos de residencia y pasaportes en todos los países de la UE, a partir de finales de 2008.

⁵⁷⁵ En concordancia para conseguir una mayor seguridad en los Estados miembros de la UE. En España a través del Real Decreto 1553/2005, por el que se regula la expedición del DNI adaptando a las actuales tecnologías. Así el nuevo DNI llevará incorporado un chip que acreditará electrónicamente la identidad de su poseedor y le permitirá utilizar la firma electrónica de documentos. Por su parte, se pretende que esta tarjeta Nacional de identidad electrónica sea compatible con otras de nuestros vecinos europeos con el fin de conseguir una armonización en los datos e identificación de los sujetos contenida en la misma. En este sentido, se han iniciado unos programas conjuntos entre Francia y Alemania y otros distintos se han elaborado por Italia, España y el Reino Unido.

debe ser apreciada caso por caso, al tratarse un concepto jurídico indeterminado (STS de 22 de Febrero de 1991 y de 30 de Mayo de 1991)

Asimismo debe acreditar medios económicos durante el periodo de permanencia en España, que a partir de la entrada en vigor de la Orden PRE/1283/2007, de 10 de Mayo, esta será de viajar con un mínimo de 513 euros, a lo que hay que seguir adicionando 57 € por día. Además debe tener recursos para regresar al país de procedencia o para trasladarse en tránsito a terceros países, este hecho se acreditará disponiendo de billetes nominativos, intransferibles y cerrados en el medio de transporte que pretendan utilizar. También debe presentarse un certificado sanitario expedido en el país de procedencia o someterse a los servicios de reconocimiento medio españoles, pero este requisito es potestativo dependiendo en la práctica del funcionario de turno. Su regulación viene recogida en la Disposición Adicional 7ª que mantiene su vigencia. A lo que debemos añadir que, el extranjero no debe estar incluido en uno de los motivos de denegación de entrada previstos en el Art. 10 del Reglamento y cuyos motivos fundamentales podemos sintetizar en los siguientes: expulsión, reclamación por causa criminal, provisión expresa o por que así lo prohíba algún Convenio Internacional del que nuestro país sea parte.

Además la citada Orden en vigor desde el 10 de Mayo, mantiene determinados requisitos como son: pasaporte vigente, que no se vaya a vencer en el plazo de los 120 días siguientes al del ingreso a España; DNI vigente; pasaje de ida y vuelta (el regreso debe estar fijado en un plazo máximo de 90 días); seguro de viaje y asistencia sanitaria con cobertura internacional mínima de 30 mil euros. Modificándose la cuantía económica exigida a los extranjeros extracomunitarios que pretendan entrar en España (anteriormente analizada) y añadiéndose un nuevo requisito “*la Carta de Invitación*” En ningún caso, esta suplirá la acreditación por el extranjero de los demás requisitos exigidos para la entrada, ya que únicamente justifica el requisito relativo al hospedaje. Esta debe dirigirse a la Comisaría de Policía, debiendo de acreditarse en la misma los datos del hospedante y hospedado, motivo de la invitación, relación entre ambos, acreditar propiedad o arrendamiento de donde se va a hospedar durante su estancia y una vez aprobado se deben abonar las tasas correspondientes a los costes de su expedición.

Denegada la entrada por el funcionario y siempre que dicha decisión no ha sido revocada se procederá al retorno hacia el país de origen u otro que lo admita, dictado por la autoridad gubernativa, sin embargo, a pesar de tratarse ámbitos competenciales diferentes, en la práctica esta función aparece unificada en el jefe del puesto fronterizo donde se realizó la entrada irregular⁵⁷⁶. Sostienen la postura del retorno del extranjero si se produce la denegación de

⁵⁷⁶ HEREDIA FERNÁNDEZ, S., (2001). *La entrada en España y las situaciones de los extranjeros en España. Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*. MOYA ESCUDERO (coord.), Comares, Granada, págs. 35-51 y 52-72.

entrada entre otros pronunciamientos STS 16 Junio de 2004 y de SSTSJ Madrid de 16 de Enero de 2003 entre otras.

En consecuencia, la tramitación del visado se simplifica, centralizándose todo en el país de origen, anteriormente había que solicitar primero el visado en origen y después la autorización de residencia en España. Uniéndose toda la tramitación. Actualmente los tipos de visados se contienen en títulos relativos a las distintas situaciones en las que puede encontrarse un extranjero en España: tránsito, residencia, estudios, etc.⁵⁷⁷. De lo que se deduce que el visado es un instrumento en la política de inmigración(a través de la gestión de flujos migratorios), de la política económica y de la seguridad ciudadana, que únicamente permite franquear la frontera, pero su titular debe acudir a la administración competente para solicitar la correspondiente autorización de residencia⁵⁷⁸.

Asimismo una de las novedades más singulares que presenta la Ley 14/2003, es la desaparición de la vía de exención de visado, cuyos destinatarios eran los extranjeros que ya se encontraban en nuestro país, por razones excepcionales que justifican dicho trato.⁵⁷⁹ Refiriéndose al visado de residencia temporal por circunstancias excepcionales previstas por la vigente ley de extranjería, en su Art. 31.1, siendo los motivos admisibles para dicha excepción: arraigo, razones humanitarias, colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales. En cualquiera de los casos, va a ser la casuística ofrecida por la jurisprudencia la en cada caso, ya que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, la que va a determinar cuando procede dicha excepción, como regla general los motivos comunes admitidos son: reagrupación (SSTS 6 de Mayo de 2000 y 5 de Junio de 2002 entre otras; ser cónyuge de español donde además no se va a exigir convivencia (SSTS de 31 de Octubre de 2000 y de 1 de Febrero de 2001); ser extranjeros previamente residentes(STS de 18 de Diciembre de 1995 y de 13 de Marzo de 1998);y por enfermedad(STS de 11 de Diciembre de 1995).

A continuación procederemos a analizar de forma pormenorizada las diferentes situaciones en la que se pueden encontrar los extranjeros extracomunitarios en nuestro país. En primer lugar, procederemos al estudio de la situación en transito, cuya definición la ofrece el propio Reglamento de la Ley al margen del ámbito de los visados y que define expresamente en

⁵⁷⁷ LIRONA DELGADO, I., (2004). *El proyecto del Reglamento de Extranjería de la LO 4/2000 de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, edit La Ley, Nº 6144,10 de Diciembre, pág 2.

⁵⁷⁸ RODRÍGUEZ-DRINCOURT ALCAREZ J., (2007). *Comentario al Reglamento de Extranjería*, cit pag 109.

⁵⁷⁹ Estudio interesante es el realizado por ESPLUGUES MOTA, C., y LORENZO SEGRES, M., (2007) *Legislación de Extranjería*, Tirant Lo Blanch. 2ª Edición., Valencia, Junio, pág. 197 en adelante.

su Art. 21 como” *aquellos extranjeros que se encuentran habilitados, bien para atravesar el espacio Schengen en viaje desde un tercer Estado hacia otro Estado que admita a dicho extranjero, bien para permanecer en la zona de transito internacional de un aeropuerto español, sin acceder al territorio nacional durante escalas o enlaces de vuelos”*

Hay que distinguir dos tipos de transito, el primero territorial que habilita para atravesar el territorio Schengen en tránsito de viajes y cuya duración no puede ser superior a cinco días y en segundo lugar, el aeroportuario que habilita a permanecer en la zona de transito internacional de un aeropuerto español, sin acceder al territorio nacional, durante el tiempo de enlaces de vuelos. Ambos tipos figuran recogidos en el Art. 22 del vigente Reglamento⁵⁸⁰

En relación con el visado de estancia, es aquel que habilita la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días⁵⁸¹, sin perjuicio de lo dispuesto para los estudiantes. Este tipo de visado se subdivide a su vez en función de su finalidad en: estancia múltiple, cortesía, desplazamiento temporal de menores extranjeros con la finalidad de escolarizarlos, búsqueda de empleo y de estudios (Art. 30.1 de la ley) Nuestro análisis lo centremos en los dos últimos ya que los demás continúan con idéntico contenido. Con respecto a la situación del estudiante extranjero, esta ha ido evolucionando y actualmente se le califica su situación como de estancia de naturaleza especial, dado que su duración excede de noventa días, sin embargo, existe una clara contradicción entre este articulado y la Directiva del Consejo 2004/114/CE de 13 de Diciembre referente a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, practicas no remuneradas o servicios de voluntariado, ya que en el Art. 12.1 de la citada disposición, se dispone expresamente que al estudiante le será expedido un “*permiso de residencia*” por un periodo de al menos un año, con cual existe una clara contradicción entre esta norma transpuesta del derecho europeo y el derecho interno regulado en la actual ley de extranjería. Anteriormente se utilizaba este visado para adquirir la nacionalidad española en base al Art. 22 del Cc que exigía que la permanencia había de ser legal, continuada inmediatamente anterior a la solicitud pero tal y como ha mantenido la STS de 19 de Septiembre de 1988, no es valido cualquier estancia aunque esta sea legal sino que ha de tratarse de una residencia que corresponda al titulo por la

⁵⁸⁰ CAMPUZANO DÍAZ, B., (2005). *Transito, estancia y residencia en España...Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, SÁNCHEZ RODAS NAVARRO C., (Dir) ALONSO BURON J. C., (coord.) Ediciones Laborum, Murcia, pág. 135-136.

⁵⁸¹ En ocasiones la Administración haciendo facultad de su discrecionalidad, acuerda la expulsión sin que hayan transcurridos tres meses de estancia en nuestro país a una persona que trabaja en un club por encontrarse en situación irregular en nuestro país y realizar una conducta tipificada como muy grave en base al art 57.1 apartados a)b)c)d)f).Expediente sancionador 390020080006479 citado por la Delegación de Gobierno de Cantabria el 7 de Julio del 2008.

que se expidió. Planteándose el problema doctrinal por Moya Escudero⁵⁸², de que en base a la Directiva alegada pueda solicitar el estudiante extranjero pueda adquirir la nacionalidad española por residencia, por razones de estudios tal y como se ha pronunciado el fallo del STJE de 15 de Marzo del 2005(Asunto C-209/03).

Con respecto al visado de estancia para la búsqueda de empleo, su implementación en nuestro país ha sido reciente, en concreto mediante Resolución de 11 de Enero del 2002, a través del contingente. Y ha sido al LO 14/2003, la primera regulación legal que recoge nuestro derecho y en concreto, se plasma en el Art. 39.3 de la ley cuya dicción literal es la siguiente "*El contingente podrá establecer un numero de visados para búsqueda de empleo dirigido a hijos y nietos de españoles de origen*" Este apartado se refiere al establecimiento de un trato de favor a los anteriores destinatarios ateniendo a vínculos de descendientes en primer grado con nuestro país después, en el párrafo 4 del mismo artículo, se establece que "*el contingente podrá establecer un número de visados para la búsqueda de empleo dirigidos a determinados sectores de actividad u ocupaciones en las condiciones que se determinen.*" En este caso, se admite con el fin de favorecer la contratación en actividades u ocupaciones que presenten problemas de ser cubiertos. Y por último en el apartado 5 del mismo artículo se fijan los requisitos y límites⁵⁸³ a los que esta sometido este visado: duración de tres meses, permite inscribirse a su titular en el INEM, obligación de que sino consigue empleo durante dicho plazo retorna al país de origen, de no hacerlo, se le penaliza a no poder obtener una nueva autorización de trabajar en el plazo de 2 años y por último este visado su ámbito espacial es muy restrictivo "*a los países con los que España tenga suscrito acuerdos sobre regulación de flujos migratorios,*"de lo que se deduce que el resto de países, quedan expresamente excluidos⁵⁸⁴ (Creemos que este es un permiso desaprovechado que debería extenderse a cualquier persona extranjera arbitrando un mecanismo de entrada en el país sin contrato para, otorgando un tiempo prudencial para la búsqueda de un trabajo, siendo este sistema mas próximo a la realidad del flujo migratorio que la contratación en origen).

Junto al visado para la búsqueda de empleo dirigido a hijos y nietos de españoles previsto en el art 82 del RD 2393/2004, se recoge en el mismo artículo cuestiones procedimentales de la contratación de extranjeros que son titulares de un visado para la búsqueda de empleo en su

⁵⁸² MOYA ESCUDERO, M., (2003) Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España, *Rev. La ley Wolterskluwer*, Mayo, pág. 329.

⁵⁸³ CANO BAZAGA, E., (2001). *Las situaciones de los extranjeros en España. El nuevo derecho de extranjería.* RODRÍGUEZ BENOT A., y HORNERO MÉNDEZ, C., (coord.)Comares, Granada, pág 223.

⁵⁸⁴ RODRÍGUEZ BENOT A., y YBARRA BORES A., (2005). *Derecho de extranjería: un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España.* En *La situación de de los extranjeros en España* (coord.) SÁNCHEZ JIMÉNEZ , M. A., Diego Martín Librero. pág. 386.

apartado 4, que remite la documentación requerida al art 51.2 del mismo texto, exigiéndose la afiliación y alta del trabajador con el fin de evitar ofertas ficticias, para lo cual se le concede el plazo de un mes. Sin embargo, a nuestro juicio la ley comete el error de no señalar los efectos del incumplimiento empresarial de esta obligación así como tampoco se impone sanción para denegarles ulteriores solicitudes de autorización si no alega justificación alguna de su omisión, como si en cambio si se establecen en la disposición transitoria tercera referida la proceso de normalización. Por ultimo este tipo de visado, al no estar contenido dentro de los supuestos de exención de visado de la valoración de la situación nacional de empleo, esta sometido a este limite material pero no ocurre lo mismo con el mismo visado dirigido a hijos y nietos de españoles de origen que quedan al margen de dicho límite⁵⁸⁵

A continuación analizaremos la situación de residencia de los extranjeros en España y para ello, en primer lugar, precederemos a ubicar en la actual ley de extranjería en los arts 30.1ª,30 bis.1ª,31.1ª y 32.1ª donde se deduce que la residencia es la permanencia en territorio español por un periodo superior a noventa días al amparo de una autorización administrativa dividiéndose en dos tipos: temporal e indefinida, para la primera la permanencia no podrá superar los cinco años ni ser inferior a noventa días; para la segunda, la permanencia es con vocación de ser indefinida. A su vez, el elemento diferenciador entra esta figura y la estancia, la define nítidamente CANO BAZAGA, es que la primera implica un mayor grado de vinculación con España que la mera estancia en nuestro país.

Además permite el desempeño de actividad profesional siempre que se este autorizado para ello. En el caso de tratarse de residencia temporal este puede realizar actividad laboral o lucrativa, en tal caso debe tener medios económicos suficientes para garantizar su subsistencia (STS de 19 de Octubre de 1993) y en tal caso el visado tendrá una duración de un año renovable como máximo hasta cinco. En cualquiera los casos los motivos por los que se concede su expedición son los siguientes:

- a) Reagrupación familiar.
- b) Trabajo por cuenta ajena
 - de duración indeterminada
 - determinada
- c) Trabajo por cuenta propia
- d) Trabajo en una prestación trasnacional de servicios.

⁵⁸⁵ CAMOS VICTORIA, I., (2007). *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, dirigido por RAMOS QUINTANA, M. I., Lex Nova, Valladolid, págs. 509-513.

- e) Residencia temporal en virtud de supuestos excepcionales.
- f) Residencia temporal por arraigo.
- g) Residencia por motivos de asilo o refugio.
- h) Residencia por razones humanitarias.
- i) Por razones de colaboración con las autoridades españolas.
- j) Supuestos excepcionales a los que no se les va a exigir autorización de trabajo.

Para el primer caso, se exige vínculo de parentesco directo en primer grado con el reagrupante y que este lleve residiendo legalmente en nuestro país un año y tenga autorización de residencia para al menos otro año más. Asimismo el reagrupado puede solicitar una autorización de trabajo independiente previo cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts 41 del Reglamento, para lo cual deberá aportar determinados medios probatorios diferentes según sea el grado de vinculación con el reagrupante. Además se exige para cualquiera de estas reagrupaciones que ambos tengan una vivienda adecuada, en el caso de que se pretenda conseguir la renovación de dicha autorización, sea deberá aportar además en el plazo de setenta días anterior a expirar la vigencia de dicha autorización, de que se dispone de un empleo o recursos económicos suficientes para sufragar los gastos de los reagrupados, así como cobertura de asistencia sanitaria. El principal problema que plantea es si este permiso para trabajo de temporada esta configurando como un procedimiento paralelo a los contingentes o integrado en él. La respuesta la da la doctrina que permite que la gestión de este permiso se canalice a través del contingente, si bien, los procedimientos puntuales que respecto de éstos puedan darse, no pueden absorber y eliminar la posibilidad de permisos individualizados ordinarios⁵⁸⁶.

Con respecto a los estudiantes e investigadores, su régimen jurídico viene regulado en el Art. 90 del Reglamento, siendo su regulación muy pormenorizada con el fin de evitar fraudes en su expedición, destacando las siguientes características: a) las actividades deberán ser compatibles con la realización de los estudios y los ingresos obtenidos no podrán tener el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia; b) los contratos deberán formalizarse por escrito, se ajustarán a la modalidad de contrato de trabajo a tiempo parcial; c) en el supuesto de ser a jornada completa su duración no podrá ser superior a los tres meses ni coincidir con los periodos lectivos; d) no tendrá la autorización limitación geográfica salvo que coincida con periodos lectivos; e) su vigencia coincidirá con la duración del contrato de trabajo y no podrá

⁵⁸⁶ BALLESTER PASTOR, M. A., (2004). *Normas e infracciones laborales de extranjería aplicadas al sector agrario (LO de Extranjería RD 864/2001 y LO 14/2003)*, en *Rev. de Relaciones Laborales*, núm. 2, Enero de 2004, pág. 33.

ser superior a la de la duración del visado o autorización de estudios, cuya pérdida será causa de su extinción; e) obligación por parte de éstos si sus estudios o investigación exceden de seis meses de solicitar y obtener tarjeta de identidad de los extranjeros, de conformidad con lo previsto en el artículo 105 del Reglamento. Debiendo siempre cumplir, por lo demás, con los requisitos generales establecidos en el artículo 50 del Reglamento, salvo la consideración de la situación nacional de empleo y la existencia de antecedentes penales, ni tampoco la autorización tendrá limitaciones geográficas, con la excepción de que la actividad laboral coincida con el periodo lectivo, en cuyo caso, obviamente, se limitará al ámbito territorial de su titular. La autorización de residencia o residencia y trabajo concedida tendrá la consideración de autorización inicial. La eficacia de la autorización de residencia y trabajo concedido, estará condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante⁵⁸⁷. Existe, además, un régimen especial de los estudios de especialización en el ámbito sanitario, en el que caben igualmente la realización de actividades lucrativas, según recoge el artículo 91 del Reglamento para los licenciados extranjeros en Medicina y Cirugía, Farmacia, Psicología, Ciencias Químicas y Ciencias Biológicas que estén en posesión del correspondiente título español o extranjero debidamente homologado y realicen estudios de especialización en España, según regulación específica, podrán realizar las actividades lucrativas laborales derivadas o exigidas por dichos estudios de especialización, sin que sea necesario que dispongan de la correspondiente autorización de trabajo, sin perjuicio de la necesidad de comunicación de esta circunstancia a la autoridad competente.

En cuanto a la residencia temporal para trabajar por cuenta ajena con contrato de duración indeterminada, se precisa ser mayor de dieciséis años, residir fuera de España y estar en posesión de un visado de esta naturaleza. Su duración será de un año, salvo para los residentes, cuya duración estará en función del tiempo residido previamente en España. También debe cumplir el requisito de que la situación nacional de empleo permita su contratación, (que puede ceñirse a un territorio determinado y a alguna actividad concreta) que el empresario lo de de alta, que solicite la Tarjeta de Identidad de Extranjero, que se encuentre en posesión de la titulación requerida homologada y que carezca de antecedentes penales en España y en el país que residió anteriormente⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ Este tipo de autorización temporal solo esta prevista para los inmigrantes que tengan su residencia legal en nuestro país, tal y como desarrolla VALDUEZA BLANCO, M. D., (2005). *Aspectos laborales del nuevo Reglamento de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social*, Rev. Relaciones Laborales nº 4 Febrero, pág. 979.

⁵⁸⁸ ESTEBAN DE LA ROSA., (2001). Art. 29. Situaciones de los extranjeros. *Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social*, MONEREO PÉREZ J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., (Direc). Comares, Granada, pags131-154.

En cambio, para solicitar la autorización de residencia temporal por cuenta ajena de duración determina, la actividad debe estar incluida en el catalogo que figura en el Art. 55 del Reglamento de la Ley, su duración coincide con la terminación del contrato, en su defecto, el primer contrato no puede exceder de nueve meses y de un año para los tres restantes, no admitiéndose renovación. Además los contratos deben cumplir todas las formalidades previstas administrativas, tributarias y de Seguridad Social, el empresario se debe comprometer a ofrecer vivienda adecuada al trabajador y este a retornar a su país de origen cuando la prestación de servicios. Las tres actividades previstas en el citado articulado son las siguientes: a) de temporada o campaña; b) de obras o servicios para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de suministro eléctrico, gas, ferrocarriles y telefónicos, instalaciones y mantenimientos de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones, entre otros; c) de carácter temporal realizadas por personal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos.

Otro supuesto distinto, es el que plantea son determinados tipos de contratos que por la naturaleza de la prestación están delimitados a un concreto espacio de tiempo. Y esto ha querido recogerlo expresamente el legislador en el artículo 42 de la LO 4/2000 bajo la denominación de “*régimen especial de los trabajadores por temporada*” que nosotros entendemos inadecuada, por existir otras figuras de contratación que quedan fuera de esta denominación y que, por el contrario, sí están comprendidas en el texto reglamentario. La norma legal está pensando sólo en las campañas agrícolas de temporada, siendo la duración de estos contratos de temporada o campaña coincidirá con la del contrato o contratos de trabajo, nueve meses dentro de un período de doce meses consecutivos. (Artículo 55.2.a), del R. D. 2393/2004 de 30 de Diciembre). La norma recoge una amplia habilitación reglamentaria que les permita a estos trabajadores la entrada y salida del territorio nacional de acuerdo con las características de las citadas campañas. Planteando fundamentalmente problemas la asistencia de los servicios sociales adecuados, debido a los conflictos competenciales entre las Administraciones Publicas donde se prestan, así como obligación por parte de éstas de ofrecer programas integradores referentes a asistencia sanitaria, vivienda, aprendizaje del idioma y a otros de asesoramiento y de información, para lo cual apenas disponen de recursos presupuestarios suficientes para su financiación. Recogiendo la norma de orientar esta contratación preferentemente a los países con los que España haya suscrito acuerdos bilaterales con Colombia, Ecuador y la República Dominicana, además de la existencia de varios programas piloto de contratación de trabajadores en origen con El Salvador, Honduras y Argentina en el año 2008, se ha suscrito un *Memorandum de Entendimiento respecto de esta materia con México* en ocasión de la última cumbre bilateral, quedando pendiente la firma del acuerdo administrativo sobre aspectos de procedimiento que permitirá poner en ejecución el referido *Memorandum*.

Asimismo el citado Art. 55 del Reglamento en vigor, recoge otras tres categorías en función de las siguientes actividades:

a. de obras o servicios para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de suministro eléctrico, gas, ferrocarriles y telefónicos, instalaciones y mantenimientos de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones, entre otros.

b. de carácter temporal realizadas por personal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, así como otros colectivos que se determinen mediante orden del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales a los exclusivos efectos de posibilitar la concesión de este tipo de autorización.

c. para la formación y realización de prácticas profesionales.

Siendo los rasgos más peculiares su temporalidad reducida de un año como máximo y la imposibilidad de renovación del mismo. Además para solicitar permiso para las actividades comprendidas en el apartado a) no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo en los supuestos previstos en los párrafos d) y l) del art. 40 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, que se refieren a los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos, y los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada durante cuatro años naturales. Y en los supuestos contemplados en el apartado b), se requieren además de las condiciones del art. 50, que giran sobre las circunstancias personales del trabajador, la solvencia de la empresa y la validez de la oferta de empleo. Y por último, para los trabajadores en prácticas o formación para obtener la autorización para trabajar es necesario cumplir las condiciones previstas en el art. 50, a excepción de la obligación del trabajador de comprometerse al finalizar el contrato a regresar a su país.

Para el caso de permiso de trabajo por cuenta propia, se exige además del cumplimentar las formalidades legales previstas para los españoles, cualificación profesional, titulación, colegiación cuando fuera requerida, suficiencia económica para la actividad y su sostenimiento económico, carecer de antecedentes penales y su entrada regular en España, debiendo solicitar la renovación en los sesenta días naturales anteriores a la expiración de la autorización, si lo hace después, cabe su renovación pero con la imposición de la correspondiente sanción y si el extranjero autónomo solicita la renovación ante el silencio de la Administración a su solicitud este se entiende positivo.

En el supuesto de trabajador extranjero que pretende que una empresa establecida en un Estado no pertenecientes a la UE, que quiera desplazar temporalmente a España a sus trabajadores, estos han de cumplir los requisitos establecidos por la Directiva 96/71/CE del Parlamento y del Consejo de 16 de Diciembre de 1996, precisando visado de carácter temporal, exigiéndose que el desplazamiento se produzca a cargo de la empresa, que este se realice a un centro de trabajo o empresa que se encuentre en España y que se trate de personal altamente cualificado.

En cambio, para el supuesto que sea de residencia no lucrativa o vinculada a una situación laboral, se trata de supuestos excepciones que requieren que el extranjero se encuentre ya en España y que aprecia la excepcionalidad de la situación. Pero sin lugar a dudas, la figura desde nuestro punto de vista más complicado es la de arraigo cuya regulación viene recogida en el Art. 45.2 de I Reglamento. La ley plantea tres supuestos de arraigo: laboral, social y hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

Para el primero, se exige una residencia continuada de dos años, carencia de antecedentes penales y demostración de haber trabajado al menos un año por cuenta ajena en España además puesto que esta relación laboral debe acreditarse mediante sentencia judicial o acta de Inspección de Trabajo, este procedimiento no se va a llevar a cabo con el apoyo del empresario incumplidor y probablemente termine reduciéndose principalmente a supuestos en los que la Inspección de Trabajo descubre que un empleador tiene extranjeros trabajando a su servicio. En consecuencia, el principal problema que plantea esta figura es la carga de la prueba para el trabajador y que solo es viable desde nuestro punto de vista recurrir al mismo cuando la relación laboral haya finalizado de forma conflictiva, pues las consecuencias para el empresario podrían ser la imposición de la correspondiente multa, y la obligación de abonar todas las cuotas debidas a la Seguridad Social derivadas de dicha relación laboral. Por todo ello, la opción del arraigo social se presenta mucho más efectiva en la práctica.

En el supuesto de arraigo social, a pesar de no contener referencia alguna al trabajo, no por ello deja de tener conexión con dicho mercado, puesto que además de tres años de residencia ilegal, carencia de antecedentes penales y, alternativamente, vínculos familiares con residentes legales o informe del Ayuntamiento que acredite su inserción social⁵⁸⁹, es necesario contar con un contrato de trabajo de al menos un año de duración (o acreditar de que se disponen de medios suficientes para vivir parecería más lógico eximirlo en este supuesto, si el informe del Ayuntamiento recomienda que no se exija el contrato de trabajo otorgando a estas entidades un papel impropio en la emisión de estos informes).

⁵⁸⁹ En el informe se debe hacer constar el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio, sus medios de vida, su conocimiento de las lenguas oficiales, la inserción en redes sociales, los programas de inserción sociolaboral y cualquier otro extremo que acredite el arraigo.

No obstante, es criticable lo restrictivo que resulta esta referencia a los vínculos familiares, refiriéndose exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa. Resultando desde nuestro punto de vista más acertado, haber ampliado estos vínculos hasta parientes con relación de consanguinidad en línea colateral hasta el segundo grado, y se aceptaban junto con los cónyuges a las personas unidas por una relación de análoga naturaleza suficientemente acreditada la norma tal y como proponía el borrador del Reglamento de de 26 de Octubre de 2004. Asimismo otro problema doctrinal se plantea en relación si los requisitos exigidos para este arraigo son cumulativos o enunciativos, Después de constatar la contradicción con el concepto de arraigo recogido en Sentencias del Tribunal Supremo⁵⁹⁰ que conceptúa el mismo como “*los vínculos del extranjero con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral o de otro tipo*”. El Tribunal Supremo se refiere a que se trata de un *numerus apertus*, siendo suficiente con la concurrencia de una sola de ellas, siendo los requisitos del artículo 45 alternativos y no acumulativos⁵⁹¹ En este sentido conviene hacer hincapié en que el actual art 45 del RD 2393/2004, no recoge expresamente la exención de visado que previa el RD 864/2001 de 20 de Julio en su art 49.2.f “*para los extranjeros que acrediten ser ascendientes directos o tutores de un menor o incapacitado, cuando dicho menor o incapacitado sea español, resida en España y viva a sus expensas*”. Es decir, el ser ascendiente de un ciudadano español, es una circunstancia que no recoge el actual reglamento de desarrollo, pero eso no significa que no pueda incluirse dicha circunstancia entre los supuestos excepcionales del art 31.3 de la Lo 4/2000 de 11 de Enero, redactado conforme a las LO 8/2000 y 14/2003 que dispone que, “*la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepciones que se determinen reglamentariamente, no siendo en estos supuestos exigible visado.*” De modo que, a nuestro juicio el citado art 45 del reglamento vigente, a pesar de no recoger expresamente este supuesto, deja un amplio margen para la inclusión de multitud de supuestos como consecuencia de constituir la *circunstancia excepcional* un concepto jurídico indeterminado, incluyéndose en dicho precepto entre otros motivos que pueda ocasionar la concesión de una autorización de residencia, por razones de interés publico. (Recurso contenciosos-administrativo interpuesto contra el procedimiento abreviado 344/07 el 28 de Julio de 2008, de Donostia San Sebastián contra la Sentencia 187/08, en la que se denegaba a la solicitante el arraigo social a pesar de que la recurrente

⁵⁹⁰ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm.9 de Barcelona, dictada el 9 de Noviembre de 2004.

⁵⁹¹ ROJO TORRECILLA, E., y CAMÓS VICTORIA, I., (2005) .La laborización de la inmigración en España .Estudio del Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración. *Rev. Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, núm. 8, Marzo, págs. 83 - 106.

extranjera tenía antecedentes penales en base a que tiene a su cargo a un menor de edad, y cuya guarda y custodia le corresponde tras divorciarse de ciudadano español, concediéndole por este motivo la concesión de la residencia temporal de conformidad con el art 31.3 de la LO 4/2000 anteriormente referenciado).

Y por último el arraigo familiar, para el se exige ser hijos de padre o madre originariamente españoles, aunque expresamente la Ley no lo señala como supuesto para adquirir la residencia provisional, en el art. 45.2 al final si se incluye. Lo más característico es que a primera vista, no parece una figura de arraigo, ya que no se exige una estancia previa en nuestro país pero en la práctica se configura como tal, apareciendo como un arraigo familiar privilegiado y sólo tiene en común con los arraigos la exigencia de la certificación de antecedentes penales de los últimos cinco años, como se desprende del artículo 46.2.a) del Reglamento. Destacando que a diferencia de los otros supuestos de arraigo, donde la finalidad que se pretende es la reconversión a la situación legal de quienes la habían perdido y también la necesitaban los nuevos llegados que trabajaban en situación irregular. En cambio, para este caso, parece que la voluntad del legislador es dotar de cierta preferencia en la concesión de este tipo de permiso a quienes hubieran tenido originariamente algún vínculo de sangre con España, para ello el requisito preceptivo para acogerse es como su nombre indica es ser hijo de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles. Siendo las normas de procedimiento requeridas para su solicitud las siguientes: a)no se requiere visado; b)en cuanto a la documentación exigida el pasaporte, debe estar en vigor, con vigencia mínima de 4 meses; c)en los supuestos en que sea preciso contrato de trabajo, este debe tener una vigencia mínima de un año, condicionado a la entrada en vigor de la autorización de trabajo y residencia solicitado; d)los documentos que prueben los vínculos de parentesco, deben estar debidamente legalizados. [Las dos vías posibles de legalización son: vía consulado español en el lugar del que proceda el documento extranjero; vía apostilla de La Haya, por estar el país emisor del documento y el receptor como firmantes del Convenio de La Haya]⁵⁹²; e) los certificados de antecedentes penales extranjeros, también deben ser legalizados. En cualquiera de los casos, la concesión de las autorizaciones de residencia temporal por arraigo, llevan aparejada una autorización de trabajo durante su vigencia. Constituyendo la figura de arraigo una de las excepciones comúnmente invocadas de la inadmisión a trámite de las solicitudes presentadas por extranjeros contra una orden de expulsión. Además es habitual recurrir el mismo, puesto que el otorgamiento de la autorización temporal tampoco exige la consideración de la situación

⁵⁹² MARTÍNEZ BUITRAGO, A., (2005) .El nuevo Reglamento de Extranjería. aplicaciones prácticas, *Revista A Debate de la Asociación de Graduados Sociales de Cartagena* rubricado N° 7 de Junio, págs. 15-21

nacional de empleo ni límite geográfico o de actividad en el permiso de trabajo ⁵⁹³. Al hilo de lo expuesto, conviene indicar que el nuevo Reglamento de 2001, ha añadido un nuevo tipo de arraigo familiar en el art 122.3, al incluir como supuesto el de los progenitores extranjeros de hijos españoles, cuando el menor conviva y viva a cargo del solicitante de arraigo. A nuestro juicio, los hijos menores siempre se encuentran a cargo de sus padres que están obligados a prestarles alimentos y con los cuales conviven, lo que se está valorando son estas circunstancias para verificar que existe una residencia en nuestro país, de cuyo derecho se es titular por ser padre o madre de un ciudadano español. Por tanto, el legislador no debería extralimitarse en sus funciones y valorar la patria potestad y no la guardia y custodia, ya que si se sigue el tenor de esta disposición no quedaría claro supuestos como la custodia compartida en caso de disolución matrimonial o convivencia de hecho que desaparece ¿en ese caso ambos tendría derecho que se les concediera el arraigo familiar?

Cabría del mismo modo conceder autorización de residencia temporal por razones de asilo y refugio, de conformidad con lo establecido en los arts 31,4ª y 34,1ª, del RED 1325/2003 de 24 de Octubre, llevando en este caso, excepcionalmente anexa a la residencia temporal la de trabajo. El artículo 13 de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado ⁵⁹⁴, establece que la condición de asilo implica la autorización de residencia en España, y la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles así como la expedición del documento de identidad necesario, y en su caso, de viaje. Lo anteriormente expuesto, es también de aplicación para los extranjeros víctimas de delitos tipificados en los arts 311 y 314 del CP; víctimas de violencia de género que cumplan los requisitos previstos en la Ley 27/2003 de 31 de Julio; trata de seres humanos de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de Abril; causa sobrevenida por enfermedad grave; a los extranjeros que acrediten que si se les traslada al país de origen originarios, sufre peligro para su seguridad o la de su familia siempre que en este caso, reúnan el resto de requisitos para obtener una autorización de residencia. En la práctica esta se ha convertido en la vía para la incorporación al mercado de trabajo, justamente denunciando situaciones delictiva, ilegales, o de explotación laboral, ámbito que en la legislación derogada estaba reservado a quienes colaborasen exclusivamente en materia de tráfico ilegal de personas. Por tanto, se admite esta nueva vía para la concesión de este tipo de permiso temporal, que es la de colaboración con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales o cuando concurren razones de

⁵⁹³ AJA, E., (2006). *Inmigración y Derechos de Ciudadanía*. Edita Fundación CIDOB con la colaboración de la Diputación de Barcelona, Servicio de Políticas de Diversidad y Ciudadanía., págs. 2-18.

⁵⁹⁴ Ley 5/1984 de 26 de Marzo, reformada por la Ley 9/1994 de 19 de Mayo, publicadas en el BOE de 27.03.1984 y 23.05.1994, corrección de errores, BOE 2.06.1994.

interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de otorgar este tipo de autorización. Exigiéndose contrato de trabajo previo.

Sólo para este caso y no en cambio cuando sea debido a motivos de protección internacional⁵⁹⁵ o razones humanitarias.

Una novedad incomparada al amparo de la previsión regulada en el apartado cuarto de la Disposición Adicional Primera del R. D. 2393/2004 que aprueba el Reglamento de Extranjería ha sido añadir un nuevo motivo para conceder autorización temporal de residencia y trabajo, y que se refiere a la posibilidad de incorporación al mercado laboral cuando “*circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y en supuestos no regulados de especial relevancia, a propuesta del Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, el Consejo de Ministros podrá dictar instrucciones que determinen la concesión de autorizaciones de residencia temporal y/o trabajo, que podrán quedar vinculadas temporal, sectorial o territorialmente en los términos que se fijen en aquéllas.*” Entendiendo que no puede crearse en virtud de dichas Instrucciones, un régimen paralelo al previsto en el Reglamento vigente, sino con determinadas especialidades. Es decir, se trata no de una habilitación legal, sino reglamentaria; es decir, el Gobierno dicta una norma en la que se habilita a sí mismo a dictar otra inferior que complete la primera en virtud de su potestad discrecional que en materia de extranjería no debería desde nuestro punto de vista disponer. El nuevo Reglamento de 2011, recoge esta previsión 4 y los agrupa bajo la rúbrica” “Procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación o desarrollo o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural “en el art 175, presentando las siguientes peculiaridades: a) Al personal directivo a partir de ahora se le van a exigir una serie de requisitos excesivos nuevos como son: Plantilla superior a 500 trabajadores en España, en alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social; Volumen de cifra neta anual de negocios superior, en España, a 200 millones de euros; o volumen de fondo propios o patrimonio neto superior, en España, a 100 millones de euros; Inversión bruta procedente del exterior no inferior a 1 millón de euros anual desde que la empresa fuera constituida en España, que habrá de incluir

⁵⁹⁵ Merece hacer referencia a la sentencia dictada por el TSJPV salsa de lo Contenciosos-Administrativo recurso de apelación 4/2007 contra sentencia de 20 de Septiembre de 2006 de Bilbao, Sentencia nº 503/2008, por la que la Delegación de Gobierno de Bilbao, se le desestimo la denegación de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, estando amparada dicha desestimación en que la menor a la que se pretende denegar dicha autorización se encuentra bajo la tutela de un extranjero no residente legal en España, su tía-casada con un residente legal- debiendo entenderse el principio de beneficio del menor como circunstancias excepcionales subsumibles en el supuesto tipificado por el art 45.2, como supuesto excepcional por razones humanitarias, siendo condenada la Administración del estado a costas por un importe de 750 euros.

en todo caso 1 millón de euros de inversión en el año inmediatamente anterior a la fecha de solicitud de la autorización, en caso de empresas con una antigüedad en España de más de veinte años, el requisito de inversión anual sólo habrá de ser acreditado respecto a los veinte años de existencia inmediatamente anteriores al de presentación de solicitud de la autorización; Pertenencia, en el caso de pequeñas y medianas empresas establecidas en España, a uno de los siguientes sectores estratégicos: tecnología de la información y las comunicaciones, energías renovables, medioambiente, agua y tratamiento de aguas, ciencias de salud, biofarmia y biotecnología y aeronáutica y aeroespacial, pudiendo agregarse a este grupo otros sectores que determine la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración a propuesta del Departamento ministerial u Órgano autonómico competente por razón de la materia. De su contenido se desprende que los requisitos actualmente exigidos al personal directivo son desde nuestro punto de vista exagerados, además consideramos negativo que no se haya tenido en cuenta la posibilidad de que exista un grupo de empresas.

En cuanto a los motivos de extinción de la situación de residencia, se encuentran tipificados en el Art. 75 del Reglamento y son los siguientes: a) transcurso de plazo; b) renuncia; por inclusión de encontrarse en uno de los supuestos de prohibición de entrada producidas durante su permanencia en España o anteriormente y desconocerlo la administración. Lo cierto, es que en raras ocasiones suele llevarse a la práctica, tan solo cuando se dicta la Orden de Expulsión; o cuando se comprueba la inexactitud o falsedad de las alegaciones formuladas tal y como pone de manifiesto HEREDIA FERNÁNDEZ, S., (2001).

596

Otro supuesto distinto, es la autorización de residencia permanente mediante el cual el extranjero es autorizado a vivir y trabajar en nuestro país de manera indefinida y en igualdad de condiciones que los españoles(Art. 32,1ª de la Ley) Planteando por el legislador la disyuntiva, de que finalizada la estancia temporal, el extranjero puede solicitar su prórroga o solicitar la conversión en residencia permanente, puesto que sino se hace tal y como señala ESTEBAN DE LA ROSA⁵⁹⁷ “ En casos de caducidad de una autorización o permiso, o de falta de renovación de los mismos, es reiterada la jurisprudencia del TS y del TC, según la cual, hasta que no exista una resolución judicial firme en la que se deniegue el recursos planteado contra la decisión administrativa o judicial correspondiente ha de considerarse a todos los efectos que la residencia

⁵⁹⁶ Situaciones de los Extranjeros en España, Comentario sistemático a la ley de Extranjería, *Rev. del Ministerio de Trabajo o Asuntos Sociales* Nº 2, 1997, MOYA ESCUDERO. M.; (coord.) Comares, Granada, págs. 53-72.

⁵⁹⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, G., (2001) .Art. 29. *Situaciones de los extranjeros. Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social* MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., (Dires) Comares, Granada, pág. 468.op. cit. pag 117.

del extranjeros es legal “De lo que se deduce que la estancia no es un requisito previo a la residencia y su pase a esta situación es excepcional pero comprobamos como en la practica esto no es así. La razón que justifica lo expuesto, es que cuando se prorroga la estancia temporal del extranjero esta no se hace por motivos de residencia ni de trabajo. En cualquiera de los casos solo se admite la transformación de la situación de estancia en dos casos: a) por estudios; b) por mutación de la situación de residencia en situación de residencia y trabajo.

Para el primero, se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) debe haber permanecido en España durante al menos tres años cursando estudios; b) no haber sido becado o subvencionado dentro de un programa de cooperación o desarrollo del país de origen, pudiendo solicitar también la residencia los familiares del estudiante par residir no para trabajar. Y en caso, de transformación de la situación de residencia en situación de residencia y trabajo, hay que diferenciar si se trata de trabajo por cuenta ajena o propia. Siendo necesario para en el primer supuesto, que el extranjero se encuentre en España, con residencia legal de la meno un año, salvo que acredite que por circunstancias sobrevenidas precisa trabajar), no estando sujeto en este caso al igual que los estudiantes, a la situación nacional de empleo y a la presentación de antecedentes penales. En caso de que la Administración proceda a su otorgamiento, este debe ser dado de alta en la Seguridad Social, en el plazo de un mes desde la notificación de la solicitud al de su otorgamiento, comenzando desde ese momento, a tener vigencia esta nueva autorización.

En el segundo supuesto, si lo que se pretende es ejercitar un a actividad autónoma, se requieren los requisitos previstos en el Art. 58 del Reglamento, excepto la presentación de antecedentes penales. En cualquiera de los casos, su concesión esta condicionada al cumplimiento de sus obligaciones administrabas, sociales y fiscales. En caso, de que el extranjero pretenda realizar pluriactividad en el Régimen General simultáneamente con el trabajo de autónomo, deberá acreditar la compatibilidad entre ambas así como cumplir los requisitos exigidos para cada una de las actividades que ejercite. Asimismo también cabe mutación del trabajo por cuenta ajena en propio y viceversa, debiendo en el caso de que lo que pretenda es transformar su actividad en cuenta ajena, deberá tenerse en cuenta para su concesión la situación nacional de empleo⁵⁹⁸.

De lo expuesto se deduce que la regularidad en la estancia en España se sustenta sobre la base de la exigencia de autorización administrativa previa. En consecuencia, son dichas autorizaciones las que permiten alcanzar un determinado estatuto jurídico, siendo este el grado máximo de cobertura de derechos de alcance económico y social(los políticos continúan siendo

⁵⁹⁸ RODRÍGUEZ BENOT, A., e YBARRA BORES, A., (2005). *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*. SÁNCHEZ JIMÉNEZ M. A. (coord.), edita Diego Marín Librero Editor. Murcia. págs. 413-419.op. cit. pág. 115

una mera declaración de propósitos)⁵⁹⁹. Por consiguiente, la falta de autorización afecta directamente al estatuto jurídico del extranjero existiendo una íntima interrelación entre la ordenación de entrada y permanencia en el territorio español y las circunstancias que determinan la salida obligatoria del mismo, lograr equilibrio entre oferta y demanda y favorecer la integración de los inmigrantes mediante el trabajo es la obligación de la Administración Pública, que no siempre realiza sin vulnerar el estatuto jurídico que tiene el inmigrante, el cual queda subordinado a la situación administrativa que tenga en ese momento en nuestro país.

Tras el nuevo Reglamento de 2011, extiende esta autorización a los extranjeros que acrediten haber residido durante ese periodo de forma continuada en la Unión Europea, en calidad de titulares de una tarjeta azul-UE, siempre que en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud dicha residencia se haya producido en territorio español. De lo que se desprende una nueva consideración en la regulación respecto a los extranjeros residentes en otros países miembros de la UE, aparentando la redacción del texto una gran facilidad de cambiar de residencia (movilidad en la UE para los ciudadanos de los Estados miembros). Sin embargo, aunque la finalidad perseguida es positiva a nuestro juicio no se habilitan los mecanismos necesarios para la flexibilidad que se pretende dar en dichas tramitaciones, al menos en la citada disposición. También consideramos que al reducir el plazo de tiempo fuera del territorio español de un año a diez meses, resulta positivo sin con ello lo que se pretende es evitar el fraude de ley existente entre los residentes de larga duración de regresar a sus países de origen y volver sólo a efectos de renovación de autorizaciones, obtención de beneficios sociales (desempleo, sanidad pública, etc) y seguir computando el tiempo de residencia legal a efectos de obtención de la nacionalidad española. De ahí que, incluya los supuestos de ausencia por motivos laborales, que al existir una justa causa, les concede el plazo de un año de ausencia. Otro elemento positivo que ha sido recogido por el legislador de extranjería en el nuevo Reglamento es que si el extranjero extracomunitario es titular de una autorización de residencia de larga duración-UE concedida por otro Estado miembro de la Unión Europea podrá solicitar residir en España, sin que se requiera la obtención de visado, (por el contrario si se va exigir este requisito administrativo si pretende recuperar la titularidad y no se trata de un residente de larga duración de la UE) además si lo que pretende es ejercitar una actividad por cuenta ajena, no se va a encontrar obligado a comprobar la situación nacional de empleo. Probablemente esta medida va dirigida a tratar de conseguir una mayor fluidez de profesionales cualificados y no cualificados en función de las necesidades de la mano de obra de las empresas y asegurando una libre circulación en el espacio de la UE a los residentes de larga duración-UE que también se verán beneficiados en una mayor flexibilidad en materia de reagrupación familiar.

⁵⁹⁹ RAMOS QUINTANA, M. I., (2007). *Comentario Sistemático al Reglamento de Extranjería*, edit. Lex Nova, Valladolid, pág. 23.

1.9.1.- LA BUSQUEDA DE EMPLEO POR PARTE DEL TRABAJADOR EXTRANJERO

En primer lugar, anteriormente de producirse la contratación del trabajador extranjero, como paso previo es preciso la búsqueda de empleo. Esta puede producirse: a) antes de su llegada a España, a través de las Embajadas de nuestro país vía contingente o bien a través de contactar directamente con el empresario con subordinación a la situación nacional de empleo, que podrán límites generalmente a determinadas actividades y zonas geográficas determinadas.;b) extranjero que se encuentra en nuestro país, provisto de la correspondiente autorización de trabajo, pudiendo inscribirse como demandante de empleo en el INEM o ETT⁶⁰⁰.

En el primer supuesto, la actual ley 14/2003 de 20 de Noviembre, introduce la novedad de una autorización específica para la búsqueda de empleo, en sus apartados 3,4 y 5. Quedando acotado su ámbito subjetivo al ser únicamente aplicable a hijos y nietos de español de origen⁶⁰¹ o para trabajar en determinados sectores de actividad (cuyo catálogo viene fijado en la Resolución del contingente de cada año, de conformidad con las necesidades específicas que tiene cada provincia). También en la reforma se añade la obligatoriedad de que se tenga en cuenta junto a la situación nacional de empleo y la situación de integración de los inmigrantes, según la evaluación que a este respecto realice el Consejo Superior de Política de Inmigración.

Recordemos que este tipo de visado, se incorpora en nuestro país, en el marco del contingente de trabajadores extranjeros para el 2002(exclusivamente para los empleados del servicio domestico), incorporándose a partir de ese momento con vocación de continuidad. En el contingente vigente⁶⁰² se establecen 2 supuestos distintos:

- Contingente de trabajadores extranjeros estables. (Se refieren a puestos de trabajo cuya duración deberá ser superior a un año)

⁶⁰⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ y MERCADER UGUINA, J. R., (1995). Las agencias de colocación y los servicios integrados para el empleo. La aplicación de nuevos medios técnicos a la gestión de la Seguridad Social. La selección de personal laboral en las Administraciones Públicas. *RL*, Nº 3, págs. 81 y ss.

⁶⁰¹ La Resolución de 26 de Diciembre de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 21 de Diciembre de 2007, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2008. De acuerdo con el artículo 82 del citado Reglamento, un contingente de 500 visados de búsqueda de empleo dirigidos a hijos y nietos de español de origen.

⁶⁰² Resolución de 26 de Diciembre de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de Diciembre de 2007, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2008.(BOE de 12 de Enero de 2008)

▪ Visados de búsqueda de empleo dirigidos a hijos y nietos de español de origen (500 visados para el año 2008, destaca como peculiaridad que este tipo de visados *no contemplaran restricción alguna en cuanto a ámbito geográfico ni sector de la actividad u ocupación*).

Este tipo de visado pretende dar respuesta a la realidad socio-laboral española, pretendiendo una mayor flexibilidad en la contratación de determinados sectores productivos para el primer supuesto, contingente de trabajadores estables y en segundo, se atenderá fundamentalmente a la cualidad personal del extranjero que se pretende contratar. En cualquiera de los casos, ambos tipos, se tramitan ante las autoridades consulares y diplomáticas españolas en el país de origen, autorizará al extranjero a desplazarse al territorio español para buscar trabajo durante el plazo de tres meses que será computado como estancia, y en las que aquél deberá inscribirse en las oficinas públicas de empleo correspondientes a su domicilio. Y si no encontrase dicho contrato, vendrá obligado a salir del territorio nacional salvo quedar incurso en una sanción disciplinaria que daría lugar a un procedimiento de expulsión por infracción del art. 53.a) LO4/2000 (permanencia irregular), sin que pueda obtener una nueva autorización para trabajar en el plazo de dos años.⁶⁰³

Asimismo en ambos tipos de visados, en materia de subsidios sociales, dependerán de la situación administrativa que posea el demandante de empleo extranjero. De modo que, si este se encuentra en posesión de un permiso de residencia (temporal o permanente)⁶⁰⁴ tiene derecho al cobro del subsidio de desempleo si cumple los requisitos que exige la LGSS, esto es, a inscribirse como demandante de empleo y a iniciar búsqueda de empleo⁶⁰⁵

En cualquiera de los casos, estos visados son vistos con desconfianza por parte de los agentes sociales, porque entiende que los mismos no tiene como objetivo responder adecuadamente a las necesidades acreditadas del mercado de trabajo, no garantizan los derechos de los trabajadores y resulta inconveniente desde el punto de vista presupuestario y de cohesión social, dado que al inscribirse como demandantes de empleo ante los servicios públicos de empleo, estos trabajadores se colocarían en situación de preferencia ante una oferta de empleo con respecto a otros trabajadores desempleados inscritos con independencia de su nacionalidad.

⁶⁰³ Apartado Noveno, de las Instrucciones del Ministerio del Interior para la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, tras la reforma llevada a cabo por la L. O. 14/2003 de 20 de Noviembre, dada el 16 de Diciembre de 2003 por el Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración a los Delegados y Subdelegados del Gobierno.

⁶⁰⁴ Desde nuestro punto de vista ,al extranjero residente permanente le ampararía la previsión del Art. 96,1 del Reglamento de Extranjería, que condiciona el pase de la situación de residencia a la de residencia y trabajo, a que el extranjero se encuentre al menos n año en España o que en su defecto, se acredite la necesidad de trabajar para garantizar la subsistencia debido a circunstancias sobrevenidas.(como se da sobradamente en la situación de desempleo)

⁶⁰⁵ FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., (2003). Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo, *Aranzadi Social*, núm. 10, pág. 74.

También se critica que no se garantiza el retorno, ni quien se hace cargo de los gastos del mismo, si pasado el plazo de tres meses no se consigue la contratación. También es criticable que la selección de candidatos extranjeros susceptibles de ser titulares de esta modalidad de visado, dependen de forma exclusiva de los organismos de selección previstos en los acuerdos de regulación de flujos y tal y como establece el art 80 del vigente Reglamento no intervienen los empresarios de modo alguno en la selección así como tampoco los representantes de la Dirección General de Inmigración encargados específicamente de estas tareas, todo ello unido al hecho de que si no existe acuerdo al efecto con algún país sobre regulación de flujos quedan fuera de su expedición los inmigrantes procedentes de dicho país, en consecuencia, hace que sea visto por recelo su concesión tanto por el empresario como por los sindicatos.

Y respecto de los visados para el servicio doméstico es criticable, sobre la experiencia de los primeros grupos, porque su alojamiento y manutención ha corrido a cargo de los fondos públicos en discriminación con los trabajadores de otros sectores, pero además, desde el punto de vista de la integración laboral en el sector requerido, una vez que el trabajador extranjero ha realizado el programa de intermediación y ha firmado el contrato de trabajo que permite la permanencia más allá de los tres meses y tenía acceso a la documentación, se observa que aquél ha abandonado el trabajo en muchos casos, bien con la intención de buscar otro menos penoso en la misma actividad o en actividad distinta⁶⁰⁶. A este factor hay que añadir la condición negativa de que es difícil pensar que este sector vaya a contratar directamente a trabajadores extranjeros que no se hallen en España, a los que no conoce⁶⁰⁷ obstáculo que puede salvarse con la vía abierta por el art 81 del vigente Reglamento en relación con los visados de búsqueda de empleo.

Otra cuestión diferente a plantear, es si los estudiantes y refugiados pueden ostentar la condición de demandantes de empleo. Con respecto a los primeros, en base al Art. 33.4 de la Ley de extranjería vigente, estos pueden realizar una actividad lucrativa compatible con sus estudios, sin que para ello deba ser tenida en cuenta la situación nacional de empleo, si bien, la ocupación de su jornada debe ser a tiempo parcial salvo cuando se trate de periodo no lectivo. Introduciéndose la novedad por el vigente Reglamento de que cuando se carezca de la titulación especial exigida para el ejercicio de la concreta profesión o de la homologación o de la colegiación cuando así se requiera debido a los complicados y laboriosos trámites de la

⁶⁰⁶ GARCÍA-CALABRÉS COBO, F., (2006). *Régimen laboral de los trabajadores extracomunitarios*, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias., Sevilla, págs. 199-200.

⁶⁰⁷ LÓPEZ GANDIA, J., (2005). *El acceso al empleo del extranjero*, en AA. VV. *Estudios sobre extranjería*, SERRANO J. M Y MENDOZA N. (coords) ed. Bornazo. Albacete, págs. 100-101.

homologación de títulos, y según ya vimos, se suple dicho requisito con la certificación de experiencia en la categoría profesional a la que se opta, que son mucho más fáciles de obtener.

La cuestión es diferente, en cambio cuando nos encontramos ante refugiados y asilados.

Para los primeros, una vez la Administración le reconozca esta condición, tiene derecho a trabajar en España y en consecuencia, a inscribirse como demandantes de empleo e incluso ante el silencio negativo de esta, siempre que no sea debido a causas no imputables al solicitante, este estará autorizado para trabajar sin que deba ser tenido en cuenta la situación nacional de empleo. Pero por el contrario, ante la situación de asilo, la postura de la Administración difiere ya que nos encontramos ante una situación transitoria del sujeto pero en base lo expuesto en la Disposición Adicional 17 del vigente Reglamento de Extranjería, que una vez transcurridos estos seis meses sin que la Administración se pronuncie sobre la petición, el demandante de asilo se encuentra habilitado legalmente para demandar empleo antes los servicios públicos y privados de colocación.

De otro lado, es preciso matizar con respecto a las empresas de trabajo temporal, que el empresario suele ser reacio a contratar a los extranjeros que no estén provistos de autorización de trabajo puesto que la ventaja más mediata que ofrecen estas empresas es su rapidez en la contratación y difícilmente se puede contratar a quien esta pendiente de que se le otorgue o deniegue una autorización para poder trabajar, en consecuencia, su uso en la practica quede restringido únicamente a los inmigrantes extranjeros en situación regular⁶⁰⁸

En cualquiera de los casos, la autorización administrativa para trabajar, es un elemento que condiciona las modalidades, el contenido y la eficacia del contrato de trabajo⁶⁰⁹. De modo que, nos encontramos ante una prohibición impuesta por el Art. 36 de la ley de extranjería, que impide al extranjero no poder realizar su actividad prestacional sino cuenta para ello con la citada autorización⁶¹⁰. En consecuencia, para que el contrato tenga plenos efectos, es preciso estar en posesión de la correspondiente autorización administrativa, convirtiéndose en una *conditio iuris*⁶¹¹ cuyos efectos serán suspensivos si se trata de una celebración inicial de contrato

⁶⁰⁸ CEINOS SUÁREZ, A., (2006). *El trabajo de los extranjeros en España.*, editado en La Ley, Madrid, pág. 316.

⁶⁰⁹ A juicio de VIDAL FUEGO, M. C., (2002). *Constitución y extranjería* .op. cit. pag 87.El permiso de trabajo constituye un requisito esencial de la capacidad para trabajar legalmente en España.

⁶¹⁰ Compartimos la tesis sostenida por MONTOYA MELGAR, A., (2007). *El empleo ilegal de inmigrantes y sus consecuencias jurídicas*, editado por *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, núm.37, pág. 178. Que sostiene que la exigencia de la autorización administrativa, no puede ser tachada de discriminatoria, sino de razonable, objetiva y proporcionada al fin perseguido: el interés publico sobre el empleo nacional y la ordenación del fenómeno migratorio.

⁶¹¹ Según FUENTESECA, C., (1999). *La condición potestativa*, editado por Dikynson, Madrid, pág 20.Las condiciones son elementos accidentales que los interesados añaden al negocio juridicote modo que

de trabajo cuyos efectos se supeditan a la concesión de dicha autorización y tendrá efectos resolutivos en el caso de que el sujeto este pendiente de renovación de autorización administrativa y esta le es denegada cesando desde ese momento de producir efectos.(a favor de esta postura se encuentran entre otros ⁶¹²

Si bien, el problema esta en la calificación que debe darse al contrato de trabajo suscrito sin el preceptivo permiso de trabajo, lo cual obliga a remitirnos al Art. 33 de la LO 4/2000,vigente en la actualidad y cuya dicción literal es la siguiente” *Los extranjeros Mayores de dieciséis años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional en España deberán obtener una autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo*”,estableciéndose sanciones en caso de incumpliendo de esta obligación. Es decir, es precisa autorización administrativa para trabajar de conformidad con lo establecido en el Art. 7c) del ET que dispone” *Podrán contratar la prestación de su trabajo*”... *los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica*⁶¹³”. Todo ello, conlleva una remisión a la capacidad para contratar del extranjero, que a su vez supone una remisión a la normativa reguladora de la capacidad de las personas regulada en el Cc en concreto en el Art. 9.1.⁶¹⁴

De lo anteriormente expuesto, destacar que existe un sector doctrinal que considera que existe una incapacidad legal⁶¹⁵, dada la dependencia del sujeto con el objeto del negocio al realizarse a pesar de la existencia de una prohibición legal. Otro sector doctrinal opina que al celebrar un contrato de trabajo sin estar en posesión de la preceptiva autorización deriva la nulidad⁶¹⁶ basándonos en la falta de eficacia del contrato, en consecuencia, el contrato celebrado con este vicio es valido pero sus efectos quedan en suspenso hasta que obtenga la

el negocio seria plenamente valido sin ellas y al añadirlas lo que se condicionan son los efectos del mismo.

⁶¹² DÍEZ PICAZO, L., et al. (2000). *Sistema de Derecho Civil*, 9º Ed, V. II, Tecnos, Madrid, pág 98.; y, RIVERO FERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.,(1985). *Derecho de obligaciones*, 2º Ed., V. I, Tomo II, Dikynson, Madrid, págs. 460 y ss.

⁶¹³ El problema interpretativo de la ley específica es tratado con gran acierto por SUÁREZ GONZÁLEZ, F., (1980) *Las nuevas relaciones laborales y la ley del Estatuto de los Trabajadores*, Circulo de Empresarios-Pirámide, Madrid, pág. 122. Y por OLARTE ENCABO, S., (1993). La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema de Seguridad Social, *AL* núm.31, pág 151.

⁶¹⁴ REDONDO HERMIDA, G., (1985). .El contrato de trabajo de los extranjeros sin permiso *Al*, num.25/1985, pág. 1267.

⁶¹⁵ BETTI, E., (1959) *Teoría general del negocio jurídico*, traducido por MARTÍN PÉREZ, A.; 2 Edición, *Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid, pág 177.

⁶¹⁶ MOLINA NAVARRETE, C., (2004). Las reformas en el régimen jurídico-laboral de los extranjeros: empleo, trabajo y protección social, en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 6, Julio, Lex Nova, Valladolid, págs. 152 y 153 y DÍEZ PICAZO, L., (1996). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial .Introducción: teoría del contrato*, Civitas, Madrid, pág 204.

correspondiente autorización, siendo por analogía también aplicable al supuesto de que al extranjero se le deniegue la autorización⁶¹⁷ o cuando este desempeñe su actividad, en otro ámbito distinto para el que se le concedió⁶¹⁸ y cuya competencia corresponde conocer a la jurisdicción social. Asimismo, esta ineficacia tiene una excepción contemplada en el Art. 9.2 del ET consistente en el derecho a percibir la remuneración como si se tratara de un contrato válido⁶¹⁹ con el fin de evitar un enriquecimiento injusto por parte del empresario⁶²⁰. De modo que, a pesar de que la Ley no se pronuncia sobre los efectos que producen la falta de autorización de los extranjeros en nuestro país, en cambio sí hace referencia a la responsabilidad del empresario que contraten al trabajador desprovisto de autorización, en particular, el Art. 33.2 de la LO 4/2000 señala expresamente *”la carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidar el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”*. Este criterio se mantiene en la Ley 8/2000, si bien, existe un cambio doctrinal sustentado en que si bien mantenían que dicha nulidad no podía proceder de la falta de capacidad del artículo 7.c) del ET. Por el contrario, otro sector doctrinal abogaba por entender que realmente se había producido una modificación sustancial y se podía mantener la validez del contrato, pero sólo a los efectos del reconocimiento de todos los derechos del trabajador derivados de la existencia de dicha relación contractual⁶²¹ y una tercera postura que opina que lo que existe es en realidad una nulidad relativa partiendo de la nulidad radical del contrato de trabajo derivada del artículo 6.3 del Cc, sin embargo le reconoce determinados efectos⁶²². Por su parte, la LO 14/2003, añade una nueva orientación en la materia en su Art.36.3, bajo el siguiente tenor literal: *“La carencia*

⁶¹⁷ En el caso de que el trabajador extranjero no posea permiso de trabajo o este caduca y no es renovado, los efectos sobre el contrato son el considerarlo no como despido, ya que la causa es imputable al trabajador STSJ de Madrid de 9 de Octubre de 1997.

⁶¹⁸ Conviene aclarar que según lo dispuesto en el Art. 35.3 y 4 de la LO4/2000, solo puede ser objeto de limitación el permiso de trabajo inicial, ya que *“a partir de la primera concesión los permisos se concederán sin limitación alguna de su ámbito geográfico, sector o actividad”*.

⁶¹⁹ RAMOS QUINTANA, M., (1989). *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, pág. 107.

⁶²⁰ MOYA ESCUDERO, M., (1999). *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Comares., Granada, pág. 81 y CHARRO BAENA, P., (1995). *El trabajo de los extranjeros en España en ADROHER BIOSCA, S., y CHARRO BAENA, P., (coord.) La inmigración. Derecho español e internacional*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, págs. 387-389.op. cit. pág 114.

⁶²¹ RAMOS QUINTANA, M. I., (2001). *El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica*”, en XII Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, Santander, págs. 70-71.

⁶²² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., (2001). *Notas sobre la nulidad «relativa» del contrato de trabajo de trabajador extranjero sin permiso y sobre su no invalidación respecto a los derechos del trabajador*, en XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, Santander, pág. 2.

de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”. Desde mi punto de vista, el inmigrante ilegal no tiene derecho al trabajo, la ley de extranjería lo que le prohíbe es celebrar contratos de trabajo sino cuenta con la preceptiva autorización así como le imposibilita a desempeño de actividades por cuenta propia sino cumple los requisitos específicos señalados para esta actividad, además de exigirle los requisitos genéricos que fija la ley a todo extranjero que pretenda trabajar y residir en nuestro país. Sin perjuicio, de que tenga otros derechos derivados del derecho del trabajo como son: a la estabilidad en el empleo, a la ocupación efectiva, a la formación y promoción profesional⁶²³ y al despido. (Pero no a la readmisión en caso de ser declarado improcedente procedería a nuestro juicio de la regla civil de indemnizar por daños y perjuicios a quienes son responsables de ellos)

Otra novedad fundamental que introduce este precepto se refieren a dos materias concretas: la validez de los derechos laborales sustantivos y las prestaciones ante la Seguridad Social que pudieran corresponderle al trabajador. Sustentando este razonamiento con respecto al primer punto, en que los “derechos del trabajador” contenidos en el Art. 36.3 son los exigibles por todo trabajador a su empleador independiente de su situación administrativa. Y con respecto, al segundo, la respuesta la da la propia Ley, en el artículo referenciado al exigir en el inciso final ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”⁶²⁴. (Nos referimos a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional “a los solos efectos” en las que se considera al trabajador extranjero en situación de alta de pleno derecho y siendo de aplicación el principio de automaticidad en el pago de las prestaciones por aplicación de los Convenios de la OIT núms. 19 y 87 y 129, el primero⁶²⁵ referido a la igualdad de trato entre trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización de accidente de trabajo de 1925 y el segundo, relativo a los trabajadores migrantes⁶²⁶ y el tercero al principio de reciprocidad)⁶²⁷. Desde nuestro punto de vista, el

⁶²³ MONTOYA MELGAR, A., (2007). *Derecho del Trabajo*, 28 Edición Tecnos. Madrid, págs. 463 y ss y 397-398 respectivamente.

⁶²⁴ Recordemos que existe posibilidad de instar el reconocimiento de la obligación de cotizar por aplicación del art 106 CGSS, basándonos en el principio de prohibición del enriquecimiento injusto y del cumplimiento de lo debido.

⁶²⁵ Aprobado en nuestro país por Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de Abril de 1968, art. 1.4 b), en (BOE de 6 de Mayo; Tesorería General de Seguridad Social, de 7 de Marzo de 1997).

⁶²⁶ Según FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., (2004) .Novedades introducidas por la LO14/2003 de reforma de la LO 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO8/2000, AS, Abril, núm. 22, pag102.El extranjero no autorizado no tiene título

legislador vuelve a crear inseguridad jurídica al contradecir lo dispuesto en la ley que se limita a otorgar determinadas prestaciones al inmigrante irregular pero sin que ello suponga su inclusión en el campo de aplicación del sistema. En cambio el RD 1041/2005, va más allá de la ley, su inclusión en el sistema de acuerdo con lo establecido en la ley además de ser contrario a lo dispuesto en el Derecho Comunitario en materia de coordinación de Seguridad Social a los extranjeros no comunitarios en situación ilegal⁶²⁸

De otro lado, según la doctrina del Tribunal Constitucional, a los extranjeros sin permiso de trabajo no se les reconoce expresamente en dicho artículo ningún derecho a prestaciones o a servicios de la Seguridad Social sino sólo a los servicios y prestaciones sociales básicos que se encuentran fuera del sistema de la Seguridad Social y dentro del ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas de conformidad con el art. 148.1.20 de la Constitución⁶²⁹.

La duda que tampoco despeja el texto del artículo 36.3 L. O. E. es ¿a quién debe ser asimilado el trabajador irregular? O bien a un trabajador regular, en alta y al corriente en el pago de las prestaciones, o por el contrario a un trabajador en situación regular pero no dado de alta o no al corriente en el pago de las cotizaciones, interpretación esta última que parece la menos arriesgada y más coherente con el sistema. Según hemos deducido anteriormente, al no asimilarse a trabajador dado de alta, las entidades gestoras no responderán de las prestaciones que pudieran corresponderle, por lo que el trabajador sólo podría exigir al amparo del artículo 126.2 L. G. S.S. la correspondiente responsabilidad empresarial. (Todo ello sin perjuicio de que se obligue al empresario a cotizar por él a pesar de que no proceda su afiliación ni alta ,puesto que sino se esta vulnerando el RD 1041/2005 de 5 de Septiembre Reglamento General de Inscripción de Empresas, Afiliación, Altas y Bajas, donde se exige que para proceder a estos actos de encuadramiento por parte de de los trabajadores extranjeros, debe acompañarse la documentación acreditativa de su nacionalidad y de la correspondiente autorización además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles y en consecuencia el

jurídico para que el empresario le abone las prestaciones al no estar afiliado ni en alta y cotizando, ni poder estarlo por carecer de permiso de residencia.

⁶²⁷ Desde nuestro punto de vista, el trabajador inmigrante sin autorización también tendría derecho al cobro del salario, a tenor del art. 9.2 del Estatuto de los Trabajadores que dispone que aun *en caso de que el contrato resulte nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración correspondiente a un contrato válido.*

⁶²⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., y QUINTERO LIMA, G., (2004).La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1481/1971 a los nacionales de terceros países. *RL*, 2004, I, pág. 1124.

⁶²⁹ STC. 76/1986 de 9 de Junio; 146/1986 de 25 de Noviembre y 13/1992 de 6 de Febrero.

acto realizado por el extranjero tendría una naturaleza de nulo, por ser contrarios al ordenamiento jurídico)

Otra cuestión que se plantea es si el principio de libertad de forma contractual que rige en el derecho del trabajo español es objeto de modulación cuando una de las partes contratantes es un trabajador extranjero, a nuestro juicio, es obligatorio únicamente la formalización del contrato de forma escrita cuando dicha contratación sea fruto de una oferta genérica o nominativa que se tramita en el marco del proceso de contingente, que deberán ser enviados una vez firmados por el empleador al país de origen para que allí los firme el trabajador, para el resto de extranjeros no contratados bajo esta figura, es plenamente admisible la formulación verbal o escrita de dicho contrato.

De otra parte, en cuanto a la modalidad contractual a que deberán acogerse, en base al principio de libertad de forma esta puede celebrar cualquiera de los contratos, si bien, el régimen de autorización administrativa impide la ejecución plena del anterior principio consagrado. De modo que, no existe obstáculo alguno que para que celebre un contrato indefinido, si bien, el problema lo plantean los contratos de duración determinada, sobre todo los de carácter formativo, en particular, el contrato para la formación, cuya finalidad es adquirir formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o de un puesto de trabajo, que requiere un determinado de cualificación y cuya celebración esta sujeta al límite de la edad del trabajador que debe situarse en la franja de 16 a 21 años, si bien, desde nuestro punto de vista no existe obstáculo para excepcionar este requisito si el extranjero se encuentra desempleado durante los dos primeros años de la vigencia de su autorización de trabajo, salvo que acredite la formación y experiencia necesarias para el desempeño del puesto. Asimismo se excluye el límite de edad en los llamados contratos de inserción realizados con los siguientes grupos de trabajadores”... *extranjeros durante los dos primeros años de la vigencia de su permiso de trabajo.* ” Observándose como se sustituye el límite de la edad para este colectivo por otro específico y de mayor dificultad de cumplimiento para el mismo, que es de la encontrarse en nuestro país con autorización de trabajo y celebrar esta modalidad contractual durante los dos primeros años de vigencia de su autorización para trabajar, ya que si lo hace con posterioridad se le añade el requisito adicional de edad.⁶³⁰

Además conviene destacar con respecto al contrato de inserción introducido por RDL 5/2001 y modificado por la Ley 12/2001, a pesar de estar concebido inicialmente para su formalización entre la Administración Pública o entidades sin ánimo de lucro y desempleados, no existe en principio ninguna dificultad teórica para los extranjeros puedan celebrar esta

⁶³⁰ TARABINI CASTELINI AZNAR, M., (2002). El nuevo contrato para la formación de los extranjeros tras la Ley 12/2001 .Rev. Al nº 14, pag 276.

modalidad contractual. Sin embargo si existe en la práctica, al exigirle al trabajador estar inscrito en el INEM, de modo que si la contratación es origen no se puede practicar esta contratación, salvo en los supuestos que el extranjero se encuentre en nuestro país, con autorización previa de trabajo a la prestación de servicios, pero además el extranjero tiene otro obstáculo más que superar “*la situación nacional de empleo*” y al estar acogido a la realización de trabajos de interés general y social en programas públicos, difícilmente el extranjero puede celebrar estos contratos ya que la Administración hasta el último momento no se pronuncia sobre a que programas va a dirigir su actividad.

En relación con el contrato de trabajo en prácticas, no existe ningún obstáculo legal para que el extranjero pueda celebrar este tipo de contrato, si bien, se impone la estipulación es el titulo el que sirve de base para dicha contratación si este se ha obtenido en otro país, es exigible la convalidación condición derivada del titulo no obtenido en España no de la categoría de no nacional de su titular, pasando a convertirse este acto administrativo de homologación en *conditio iures* para que el trabajador pueda celebrar esta tipología de contratos en nuestro país. Con la peculiaridad de que, el cómputo de los 4 años se realizará desde la fecha en que se produzca la convalidación de sus estudios en España (no desde que se obtuvo el titulo) si esta convalidación se exige para el ejercicio de la profesión ⁶³¹

Otro problema adicional es el que plantea el contrato a tiempo parcial, es que a pesar de la vigente legislación sólo admite este supuesto de estudiantes extranjeros que compatibilizan sus estudios con una actividad lucrativa a tiempo parcial, en base al Art. 33.4 de la Ley de extranjería del año 2000. Por su parte, el Reglamento anterior RD 864/2001, de 20 de Julio, en su Art. 53.1c), si bien, admite esta modalidad de contratación para los extranjeros, también es cierto que, este precepto su contenido se centra realmente en las causas de denegación de la autorización de trabajo, recogándose como una de estas causas “(...) *si la duración de la prestación de los servicios no alcanzaba el SMI* “, cuya finalidad parece ser la voluntad del legislador de que el extranjero disponga de unos ingresos mínimos de subsistencia, requisito que paradójicamente no se exigen para otros tipos de contratos que pueden celebrar estos trabajadores como son los de formación donde su retribución no alcanza dicho salario, utilizando esta modalidad contractual, para conseguir un abaratamiento de la mano de obra, ya que los costes salariales y sociales del mismos son menores para el empleador, en consecuencia deberían ser objeto de un mayor control por la inspección de trabajo⁶³². De otra parte, debido a la

⁶³¹ ALBIOL MONTESINOS, I., (1994). *Contratos formativos: en prácticas y de aprendizaje*. Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 10-40.

⁶³² Resulta interesante la postura sostenida por MONEREO PÉREZ J. L., y MOLINA NAVARRETE, CC. VV., *Comentarios a la Ley al Reglamento de Extranjería e Integración Social* (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001). Edit. Comares. Granada. Pag. 1117. Ya que a juicio, de estos autores. el RD 864/2001 de 20 de Julio, existe una presunta violación de los extranjeros en atención a la modalidad del

naturaleza de esta tipología de contrato entendemos que es incompatible su celebración bajo la modalidad de contrato a domicilio, dada la concreción sobre la jornada y horario características específicas de este tipo de contrato. Además en relación con el contrato a domicilio, entendemos que tampoco se puede realizar bajo la modalidad de contrato para la formación ya que es imposible su tutorización ni con el contrato de interinidad, en cualquiera de los casos para poder celebrara un contrato a domicilio con un extranjero extracomunitario este debe tiene una duración de más de seis meses⁶³³.

De igual forma consideramos que el inmigrante extracomunitario puede concertar un contrato de relevo con el empresario, exigiéndose para su validación de que el trabajador se encuentre desempleado o que tuviera concertado con la empresa un contrato de duración determinada, para sustituir la jornada dejada vacante por un trabajador que reduce su jornada y accede a la jubilación parcial antes de alcanzar la edad de esta situación, no obstante, si este se concierta a tiempo parcial debe tenerse en cuenta que el periodo de prestación laboral mínimo de seis se incrementara proporcionalmente a la reducción de la jornada pactada.

Asimismo conviene subrayar, que desde nuestro punto de vista, no existe ningún problema para que los migrantes extranjeros extracomunitarios puedan suscribir un contrato de trabajo fijo discontinuo,(el vigente Reglamento sólo lo admite para los sectores de la construcción y la hostelería) si bien, estos deben estar en posesión de autorización de residencia y encontrarse en nuestro país y en este caso, solicitar autorización de residencia temporal y trabajo inicial para prestar este servicio si no posee la residencia permanente. O bien, por el contrario, ser contratado bajo el sistema de cupos, estando en consecuencia sometido a las limitaciones de la situación nacional de empleo y debiendo ser contratado en el país de origen, de modo que, en los periodos de inactividad, debe permanecer vigente la autorización de trabajo, al ser característica innata de la naturaleza de esta modalidad contractual de contratación. O bien, celebrar un contrato de temporada, si bien, para este caso debe encontrarse fuera de España, proceder a su contratación en origen y comprometerse a volver al mismo

contrato por el que se vincule, ya que toda cantidad que este por debajo del SMI, debe considerarse privación de ingresos suficientes, pero también es cierto que, las prestaciones contributivas, están por debajo de dicho salario y se consideran como rentas de subsistencia. De modo que denegar la autorización en base exclusivamente a no obtener unas rentas suficientes, debería de haber sido más calificadora la norma y que recogiese todos aquellos casos en donde no se alcanza este límite mínimo de ingresos y no reducirlo únicamente a determinados supuestos.

⁶³³ CALBUIG BENEYTO D., (2004). *Los trabajadores extranjeros: Análisis y Comentarios del Reglamento de Extranjeros de 30 de Septiembre de 2004*, cit pág 122(18-31)

cuando finalice la prestación, estando en consecuencia sometido al filtro de la situación nacional de empleo.⁶³⁴

Esta argumentación también sería aplicable al contrato eventual por circunstancias de la producción, ya sea a tiempo parcial o completo, con la única variación de que dada su carácter perenne consideramos más acertada su celebración con al extranjero que se encuentre en España con residencia legal, debiendo solicitar autorización de residencia temporal y trabajo inicial para acogerse a esta modalidad contractual y si su prestación es de forma parcial, debe además tenerse en cuenta lo aducido anteriormente de que este trabajo debe proporcionarle ingresos suficientes para subsistir y esto difícilmente se consigue con este tipo de contrato ya que su duración máxima es de seis meses dentro de un período de doce, máxime si este su desempeño se realiza de forma parcial, salvo que se complete durante los meses restantes, con otro contrato que le proporcione ingresos suficientes de subsistencia.

De otro lado, en relación con la contratación de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, que no tengan autorización de trabajo y se encuentren legalmente en España, no existe ningún tipo de obstáculo para inscribirse en el INEM y tener acceso a las acciones de formación y de intermediación laboral, así como a la Renta Activa de Inserción.

Por último destacar que el extranjero que no se encuentre en nuestro país puede concertar la realización de un contrato de trabajo temporal, de jornada completa o parcial, para la prestación de una obra o servicio determinado, acogiéndose a una autorización temporal de trabajo por cuenta ajena. Pero si este ya se encuentra en España, deberá para poder celebrar contrato de obra o servicio obtener autorización de residencia y trabajo inicial, es decir, debe dejar transcurrir un año desde que obtuvo la residencia legal, siempre que el empresario presente solicitud de autorización y residencia y cumpla con los requisitos previstos en el Art. 50 de la ley. Y únicamente podrá acceder a la situación de residencia y trabajo, sin el transcurso del plazo anterior, cuando este acredite una necesidad por circunstancias sobrevenidas para garantizar su subsistencia. (Art. 96 del Reglamento de Extranjería). El problema surge si nos encontramos ante un contrato de obra o servicio determinado y este a pesar de tener una previsión de duración superior a 6 meses, se extingue la relación laboral antes de expirar dicho plazo, en este caso las consecuencias serán las mismas siempre que se produzca por una de las siguientes causas: no superación del periodo de prueba, dimisión del trabajador o extinción por causas objetivas o despido disciplinario. En estos tres supuestos existe un vacío legal de regulación, en consecuencia desde nuestro punto de vista, no tiene ninguna consecuencia negativa para el empresario y en el caso del trabajador continua vigente su autorización inicial

⁶³⁴ CARDONA TORRES, J., (1985). *Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España*. Edit Bosch, Barcelona, págs. 162-163

de residencia y trabajo desde que se produce la afiliación y alta en el sistema de Seguridad Social y por tanto su situación en nuestro país será legal durante dicho periodo.

1.9.2.-ABUSO DE LAS REGULARIZACIONES EN ESPAÑA POR PARTE DEL LEGISLADOR

Las regularizaciones extraordinarias de extranjeros en nuestro país merecen un tratamiento diferenciado, porque son numéricamente la primera vía de adquisición de la documentación y de acceso a una autorización de trabajo formal. Observándose que desde que se formularan las primeras políticas de inmigración españolas, las previsiones oficiales de inmigración regular (cuando se han realizado) nunca se ha correspondido con el volumen de inmigración real. De modo que, cada vez que se produce una regularización se nos asegura solemnemente que será la última, y que el sistema legal se ha modificado y se han introducido cambios suficientes para una regulación canalizada y fluida de los flujos migratorios a través del contingente⁶³⁵ y del régimen general. Lo que no obedece a la realidad, se trata de un grave problema, fruto del cual, es un alto nivel de inmigración irregular. Este desequilibrio debilita la capacidad de la Administración para gestionar la inmigración. Según la legislación española actual, la principal vía de acceso de la inmigración económica regular a España es el llamado contingente⁶³⁶ anual que es el documento que contiene una estimación o previsión por anticipado de la demanda de trabajadores extranjeros que puede requerir el sistema productivo español, siendo el objetivo primordial⁶³⁷ que se sigue con el mismo a través del establecimiento de cupos el garantizar la cobertura de aquellas ofertas de empleo no atendidas por el mercado nacional.

El primer problema que se plantea es el de su naturaleza jurídica, ya que tienen un carácter general, sin ser propiamente dicho un reglamento⁶³⁸ frente a esta postura un sector doctrinal lo considera actos administrativos generales⁶³⁹. Pero sin lugar a dudas, la principal premisa que plantea su naturaleza se refiere al contenido normativo que se desprende de sus

⁶³⁵ MERCADER UGUINA, J. R., y TOLOSA TRIBIÑO, C., (2003). El contingente de trabajadores extranjeros, balance de una sinuosa experiencia, en *Rev. De Relaciones Laborales*, núm. 11, Junio, págs. 79-80.

⁶³⁶ MARTÍN VALVERDE, A., (2001). Aspectos laborales de la Ley reformada de Extranjería, en *Rev. Tribunal Social* núm. 126, Junio, pág. 16.

⁶³⁷ ORELLANA CANO, A. M., (2003). Régimen Jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros, en *Rev. Actualidad Laboral*, núm. 1, Enero, La Ley, pág. 5.

⁶³⁸ STS 6/4/2004, Fundamento jurídico, segundo 1, tercer párrafo

⁶³⁹ GARCÍA ENTERRÍA, E., y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., (1997). *Curso de derecho administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, pág. 310-325.

actos y que en ocasiones excede de lo previsto en la Ley y el Reglamento de Extranjería y que se justifica en aras a la especificación requerida para el cumplimiento de sus objetivos. En cualquiera de los casos, el TS le ha otorgado la naturaleza de acto administrativo concreto⁶⁴⁰, esto conlleva a que su contenido deba adaptarse al Reglamento previo, en virtud del principio de inderogabilidad singular de los Reglamentos.

A continuación, procederemos a examinar el contingente, como instrumento de regularización de inmigrantes, su objetivo era regularizar (aunque al menos fuera temporalmente) a los trabajadores no-comunitarios, que no se encuentran en España (este hecho tampoco coincide con la realidad, ya que quienes lo solicitan suelen encontrarse en España, y la Administración a pesar de ser conocedora de esta realidad, lo tolera, fomenta y da la sensación de que enmascara la realidad)⁶⁴¹. Es decir, sus destinatarios eran un reducido número de inmigrantes que se encontraban en nuestro país y de otros que comenzaban a llegar⁶⁴², dirigida fundamentalmente a los extranjeros insuficientemente indocumentados, en la fecha de entrada en vigor de la citada Ley, salvo que hubieran incurrido en causas de expulsión previstas en los apartados c), d) y f) del artículo 26.1, siempre que los extranjeros o los empleadores en su caso, así lo soliciten, presentando la documentación necesaria, dentro del plazo de tres meses, a contar desde la indicada fecha (Dicho plazo, se amplía a seis meses desde la entrada en vigor de la misma para proceder a regularizar su situación, respecto de aquellos trabajadores que por su nacionalidad estuviesen exentos de la obligación de obtener permiso de trabajo por la normativa anterior a la ley). En este proceso extraordinario se presentaron 43.800 solicitudes.

Todo ello, provoca que tenga que acudir a otras vías para regularizar a los inmigrantes, siendo la más utilizada el procedimiento de regularizaciones. La primera ley de extranjería promulgada en nuestro país es la LO 7/1985. Si bien, lo más destacable de este cuerpo normativo, fue el realizar un tratamiento homogéneo a la temática de la extranjería⁶⁴³. Sin perjuicio de su carácter restrictivo de la inmigración, condicionada por la entrada de España en la CEE, que se produciría al año siguiente, muestra de ello, es el art. 18 de dicha ley, que establecía que para poder proceder a conceder permisos de trabajo a los extranjeros, era preciso que existiera escasez de mano de obra en la ocupación en la que solicitara el permiso, y la consiguiente inexistencia de trabajadores españoles, comunitarios o residentes legales en España demandantes de empleo en dicha actividad. Posteriormente esta ley fue objeto de desarrollo reglamentario por el RD 1119/1986 de 26 de Mayo, y en la misma para evitar la

⁶⁴⁰ STS 10/6/2002, (Tol 203647) le confirió esta naturaleza en el análisis del contingente del año 2004.

⁶⁴¹ SAGARRA TRÍAS, E., (2002). *Legislación sobre Extranjería e Inmigración: Una lectura*, publicada por la Universitat de Barcelona, pág 195.

⁶⁴³ PÉREZ VERA (1996) *El derecho español de extranjería*, Madrid, edit. UNED, págs. 11 y ss.

discrecionalidad administrativa en la concesión de permisos, se dispuso en este Reglamento, que el organismo que constataría la situación de empleo en cada momento, sería el INEM, cuyos informes tenían un carácter preceptivo, si bien, excepcionalmente se podía prescindir de él, cuando la autoridad laboral dispusiera de información suficiente sobre dicha situación de empleo tal y como regula el Art. 51.1.a de dicha norma.⁶⁴⁴

A pesar de que la primera regularización ordinaria se produce tras la promulgación de la Ley 7/85, es a su vez esta norma, la que en su Disposición transitoria segunda la regula y da soporte legal a la primera regularización extraordinaria que se produce en España. Destacando en esta dos objetivos diferenciados: a) legalizar la situación laboral del inmigrante, siempre que se acreditara un permiso de trabajo ordinario inicial (tipo b)⁶⁴⁵ y su permanencia en España con anterioridad a determinadas fechas; b) utilización del contingente como instrumento de regularización⁶⁴⁶ de trabajadores extranjeros que se encontraban en nuestro país. (Diseña pero no pone en marcha el sistema de cuotas)

A continuación, se aprobó por el Consejo de Ministros el día 7 de Junio del año 1991 un acuerdo por el que se establecían los criterios para llevar a cabo el proceso de regularización y cuyos requisitos exigidos eran los siguientes: a) presencia en España antes del 24 de Junio de 1985, y permanencia habitual desde dicha fecha; b) presencia en España antes del 15 de Mayo de 1991 y permanencia habitual desde dicha fecha siempre que se acredite bien haber sido titular de un permiso de trabajo y residencia, bien realizar o haber realizado una actividad lucrativa continuada por cuenta propia o ajena o bien contar con oferta firme de empleo regular y estable, o con un proyecto de explotación por cuenta propia de carácter permanente y económicamente viable; c) haber solicitado asilo o refugio antes del 15 de Mayo de 1991, que la solicitud se encontrara en trámite o hubiera sido objeto de denegación, cuando se cumpla alguno de los requisitos señalados en los apartados anteriores. En dicho proceso, se presentaron 130.406 solicitudes, de la que fueron resueltas positivamente⁶⁴⁷ 108.321.

Sin embargo, la primera regularización material nuestro país no se produce hasta el año 1993, en que por vez primera se publica en el BOE la Resolución de 4 de Abril que dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se establecía un cupo de

⁶⁴⁴ MOYA ESCUDERO, M., (1993). *Régimen jurídico del permiso de trabajo*, Granada, Comares, pág. 40 y ss.

⁶⁴⁵ STS 30-10-2002(AR.1001)

⁶⁴⁶ ALONSO OLEA (2001). *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Cuadernos Civitas, pág. 41.

⁶⁴⁷ Informe sobre el Proyecto del Reglamento de Extranjería, presentado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, al Consejo de Ministros el 19 de Noviembre de 2004, pág. D-1.

autorizaciones de trabajadores inmigrantes de nacionalidad no comunitaria, así como el procedimiento a seguir para la tramitación de las ofertas de empleo y solicitudes de trabajo. Dicha medida perseguía la canalización de los flujos migratorios “*facilitando un número máximo de autorizaciones que solamente se irán utilizando si el mercado de trabajo nacional no es capaz de satisfacer las necesidades empresariales de forma adecuada*”, motivo por el cual se garantizaba la preferencia de la mano de obra extranjera residente en España. Se inauguraba, de este modo, un singular proceso de regularización anual encubierta que hacía de la vía del “*cupo*” un sistema complementario de las regularizaciones extraordinarias que pudieran eventualmente utilizarse.⁶⁴⁸

Todo ello, provoca que tenga que acudir a otras vías para regularizar a los inmigrantes, siendo la más utilizada el procedimiento de normalizaciones. La primera ley de extranjería promulgada en nuestro país es la LO 7/1985. Seguidamente se dictó el RD 155/1996, que continua manteniendo la complejidad en la configuración de los permisos de trabajo, si bien, como aspecto positivo del mismo, destaca la clarificación que supuso en el régimen sancionador regulado por el anterior Reglamento y que supuso una acomodación a nuevas normas o sentencias del Tribunal Constitucional que depuran la ley 7/85, continuando otorgando a la situación nacional de empleo un carácter restrictivo para la concesión de permisos de trabajo para los inmigrantes extracomunitarios⁶⁴⁹. Sin embargo, en la práctica tuvo una menor entidad, dado que fueron cursadas 25.128 solicitudes, de las que se resolvieron positivamente 21.294 permisos, en los cuatro meses que duró dicho proceso de regularización extraordinaria. Siendo los requisitos exigidos para poder acogerse al mismo los siguientes: a) encontrarse en España antes del 1 de Enero de 1996; b) haber sido titular de un permiso de residencia y trabajo, o permiso de residencia con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 119/1986 de 26 de Mayo, por el que se aprobó el anterior Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 5/1985; c) no estar incurso en alguna de las causas de expulsión de los párrafos c) y d) del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/85 de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, ni los que habiendo sido expulsados con anterioridad por alguna de dichas causas, tengan prohibida la entrada en el territorio español, salvo que la expulsión hubiese prescrito en base a lo dispuesto en el Reglamento que se aprueba mediante el citado Real Decreto. Sin embargo, en la práctica, su ámbito subjetivo de aplicación quedaba reducido a los titulares de un permiso que no lo hubiesen renovado, lo cual se entiende es la inmensa

⁶⁴⁸ MERCADER URGUINA, J. R., Y TOLOSA RIBIÑO, C., (2003). *El contingente de trabajadores...* op. cit., pág. 81.

⁶⁴⁹ BALLESTER PASTOR, A., (2006). *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 35. op. cit. pág 20

minoría de la población en situación irregular⁶⁵⁰, cuya verdadera dificultad estriba en acceder a la primera documentación más que en el mantenimiento de la misma. Además se suprime el régimen de exclusiones para estar incurso en alguno de los supuestos de exclusión, que resultaba ser bastante amplio, ya que si el extranjero se encontraba irregularmente en España, sólo se podía mantener económicamente o ejerciendo la mendicidad o trabajando sin documentación, en los dos supuestos estamos en presencia de la carencia de medios lícitos de vida que motivaban el expediente y posterior sanción de expulsión, a partir de este Real Decreto, se suprime la consideración de la mendicidad, ni de la inexistencia de medios lícitos de vida del párrafo f) del artículo 26.1, LO 7/85, tenido en cuenta en la anterior regularización y que ahora se suprime. Además se introduce como novedad del citado RD la exigencia de consulta previa a las organizaciones sociales y empresariales más representativas, fijándose como finalidad del mismo garantizar la cobertura de aquellas ofertas de empleo no atendidas por el mercado nacional de trabajo para sectores y zonas geográficas determinadas y, en su caso, establecer un procedimiento específico para su gestión. Estableciéndose de forma preceptiva su utilización anual por parte del Gobierno, a partir de la obligación impuesta por el Art. 39 de la LO 4/2000, manteniéndose esta hasta su derogación posterior realizada por el Art. 39.1 de la LO 14/2003 que reitera el carácter potestativo de este mecanismo y señala que *“el contingente permitirá la contratación programada de trabajadores que no se hallan ni residen en España, llamados a desempeñar empleos con vocación de estabilidad y que serán seleccionados en sus países de origen a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios, sin descartar tampoco que el acuerdo del Consejo de Ministros establecerá los supuestos en los que será posible tramitar ofertas nominativas a través del contingente”*.

En segundo lugar, desarrollando la Ley se encuentra el Reglamento que la aplica, RD 864/2001, de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre⁶⁵¹, supuso un cambio normativo y acompañado de obligación de desarrollo reglamentario para el proceso de regularización y cuyo fruto fue el RD enumerado, donde contenía la regulación de los contingentes en un solo artículo, el 65, con once apartados constituyendo el eje central del mismo el proceso de acceso al empleo por parte los extranjeros destacando como peculiaridad

⁶⁵⁰ Según expresión de VALDUEZA BLANCO, M. D., (2003) *Las situaciones administrativas e los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales*, en Rev. Relaciones Laborales, Tomo II, pág.167; y que ella misma define como la situación de “quienes ejercen una actividad lucrativa sin la correspondiente autorización para trabajar”.

⁶⁵¹ Resulta muy detallado y clarificador el análisis efectuado por CHARO BAENA, P., (2002). *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000 de 22 de Diciembre*. Tribunal Social, 133, pág. 36.

la legitimación que se otorga al extranjero para solicitar su propia documentación que en los casos de autorizaciones de trabajo hoy resulta inviable, salvo en los casos de cuenta propia o cuanta ajena en servicio doméstico para varios empleadores; o cómo el precepto legal habla de encontrarse “*insuficientemente indocumentados*”¿Quién cuantifica y que baremo se establece para cuantificar la cuantificación? Nos encontramos pues ante otra vía de discrecionalidad de la Administración incongruente y con graves dosis de inseguridad jurídica, puesto que desde nuestro punto de vista, o se esta o no se esta documentado suficientemente .Asimismo el plazo de tres meses aludido, se amplía a seis meses desde la entrada en vigor de la misma para proceder a regularizar su situación, respecto de aquellos trabajadores que por su nacionalidad estuviesen exentos de la obligación de obtener permiso de trabajo por la normativa anterior a la ley.

En tercer lugar, se recoge en la Disposición Transitoria Primera de esta LO4/2000, para los extranjeros que se encontrasen en territorio español antes de día 1 de Junio de 1999 y que acrediten haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o trabajo o que lo hayan tenido en los tres últimos años. Lo que se desarrolló al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 239/2000 de 18 de Febrero. La regularización exigía los siguientes requisitos: a)el extranjero debía de encontrarse en España antes del 1 de Junio de 1999, o bien encuadrarse en uno de los siguientes grupos: a) titulares de un permiso de residencia o trabajo en los tres años anteriores al 1 de Febrero del año 2000;b) solicitantes de asilo a los que se hubiera denegado su solicitud antes del 1 de Febrero de 2000; c)solicitantes de algún tipo de permiso antes del 31 de Marzo de 2000;d) familiares de alguno de los anteriores o de residente legal no comunitario o comunitario que acreditaran encontrarse en España antes del 1 de Junio de 1999.Pero desde nuestro punto de vista, la novedad más destacable es la creación a un permiso unificado inicial de trabajo y residencia, con un año de validez y sin determinación de zona geográfica ni sector de actividad. A lo que hay que añadir, el proceso previsto en el RD 142/2001 sobre regularización de los inmigrantes en virtud de la Disposición Transitoria 4ª de la Ley⁶⁵². Es decir, se trata de realizar una coerción de las solicitudes que se habían visto denegadas exclusivamente por no cumplir el requisito de encontrarse en España antes del 1 de Junio de 1999, tal y como se reguló en el citado Real Decreto y cuya finalidad ultima era regularizar a los trabajadores ecuatorianos que se encontraban irregularmente en nuestro país, exigiéndoles acudir personalmente a la embajada de su país de origen en Ecuador y solicitaran visado, en la

⁶⁵² En virtud, del RD 142/2001 de 16 de Febrero, se reconoció a los extranjeros extracomunitarios el derecho a ser documentados con permiso de residencia y trabajo, siempre que la solicitud de regularización se hubiera presentado en plazo en el anterior proceso de regularización (por el RD 239/2000) cuando ésta se hubiera denegado por el motivo exclusivo de no haber acreditado el requisito de encontrarse en España, antes del 1 de Junio de 1999, siempre que éste pueda acreditar encontrarse en España en la fecha de entrada en vigor de dicho RD.

práctica tuvo escasa acogida esta norma, se presentaron 24.884 solicitudes, de las que fueron resueltas positivamente 20.352. Es decir, durante el periodo de publicación de la LO 4/2000 hasta la vigencia de regularización prevista en el RD 142/2001, se presentaron 180.000 solicitudes, de los 122.310 fueron regularizados⁶⁵³. Una de los defectos de forma que destacan en las regularizaciones realizadas (excepción la del año 2004) es la ausencia de publicidad en el BOE, lo cual provocó desigualdad⁶⁵⁴ e inseguridad jurídica a los afectados. En conclusión, los contingentes producidos hasta la referenciada fecha, tenían como objetivo la regularización periodo de los trabajadores extranjeros que ya se hallaban localizados en nuestro país. Sin embargo, no va a ser hasta el año siguiente (2002) el primer año de aplicación de la nueva configuración del contingente, entendido como un instrumento de gestión de los flujos migratorios a través de un sistema en el que las organizaciones empresariales y los agentes sociales participan activamente⁶⁵⁵. Siendo el contingente considerado como el único mecanismo de acceso admitido para que los extranjeros que se encuentren en España puedan legalizar su trabajo⁶⁵⁶.

Finalmente como penúltimo proceso encubierto de regularización extraordinaria, es el previsto en el artículo 31.4, de la LO 8/2000, que bajo la figura del “*arraigo*”, se permite documentar con un permiso de residencia temporal a un extranjero⁶⁵⁷, siempre que acreditase su situación de arraigo en España. Y con base a dicho criterio normativo, se acordó resolver favorablemente las solicitudes de permiso de residencia que se presentaran hasta la entrada en vigor del R. D. 864/2000 de 11 de Enero, por extranjeros que, hallándose en España, cumplieran con los siguientes requisitos: encontrarse en España antes del 23 de Enero de 2001: a) acreditar una situación de arraigo, considerando como tal, la incorporación al mercado de trabajo, la anterior residencia en España, o la existencia de vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles; b) no estar incurso en determinadas causas de expulsión, ni tener prohibida la

⁶⁵³ Resolución 7/6/1991

⁶⁵⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO B. F., BRAVO FERRER, M., Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., (1986) *Igualdad y discriminación* Tecnos, Madrid, pág. 13 y ss.

⁶⁵⁵ SANTAOLAYA MACHETTI, P., (2004) *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería* cit. pag. 75. Se refiere a la necesidad de regular de una manera más ágil y eficaz la llegada de la mano de obra que nuestro desarrollo reclama y de acentuar el control judicial de los actos administrativos en materia de extranjería. También ARAGÓN BOMBÍN R., Y CHOZAS PEDREÑO J., (1993) *La regularización de inmigrantes durante 1991-1992*. Madrid, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social.

⁶⁵⁶ Sobre la amplitud de los derechos reconocidos a los extranjeros por nuestra Constitución. ALZAGA, O., (1998). *Derecho político español según la Constitución de 1978*, 2º edición. Madrid, pág. 53.

⁶⁵⁷ MÁRQUEZ PRIETO, A., (2005). *Inmigración, integración y exclusión. Cara y cruz del arraigo laboral (a propósito del art 45.2.a del reglamento de Extranjería)*. Editado por AS, Octubre, núm.10, pág. 49 y ss.

entrada en territorio nacional. A través del citado proceso, en el año 2003, se presentaron 361.439 peticiones de permiso, de los que fueron concedidos 239.174 expedientes.

Por último, la LO 14/2003 de 20 de Noviembre, supuso de nuevo una reforma de la LO4/2000, fruto del cual se dicta el actual Reglamento en vigor en España RD 2393/2004 de 30 de Diciembre, que establece nuevos mecanismos para la autorización de extranjeros con posterioridad al procedimiento extraordinario de regularización, establecido en la Disposición Transitoria Tercera de dicho Decreto, que fue desarrollado por la Orden PRE/140/2005 de 2 de Febrero, en que se fija el último proceso de regularización realizado hasta la fecha en nuestro país y que se caracteriza por lo siguiente: a) la iniciación del proceso es por parte del empresario que es de debe demostrar que existe una relación laboral (para ello se exige la presentación de la copia del contrato de trabajo ,acompañado de una declaración de ambas partes en la que se recogía que la duración de la relación contractual iba a tener una vigencia mínima de seis meses salvo excepciones para la actividad agraria, hostelería, construcción, contrato a tiempo parcial, para los que se amplía el plazo hasta doce meses). Se añade la peculiaridad de que estos grupos de trabajadores podrán solicitar paralelamente la concesión de una autorización inicial de residencia y trabajo siempre que se refiera a actividades encuadrables en el ámbito del servicio del hogar familiar, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un titular del hogar familiar. Para ello deberán acreditar que reúnen los requisitos previstos por la legislación aplicable a los efectos del alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social como empleados del hogar discontinuos y que van a realizar un número de horas de trabajo semanales no inferior a treinta, en el cómputo global; b) además a pesar de reconocer eficacia a dicho documento, sus efectos quedan en suspenso hasta que no se proceda a reconocer la autorización de residencia y permiso que se había solicitado); c) Una vez realizado el acto de encuadramiento en el sistema mediante la afiliación y alta del trabajador, comenzará a computarse el período de vigencia, que será de un año. Transcurrido el plazo de un mes desde la notificación de la autorización sin que se haya cumplido dicha condición, esta quedará sin efecto requiriéndose al empresario o empleador, para que subsanen estos defectos y en caso de no hacerlo, o que las razones aducidas sean consideradas insuficientes a juicio de la administración se podrán denegarse ulteriores solicitudes de autorización que presenten por el interesado⁶⁵⁸ En este sentido, es frecuente que cuando se trata de ofertas de trabajo “*de favor*”, sea el propio

⁶⁵⁸ Dejando en demasiadas ocasiones subordinada la concesión de la autorización administrativa de residencia y trabajo del trabajador extranjero, a la buena voluntad del empleador que deberá de afiliarlo y darlo de alta en la Seguridad Social en el plazo de un mes, con lo cual nos podemos encontrar con miles de solicitudes concedidas y no efectivas por carecer de la posterior afiliación y alta, con los irreparables perjuicios que ello supone al extranjero solicitante pero a nuestro juicio, la novedad se queda corta respecto a la consecuencia en el incumplimiento de dicha afiliación y/o alta a la Seguridad Social, puesto que es fácilmente eludible la consecuencia de no poder volver a tramitar otra solicitud bajo el mismo nombre, por lo que la capacidad disuasoria o coercitiva es bastante escasa, sin ocultársenos la dificultad que encierra para la empresa la contratación de una persona extranjera que desconoce.

trabajador el que adelante los costes de cotización de la Seguridad Social al empleador, o bien que el empleador recabe un documento firmado del trabajador alegando éste que ha encontrado otra oferta del mismo sector y ámbito geográfico en mejores condiciones económicas, o que alegando el empresario que no se presentó a trabajar y que la relación no se ha iniciado, o cualquier otra excusa para justificar que él no ha procedido en el plazo legal a cursar el alta del trabajador. La situación contradictoria, en la práctica se presenta cuando hay otro empleador que quiera dar de alta al trabajador en el mismo ámbito geográfico y sectorial de actividad. En teoría, el alta inicial sólo pueda darla el empleador que cursó la solicitud de autorización para trabajar y la oferta de empleo, ya que el expediente administrativo lo ha iniciado él y la resolución ha sido a su favor. Sin embargo, en el periodo que transcurre desde dicha solicitud a la resolución completa del expediente con la obtención del visado en el país de origen, transcurren como poco del orden de los seis meses, que son más que suficientes para que objetivamente puedan cambiar las circunstancias que determinaron la oferta y la solicitud, las cuáles se mantienen en muchas ocasiones para no perjudicar al propio trabajador extranjero ansioso de documentación para su residencia en España.(El ejemplo más claro, es el del empleador del servicio doméstico, siendo frecuente que el anciano que se iba a cuidar esté hospitalizado o haya fallecido); d) se unifican autorización de residencia y de trabajo, tal y como lo pone de manifiesto el hecho de que la solicitud se refiere exclusivamente a la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena⁶⁵⁹. En este sentido la concesión inicial tiene una duración máxima de un año, y se pone por nuestra parte en entredicho la inadecuación de la limitación geográfica y sectorial a unos empleos normalmente precarios y a unos trabajadores con amplia movilidad. A ello hay que sumar el hecho de que el trabajador teóricamente no se puede encontrar en España de manera irregular, porque ello sería causa de inadmisión a trámite y denegación de la autorización conforme al artículo 53. j) del Reglamento. Aunque se le notifica al mismo en el domicilio designado por éste es España, que coincidirá con el del empleador la mayoría de los casos para evitar el conocimiento de la ubicación del trabajador irregular, o en otro domicilio en la provincia solicitante, manteniéndose aun así la suposición de que el trabajador no se encuentra en nuestro país, salvo que se derive informe a las autoridades policiales para que contrasten la vecindad existente en dicho domicilio. Además a nuestro juicio, la pretendida simplificación en la tramitación de este visado quiebra puesto que se mantienen los mismos pasos anteriores a la reforma aunque cambie la validez jurídica de aquéllos. Al continuar exigiéndose resolución administrativa por la que se reconoce el visado y finalmente de la tarjeta de identificación del extranjero. Antes la autorización iba aparejada a la resolución y ahora al visado, pero todos los documentos siguen siendo igualmente preceptivos;

⁶⁵⁹ALONSO OLEA, E., (2001). *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid., pág. 34 y ss.

e) se reformulan los motivos de la denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena suprimiéndose la cláusula del art. 74.1.k) del Reglamento 864/2001, que basaba la denegación en la concurrencia de “*cualquier otra causa que sea considerada motivo suficiente por la autoridad competente, mediante resolución debidamente motivada*”. Siendo reemplazada por el artículo 53 del Reglamento 2393/2004, que señala que el visado no puede ser contrario a la resolución administrativa previa; f) Se mejora la técnica legislativa al concretarse el ámbito de la infracción, antes referido al “*incumplimiento de la legislación social, en particular la relativa a inmigración*”: g) También se acorta el plazo que antes era de tres años desde la resolución firme sancionadora, lo que parece excesivo habida cuenta, sobre todo, de las dificultades reales de contratar legalmente a un trabajador extranjero, por lo que el nuevo plazo nos parece más razonable; h) Se introduce como novedad la obligación de que el inmigrante extranjero figure empadronado seis meses antes de la entrada en vigor de este Reglamento.

De otra parte, de forma sucesiva a los procesos de regularizaciones aparecen los contingentes, que funcionan básicamente como un mecanismo de regularización anual y no se convoca, por tanto, cuando hay regularizaciones. Los contingentes que se han realizado en nuestro país, son en los años: 1993, 1994, 1995, 1997, 1998 y 1999. Las características comunes de este mecanismo queda sintetizadas del siguiente modo: a) valoración de la situación nacional de empleo; b) preferencias por las contrataciones de españoles, comunitarios y residentes legales; c) necesidad de que el extranjero se encontrara fuera de España procediéndose a la contratación en origen; d) el permiso de trabajo estaba subordinado al contrato, de modo que este quedaba sometido a condicionantes geográficos fijados en el contrato para un lugar determinado y en una actividad concreta. Sin embargo, este planteamiento cambia a partir del año 2000, apareciendo nuevas características que difieren del procedimiento seguido hasta esos momentos, entre las que destaca: a) se permite la contratación genérica o nominativa⁶⁶⁰, obligando al empresario a proporcionar un alojamiento adecuado así como la repatriación del trabajador en caso de despido nulo, improcedente o desistimiento; b) se admite la posibilidad de eximir del visado al trabajador extranjero que ya se encontraba en España⁶⁶¹; c) Se abre la posibilidad del contingente en blanco, articulado por medio de visados para búsqueda de empleo, de modo que va a ser el empresario, cuando formalice el contrato con el trabajador extranjero el que le dote de contenido, ya que el documento que debía presentar el empresario reproduzca el contrato

⁶⁶⁰ Sin lugar a dudas se ajusta mejor a la realidad laboral del país tal y como sostienen AGUELO NAVARRO, P. y CHARRO BAENA, P., (2003) Consideraciones acerca del contingente 2003, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 2, págs. 67-105.

⁶⁶¹ Esta situación pretende evitar las regularizaciones encubiertas que hasta este momento se habían venido realizando MERCADER UGUINA, J. R., Y TOLOSA TRIBIÑO, C., (2003). El contingente de trabajadores extranjeros, balance de una sinuosa experiencia, *La Ley*. 2003, pág. 1243 y RUIZ CASTILLO, M. M., (2003). Marco legal de la inmigración en España. Aspectos laborales, *RDS* num.2, pág. 43.

laboral, y debía contener los requisitos exigidos para la contratación general, no existiendo ningún modelo facilitado por el INEM para cumplimentar. Observándose como la tendencia actual, en el sistema de contingentes, es el tránsito hacia un sistema mixto de permisos de trabajo por razón del objeto de la contratación; d) carácter anual del contingente a partir del año 2002, como mecanismo para encauzar adecuadamente la mano de obra extranjera. En consecuencia, queda reducido el sistema de contingentes, a sectores de actividad en los que existe menor demanda por parte de trabajadores españoles y comunitarios, rigiéndose por criterios estrictamente cuantitativos (cupos) sin resultar necesaria una averiguación de las expectativas de la situación nacional de empleo. Presumiblemente, superados estos cupos, el trabajo en estos sectores de actividad no estaría justificado o, al menos resultaría necesario probar que no afectan a la situación nacional de empleo, utilizando para ello los trámites establecidos genéricamente para la concesión de los permisos de trabajo⁶⁶². Destacando como defectos de estos mecanismos, a nuestro juicio, la excepcionalidad en su uso (aunque en el caso de nuestro país se ha convertido en un mecanismo cíclico y normal; inseguridad jurídica en su tramitación; presunción de fraude en su gestión por parte de la Administración; desde nuestro punto de vista constituye prueba de la improvisada política de extranjería e inmigración en España.

¿Cuáles son las características que presenta el contingente del año 2008 en España?

1) Se refiere a cuál es el objetivo de la puesta en marcha de este mecanismo de acceso de ciudadanos extranjeros a nuestro mercado de trabajo, más concretamente el desempeño de empleos “*con vocación de estabilidad*”; es decir, con independencia de la duración del contrato del trabajador extranjero, el puesto de trabajo que se oferta parece que debe reunir las notas de estabilidad y permanencia en el circuito productivo, tesis que se reafirma con la lectura del Art. 78 y su regulación diferenciada de la contratación “*estable*” y de la contratación “*de temporada*”.

2) Discierne sobre a quién va dirigido el posible acceso al empleo en España, refiriéndose de forma clara y taxativa a una contratación ordenada, regulada, o más exactamente, y por utilizar el mismo término que el precepto, “*programada*”, de extranjeros que no se hallan ni residen en España, pretendiéndose por esta vía, al igual que se venía haciendo desde el año 2002, aunque con resultados muy dispares en cada momento, que el contingente no se trate de una vía de acceso encubierto de acceso al trabajo para ciudadanos extranjeros que ya se encontraran entre nosotros, si bien de forma irregular y sin autorización de permiso/visado de residencia y/o trabajo.

⁶⁶² BALLESTER PASTOR, M. A., (2006) *.El trabajo de los extranjeros comunitarios en España*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 20

3) Supone un cambio de alcance con respecto al marco jurídico anterior. Si bien parece que la prioridad sea la selección de trabajadores efectuada en sus países de origen a partir de “*las ofertas genéricas*” que presenten los empresarios, la norma no cierra la puerta, y no podría hacerlo ante las constantes correcciones jurisprudenciales que han efectuado las sentencias del Tribunal Supremo, a la posible admisión de ofertas nominativas, si bien la autorización no se contiene de forma expresa en el Art. 77 sino que se deja al Consejo de Ministros la concreción de cuándo y en qué supuestos será posible dicha tramitación. Obsérvese igualmente que la selección se efectuará en los países de origen, dato que debe ponerse en relación con el Art. 80.1 cuando se expone que los contratos de trabajo que se gestionen a través del contingente “*deberán ser firmados por extranjeros que no se hallen ni sean residentes en territorio español*”. A indicar así mismo que la selección se hará por la parte empresarial, que los trabajadores preseleccionados podrán recibir formación en su propio país o ya en España, y que deberán disponer de la información adecuada sobre sus derechos y obligaciones cuando se complete el proceso de selección. contratación por vía de contingente va dirigida a trabajadores que no se hallen ni residan en España. Es sólo una vía de acceso al mercado de trabajo (aunque el gobierno y los agentes sociales creen que debe ser la más importante). Por consiguiente, y de acuerdo con la Sentencia de la Sala 3ª del TS de 6 de Abril de 2004, no se cierra la vía a la contratación de extranjeros que se hallen y residan en España. El texto diferencia entre contingente “*estable*” (se refiere a “*empleos con vocación de estabilidad*”) y un posible contingente “*de temporada*”. La regulación deberá diferenciar de forma clara ambos supuestos.

4) La contratación podrá hacerse a partir de ofertas genéricas presentadas por los empresarios, vía contingente de forma preferente, por consiguiente no obligatoria y además dejando de lado las ofertas nominativas que, obviamente, no pueden quedar condicionadas por la nacionalidad del sujeto que se pretende contratar y que aparecen recogidas y en el artículo 77.3 que dispone expresamente que “*el Acuerdo del Consejo de Ministros establecerá los supuestos en los que será posible tramitar las ofertas nominativas a través del contingente*”. Las ofertas deberán presentarse personalmente por los empresarios, o quien ostente la representación legal empresarial. La contratación se dirigirá preferentemente a trabajadores de países (Colombia, Polonia, Marruecos, etc.) con los que España tenga firmados “*Acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios*” Es decir, se encauza la presentación de las ofertas de empleo genéricas vía contingente de forma preferente, no obligatorias que cohabitan con las ofertas nominativas que no quedan condicionadas por la nacionalidad del sujeto. Esta preferencia por contratar con determinados países conlleva a una discriminación por razón de la nacionalidad ya que se le obliga al empresario a escoger entre los extranjeros de determinados

países no teniendo libertad (salvo que realice contrataciones nominativas) para hacerlo de forma genérica con países con los que España no tenga suscrito acuerdo⁶⁶³

5) El texto deja abierta la puerta para establecer una regulación que incluya, junto al contingente “*estable*”, el contingente “*de temporada*” (todos los trabajadores, en ambos casos, deberán ser seleccionados en sus países de origen), y además visados para:

- Búsqueda de empleo en España, para hijos o nietos de un español de origen, con una duración máxima de tres meses.

- Búsqueda de empleo en España “*limitados a determinados sectores de actividad u ocupaciones en un ámbito territorial concreto*”, con una duración máxima de tres meses.

6) Su regulación se encuentra en el artículo 83. La redacción del texto deja un amplio margen a las autoridades competentes (y entre ellas los Servicios de Empleo) para su concreción, ya que hace referencia a los ámbitos territoriales y sectores de actividad donde “*existiendo puestos de trabajo de difícil cobertura, las circunstancias específicas del mercado laboral concernido determinen que los puestos pueden cubrirse de manera más adecuada a través de este sistema*”. Además, el segundo párrafo del número 3 del artículo 83 posibilita que la autoridad competente cambie durante el año los sectores de actividad o ámbitos territoriales para los que pueda concederse ese visado. En realidad se está haciendo una alusión a las CCAA para garantizar su participación cuya finalidad es buscar una agilización del funcionamiento del sistema del contingente, para lograr una mayor aproximación al mercado de trabajo, al conocer de forma más cercana su situación en ese ámbito geográfico determinado⁶⁶⁴

7) Es importante reseñar que el empresario ha de presentar un contrato de trabajo firmado por ambas partes, así como la autorización para trabajar. La autorización quedará condicionada a que en el plazo de un mes el trabajador se afilie y/o sea dado de alta en la Seguridad Social. Se deja la puerta abierta a la ampliación del número de ofertas de empleo durante todo el año, en razón de “la evolución del mercado de trabajo”. El artículo 80.4, prevé la posibilidad de que se impartan cursos de formación en España o en los países de origen, dirigidos a los trabajadores que hayan sido seleccionados o preseleccionados. (Dirigido a los

⁶⁶³ ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., (2003). La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros. *Rev. Derecho Social*, núm. 23, págs. 117 y ss.

⁶⁶⁴ PEÑA S., (2003) .La incorporación del inmigrante al mercado de trabajo desde la actual regulación española, AEDT, en *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Conserjería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, págs. 958-959.

extranjeros extracomunitarios que accedan al mercado de trabajo español con visado de búsqueda de empleo durante el período de tres meses).

8) La autorización inicial de trabajo y residencia se limita, durante el primer año, a un ámbito geográfico y a un sector de actividad determinado.

9) Se regula con amplitud el trabajo de temporada o campaña, ya que la duración podrá llegar a los nueve meses dentro de un período de doce meses consecutivos, y se prevé que el trabajador pueda tener más de un contrato laboral, ya que la duración de la autorización “coincidirá con la del contrato o contratos de trabajo”. Las autorizaciones de temporada o campaña “se podrán prorrogar hasta seis o nueve meses en función del tipo de visado y del período de contratación inicial”, novedad que fue incorporada en el Art. 57.7, contemplándose especificaciones para la tramitación de contratos de temporada.

10) La vía de acceso a la residencia permanente en se recoge en el Art. 56 d), segundo párrafo, que dispone que “*el buen trabajador*” es decir aquel que cumpla sus obligaciones de retorno al país de origen una vez finalizada la temporada, podrá cubrir otras ofertas de empleo que se generen en la misma actividad y con el mismo empresario u organización empresarial en otras campañas futuras, “*sin que sea necesario tener en cuenta la situación nacional de empleo*”⁶⁶⁵

De lo anteriormente expuesto, se deduce que cupos o contingentes, reagrupaciones y regularizaciones, son mecanismos legales atípicos para regular la inmigración, cuyo uso indiscriminado por parte del legislador provoca confusión político-jurídico, puesto que, a pesar de constituir estas tres figuras una forma típica de política de inmigración, debido a su uso indistinto por parte del legislador y su extensión en el campo de aplicación a los inmigrantes que ya se encontraban en España, han provocado una política de “*pseudos-regularizaciones, que no coincide con el contenido de estos conceptos y que provoca una incertidumbre jurídica a los beneficiarios de las mismas*”⁶⁶⁶

Como dato relevante, en el año 2008, el Estado español ha fijado el contingente en 15.731, pero el cumplimiento del contingente depende de las ofertas de empleo que las

⁶⁶⁵ http://eduardorjoblog.blogspot.com/2008/01/el-contingente-de-trabajadores_17.html

⁶⁶⁶ SAGARRA TRÍAS, E. (2002). *Legislación sobre Extranjería e Inmigración: Una lectura*, publicado por la Universitat de Barcelona, págs. 180-202.op. cit. pag 91.

empresas españolas deciden canalizar a través del mismo. A 30 de Septiembre de 2007 había en España 3.740.956 extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor, lo que implica un aumento del 5,79% (204.609 personas) respecto al segundo trimestre del año⁶⁶⁷. Eso implica que el contingente anual, apenas supone el 1 % de las nuevas admisiones, y que 204.609 son nuevos residentes. En realidad, este hecho pone de manifiesto el fracaso de la política basada en los permisos de trabajo, que ha llevado a las sucesivas regularizaciones con las consiguientes incertidumbres jurídicas y a las mutaciones atribuida a la figura del contingente, destinada a dotar en unos casos de cobertura normativa a los procesos de regularización cuando los intereses políticos así lo exigían y, en otros, a cumplir la función inversa, actuando como mecanismo de incorporación selectiva de inmigrantes a nuestro mercado de trabajo impidiendo, precisamente, la utilización de esta vía como instrumento encubierto de regularización. Un sector doctrinal opina que la vía del contingente esta llamado a ser la vía de acceso ordinario al mercado de trabajo español reduciendo el sistema común de permisos de trabajo aun papel excepcional.⁶⁶⁸

Esto nos lleva a la premisa de que existe un porcentaje elevado de los nuevos inmigrantes regulares obtuvieron sus permisos de residencia o de trabajo a través de otros mecanismos generalmente a través del procedimiento excepcional de arraigo. El problema es que según la ley actual, un inmigrante sólo puede regularizar su situación por el procedimiento de arraigo tras un período de estancia irregular en España de entre 3 y 5 años (dependiendo del tipo de arraigo solicitado) Es decir, el procedimiento de arraigo, tal y como está diseñado actualmente, no es mas que una forma de regularización extraordinaria, pero continua e ilimitada. Es decir, cualquier persona que consiga residir de forma irregular en España durante un período de 3 a 5 años tiene derecho a convertirse en un inmigrante regular. No existiendo ningún límite en lo que respecta al número de inmigrantes que pueden ser regularizados por el procedimiento de arraigo, también se desconoce cuándo ni cómo vinieron a España los nuevos inmigrantes regulares que fueron dados de alta por el procedimiento de arraigo en el año 2007. Esto implica que una parte importante de la inmigración española escapa casi enteramente al control del Estado. Además, la inmigración real y regular es en cierta medida una función de la inmigración irregular.

⁶⁶⁷extranjeros.mtas.es/es/general/fuente_comentario_sep074d9269a57dacc75e121882543c81c7bf.html

AAVV., ASENSI SABATER, J., (dir.) (2001) *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Zaragoza, edit Edijus, pág. 21. La L7/1985, a su juicio, esta ley estaba pensada exclusivamente para una inmigración temporal y puntual, sin repercusiones importantes en el gasto social.

⁶⁶⁸ TABARINI CASTELLANI, M., (2002). *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch Valencia, pág 255, BALLESTER PASTOR, M Y CHARRO BAENA, entre otros sostienen la misma tesis.

Otro problema subyacente que plantea el procedimiento de arraigo, es la obligación del extranjero de acompañar a su solicitud para obtener la residencia temporal por esta vía del Informe emitido por el Ayuntamiento, es decir, antes de iniciar el procedimiento debería recabarse por el órgano municipal un Informe en que conste el tiempo de permanencia del extranjero en ese domicilio, medio de vida, grado de conocimiento de la lengua, programas de inserción en los que haya participado, sin embargo, resulta paradójico que previamente la Administración estatal no verifique si existe admisibilidad de la petición por cumplimiento de los requisitos establecidos en la Disposición Adicional Cuarta del RD 2393/2004, de 30 de Diciembre, y cuyos extremos deberían de ser previamente verificados por la Administración local, para evitar actuaciones administrativas inútiles y costosas como son las siguientes: falta de legitimación del solicitante o de acreditación, reiteración de una solicitud denegada sin variación de circunstancias, cuando las solicitudes carezcan de fundamento, etc..De modo que, si este procedimiento pretende insertar en el Padrón a personas que anteriormente debido a su situación irregular no lo hicieron, deberá desde nuestro punto de vista producirse un traslado de la carga de la prueba a la Administración estatal que utilizara para ello, informe de los Cuerpos de Seguridad del Estado, o medios indiciarios (tarjeta sanitaria, alta en servicios bancarios o telefónicos, etc.) que acrediten dicha residencia⁶⁶⁹.

Y debido a que el procedimiento de arraigo se ha convertido en la vía de regularización más bien habitual, y dado que el contingente anual no parece funcionar de manera satisfactoria, podría argumentarse que no existe ningún objetivo o previsión del volumen de inmigración anual en España. Si el flujo de inmigración fuera estable esto no supondría ningún problema, pues podríamos prever la inmigración para el año que viene simplemente utilizando las cifras de los últimos años. Sin embargo, esto no es lo que está ocurriendo en España. Evidentemente cada año se produce un aumento en las admisiones de nuevos residentes extranjeros, pero su intensidad varía considerablemente de un año a otro.

Sin embargo, la entrada en vigor del Nuevo Reglamento de 2011 de ejecución de la LOEXTR, ha introducido cambios en esta materia que sintetizaremos del siguiente modo:

Se disminuye el tiempo exigible para solicitar el “arraigo laboral” que parir de ahora será de un período mínimo de dos años y la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses. A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite (art 122.1).

⁶⁶⁹ LAGO NUÑEZ, G., (2005). Los extranjeros y la Administración Local, *Rev. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 11, de 15 de Junio ,págs. 1819-1826

b) Se mantiene inalterada la configuración del “arraigo social” con carácter general, con algunas leves matizaciones. Las más importantes son:

- La posibilidad de presentación de trabajos a tiempo parcial simultáneos, siempre que la duración mínima sea de un año y la jornada no inferior a 30 horas en el cómputo global.

.En el sector agrario se permite la presentación de contratos concatenados, cada uno de ellos duración mínima de seis meses.

- La posibilidad de revisar anualmente por Acuerdo del Consejo de Ministros los criterios que dan lugar al arraigo.

- Se garantiza la prevalencia de la Comunidad Autónoma en la emisión del informe de arraigo social, aunque, como en el caso de la vivienda para reagrupación familiar, se prevé el carácter subsidiario del Ayuntamiento y la posibilidad de inacción de ambas Administraciones.

Se contempla el **arraigo familiar**, al incluir como supuesto el de los progenitores extranjeros de hijos españoles, cuando el menor conviva y viva a cargo del solicitante de arraigo (art.122.3)

Se viene a reconocer el arraigo pro razones humanitarias, en el caso de enfermedades no sobrevenidas en los supuestos de menores, para garantizar la documentación de los menores desplazados a España en un programa temporal con fines médicos (art 124).

Y finalmente, se mantienen las previsiones para la prórroga de las autorizaciones o solicitud de autorizaciones de residencia temporal y trabajo. En ambos casos la presentación de la solicitud prorroga la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento (art.128).

1.9.3.-REQUISITOS PRECEPTIVOS DE ENTRADA EN LA UE PARA LOS CIUDADANOS EXTRACOMUNITARIOS

Para abordar el régimen de entrada y permanecería en nuestro país, hay que diferenciar en la existencia de un derecho en cuya regulación intervienen de forma imbricada dos ordenamientos jurídicos distintos subordinados a la nacionalidad del sujeto sobre el que recae, uno aplicable a los ciudadanos comunitarios regulados por el régimen comunitario y otro, aplicable a los ciudadanos extracomunitarios subsumidos en el régimen general de extranjerías. Ahora bien, partimos del hecho de que la distinta nacionalidad de éstos genera un efecto modulador en su ejercicio. La nueva ordenación de la extranjería pretende ahora armonizar determinado tipo de situaciones, con el fin de evitar las distorsiones a que el vínculo de ambas autorizaciones da lugar. Desde esta perspectiva se plantea, por tanto, el examen de la titularidad abordando su análisis solo con carácter accesorio o instrumental y que se manifiesta no solo en un régimen de regulación diferente sino también en el vocablo utilizado concretamente régimen

de permanencia si nos referimos al los ciudadanos comunitarios en particular, a las libertades de circulación y residencia que tienen reconocidas derivadas de su condición de ser ciudadano de la UE mientras que para los segundo, restringimos el termino a circulación y residencia, la primera regulada en el Acuerdo de Schengen, mientras que la segunda sigue siendo competencia de la legislación interna de los Estados miembros⁶⁷⁰. Todo ello se trae a colación para poner de manifiesto que la legalidad de la estancia de los extracomunitarios depende directamente de la concesión de estas autorizaciones administrativas.

Nuestro estudio lo centraremos en este segundo grupo, cuyo ejercicio del derecho a la libertad de circulación y residencia en territorio además de restringirse queda subordinado al cumplimiento de una serie de condiciones por parte de sus titulares que podemos dividir en diferentes fases:

La primera relativa al derecho de entrada para los ciudadanos extracomunitarios al territorio nacional. En primer lugar, conviene precisar se trata de un derecho no fundamental tal y como sostiene el TC en su sentencia 72/2005 de 4 de Abril y STC116/1993 de 29 de Marzo sino que se trata de un derecho que puede ser objeto de modulación por parte del legislador y condicionar su ejercicio al cumplimiento de determinados requisitos. En consecuencia, nos encontramos ante un derecho exclusivo de los españoles tal y como se desprende del art. 19 de la CE *“Los españoles tienen derecho a... entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”*

Para ello, se permite el acceso por parte de nuestro ordenamiento de extranjería, siempre que no concurra circunstancia negativa alguna (no estar sujeto a prohibición expresa de entrada, no suponer un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que éste tenga un convenio en tal sentido y no estar inscrito como no admisible en el Sistema de Información Schengen⁶⁷¹ que en su art. 93 del Convenio de Aplicación permite que a través de este sistema se investiguen posibles infracciones y descripción de personas con objeto de *"preservar el orden y la seguridad públicos"*) tal y como se preceptúa en el artículo 25 de la LO4/2000 y artículo 1 del RD2393/2004, por los puestos habilitados a tal efecto y durante las horas de apertura previstas, a lo que ha añadido la vigente LOEXTR de 2009, un nuevo artículo, el 25.5, donde se establece que a los entrada a territorio nacional de los extranjeros no comunitarios podrá ser registrada por

⁶⁷⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, G., J., (2004). *Registro Civil: Incidencia del fenómeno de la inmigración, Cuadernos de Derecho Judicial*, Edit por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pág 16.

⁶⁷¹ Acuerdo de 14 de Junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. El Estado español forma parte del mismo desde la firma en Bonn del Protocolo correspondiente, el 27 de Junio de 1991 (BOE de 30 de Julio). Con posterioridad, se elabora el Convenio de aplicación de dicho Acuerdo, de 19 de Junio de 1990 y que, igualmente, es suscrito por España con fecha de 23 de Julio de 1993 (BOE de 5 de Abril de 1994).

las autoridades españolas a efectos de control de su permanencia legal en nuestro país, de conformidad con la LO 15/1999 de Diciembre, de protección de datos de carácter personal en su art 11 cuya dicción literal es la siguiente “*Los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes. No podrán ser privados de esta documentación salvo en los mismos supuestos previstos para el Documento Nacional de Identidad.*” Además existe obligación por parte de los transportistas de comprobar la validez y vigencia de pasaporte y visados, antes de iniciar la salida y de no permitir el embarque de los pasaportes cuya documentación no sea correcta, pasando a convertirse el transportista en el cuasi encargado del control de fronteras.⁶⁷²

Sin embargo, no son estos los únicos requisitos a los que queda sujeta la entrada en el caso de los extranjeros. Si se accede al país desde un Estado del Espacio Schengen, al haberse suprimido los controles fronterizos internos⁶⁷³, será el extranjero quien deberá declarar la entrada en el plazo de tres días hábiles en cualquier comisaría del Cuerpo Nacional de Policía u Oficina de Extranjeros si esta se realiza por una frontera interior. A *sensus* contrario, si su entrada es ilegal por dichos pasos fronterizos, su situación deviene en irregular (STSJ País Vasco de 14 de Marzo de 2003, JUR 142144)

Si acudimos a lo establecido al respecto en la legislación de extranjería, resulta que, además habrán de cumplir una serie de condiciones de carácter sanitario, de índole económica y de naturaleza documental. De un lado, deberán presentar en los puestos fronterizos un certificado sanitario expedido en el país de procedencia, por los servicios médicos designados por la misión diplomática u oficina consular española. Además, cuando así lo determine el Ministerio del Interior habrán de someterse, a su llegada a territorio español, a un reconocimiento médico en frontera realizado por los servicios sanitarios españoles competentes. Tal exigencia responde a la necesidad de acreditar que no se padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena catalogadas tanto en el Reglamento sanitario internacional como en los diversos compromisos sobre la materia que hayan sido suscritos por el Estado español y que son el cólera, la peste y la fiebre amarilla⁶⁷⁴.

⁶⁷² AGUEDO NAVARRO P. Y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A., (2001). *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*. Lex Nova. Valladolid, pág 852.

⁶⁷³ Con la finalidad de mejorar la gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados integrantes de la UE, se ha creado la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa de las fronteras exteriores (Reglamento CE, núm. 2007/2004 del Consejo, de 26 de Octubre de 2004, DOUE núm 349 de 25 de Noviembre de 2004.

⁶⁷⁴ HEREDIA FERNÁNDEZ, S., (2001). La entrada en España, en MOYA ESCUDERO, M. (Coord.) *Comentario sistemático a la Ley de extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Granada, Comares, págs. 35-51, especialmente pág 46.

De otro lado, habrán de acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretendan permanecer en España o estar en condiciones de obtenerlos legalmente.

Y, finalmente, son varios los requisitos documentales que resultan exigibles: a) hallarse provisto de pasaporte, individual o colectivo, o documento de viaje que acredite su identidad y que se considere válido a tal fin; b) presentar los documentos que se determinen reglamentariamente a fin de justificar el objeto y condiciones de la estancia. Este requisito pretende verificar tanto el motivo de entrada invocado como las condiciones de la estancia siendo exigible para denegar el acceso al territorio español que medie, tal y como se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de Abril de 2005, una sospecha fundada sobre la inverosimilitud de tales extremos; c) finalmente, como regla general, estar provisto del correspondiente visado.

En segundo lugar, y en relación con el derecho a la libre circulación y residencia, la exigencia de requisitos de entrada y estancia en el territorio español para extranjeros no comunitarios no contraviene el derecho fundamental de libre circulación pues, como ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional (STC 94/1993, de 22 de Marzo, F.J. 3º): *“la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”*. El artículo 13.1 CE no incluye el derecho a entrar en España como un derecho fundamental de los extranjeros, si bien el legislador podrá otorgarlo a aquellos extranjeros que cumplan unos determinados requisitos establecidos por la Ley (STC 72/2005, de 4 de Abril). Así pues, las leyes y los tratados pueden modular el ejercicio de estos derechos, limitando la entrada y residencia de extranjeros al cumplimiento de determinados requisitos y formalidades, por lo que las normas en esta materia forman parte de las facultades de los Estados en materia de política migratoria. Se trata de un derecho condicionado, puesto que el ordenamiento jurídico internacional subordina su ejercicio al hecho de que la persona, sea cual sea su nacionalidad, se halle legalmente en el territorio de un Estado. Así se deduce de la literalidad del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 12.1) y del Cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 2.1). Siendo este requisito recogido en la legislación de extranjería, en concreto, en el Título II de la LO 4/2000, bajo la rúbrica *“Régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros”*, regula los requisitos que estos han de cumplir para entrar a España y las diferentes situaciones en las que pueden encontrarse en territorio español. Siendo exigible que el extranjero extracomunitario tenga una entrada legal para que su situación administrativa en nuestro país sea regular. Lo cual de sitúa en situación de estancia o residencia sea esta temporal o definitiva. De forma que, si el extranjero se halla incurso en

cualquiera de las situaciones de irregularidad administrativa que contempla la Ley podrá ser expulsado del mismo.

En tercer lugar, y por lo que se refiere al derecho a salir de España, este derecho viene reconocido en diferentes instrumentos internacionales como son: la Declaración Universal de Derechos Humanos cuya dicción literal de su art 13.2 señala” *Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*”, en el mismo sentido se pronuncia el art 13.2 del el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art 12.2 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos así como el art 2.2 del Cuarto de su Protocolo, donde se reconoce a toda persona el derecho a salir no sólo de su propio país sino, también, de cualquier otro. De ello se desprende que la libertad de abandonar un Estado pertenece tanto al nacional como a quien carezca de la nacionalidad del Estado que pretende abandonarse. Y, además, que esta libertad se prevé al margen del carácter regular o irregular de la presencia del individuo.

Por su parte, nuestro ordenamiento interno de extranjería respeta este criterio tal y como se manifiesta en el art 28 de la LO 4/2000 y 17 del R.D. 2393/2004, podrán salir del territorio español libremente, presentando a los funcionarios responsables del control de fronteras, en el caso de que la tenga en regla, idéntica documentación que les sirvió para acceder al territorio nacional, esto es, el pasaporte, título de viaje o documento válido que hubieran utilizado para la entrada.

Incluso se prohíbe denegar la salida en el caso de que la documentación presentada por el sujeto sea defectuosa (Art 18.2 del Reglamento de 2004) siempre que se den alguno de los supuestos legalmente previstos. De lo que se desprende que no se le puede impedir salir del territorio español por causa documental al no establecer como motivo *per se* a tales efectos la ausencia o defecto en la misma. Llegando también a tipificar como infracción grave las salidas del territorio español sin exhibir la documentación requerida sancionándola con multa de 10.001 hasta 100.000 € según lo previsto en el art 55 b) de la LO 2/2009 de 11 de Diciembre. De lo expuesto se desprende que no se podrá impedir la salida del territorio español a ningún extranjero salvo que se opongan a ello, los servicios policiales encargados de efectuar el control, siendo insuficiente argumentación para impedir la salida que la documentación presentada por el interesado sea defectuosa. Además la vigente ley introduce un nuevo supuesto de salida obligatoria del Estado español. Este nuevo supuesto, recogido en el art. 25.5 d) y ligado a la actual situación de desempleo que sufre España como consecuencia de la crisis económica, establece que aquellos extranjeros que se haya acogido a un Plan de retorno voluntario deberán

salir obligatoriamente y regresar a su país de origen en el plazo en el que su hubieran comprometido⁶⁷⁵.

El problema que plantea esta nueva norma es determinar que consecuencias tiene la no salida del extranjero en el plazo previsto. En principio podríamos pensar que el extranjero se encuentra en situación irregular y consecuentemente podría ser objeto de una medida de expulsión, conforme a lo previsto en el artículo 57 de la Ley, pero esta posibilidad no está muy clara por dos diferentes motivos. En primer lugar, el texto de la Ley no tipifica esta situación como infracción y, en segundo lugar, es posible que el extranjero que se acoja a un Plan de retorno voluntario tenga una autorización de trabajo y residencia en regla, ya que esta medida no está destinada específicamente a trabajadores en situación irregular.

En base a lo expuesto, para la entrada de cualquier extranjero en territorio Shengen es preciso que este provisto de pasaporte y de visado. Este último requisito fue creado en Octubre de 1997 tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, concretamente en el TCE del Título IV que establece la necesidad de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, añadiéndose a la reciente UE las competencias sobre materias de inmigración, a los visados y al asilo. Por su parte, el Reglamento núm. 2133/2004 del Consejo de 13 de Diciembre de 2004, subraya la obligación por parte de las autoridades competentes de los Estados miembros de proceder al sellado sistemático de los documentos de viaje de los nacionales de terceros países en el momento de cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. En cualquiera de los casos hay una voluntad expresa por parte de la UE en el establecimiento de un modelo uniforme de visado, que se materializa en el art 100 del TCE, que ha dado lugar, a la adopción de dos Reglamentos. Por un lado, el Reglamento CE 574/1999 de 12 de Marzo de 1999⁶⁷⁶ y por otro, el Reglamento CE 1683/95 de 20 de Mayo de 1995⁶⁷⁷. En cualquier caso, el visado es una materia compartida en la ordenación y control de flujos migratorios, que en el caso concreto europeo, se materializa en que la UE se reserve la definición, criterios, condiciones y procedimientos en relación al mismo, mientras que los Estados miembros les corresponde el control de sus fronteras y las medidas específicas en torno a la admisión de extranjeros extracomunitario⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ Art. 25.5 d) de la LOEXTR: “Las salidas serán obligatorias en los siguiente supuestos: d) Cumplimiento del plazo en el que un trabajador extranjeros se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario”.

⁶⁷⁶ DOCE L 72 de 18 de Marzo de 1999, adoptado en sustitución del anterior Reglamento CE 2317/95 de 25 de Septiembre (DOCE L 234, de 3 de Octubre de 1995), anulado con efectos futuros por el TJCE.

⁶⁷⁷ DOCE L 164 de 14 de Julio de 1995.

⁶⁷⁸ ROLDAN BARBERO, J., (2000). La Unión Europea y los nacionales de terceros Estados: la posible política de inmigración comunitaria, en OLESTI RAYO, A (coord.) *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam*, Barcelona, págs 237 y ss.

Estableciéndose como norma general que el Estado de acogida pueda exigir una serie de documentos al extranjero que pretenda entrar en su territorio, y especialmente cuando quiera establecer en el su residencia. Así en España se establecen como documentos presentables para su entrada en el país el pasaporte o título de viaje o en su defecto, cualquier otro documento acreditativo de su identidad y que se considere válido para dicho fin, en virtud de los Tratado o Convenios Internacionales en vigor. La incorporación de este instrumento⁶⁷⁹ novedoso a nuestro derecho se efectuó de forma temprana, concretamente en la Circular de la Dirección General de Asuntos Consulares de 28 de de Abril de 1978, que exigía el visado especial a todos los extranjeros que pretendan prorrogar su estancia en España por más de noventa días⁶⁸⁰. Posteriormente se dictó una Orden del Ministerio de Interior de 7 de Noviembre de 1983 junto a una Circular de la Dirección se Seguridad del Estado de 30 de Diciembre del mismo año, donde se exige el visado consular para los extranjeros que entren en nuestro territorio o que pretendan establecer su residencia o ejercitar cualquier actividad laboral, pero dada la descoordinación entre ambos órganos y la falta de fuerza de estas disposiciones internas obligaron a que se dictara de nuevo por el Director General de Empleo una nueva Circular de 28 de Noviembre de 1983, por la que en base al Decreto de 27 de Julio de 1968 sobre extranjeros, donde no recoge entre las causas de denegación de permisos de trabajo ,la omisión de visado, se acordó suprimir esta exigencia como obligatoria para tramitar los permisos de trabajo ,cualquiera que fuera la nacionalidad del súbdito extranjero solicitante. Si bien, su reconocimiento legislativo no se efectuó hasta en año1991, procediéndose a su materialización normativa por primera vez en la Ley 7/1985 en concreto en su art 13.3 cuyo numeral establecía *“El visado será expedido por las Representaciones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España y habilita al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada. Para la concesión del visado se atenderá el interés del Estado Español y de sus nacionales, en los términos previstos reglamentariamente. La denegación no necesitara ser motivada.”* Posteriormente la LOE , configura el régimen de entrada ,salida y estancia de extranjeros en España no como derechos subjetivos sino como expectativas de derecho que son

⁶⁷⁹ Congreso de los Diputados de 9 de Abril de 1991, BO CG., Congreso de los Diputados, IV Legislatura, núm. 165.

⁶⁸⁰ RIGO VALLBONA, J., (1979). *Extranjería y nacionalidades: lo que debería saber todo extranjero si quiere residir, trabajar o invertir en España* Barcelona, Gráficas, pág 40.

la suma de una serie de requisitos o condicionantes⁶⁸¹, permitiendo que la Administración se reserve amplias parcelas de discrecionalidad y numerosas especialidades procedimentales⁶⁸²

Además la cita norma suprime como exigencia para la entrada de extranjeros extracomunitarios: el deber de someterse a los reconocimientos médicos y a las medidas y controles que exijan los servicios sanitarios españoles previstos en el art 11.2 de la LO de 1985 y la especificación de los motivos de viaje(art 36 del RD 155/1996.Si bien, en cambio, permite que nuestro Estado potestativamente pueda autorizar la entrada a nuestro país a sujetos que no reúnan los requisitos anteriores, cuando “*se aprecien razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de requisitos adquiridos por España(art 23.4)*”.Además conviene recordar que en el caso concreto de visados, la citada ley disponía en su art 25.2 “*Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado*”.De modo que, quien pretenda entrar en nuestro país para una simple estancia o para la residencia o trabajo necesita tramitar en las misiones diplomáticas y consulares de España el visado, pudiendo exigírsele que se persone en dichas dependencias para su solicitud. Y en caso, de denegación al convertirse en un acto reglado, se exige motivación, siendo el efecto del silencio positivo si la Administración no resuelve en el plazo de tres meses (art 43.2 LRJAP) .No obstante con el fin de atenuar este precepto, el párrafo 3 del mismo art 25, establece “ *que excepcionalmente y con carácter temporal, el Gobierno podrá establecer para los nacionales de un determinado país, o procedentes de una zona geográfica supuestos en los que la denegación no ha de ser motivada*”

No será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso.” De lo que se desprende que sólo se exigirá visado cuando no exista acuerdo internacional (que presuponemos que será de reciprocidad) cuando lo disponga la normativa española o comunitaria, exceptuándose esta obligatoriedad cuando el extranjero este provisto de la tarjeta de extranjero o de una autorización de regreso, así mismo se exceptúa la obligación de solicitar este requisito por razones humanitarias, interés público o compromisos adquiridos por España (art 25 párrafos 3 y 4).Posteriormente la LO 8/2000, recoge en su art 27,2 lo siguiente “*El visado se solicitará y expedirá en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España, y habilitará al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada. Excepcionalmente, los visados de estancia podrán ser solicitados y expedidos en el puesto*

⁶⁸¹ Salvo en los casos de supuestos de reagrupación familiar(art 16.2),menores en situación de riesgo o desamparo(art 32) y refugiados(art 31)

⁶⁸² HEREDIA FERNÁNDEZ, S., (2001). La entrada en España (arts. 25, 26 y 27), en *Comentario sistemático a la ley de extranjería*. Comares, Granada, coord. por MOYA ESCUDERO, M., pág 35-51 especialmente pag 46.

habilitado para la entrada” para seguidamente reducir la obligación de motivar la denegación de los mismos únicamente a en los supuestos de de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena lo que permite que tal motivación no exista en el resto de situaciones en que se solicite visado. Conforme a la anterior normativa la falta de motivación tan sólo podía producirse, con carácter excepcional y temporal, previa autorización del Gobierno y tan sólo para determinados países o zonas. Resulta obvio que la medida se inserta dentro de las que, con el mismo sentido restrictivo, aislacionista y escasamente garantista.⁶⁸³ De lo expuesto, se desprende que el visado hasta esa coyuntura histórica solo tenía una función habilitante para solicitar la entrada en nuestro país. Sin embargo, este papel inicial del mismo se desdibuja tras la irrupción en el panorama normativo de la Ley 14/2003, en particular de su art 25 bis, rubricado “*tipos de visados*” y en particular, su numeral 8.2, relativo a la concesión de visados cuyo contenido es el siguiente:

“La concesión del visado... habilitará al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada. Asimismo habilitará al extranjero, una vez se ha efectuado la entrada en territorio español, a permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta de identidad de extranjero.”

De modo que, este nuevo artículo, que recogía la regulación de los visados, hasta esta reforma la diferente tipología de los visados era regulado a nivel reglamentario. El cambio tiene su origen no sólo en la mejora de la gestión, mediante la simplificación de los tramites administrativos, sino también en el cambio de significación del visado, ya que tras esta reforma se dota “*al visado de una nueva funcionalidad adicional, cual es la de servir de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España*”⁶⁸⁴. Consecuentemente, era preciso regular las diferentes tipologías del visado a nivel de Ley.

Preocupante era el contenido del resulta aún el tenor del 27.4 LOE, que permitía fijar por vía reglamentaria y para supuestos excepcionales “*otros criterios*” a los que haya de someterse la concesión y denegación de visados, permitiéndose incorporar por esta vía los que puedan obviarse compromisos internacionales suscritos por el Estado español o bien los fines de la política exterior. Si, como se ha advertido, esta previsión supone una habilitación al Gobierno para disponer denegaciones de visado con carácter general a nacionales de determinados

⁶⁸³BALLESTER PASTOR, MA., (2001). El contenido laboral de la Ley de Extranjería 8/2000: reducciones, cautelas y desconfianzas, *Revista Aequalitas del Instituto Aragonés de la Mujer* y la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, núm. 6, Julio, pág 3.

⁶⁸⁴ Vid. al respecto Exposición de Motivos de la Ley 14/2003.

Estados o procedentes de zonas concretas, sin causa justificada⁶⁸⁵, no resistiría un examen a la luz de los principios constitucionales.

No obstante, la regulación de visado introducida por este artículo 25 bis, es más escueta. La actual ley de 2009, dota de una nueva regulación del artículo 25 bis, que define con más amplitud el visado de tránsito, el visado de residencia y trabajo y el visado estudios, además de introducir dos nuevos tipos de visado, el visado de residencia y trabajo temporal y el visado de investigación, este último en trasposición de la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de Octubre de 2005 ⁶⁸⁶, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

Esta nueva función adicional que se dota al visado, fue recogida en el anterior Reglamento en su art 104 del Reglamento cuya dición literal es la siguiente: *“El visado validamente obtenido acredita la situación para la que hubiese sido otorgado. La validez de dicha acreditación se extenderá desde la efectiva entrada de su titular en España, hasta la obtención de la correspondiente tarjeta de identidad de extranjero”*. De modo que, que el extranjero solo esta obligado a adquirir la *“Tarjeta de Identidad de extranjero”* cuando su estancia en nuestro país sea superior a seis meses, sino no conlleva condicionamiento alguno, puesto que el visado es el que garantiza que los extranjeros vengan legalizados desde su país de origen⁶⁸⁷. Por su parte, esta tarjeta de identidad de extranjero, tiene su antecedente mas mediato en la Orden del Ministerio del Interior de 7 de Febrero de 1997, incorporándose a nuestro derecho concretamente en el RD 864/2001, en su art 42.3 que establecía lo siguiente: *“la tarjeta de extranjero documenta el permiso de residencia ,debiendo estar la persona inscrita en el Registro de Extranjeros(art 52.1), como condición para que aquella se otorgue y sirva a su titular para acreditar la condición de residente”*, contemplándose en el art 105.6 del Reglamento de 2004, su adaptación a los requisitos formales que sobre documentación de extranjeros se adopten por la UE. Siendo competente para su expedición la Dirección General de la Policía y correspondiendo su coordinación a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración y a la Secretaria de Estado de Seguridad.

Uno de los problemas que plantea el visado, es que a partir de la LOE bajo el epígrafe *“tipos de visados”* previsto en su art 25 enumera diferentes tipos de visados, que posteriormente en la LO 13/2004 amplia introduciendo un nueva modalidad el de estudios, y de investigación.

⁶⁸⁵ HEREDIA FERNÁNDEZ, S., (2001) *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería* (coord. Moya Escudero, M.), Comares. Granada, pág. 46.

⁶⁸⁶ DOUE L. 289 de 31 de Noviembre de 2005. Directiva que se debería haber incorporado al Derecho español a más tardar el 12 de Octubre de 2007, según establece el art. 17 de la misma.

⁶⁸⁷ TRINIDAD GARCÍA, M. L. Y MARTÍN MARTÍN, J., (2004). *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España: Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su Reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, pág 38.

Y finalmente la actual de extranjería que ha ampliado el visado de estudios, introduciendo en el mismo el de internamiento de alumno, practicas no laborales o servicios de voluntariado, no remunerados laboralmente. La problemática la plantea la posible incompatibilidad entre el visado de residencia que acredita la entrada y permanencia por estancias superiores a noventa días e inferiores a cinco años y el permiso de residencia previsto en el Reglamento 1030/2002/CE de 13 de Junio, en su art 1.2, donde se establece que “*se entenderá por permiso de residencia, cualquier autorización expedida por las autoridades de un Estado miembro por la que se permite a un nacional de un tercer país permanecer legalmente en su territorio con la excepción de los visados*”. De modo que, si bien el extranjero que se encuentra en España provisto de un visado de residencia su situación en nuestro país es regular, no lo es en cambio para circular por cualquier Estado de la UE ya que la vigencia de nuestro visado se circunscribe a nuestro territorio y si desea circular libremente por el territorio Schengen debe estar en posesión al menos de visado de estancia de corta duración, si bien, el extranjero al ser portador de la tarjeta identificativa de dicha condición, el hecho de estar en posesión de la misma lo hace quedar subsumido en el ámbito de aplicación del citado Reglamento comunitario.

1.9.4.- PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA LA APLICABILIDAD DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE VISADOS

La evolución de la política de migratoria en el seno de la UE, no ha sido un tema de interés en el seno de la UE hasta el año 2001, donde se destaca la necesidad de armonizar la legislación comunitaria en esta materia y llenar el vacío legal existente en el ordenamiento comunitario y de desinterés de la Unión Europea. Sin embargo, esta preocupación no se extiende al proceso migratorio considerando en su conjunto sino que se limita a ámbitos restrictivos, como es el relativo a visados que lejos de ser armónica, ha levantado críticas dentro de los propios países Schengen, ya que en determinados casos, la política exterior o económica del país, en relación con un determinado tercero, podría verse perjudicada de tener que respetar rigurosamente la lista de países que necesitan visado. Ejemplo de lo expuesto, fue la decisión de la CE de solicitar visado a todos los ciudadanos de los países árabes a raíz del de la guerra del Golfo en 1990, que obligó a España modificar sus relaciones con Marruecos, y establecer excepciones que, igualmente, beneficiaban a nuestro país, como fue la no necesidad de visados para aquellas personas que entrasen en Ceuta y Melilla procedente de las provincias marroquíes limítrofes, lo cual era una seria excepción al Acuerdo de Schengen y que provocó en su día que algunos países acusaran a España de tener en nuestras ciudades norteafricanas un verdadero “*coladero*” de inmigración ilegal, lo cual no era cierto, puesto que para entrar en cualquier otra parte del territorio español desde Ceuta y Melilla sí era necesario el visado previo.

De modo que, sólo hasta la fecha se ha conseguido armonizar la políticas europeas respecto a la emigración procedente de terceros países (como ocurrió al crearse Schengen), al menos en determinadas facetas, como es la política común de visados. En cambio, la política de integración social sigue siendo considerada todavía como una responsabilidad de los Estados miembros individualmente considerados, aunque los principios establecidos por la Carta Europea de los Derechos Sociales de los Trabajadores así como las sentencias del Tribunal Europeo de Justicia van ganando aceptación entre los Estados que conforman la UE. El primer problema que plantea es el relativo a los derechos humanos y la protección de datos personales, cuya base la conforma la Directiva 95/46/CE, que contiene los principios que deberán observarse para que el tratamiento de datos respete la legalidad. En este sentido, el art 6 de la citada norma internacional se sustenta sobre la base de que los datos personales sólo pueden tratarse lícitamente si son adecuados, pertinentes y no excesivos en relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente, de forma que no resulten lesivos para la dignidad de las personas y los derechos fundamentales, dada la inclusión de datos biométricos y la posibilidad de utilizar huellas dactilares - independientemente del archivo creado como consecuencia de la solicitud de visado - para efectuar búsquedas en el conjunto del sistema(para ello es fundamental como sistema de garantía el control de los procedimientos pertinentes, y las autoridades responsables de la protección de datos deberán poder desempeñar eficazmente las tareas que se les ha confiado) .Puestos que esta información sobre los componentes biométricos del sujeto que se recabe y la interoperabilidad del sistema van a constituir la clave para la búsqueda en SIS y Eurodac.

A ello hay que unir, que debido al volumen de datos que debe manejar el SIS, se plantea el problema de cual es el procedimiento mas adecuado para su recogida así como las consecuencias que derivan del posible error en la recogida técnica de estos datos, que afectan a la fiabilidad de los mismos, así como el posible abuso o utilización indebida de los mismos que desvirtúen la finalidad inicial para la cual fueron recabados para lo cual es aconsejable la minimización de datos.

Lo expuesto nos lleva plantearnos la premisa que siguiente ¿Existe unanimidad en cuanto a cuales van a ser los denominadores biométricos que se van a tomar en común en todos los Estados? Parece ser, que éstos están de acuerdo con el Reglamento (CE) nº 81/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de Enero de 2009 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 562/2006 en lo relativo al Sistema de Información de Visados en el marco del Código de Fronteras Schengen cuyo uso es obligatorio en las fronteras exteriores, que se ira imponiendo de forma gradual y que comprenderán la imagen facial y diez huellas dactilares del solicitante de visado. En cualquiera de los casos con la finalidad de garantizar el control en el tratamiento de datos, estos deben ser registrados tal y como dispone la Decisión 2008/633/JAI

del Consejo de 23 de Junio de 2008 sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados⁶⁸⁸ en su artículo 7, apartado 1, en donde se detallan de forma pormenorizada la forma y control de este registro de control de datos, diferenciando su tratamiento cuando estos son de índole personal y cuando no lo son. Uno de los problemas que se plantea es que el procedimiento de registro se realice por prestadores de servicios externos (subcontratación) puesto que únicamente un personal con la formación adecuada es el competente a mi juicio, para realizar las operaciones anteriormente mencionadas, que en todo caso deberán efectuarse bajo la supervisión y responsabilidad del personal diplomático del Estado miembro que reciba la solicitud de visado.

Asimismo, dando que la información de datos del solicitante puede lesionar el derecho a la intimidad del migrante extracomunitario, resulta obligada que toda interferencia este minuciosamente regulada tal y como lo hace el actual Reglamento en vigor. Esto se aplica, en particular, a las disposiciones sobre categorías de datos personales que obliga a incluir en el citado control de visados, las categorías de individuos sujetos y exentos de las obligaciones de huellas dactilares (caso de grupos de riesgo como los niños quedan únicamente exceptuados de esta obligación los niños menores de seis años y las personas mayores en cambio no están sujetas a límites de edad); procedimientos accesorios específicos; usurpación de identidad e identificación inexacta debido a un fallo tecnológico; conservación de datos; y garantías concedidas a las personas que no pueden cumplir los requisitos relativos a las huellas dactilares.

Además, las impresiones dactilares se deberán tomar de forma transparente, y la persona en cuestión deberá recibir toda la información necesaria para poder ejercer el derecho de acceso.

Igualmente en el ámbito nacional también se aplica el Sistema de Información de Visados Europeo, el cual introduce dos aspectos importantes que son la creación de un repositorio (previsto su funcionamiento desde Estrasburgo) al que desde cualquier consulado se podrá consultar cualquier información requerida en cada momento. Con esto se evita cualquier discrepancia en lo referente a expediciones de visados. Otro de los elementos interesantes es que se capturan datos biométricos (fotografía y huellas dactilares) que pasan a formar parte de dicho Sistema de Información de Visados Europeo.

Asimismo debe proveerse cada oficina consular de infraestructuras suficientes para almacenar toda esta información y con el fin de dotar de fiabilidad y eficacia al y se depende en gran medida de la continuidad de las telecomunicaciones (ancho de banda suficiente, etc.). Sin embargo, se ha desaprovechado a nuestro juicio, la oportunidad que ofrecía este nuevo Reglamento una distinción más clara entre principios legales y disposiciones administrativas por el que se han regido hasta la fecha las oficinas consulares y crear un auténtico Código de

⁶⁸⁸ DOUE L 218 de 13 de Agosto de 2008.

visados comunitario, que estará basado en el modelo del código de fronteras, que redunden en una simplificación de formularios a la vez que se efectúe una refundición de los mismos que conlleven una agilización el sistema de unificación de visados.

También debería de haberse establecido el margen de error que los fabricantes pueden garantizar con respecto a las impresiones dactilares conservadas en el sistema (durante 5 años) y los controles (hit/no hit) que se realizarán en los cinco años (ó 48 meses) en los que se conservarán las impresiones dactilares. Esto se aplica especialmente a los niños menores de cierta edad y a las personas con enfermedades específicas o en condiciones de deterioro progresivo, ya que en estos casos la posibilidad de desajuste aumenta con el tiempo. También en estos casos habrá que prever procedimientos que garanticen el respeto de la dignidad humana y las libertades fundamentales.

Otro tema importante es la determinación de las categorías de personas que estarán exentas de la obligación de dar huellas dactilares que no podrán someterse al procedimiento normal de registro, penalizándolas por un sistema técnicamente defectuoso siendo perjudicadas por se sus huellas dactilares ilegibles, con la consiguiente discriminación que ello implica dando lugar al rechazo de la solicitud de visado, debiendo simplificarse para este grupo de personas los requisitos estableciendo una discriminación positiva en torno a los mismos.

En lo que respecta a los niños y las personas Mayores, deberá limitarse la recogida y el tratamiento de sus impresiones dactilares, y los límites de edad se adaptarán a los límites de edad vigentes en otras grandes bases de datos biométricos (como Eurodac) dado que éstos últimos no aporta pruebas concluyentes en la actual tecnología de las impresiones digitales.

1.9.5.- REQUISITOS ADMINISTRATIVOS EXIGIBLES EN ESPAÑA PARA QUE UN EXTRANJERO EXTRACOMUNITARIO PUEDA TRABAJAR

Previamente al análisis de los permisos de trabajo, conviene señalar que, en materia de extranjería, cuando se habla de “*trabajador extranjero*” se utiliza un concepto amplio de trabajador migrante. Así el apartado segundo del artículo 68 del Reglamento que mantiene inalterada la redacción anterior, define al trabajador extranjero como toda persona física que, careciendo de nacionalidad española, ejerza o trate de ejercer cualquier actividad lucrativa, por cuenta propia o ajena.

De este modo, al contrario de lo que ocurre con la idea de extranjero, que se sustenta de modo negativo, carencia de nacionalidad española (art. 1 LOE); la expresión “*trabajador extranjero*” requiere la presencia de un hecho positivo, la realización de una actividad laboral o profesional. La ley utiliza el término trabajador en un sentido amplio, comprendiendo tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores por cuenta propia, así como no sólo al

extranjero que se encuentre ejerciendo una actividad sino, también, a aquél que pretenda ejercerla⁶⁸⁹.

La LO 7/85 rubrica en su art 13- Capítulo II” Situaciones” la posición jurídica que se encuentra el extranjero en nuestro país, subdividiendo la misma en dos figuras: estancia y residencia y cuya diferencia entre ambas radica en el su duración temporal y los motivos alegados para la permanencia en España, regulándose las condiciones y requisitos para su otorgamiento, utilizando el termino “*permiso de trabajo*”⁶⁹⁰ para referirse tanto al trabajo por cuenta ajena como por cuenta propia, exigiéndose simultáneamente para el ejercicio de una actividad profesional por el extranjero la concurrencia contemporizada de permiso de residencia y trabajo y a pesar de que la en la Exposición de Motivos ,se establezca que” *la estancia no debe necesariamente configurarse como un paso previo a la residencia*”, es indudable que esta última implica un Mayor grado de vinculación con España que la mera estancia en nuestro país⁶⁹¹. Seguidamente la LOE recoge estas autorizaciones, en su art 33, cuya novedad en esta materia es establecer como categoría genérica la “*autorización para realización de actividades lucrativas*” y diferenciar entre “*autorización administrativa para trabajar*” cuando la actividad a desarrollar sea por cuenta propia y permiso de trabajo, cuando esta fuese por cuenta ajena ⁶⁹²

De lo expuesto, se deduce que los extranjeros comunitarios, no precisan visado ni permiso de residencia, no obstante, el R. D. 240/2007 sólo exige, que los ciudadanos comunitarios soliciten, tal y como preceptúa el artículo 7, la inscripción en el Registro Central de Extranjeros —en el caso de residencia superior a tres meses e inferior a cinco años— o que, de conformidad con el artículo 10, obtengan un certificado del derecho a residir con carácter permanente. La novedad de esta norma radica en que configura el derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios como un derecho subjetivo ejercitable frente a cualquiera de los Estados miembros. Efectivamente, no existe margen de discrecionalidad alguno para las autoridades competentes en cuanto a la tramitación y resolución de las solicitudes de residencia que estos cursen tal y como se deduce de las previsiones contenidas en el artículo 7 y 10.

⁶⁸⁹ Conviene recordar que la Ley atribuye la cualidad de trabajador extranjero a los Mayores de dieciséis años (art. 15.1 LOE), conforme a lo dispuesto en nuestras normas laborales (art. 6.1 ET).

⁶⁹⁰ LLUIS Y NAVAS, J., (1958) . Las restricciones al trabajo de los extranjeros en España. *RGLI*, Septiembre pág 273. Señala que el permiso de trabajo en nuestro derecho, recibió primero el nombre de “*Carta de identidad profesional*” siendo sustituido posteriormente por “*Tarjeta de identidad profesional*”, sin que ninguno de éstos términos, contengan la esencia de documento de identidad sino de autorización.

⁶⁹¹ RODRÍGUEZ BENOT, A., Y HORNERO MÉNDEZ, C., (coord.)(2001) .*El nuevo derecho de Extranjería*, edit Comares, Granada, págs 227-250.

⁶⁹² MONEREO PÉREZ, J. L., Y MOLINA NAVARRETE, C., (2001). *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)* Comares, Granada, pág 567.

En cambio, los extranjeros extracomunitarios necesita obtener una autorización administrativa para poder realizar una actividad laboral o profesional en España, tal y como lo dispone con carácter general, el art 15.1 del citado texto, cuya dicción literal es la siguiente” *Los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional en España, deben obtener una autorización administrativa para trabajar o permiso de residencia*”, regla que admite exclusiones, excepciones y especialidades dentro del régimen general pero que no afecta a los permisos de trabajo (con ello, solo se restringe el derecho a trabajar exclusivamente a los trabajadores por cuenta ajena, no aplicándose esta regla a los trabajadores autónomos) En cuanto a la primera, ya figuran contenidas en el art 2 de la LO, que excluida de su ámbito de aplicación a aquellos extranjeros que representan los interés de otros Estados en España o organismos internaciones o que trabajen en tales representaciones. Por su parte, la LOE en su art 39, se refiere a las excepciones diferencia dos grupos, el primero en función de determinados profesiones y el segundo, en función de su vinculación con nuestro país. Con respecto a los primeros, su justificación para incordiarlos en que debido a la especialidad de la actividad no va a existir competencia con los trabajadores nacionales: técnicos y científicos, personal directivo o profesorado extranjero, funcionarios, corresponsales de medios de comunicación extranjeros, miembros de misiones científicas internacionales que se desplacen a España para realizar actividades de investigación, artistas, religiosos y miembros de órganos de representación de sindicatos homologados internacionales. Pero junto a estas razones objetivas cabe la excepción de preverse de permiso de trabajo por motivos subjetivos condicionados a la especial vinculación del extranjero con España subordinadas al origen del extranjero o los lazos familiares que este tenga con nuestro país, añadiéndose por esta ley un nuevo motivo que no figuraba en la LO, que no es otro que la excepción contemplada en el art 35.5 para los residentes permanentes de no necesitar estar provistos del citado permiso ¿pero qué ocurre con el trabajador autónomo extranjero ante el que la ley silencia? ¿Adquiere por tanto la condición de residente permanente el permiso de trabajo de un extranjero que no lo precise y que además la duración de su estancia es inferior a 5 años? .Por tanto, a nuestro juicio se aprecia una evidente contradicción del citado artículo en relación con el art 30.1 del mismo texto que dispone que “*el permiso de residencia permanente autoriza a trabajar en las mismas condiciones que los españoles*”.

Otra duda surge en relación con la premisa es en que situación se encuentran los ciudadanos extracomunitarios procedentes de determinados países iberoamericanos ¿tienen preferencia o no para la obtención de dichos permisos de residencia? El art 18.3 f) de la LO posteriormente desarrollado por el Reglamento de 1996, otorgo una preferencia a favor de los mismos para obtención y renovación de permiso, siendo más restrictiva que la Ley precedente⁶⁹³

⁶⁹³ Ley 118/1969 de 30 de Julio

que regulaba dicha situación, estableciendo en su artículo único la equiparación con los trabajadores españoles, a los siguientes grupos” *hispanoamericanos, portugueses, andorranos, filipinos y que residan y se encuentren legalmente en España. Por su parte, la LOE suprime esta preferencia. Seguidamente la LOEX dispone en su art 32 in fine que*” Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España. Posteriormente la LO 14/2003, en su art 30 bis.1 titulado “*Situación de residencia*” señala que “*Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir*”. Para a renglón seguido, en su Disposición Adicional Única proceder a sustituir terminológica el vocablo permiso por el de autorización. Finalmente la LOEXTR establece en su art 32.4 rubricado “*residencia de larga duración*” que la especial vinculación con nuestro país para esta categoría de trabajadores, se fijará en supuestos de casos individuales (lo que conlleva implícitamente una excepcionalidad su otorgamiento) debiendo ser fijado reglamentariamente los criterios y requisitos para su concesión. En definitiva, en el Capítulo III del Título II de la LOEXTR se recogen los elementos y características de la llamada autorización de trabajo, determinándose, como premisa, que el extranjero que pretenda ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisará de la correspondiente *autorización administrativa previa* para trabajar contemplada en el art. 36 del citado Texto. El acto de autorización⁶⁹⁴ puede tener un contenido diverso, en función de la clase de residencia de que se trate. Existen diferentes supuestos de residencia temporal, cada uno de los cuales tiene diferentes presupuestos y condiciones, y que se regulan en el artículo 31 de la Ley y 35 a 70 del Reglamento de 2004.

En los preceptos que le siguen el legislador hace precisiones al respecto de la autorización de trabajo por cuenta propia y ajena, subdividiendo en dos las situaciones en las que se encuentran los extranjeros: estancia y residencia distinguiendo en esta última dos subtipos temporal y permanente. La diferencia entre ambas figuras radica en la durabilidad de la permanencia en España. En este sentido, con respecto a la primera, su duración no podrá exceder de noventa días (art 30.1) nos situamos ante una figura pura de extranjería, ya que normalmente esta es la vía para proceder a entrar legalmente en España y una vez expirado su vigencia, éstos pasan a situación administrativa irregular⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ La STC (social) en unificación de doctrina, de 25 de Septiembre de 1995 mantiene que el régimen de autorización administrativa al que se somete el trabajo de los extranjeros se caracteriza por que, entre otras, se trata de autorizaciones de vigencia limitada pero susceptible de renovación y de nuevas concesiones. En este mismo sentido se pronuncia las sentencias de 21 de Septiembre de 1994 y STSJ de Málaga de 6 de Septiembre de 1996.

⁶⁹⁵ VVAA. (2006) *Regulación legal de la Extranjería e inmigración en España*, UPCO de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, pág 103.

De otra parte, en cuanto a la figura de “*residencia*”, tal y como establece el art 30 bis es el extranjero que se encuentra en España provisto de una autorización de residencia. Nuestro estudio los centraremos en este último grupo, que también en función de su permanencia en nuestro país, puede englobarse en la figura de residencia temporal o permanente. En cuanto a los primeros, autoriza a su titular a permanecer en España durante más de noventa días pero menos de cinco años. Para su concesión el extranjero, en el artículo siguiente se recogen los requisitos negativos que éste no puede tener (penales, delitos cometidos contra el derecho español y no haber sido rechazado su entrada en el territorio Schengen). Otro aspecto a tener en cuenta, en relación con la misma es que el sujeto puede desempeñar o actividad laboral para su concesión. En este sentido, el art 31.2 de la LOEXTR, siguiendo las mismas directrices que las leyes de extranjería precedentes permite este supuesto de inactividad laboral siempre que el extranjero disponga de medios suficientes para si y su familia. Junto a esta también se admite las concedidas por *situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado.* O bien, con finalidad lucrativa que tal y como establece la dicción literal de este artículo en su numeral 4, “*autoriza a realizar actividades lucrativas por cuenta ajena o propia(...)*” No obstante, como manifestación de la voluntad garantista del legislador español señala creado la posibilidad de que las mujeres víctimas de violencia de género, cuya situación administrativa sea irregular, mientras que se conceda o deniegue definitivamente autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales y cuya duración será la conclusión del procedimiento penal con sentencia condenatoria, si por el contrario esta fuese absolutoria para el presunto maltratador continuará el expediente administrativo sancionador inicialmente suspendido contra la misma.

Asimismo el art 36 del vigente texto continua contemplando los casos de autorización de residencia y trabajo, si bien, se introduce la mención de que la autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente. También añade ciertos matices al apartado donde constan los supuestos en los que el trabajador esté en situación irregular. La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones 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. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo.

Hay que tener en cuenta que uno de los problemas con los que se encuentra el trabajador extracomunitario cuando solicita una autorización de trabajo y residencia por cuenta ajena, es, además de los posibles requerimientos que la Administración actuante puede hacerle a fin de completar el expediente, es el de la denegación de la solicitud⁶⁹⁶. El RD 2393/2004, de 30 de Diciembre, que desarrolla la Ley de Extranjería, en su artículo 53 establece las causas en que debe fundarse la resolución desestimatoria de los expedientes iniciales de trabajo.

Estas causas son las siguientes:

a) Cuando consten antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.

b) Cuando lo exija la situación nacional de empleo.

Además dado que de conformidad con el artículo 50, b, para solicitar la autorización de trabajo y residencia por cuenta ajena inicial, se requiere que el empleador garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia del permiso y debido a que la autorización tiene una duración de un año (art. 49.2), se exige que el contrato tenga así mismo una duración mínima anual, exigencia esta, difícil de encuadran con los tipos de contratos existentes en la legislación laboral española.

c) Cuando las condiciones fijadas en del contrato de trabajo u oferta de empleo, fueran inferiores a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad.

También se denegará en el caso de que la contratación fuera a tiempo parcial, cuando, por la duración de la prestación de servicios, la retribución sea inferior al salario mínimo interprofesional, en cómputo anual, en proporción al tiempo de trabajo efectivo, salvo que se tratase del cónyuge no separado de hecho o de derecho de residente legal, o de hijo en edad laboral y menor de 18 años, previamente reagrupados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41, 6.

d) Cuando en los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud, la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que pretende cubrir por despido improcedente o nulo, declarado por sentencia o reconocimiento como tal en acto de conciliación, o por las causa previstas en los artículos 50, 51 y 52.c) del ET, excepto en los supuestos de fuerza Mayor.

A través de este precepto el legislador de extranjería pretende evitar la amortización de puesto de trabajo de ciudadanos españoles, a fin de proceder a la contratación de trabajadores

⁶⁹⁶ MOMPÓ MARTÍ, A., Y LESTÓN GRAU, A., (2008). Infracciones y sanciones en materia de extranjería, *Revista relaciones Laborales*, Lex Nova, Valladolid, núm.26, págs 15-24.

extranjeros en condiciones más ventajosas económicamente para el empleador, que las que mantenía respecto a sus trabajadores españoles.

e) Cuando el empleador solicitante haya sido sancionado mediante resolución firme en los últimos 12 meses por infracciones calificadas como graves en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, o por infracciones en materia de extranjería calificadas como graves o muy graves en el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobada por el RDL 5/2000, de 4 de Agosto.

Debiendo tenerse en consideración que entre las infracciones graves que regula el artículo 54 figura la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo, y todo ello, sin perjuicio de la multa que se establezca.

f) Cuando el empresario o empleador no garantice al trabajador la actividad continuada durante, la vigencia de la autorización de residencia y trabajo, o bien, cuando, siendo requerido para ello en los términos establecidos en el artículo 51, no acredite los medio económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo.

g) Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documento falso o formulada alegación inexacta, y medie mala fe.

Y todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades de tipo penal, que en su caso se pudiesen incurrir.

h) Cuando se carezca de la titulación especial exigida para el ejercicio de la concreta profesión o de la homologación o de la colegiación cuando así se requiera:

i) Cuando conste un informe gubernativo previo desfavorable.

j) Cuando concurra una causa prevista legalmente de admisión a trámite no hubiese sido apreciada en el momento de la solicitud.

k) Cuando el empresario solicitante que haya sido condenado mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores o contra ciudadanos extranjeros, salvo que los antecedentes penales hubieras sido cancelados.”

En cualquiera de los casos, la resolución, siempre debe de ser motivada y expresar los recursos que caben contra ella, así como el plazo para interponerlos y el Organismo Judicial ante el que hubieran de presentarse, siendo procedente habitualmente el recurso de Reposición que ha de interponerse en el plazo de un mes contar desde la recepción de la resolución desestimatoria, o el recurso contenciosa administrativa.

Por su parte, también debemos añadir en virtud de la LOEXTR en los supuestos tipificados de infracciones leves dos nuevos supuestos:) *Encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular. e) La contratación de trabajadores cuya autorización no les habilita para trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.* También debemos añadir las siguientes infracciones grave: numeral 1.a. c) consistente en falsear datos del padrón de personas que fraudulentamente figuran en el mismo, siendo obligación de las autoridades cuando tengan conocimiento de este hecho de instruir el oportuno expediente sancionador. También se añade un nuevo numeral el 2. a) al artículo 53, que tipifica como infracción grave no dar de alta al trabajador, o no registrar el contrato de trabajo que sirvió de base para solicitar una autorización de residencia, salvo que recayeran circunstancias sobrevenidas que impidan la formalización del contrato de trabajo previa comunicación de esta circunstancia por parte del empresario a la Administración (En este caso, además de una multa, el empresario también estará obligado a sufragar los costes derivados del viaje). También son novedosas las causas, b),c) y d) de este apartado 2, que se refieren al matrimonio fraudulento o simulado para obtener un derecho de residencia; promover la entrada irregular⁶⁹⁷ de un extranjero a través de una invitación expresa del infractor para posteriormente devenir en esta situación irregular, y finalmente, inscribir a un extranjero en el padrón municipal de la propia vivienda del infractor cuando esta circunstancia sea falsa.

También se añade como infracción muy grave la contenida en el art 54.1.e) consistente en empadronar a un extranjero en una vivienda siendo falso estos hechos con ánimo de lucro, y f) fingir que existe una relación laboral con un extranjero con ánimo de lucro. De este modo, la ley diferencia aquellos casos en que se actué sin ánimo de lucro -que debería quedar sin sanción alguna de los que lo hacen con evidente ánimo de lucro, cobrando por ello, en algunos casos cantidades exorbitantes. Supuesto éste que también es contemplado por la Ley en el artículo 54 relativo a las infracciones graves, que establece que en el caso de que esta actividad se realice con ánimo de lucro, la infracción será “*muy grave*” y la sanción en consecuencia Mayor.

En materia de expulsión, hasta ahora sus efectos figuran regulados de forma genérica “*Toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez*”, dejando, en consecuencia, a la discrecionalidad de las autoridades competentes la gradación de la sanción. Frente a esta imprecisión, la actual regulación amplía los efectos de expulsión y de la devolución, pues si bien mantiene como

⁶⁹⁷ Se considerará que se promueve la permanencia irregular “*cuando el extranjero dependa económicamente del infractor y se prologue la estancia autorizada más allá del período previsto*”. Además, las autoridades competentes deberán tener presente en la propuesta de sanción “*todas las circunstancias personales y familiares del extranjero*”

apartado primero del artículo 58 el mismo tenor que la Ley, además regula de forma diseminada los efectos de determinados supuestos de expulsión, introduciendo así elementos de control de la discrecionalidad administrativa. Esta nueva regulación se deriva en gran medida de la adaptación al ordenamiento español de la 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 ⁶⁹⁸. Concretamente, propone la siguiente regulación:

a) *Periodo de duración de la prohibición de entrada:* Al amparo de la Directiva 2008/115, se regula de forma más precisa la duración de la prohibición de entrada estableciendo:

-Que la vigencia de la prohibición de entrada no exceda de cinco años cuando el extranjero haya incurrido en las infracciones previstas en las letras a) o b) del artículo 53.1, esto es, cuando se encuentre irregularmente en territorio español o bien trabaja sin autorización de trabajo ⁶⁹⁹.

- Plazo, que no obstante, podrá ampliarse hasta el máximo previsto de 10 años, «cuando el extranjero suponga una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional» ⁷⁰⁰.

Si comparamos esta ley con la regulación anterior se observa como esta última era demasiado imprecisa en este aspecto en concreto disponía el anterior 58 lo siguientes:

b) *Excepción a la aplicación de la prohibición de entrada:*

- La prohibición de entrada no podrá imponerse cuando el extranjero hubiera acreditado su salida del territorio nacional durante la tramitación del procedimiento sancionador por infracciones que puedan dar lugar a la expulsión.

c) *Revocación de la prohibición de entrada:*

- Se podrá revocar la prohibición de entrada a los extranjeros que abandonen España en el plazo del cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión de la que sean objeto ⁷⁰¹.

En relación con la devolución, la actual legislación es algo más clarificadora, La Ley establece actualmente ⁷⁰² que la devolución -que no precisa de la tramitación de expediente de

⁶⁹⁸ DOCE L 348, de 24.12.2008, que debería incorporarse al Derecho español a más tardar el 24 de Diciembre de 2010, excepto el apartado 4 de su artículo 13, que deberá serlo para el 24 de Diciembre de 2011.

⁶⁹⁹ Art. 11.2 de la Directiva 2008/115.

⁷⁰⁰ Vid. nota anterior.

⁷⁰¹ Art. 11.3 de la Directiva 2008/115.

expulsión- se podrá aplicar a los extranjeros que habiendo sido expulsados de España contravienen la prohibición de entrada y también a los extranjeros *que pretendan entrar ilegalmente en el país*. Este último supuesto plantea ciertos problemas a la hora de su aplicación, pues no está claramente definido que significa “*entrar ilegalmente en el país*”. A esos efectos, la actual Ley define esta situación cuando “*los extranjeros son interceptados en la frontera o sus inmediaciones*”, situación en la que se encuentran los extranjeros que pretenden entrar en España en pateras u otros medios similares y que son interceptados por la Guardia Civil.

En materia de internamiento, el plazo de internamiento al que puede ser sometido un extranjero incurso en un procedimiento de expulsión era de 40 días no prorrogables ⁷⁰³. No obstante, las autoridades competentes consideran este plazo insuficiente dadas las dificultades que se encuentran a la hora de llevar a cabo de forma efectiva dicha expulsión, en consecuencia, y al amparo de lo previsto en la citada Directiva 2008/115, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, la vigente Ley amplía dicho periodo a 60 días.

Es importante señalar, que la Directiva no obliga a los Estados miembros a establecer dicho periodo de internamiento, ya que se trata de una Directiva de mínimos, es decir, pretende establecer normas y procedimientos comunes para el retorno -tanto voluntario como obligatorio- de los extranjeros en situación irregular en los Estados miembros, al objeto de garantizar no sólo procedimientos comunes sino también un mínimo de derechos para los extranjeros sujetos a medidas de retorno, por ello, permite que los Estados miembros puedan adoptar o aplicar disposiciones más favorables siempre que sean compatibles con la Directiva ⁷⁰⁴.

En consecuencia con estos planteamientos garantistas, el artículo 15.5 de la Directiva establece 6 meses como periodo máximo de internamiento ⁷⁰⁵ y deja en libertad a los Estados miembros para que fije un periodo limitado dentro de ese plazo. Es en ese marco de libertad donde se sustenta la ampliación del periodo de internamiento aprobado por la Ley, periodo que vemos queda muy lejos del máximo permitido por la Directiva.

⁷⁰² Art. 58.2 LOEXTR.

⁷⁰³ Art.62.2 LOEXTR

⁷⁰⁴ Art. 4.3 de la Directiva 2008/115.

⁷⁰⁵ “*Prorrogable por un periodo limitado no superior a doce meses más, con arreglo a la legislación nacional, en los casos en que, pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a: a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate, o b) demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria.*” (Art. 15.6 de la Directiva 2008/115).

Asimismo la LOEXTR regula también la suspensión del periodo de internamiento, al establecer que dicho internamiento será suspendido:

- Mientras dure la tramitación y resolución de los procedimientos de asilo o de habeas corpus que, en su caso, se hubiesen iniciado.
- En caso de enfermedad del extranjero.
- Cuando causas no imputables a la Administración impidan o dificulten la salida del extranjero de España.

Finalmente, la Ley amplía los derechos de los internados, al permitir que los internados entren en contacto con ONG' s y organismos nacionales e internacionales de protección de inmigrantes⁷⁰⁶.

5.5.5. Procedimiento de expulsión

La expulsión de extranjeros exige la tramitación de un procedimiento administrativo que será preferente u ordinario dependiendo del cual sea el supuesto de expulsión en el que el extranjero se encuentre incurso⁷⁰⁷.

Asimismo la ley introduce algunas importantes novedades en ambos procedimientos: En relación con el procedimiento preferente, se amplían los supuestos de expulsión que pueden ser tramitados por el procedimiento preferente, de forma que deberá ser tramitada siguiendo este procedimiento la expulsión de extranjeros que hayan sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. Supuesto este que hasta la fecha no había sido objeto de tramitación por este procedimiento, ni siquiera en la Ley de Extranjería de 1985.

También se gradúa la aplicación de este procedimiento en el supuesto de que el extranjero esté incurso en un procedimiento de expulsión por “*encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización*» al exigir que, además, deban darse alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Riesgo de fuga
- b) Que el extranjero evitara o dificultara su expulsión o la ejecución de la misma.

⁷⁰⁶ Art. 62 bis j) de la LOEXTR.

⁷⁰⁷ “La tramitación de los expedientes de expulsión en los supuestos de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como las letras d) y f) del artículo 53 y 57.2, tendrán carácter preferente” (Art. 63 LOEXTR)

c) Que el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

- Finalmente, se explicita que en estos supuestos de expulsión preferente no cabrá la concesión del periodo de salida voluntaria. Puntualización importante, ya que conforme a la nueva regulación⁷⁰⁸ y que desarrolla el artículo 13.3 de la Directiva 2008/115, se podrá revocar la prohibición de entrada de los extranjeros que abandonen España en el plazo del cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión de la que sean objeto. En consecuencia, los extranjeros expulsados conforme al procedimiento preferente siempre estarán sujetos a la prohibición de entrada.

Por su parte, en cuanto al procedimiento ordinario, se introduce un nuevo artículo, el 63 bis, que traspone al Derecho interno español el artículo 7 de la Directiva 2008/115 y que regula algunas especialidades relativas al procedimiento ordinario y cuya novedad más destacable figura la concesión de un plazo de salida voluntaria a los extranjeros que sean expulsados en base a supuestos que se deban tramitar por el procedimiento ordinario. La duración de dicho plazo oscilará entre siete y treinta días y comenzará a contar desde el momento de la notificación de la resolución de expulsión.

No obstante, las autoridades competentes podrán ampliar el plazo de salida voluntaria “durante un tiempo prudencial en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto, como pueden ser, la duración de la estancia, estar al cargo de niños escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales”. (Art 63.bis.2 in fine de la LOEXTR)

De modo complementario y conforme a lo previsto en la propuesta nueva redacción del artículo 58 de esta Ley, si el extranjero expulsado cumple los plazos de la salida voluntaria podrá solicitar la revocación de la prohibición de entrada.

Finalmente, se autoriza a la adopción de medidas cautelares durante la tramitación del procedimiento y durante el plazo de salida voluntaria. Podrán adoptarse cualquiera de las medidas previstas en el artículo 61 de la Ley, excepto la de internamiento preventivo, previa autorización judicial en centros de internamiento.

Por último y como correlativo a lo expuesto, se amplían los importes de las multas. Las infracciones leves pasarán de 300 a 500 euros; las infracciones graves de un máximo de 6.000 a un máximo de 10.000 euros y las muy graves podrán llegar hasta 100.000 euros frente a los 60.000 actuales.

A continuación el art siguiente, contempla los casos de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, ampliándose por esta ley este artículo y hace constar que la

⁷⁰⁸ Art. 58 del Anteproyecto de Ley Orgánica.

autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia se limitará a un ámbito geográfico y a un sector de actividad. Su duración se determinará reglamentariamente. Igualmente también contempla las competencias asumidas en las comunidades autónomas relativas a la gestión de estas autorizaciones. Para a renglón seguido, el artículo 38 recoge los casos de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, en los se hacen depender su provisión de la situación nacional de empleo será determinada por el Servicio Público de Empleo Estatal con la información proporcionada por las Comunidades Autónomas y con aquella derivada de indicadores estadísticos oficiales y quedará plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura. Igualmente explica el procedimiento de concesión de la autorización y que verificado el cumplimiento de los requisitos, la autoridad competente expedirá una autorización cuya vigencia estará condicionada a que el extranjero solicite el correspondiente visado y que, una vez en España, se produzca el alta del trabajador en la Seguridad Social. En este sentido, continua vigente, el RD 1162/2009, modificador del 2393/2004, de 30 de Diciembre, que en su apartado 2 del artículo 49 reconoce la competencia de las CCAA en materia de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, la cual tendrá una duración de un año y podrá limitarse a un ámbito geográfico y sector de actividad determinado en los términos establecidos en la normativa estatal aplicable, pudiendo fijar el ámbito geográfico de la autorización dentro de su territorio si tuvieran competencias en esta materia.

También incorpora la obligación de que el empresario o empleador estará obligado a comunicar el desistimiento de la solicitud de autorización si, mientras se resolviera la autorización o el visado, desapareciera la necesidad de contratación del extranjero o se modificasen las condiciones del contrato de trabajo.

En cuanto al ámbito subjetivo de este tipo de residencia se extiende a visitantes, turistas o transeúntes que deberán estar dotados de visado en la Mayoría de los casos y en todos, acreditar medios económicos suficientes (la vigente ley de 2009, agrega en su art 18. 2 sin necesidad de recurrir al sistema de servicios y prestaciones sociales) y cuya apreciación de estos requisitos continua siendo discrecional por la Administración⁷⁰⁹ Con la LO 14/2003, el tenor cambia para delegar la concreción de los supuestos excepcionales en el desarrollo reglamentario *“Recordemos que únicamente la redacción originaria de la LOE requería - se dispusiera de oferta de trabajo-; a partir de ese momento se va exigir que haya obtenido la correspondiente autorización administrativa para trabajar . Asimismo la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se*

⁷⁰⁹ MASSÓ GARROTE, M. F., (2001). *El nuevo régimen de Extranjería: comentarios, procedimientos, formularios, y modelos de la LO 4/2000, de extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000*, edit La Ley, Madrid, pág 222.

determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado”. Por otro lado, si bien se establece, para las autorizaciones obtenidas por arraigo, la autorización de trabajo conlleva aparejada la concesión de residencia, así como posibilidad de solicitarla, para el resto de supuestos contemplados en el Reglamento 2334/2004 en su art. 45.7, siendo aplicable al régimen previstos en el art. 47.3 del citado Reglamento la remisión expresa al artículo 98, sobre modificación a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia y ajena. Esta posibilidad sólo puede darse tras un año de residencia por circunstancias excepcionales. A efectos de reagrupación, en virtud del art 17 de la LOEXTR que señala que se podrá reagrupar al cónyuge, (también la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal) a los hijos del residente y cónyuge incluidos los adoptados menores de dieciocho años o con discapacidad no existiendo en este último caso límite de edad, también se podrá reagrupar a los ascendientes en primer grado de alguno de los cónyuges que estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España (los ascendientes reagrupados solo podrán reagrupar cuando sean ostenten la condición de ser “residentes de larga duración” art 17.3). Asimismo se fijara reglamentariamente se determinarán las condiciones para la reagrupación de los ascendientes de los residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea y de los beneficiarios del Régimen Especial de Investigadores. Esta nueva redacción pretende proteger la actual situación del mercado laboral, evitando el impacto que puede suponer la llegada de nuevos inmigrantes en edad de trabajar.

El principal problema de esta nueva regulación que figura en la LOEXTR es que parece incumplir las condiciones establecidas en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, sobre el derecho a la reagrupación familiar. La Directiva no obliga a los Estados miembros a reconocer el derecho a la reagrupación familiar de los ascendientes, pero su art. 4.2 a) autoriza a que se conceda este derecho, «por vía legislativa o reglamentaria»⁷¹⁰. En principio esta normativa podría legitimar la nueva redacción propuesta por la redacción de la nueva ley de extranjería, sin embargo, el propio artículo 4.2 a) establece que la regulación deberá hacerse «de conformidad con la presente Directiva» y el artículo 8 de la misma, determina que el periodo de residencia legal exigible al reagrupante no podrá exceder de dos años, no recogiendo salvaguarda alguna

⁷¹⁰ Art. 4.2 a) de la Directiva 2003/86: «Los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y residencia de conformidad con la presente Directiva y siempre que cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV, de los siguientes miembros de la familia: a) los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen.» Las condiciones recogidas en el Capítulo IV hacen referencia a los requisitos de orden público, seguridad pública o salud pública del reagrupado (art. 6); los requisitos económicos, de vivienda y seguro de enfermedad del reagrupante (art.7) y el periodo de residencia legal del reagrupante (art.8), vid. nota siguiente.

para ningún tipo de reagrupación⁷¹¹. Por el contrario la LOEXTR exige que el reagrupante sea residente de larga duración.

Finalmente, todos estos reagrupados, en virtud del nuevo art 18.bis podrán tramitar simultáneamente la renovación de residencia del reagrupante conjuntamente con la autorización de reagrupación. Subordinándose la modalidad de autorización que se le conceden a la autorización del reagrupante, de modo que, si éste tiene una autorización de residencia temporal, la vigencia de la autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la misma fecha que la del reagrupante. Cuando el reagrupante tenga autorización de residencia permanente, la vigencia de la primera autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la fecha de validez de la tarjeta de identidad de extranjero del reagrupante. La posterior autorización de residencia del reagrupado será de carácter permanente, exigiéndose a efectos de reagrupación, el requisito básico de haber residido un año y estar autorizado para otro más, aunque no se trate de una renovación *sensu stricto*.

De otra parte, en cuanto a la residencia permanente, la autorización de residencia permanente faculta al extranjero para residir en España indefinidamente. Lleva también aparejado el permiso para trabajar en igualdad de condiciones con los españoles, esta categoría fue promovida desde el ámbito comunitario europeo, a través de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de Noviembre relativo al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. De modo que, éstos gozaran de igual de trato que los nacionales, salvo en los derechos políticos de ser electores y elegibles, solamente podrán ser expulsados por razones de orden público, seguridad pública o salud pública y tendrán derecho de residencia en torno Estado miembro de la UE, excepto en el Reino Unido e Irlanda que no participan en la Directiva. Con carácter general, están habilitados para solicitar la residencia permanente los extranjeros que hayan residido legal y continuamente durante cinco años. Es decir, que puede acceder a esta situación el extranjero que tras haber disfrutado de residencia temporal durante cinco años (con trabajo o sin el no cambia, sin embargo, el periodo de tiempo necesario para poder acceder a dicho estatus, el extranjero que quiera acceder a él tendrá que haber residido legalmente en España durante cinco años de forma continuada), y en cualquier caso, su disfrutar supone la autorización para trabajar de forma permanente en nuestro país ya sea por cuenta propia o ajena, no tratándose en realidad de un nuevo permiso sino de una habilitación de carácter permanente para trabajar⁷¹². En el mismo sentido se pronuncia actualmente el art 32.2 de la Ley 2/2009, que cambia el termino de residencia permanente por el de residencia de larga

⁷¹¹ Art. 8 de la Directiva 2003/86: "Los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un periodo de tiempo, que no podrá superar los dos años, antes de reagrupar a los miembros de la familia".

⁷¹² CHARRO BAENA, P., (2000). *Las autorizaciones para trabajar de los extranjeros*. Aranzadi, Navarra, pág111.

duración, añadiéndose en el mismo numeral que se computaran para la acreditación de la misma los periodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros, como titular de la tarjeta azul de la UE. Asimismo se introduce la posibilidad de que los residentes de larga duración en otro Estado europeo puedan solicitar una autorización de larga duración en España cuando vayan a desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente, si bien, en el primer caso tan solo se contempla como limitación, la que pudiera derivarse de la titulación necesaria para el ejercicio de una actividad profesional, lo cual, más que una limitación, es el reconocimiento de la exigencia de convalidación de títulos profesionales. Esta situación que hasta ahora no estaba prevista en el ordenamiento español, pero que es regulada en el Capítulo III de la Directiva. La vigente ley recoge esta posibilidad, pero deja al posterior desarrollo reglamentario las condiciones de acceso.

Finalmente, se regula por primera vez a nivel de ley, la extinción de la residencia de larga duración. Hasta la fecha las diferentes situaciones que podían dar lugar a la extinción de la residencia permanente venían recogidas en el Reglamento de la Ley ⁷¹³, concretamente, en su artículo 76 ⁷¹⁴.

La redacción dada por el art. 32.4 del texto vigente, traspone al Derecho español el artículo 9 de la citada Directiva y recoge los cuatro supuestos que permiten a las autoridades españolas competentes iniciar los trámites administrativos necesarios para decretar la extinción de la autorización de residencia de larga duración. Estos supuestos son: la obtención de la autorización fraudulentamente; que el extranjero sea objeto de una orden de expulsión; la ausencia de la Unión Europea durante 12 meses consecutivos; y finalmente, que extranjero hubiera adquirido la residencia de larga duración en otro Estado miembro. Uno de los supuestos -la adquisición fraudulenta- coincide con la normativa actualmente vigente recogida en el art. 76 del Reglamento, los otros tres, incorporados por vía de la Directiva son nuevos, aunque el referido a la ausencia de la Unión Europea durante 12 meses consecutivos, supone en realidad una ampliación del ámbito territorial, ya que en el artículo 76 d) la ausencia viene referida al territorio español.

Existen además una serie de supuestos específicos en los que puede concederse la autorización de residencia permanente:

⁷¹³ RD 2393/2004, de 30 de Diciembre (BOE 7 de Enero de 2005).

⁷¹⁴ Una de las situaciones que dan lugar a la extinción de la residencia permanente, en concreto, «La permanencia fuera de España durante más de 12 meses consecutivos o treinta meses en el cómputo global de los cinco años de residencia», regulado en el apartado d) del art. 76 del R.D. 2393/2004, fue objeto de recurso contencioso-administrativo directo ante el Tribunal Supremo. El recuso fue presentado por la Asociación de Chino de Euskadi con la pretensión de dicho supuesto fuera declarado nulo. Por Sentencia de 8 de Enero de 2007, el Tribunal Supremo declaró que la declaración de nulidad era improcedente.

Los extranjeros residentes que tengan derecho la prestación de una pensión contributiva de jubilación por parte de la Seguridad Social española, o de una pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

Los nacidos en España que acrediten haber residido legalmente en España durante los tres años inmediatamente anteriores a la mayoría de edad.

Los extranjeros que hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años anteriores a la mayoría de edad.

Los españoles de origen que hayan perdido la nacionalidad española.

Los apátridas o refugiados reconocidos por España y que se encuentren en territorio español.

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

Finalmente las causas de extinción de la residencia de larga duración son idénticas que las previstas en la Ley precedente (art 32.5):

a) Cuando la autorización se haya obtenido de manera fraudulenta.

b) Cuando se dicte una orden de expulsión en los casos previstos en la Ley.

c) Cuando se produzca la ausencia del territorio de la Unión Europea durante 12 meses consecutivos. Reglamentariamente se establecerán las excepciones a la pérdida de la autorización por este motivo, así como el procedimiento y requisitos para recuperar la autorización de residencia de larga duración.

d) Cuando se adquiriera la residencia de larga duración en otro Estado miembro.

1.10. LA RELACIÓN JURÍDICO-LABORAL DEL TRABAJADOR EXTRACOMUNITARIO EN ESPAÑA Y SUS CONSECUENCIAS

1.10.1 SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS EN ESPAÑA

El sistema jurídico de los extranjeros en España se establece en la Constitución, en Tratados Internacionales, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en Leyes Orgánicas. 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 establece los derechos de los extranjeros en el país.

Las últimas leyes de extranjería han sido desarrolladas en el marco de los derechos que ofrece el artículo 13.1 de la Constitución española⁷¹⁵ y de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 115/1987, donde estableció que en España los extranjeros sí tienen derechos fundamentales.

La legislación de extranjería ha tenido grandes cambios en los últimos años debido al fenómeno masivo de inmigrantes que ha llegado a España procedentes de diversos países. “*El cambio más relevante que constituye el eje central del giro radical viene expuesta en la STC 236/2007 y consiste en retomar una línea del discurso jurídico abandonada en la STC 72/2005, de 4 de Abril (Caso del marroquí Sr. Razzougi), que el extranjero que entra en España de manera ilegal tiene los mismos derechos reconocidos en la Constitución que un nacional, reconocimiento que se vincula a la dignidad de la persona humana, entendido de una manera omnicomprendensiva de todos los derechos reconocidos a los españoles en la Sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución (arts. 14-29)*”.⁷¹⁶

Por tanto, en el ámbito del derecho de extranjería es necesario obviar la arbitrariedad de las actuaciones administrativas, reducir el margen de la discrecionalidad y aplicar los principios generales del procedimiento administrativo. Además, se deben tener en cuenta las medidas de garantía y tutela que permitan perfeccionar el marco legal vigente en aspectos constitucionalmente notables como el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sistema de recursos, suspensión de la ejecutividad de actos administrativos, entre otros.

El marco jurídico en materia de extranjería tiene como referencia el control de los flujos migratorios, por tanto, la entrada al territorio español es, sin duda, el principal objeto de atención.

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 establece en el artículo 25.1: “*1. Los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán estar provistos de visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en su pasaporte o documento de viaje o, en su caso, en documento aparte, salvo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 25 de esta Ley.*”

Las clases de visados, según la Ley Orgánica 2/2009 son: visado de tránsito, visado de estancia, visado de residencia, visado de residencia y trabajo, visado de residencia y trabajo de temporada, visado de estudios y visado de investigación de acuerdo con el artículo 25.2 de la

⁷¹⁵ Artículo 13. 1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.

⁷¹⁶ PULIDO, M., (2008). *Sobre el brusco giro jurisprudencial en materia de extranjería*. www.legaltoday.com.

citada norma. *“Las novedades más importantes de la nueva ordenación de la extranjería afectan a la genérica exigencia de visado. Con independencia de la distinción entre visados de corta duración (según modelo establecido por el art. 9 y ss. del Acuerdo de Schengen) o de larga duración (art. 18 de dicho Acuerdo) lo cierto es que ha pasado a convertirse en requisito exigible con carácter general en cuanto instrumento más idóneo para la consecución del objetivo de restricción de entradas, lo que, entre otros efectos, va a dotar de trascendencia a la exención de visado, ya que evita el regreso al país de origen sólo para la formalización de un documento, lo que adquiere mayor gravedad en circunstancias en las que se cuenta con o podría obtenerse permiso de residencia y de trabajo”*⁷¹⁷

El principal objetivo de someter a control los movimientos migratorios, se evidencia en la modificación del visado como un requisito obligatorio para el acceso al país, salvo con algunos países donde existen acuerdos de supresión de visados. Adicionalmente, uno de los requisitos para el ingreso al país, es la denominada carta de invitación.

En cuanto a la salida del país, el artículo 28 de la Ley Orgánica 2/2009, donde se indica que la salida del país es libre a excepción de los casos establecidos en la citada ley y en el Código Penal.⁷¹⁸ También establece la salida obligatoria que puede darse por diversos motivos, entre estos, la denegación de solicitudes para permanecer en el país, la caducidad de los plazos para residir o permanecer en España, la expulsión, devolución. Todas estas situaciones colocan al extranjero en situación de abandono inmediato del país.

“Las prohibiciones de salida, como último supuesto de restricción a la libre circulación, pueden proceder de una actuación judicial o administrativa. La reflexión que a continuación se aborda se propone desvelar aquellos aspectos que por su dimensión constitucional resultan más

⁷¹⁷ AJA, E., (2000) .El marco político institucional de la reforma, en AA.VV., *La nueva regulación de la inmigración en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 31.

⁷¹⁸ 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: Artículo 28. 1. Las salidas del territorio español podrán realizarse libremente, excepto en los casos previstos en el Código Penal y en la presente Ley. La salida de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2. Excepcionalmente, el Ministro del Interior podrá prohibir la salida del territorio español por razones de seguridad nacional o de salud pública. La instrucción y resolución de los expedientes de prohibición tendrá siempre carácter individual.

3. La salida será obligatoria en los siguientes supuestos:

- a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal.
- b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente Ley.
- c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España.
- d) Cumplimiento del plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario.

significativos, en relación con la expulsión como sanción que reviste Mayor gravedad y que cabe imponer ante la realización de trabajos por cuenta ajena de forma irregular. Las conexiones existentes entre Derecho del Trabajo, Derecho administrativo sancionador, al margen de ciertos extremos que caen dentro del ámbito del Derecho Penal, son, por tanto, los ejes sobre los que gira la construcción que aquí se expone con el objeto de subrayar dos importantes efectos de la reciente ordenación jurídica sobre el trabajo de los inmigrantes extracomunitarios.”⁷¹⁹

Respecto a la residencia en España, se tiene que la autorización administrativa otorgada a los extracomunitarios para trabajar en el país, lo que se denomina permiso de trabajo, que como sostiene BAYÓN CHACON “el permiso de trabajo para trabajadores extranjeros no constituye tanto un medio probatorio de la relación laboral como un certificado de la autorización administrativa para trabajar⁷²⁰” y trasladado al caso que nos ocupa se presume que existe una relación laboral, cuando un extranjero presta sus servicios voluntariamente retribuidos por cuenta propia o ajena en base a lo dispuesto en el art 1 ET, de modo que el contrato de trabajo surge de esta relación de prestación de servicios voluntarios por parte del extranjero y no del permiso administrativo de trabajo, de ahí, las consecuencias fijadas por ley en caso de que se incumplan los requisitos exigidos para su validez ,sin embargo el legislador de extranjería, al margen de la realidad migratoria parte del supuesto caso de que los extranjeros llegan a nuestro país lo hacen provistos de una oferta de trabajo. Sin embargo, son mayoritario los casos en que los extranjeros entran como turistas y luego se quedan de manera irregular “*La concesión inicial de los permisos de trabajo se extiende sobre períodos cortos de tiempo, fruto de la concepción que rechaza la idea de la instalación de forma estable de los inmigrantes en nuestro país, tras la realización de un viaje que les ha podido suponer invertir todo el patrimonio del que disponen. Con el aumento progresivo de la inmigración, los permisos de corta duración, limitados, asimismo, a determinadas zonas geográfica o sectores de la producción han ido siendo reemplazados por otros de duración intermedia, y, finalmente, a partir del RD 155/1996 se abre ya la posibilidad de los permisos indefinidos.*”⁷²¹

En este sentido, los Capítulos II y III del Título II de la Ley Orgánica 2/2009 establece las situaciones administrativas en las que puede encontrarse el extranjero y describe las autorizaciones administrativas para trabajar en España. “*La mayor parte de las situaciones en que pueden encontrarse los extranjeros vienen predeterminadas por su eventual acceso a un*

⁷¹⁹ RAMOS, M., (2004). *El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica*, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pág. 19.

⁷²⁰ BAYÓN CHACON, C., Y PÉREZ BOTIJA, E., (1978). *Manual del derecho del Trabajo, Vol.I* (Edi. Revisada por F.Valdes Dal-Re), pág.1968.

⁷²¹ RAMOS, M., (2004). *El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pág. 23.

*puesto de trabajo y esta es la línea de observación que adopta el legislador para ordenar jurídicamente dichas situaciones y derechos derivados de las mismas*⁷²².

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 1994 y posteriormente la STS de 21 de Septiembre de 1995 han señalado que la situación administrativa de extranjeros beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social, cuando quedan desempleados y con permiso de residencia, tienen derecho a permanecer en el país percibiendo las prestaciones correspondientes y a la búsqueda de un nuevo empleo.

El artículo 36.5 de 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, establece que: “5. *La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones 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. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.*”

Las situaciones administrativas en las que puede encontrarse el extranjero extracomunitario en territorio español son de acuerdo con el artículo 29 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de Diciembre. “1. *Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia. 2. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda*”.

La situación inicial en la que se encuentra un extranjero al llegar a España, es la estancia que le autoriza a permanecer en territorio español por un plazo no superior a noventa días. Este plazo puede ser prorrogado de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica 2/2009, es decir, residencia temporal por arraigo, por razones humanitarias, colaboración con la Justicia, entre otras.

De igual forma, se tiene la situación de residencia temporal establecida en el artículo 31⁷²³ de la citada ley de extranjería vigente desde Diciembre de 2009. En la situación de residencia

⁷²² ESPLUGUES C., Y DE MIGUEL, M., (2001). *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 309.

⁷²³ Artículo 31. Situación de residencia temporal. 1. La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años. Las autorizaciones de

temporal es donde los inmigrantes deben integrarse para encontrar un trabajo en el país, es la situación administrativa en la que encontrarán los mayores obstáculos y trabas de índole administrativa, económica y social para su integración.

Una novedad de la Ley Orgánica 2/2009, es el artículo 31 bis que establece lo relacionado con la residencia laboral y trabajo de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género. Esta se encuentra establecida en el Plan de Atención y Prevención de la Violencia de Género en población extranjera inmigrante, aprobado por el Gobierno y tiene vigencia desde el 2009 al 2012. *“El objetivo del Plan es acercar los recursos a la población inmigrante, crear las condiciones adecuadas para prevenir esta violencia y prestar una atención desde una perspectiva global, pues la mayor dependencia de estas mujeres hacia su agresor, debido a la falta de redes de apoyo sociales y familiares, origina una mayor inseguridad a la hora de romper con la violencia”*

La otra situación administrativa es la residencia permanente o de larga duración, que se encuentra establecida en el artículo 32 de la Ley Orgánica 2/2009, donde se otorga el derecho a los extranjeros de residir en el país de manera indefinida y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles.⁷²⁴ *“Esta es la situación que constituye la condición fundamental para alcanzar la verdadera integración social y jurídica del inmigrante en la sociedad española”*.⁷²⁵

duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y de las renovaciones se establecerá reglamentariamente. 2. La autorización inicial de residencia temporal que no comporte autorización de trabajo se concederá a los extranjeros que dispongan de medios suficientes para sí y, en su caso, para los de su familia. Reglamentariamente se establecerán los criterios para determinar la suficiencia de dichos medios. 3. La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado. 4. La autorización inicial de residencia temporal y trabajo, que autorizará a realizar actividades lucrativas por cuenta propia y/o ajena, se concederá de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 36 y siguientes de esta Ley. 5. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. 6. Los extranjeros con autorización de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio. 7. Para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, se valorará en su caso: a. Los antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad. b. El incumplimiento de las obligaciones del extranjero en materia tributaria y de seguridad social. A los efectos de dicha renovación, se valorará especialmente el esfuerzo de integración del extranjero que aconseje su renovación, acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma que certifique la asistencia a las acciones formativas contempladas en el artículo 2 ter de esta Ley.

⁷²⁴ La Ley Orgánica 2/2009, Artículo 32. Residencia de larga duración. 1. La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.

2. Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente. A los efectos de obtener la residencia de larga duración computarán los periodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros, como titular de la tarjeta azul de la UE. Se

1.10.2.- DERECHOS LABORALES DE LOS INMIGRANTES EXTRACOMUNITARIOS EN ESPAÑA SUBORDINADOS A SU SITUACIÓN DE REGULARIDAD

La LOEXT y su Reglamento de desarrollo de 2004, al igual que la LOEXTR de 2009, Ley sólo reconoce el derecho al trabajo a los extranjeros que sean residentes y que además cumplan los requisitos previstos en la ley de extranjería vigente en cada momento en nuestro país, por tanto solo esta categoría de extranjeros, tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como acceder al sistema de Seguridad Social (art 10). Por tanto una vez reconocido este derecho debe comprender su ámbito objetivo todas las manifestaciones del mismo: derecho a las condiciones de trabajo, salario y protección social de los extranjeros autorizados a trabajar, siendo todas ellas las mismas que las aplicables al conjunto de trabajadores.

Sin embargo la ley no permite el trabajo a los extranjeros sin autorización para trabajar (que además supone su imposibilidad de alta en la S. Social), empleo que es considerado ilegal y se sanciona:

- Si el trabajador *“tiene permiso de residencia pero no tiene autorización de trabajo”* comete una infracción leve sancionada con multa al trabajador (art 52 c) y d) (también al empresario)

- Si el trabajador *“no tiene permiso de residencia ni autorización para trabajar”* comete una infracción grave sancionada con una multa (a empresario y trabajador art 53.a) o expulsión del trabajador. En cualquiera de los casos, ante la posibilidad de expulsión o por no poder probar adecuadamente la relación laboral es poco infrecuente la denuncia del trabajador extranjero. Cuando esto ocurre, normalmente las sentencias han logrado salvaguardar algunos de los derechos laborales básicos (salario y protección frente a accidentes de trabajo); pero han sido desestimadas las denuncias por despido (por considerarlo inexistente) con las siguientes consecuencias:

considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente.

3. Los extranjeros residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán solicitar por sí mismos y obtener una autorización de residencia de larga duración en España cuando vayan a desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena, o por otros fines, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente. No obstante, en el supuesto de que los extranjeros residentes de larga duración en otro estado miembro de la Unión Europea deseen conservar el estatuto de residente de larga duración adquirido en el primer estado miembro, podrán solicitar y obtener una autorización de residencia temporal en España....

⁷²⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., (2000). El acceso al mercado de trabajo de los extranjeros no comunitarios. *RL* nº 22, pág. 8.

- Imposibilidad de indemnización y de cobro de salarios de tramitación.
- No aplicación de las prestaciones de la Seguridad Social (desempleo, FOGASA, etc.).

En esta misma línea, la LOE establece un procedimiento de regularización (Arraigo laboral) que posibilita la obtención de un permiso de residencia si se prueba la existencia de relación laboral de al menos un año mediante resolución judicial (sentencia) o administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; pero la práctica ha demostrado que es un procedimiento poco utilizado por las dificultades existentes para demostrar la relación laboral, creando paradojas cuando se pretende conciliar la legislación laboral con la de extranjería, como puede ser la situación extrema de que un empresario no pueda readmitir a un trabajador en un despido declarado improcedente, dando lugar a la inaplicabilidad de esta figura. Consecuencias de trabajar sin contrato ni Alta en la Seguridad Social:

- a) Se restringe la posibilidad de denunciar actos de explotación laboral ante el temor de que se inicie procedimiento de expulsión.
- b) Se asume el riesgo de impago del salario convenido.
- c) Se aceptan (a veces por desconocimiento) condiciones laborales peores a las legales (pagas extraordinarias, vacaciones, jornada de trabajo, etc.).
- d) Se pierde el derecho a acceder a prestaciones de la Seguridad Social.

En cualquiera de los casos, el acceso a trabajos sin contrato laboral por parte de los inmigrantes extracomunitarios supone el acceso al mercado laboral español sin derechos laborales (explotación, malas condiciones laborales, inseguridad en mantenimiento del trabajo,...) y tras superar este periplo para conseguir empleo, el poder obtener el permiso de trabajo se convierte en la principal preocupación. De modo que, se sienten obligado en mantenerse en esta situación precaria para obtener recursos económicos y en definitiva, para poder optar en un futuro mediano a un procedimiento de regularización que le otorgue un status jurídico más sólido que les haga superar el estadio de la bipartición social que divide a nuestro país a los ilegales de los legales y de este modo aproximar y equipar su derechos laborales, económicos, sociales y culturales, al siguiente estadio al que aspirara conseguir *"el de los inmigrantes extranjeros de larga duración"*. En cualquiera de los casos, es un hecho contable, que en la Europa comunitaria en general y en el caso particular de nuestro país, trabajo no falta, aunque sea cuestión diferente es conectar trabajo con derechos, hecho que queda constatado en el ámbito internacional la ONU al cotejar el abismo existente en muchas ocasiones entre los derechos proclamados oficialmente y el trato real que se les otorga a los inmigrantes.

El artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2009 establece la equiparación de los extranjeros y españoles, de la siguiente manera: “los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos 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”.

La Constitución española establece en el artículo 35.1, el derecho de los españoles a trabajar y en el artículo 13.1 establece que los extranjeros tienen los mismos derechos constitucionales de acuerdo con los tratados y la ley.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha indicado que las leyes no tienen una libertad absoluta para definir los derechos de los extranjeros. Por lo que clasifica estos derechos en tres grupos: “a) aquellos inherentes a la dignidad humana, que tienen que reconocerse en condiciones de igualdad respecto de los nacionales; b) derechos cuya titularidad es exclusiva de los nacionales y que, por tanto, se niegan a los extranjeros, y; c) derechos que las leyes pueden extender a los extranjeros, estableciendo las modulaciones que se consideren oportunas”⁷²⁶. El Tribunal Constitucional ubica el derecho al trabajo y el derecho a un empleo por cuenta ajena en el tercer grupo, siendo constitucionalmente viable crear diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en esta materia.

La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de Diciembre, establece en el artículo 10 el derecho al trabajo y a la Seguridad Social de los extranjeros. “1. Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente. 2. Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de Abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.”

Por tanto, los derechos laborales de los extranjeros, que tienen autorización de residencia y trabajo, son inicialmente: el derecho al trabajo y a la seguridad social.

En cuanto a las prestaciones de seguridad social, el artículo 14⁷²⁷ de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de Diciembre reconoce a los extranjeros residentes el derecho a acceder a las

⁷²⁶ Una de las Sentencias que afirma esto es la STC 107/1984, de 23 de Noviembre (BOE nº 305 de 21 de Diciembre)

⁷²⁷ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de Diciembre. Artículo 14. Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales. 1. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el

prestaciones de la seguridad social en las mismas condiciones que a los españoles, además de reconocerles el derecho a los servicios y prestaciones sociales, generales, y básicos y específicos.

La Ley General de Seguridad Social reconoce en el artículo 7.1., el derecho a la seguridad social de los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que ejerzan aquí su actividad laboral y tiene derecho a la prestación de desempleo.

El principio de equiparación entre trabajadores españoles y extranjeros también se aplica en los derechos sindicales, establecidos en el artículo 11 de la Ley Orgánica 2/2009: *“1. Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles. 2. Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la huelga en las mismas condiciones que los españoles.”*

Esta libertad sindical se condiciona a la situación residencia en España y el ejercicio del derecho de huelga a la autorización para trabajar. *“Por lo que respecta a los regulares son tres las cuestiones que deben tenerse en cuenta: 1ª) La primera, en relación con la libertad sindical, en el sentido de concretar ese concepto; 2ª) La segunda, por su parte, tiene que ver con el derecho de los extranjeros a ser electores y elegibles respecto a la representación de los trabajadores; 3ª) La tercera y última tiene que ver con el derecho de huelga.”*⁷²⁸

En este sentido, surge la interrogante: ¿Los extranjeros que se encuentran en situación regular tienen derecho a fundar sindicatos o solamente pueden afiliarse a uno que ya está constituido?

La libertad sindical está reconocida en el artículo 28 de la Constitución Española y se desarrolla en la Ley 11/1985, de 2 de Agosto, de Libertad Sindical que establece en el artículo 2 que el derecho de libertad sindical incluye tanto el derecho a fundar sindicatos, como a afiliarse a los que ya están constituidos, pero no hace mención especial de los extranjeros, por lo que puede concluirse que la libertad sindical para este colectivo es plena. *“El Tribunal Constitucional ha resuelto los indicados recursos de inconstitucionalidad, entre otras, en las sentencias 236/2007, de 7 de Noviembre, y 259/2007, de 19 de Diciembre, reconociendo que la exigencia que la indicada ley imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en*

tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico. 3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

⁷²⁸ MELLADO, C., Y FABREGAT, G., () *La situación jurídico laboral de los extranjeros según la legislación española.* <http://www.uv.es/CEFD/14/alfonso.pdf>, p. 13.

*España, constituía una restricción injustificada y, por tanto, contraria a la Constitución, ya que según la misma los indicados derechos alcanzan a todas las personas por el hecho de serlo.*⁷²⁹

1.10.3. ACTIVIDADES EXCEPTUADAS DE PERMISO DE TRABAJO

Un problema reiterativo en que incurre el legislador de extranjería en nuestro país, es el uso de las acepciones como las “*exclusiones*” y “*especialidades*” y “*excepciones*”. En cuanto a las primeras, las exoneraciones de autorización administrativa laboral. Las segundas, las situaciones en que se encuentran determinadas personas que no tienen la consideración de extranjeros a efectos laborales, es decir, que propiamente no son “*trabajadores extranjeros*” y la tercera las variaciones del régimen general de concesión de permiso de trabajo, que se hacen en favor de los trabajadores extranjeros, al otorgarles una autorización administrativa para la prestación de servicios distinta al permiso de trabajo.

En relación con los primeros, expresamente quedan excluidos del ámbito subjetivo de esta ley los siguientes sujetos:

a) Los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho internacional, están exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención de la autorización de residencia.

b) Los representantes, delegados y demás miembros de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España, así como sus familiares. (Novedad introducida por la LOEXTR)

c) Los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) de este artículo.

Se trata de las personas a las que se refiere el artículo segundo de la LOEXTR, que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la misma, y a las que la Ley de Extranjería

⁷²⁹ Preámbulo de 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

reconoce, implícitamente, “su status público y condición amparada por el Derecho internacional público”⁷³⁰

No obstante, este colectivo los requisitos que deben cumplir para obtener un permiso vendrán fijados reglamentariamente lo cual resulta contradictorio al prever la posibilidad de fijación de condiciones para la obtención del permiso de trabajo, para un grupo de personas, explícitamente, excluidos del ámbito de aplicación de la Ley.

En el análisis de las especialidades merece nuestra atención la novedad introducida 33.4 de la LOEXTR, que siguiendo la línea marcada por el Reglamento que le precede de 2004, en concreto en su art. 73.3 que autorizaba, con carácter excepcional (actualmente tiene un carácter ordinario) la realización de actividades lucrativas, a los extranjeros estudiantes, frente a la rotunda prohibición de obtener autorización para trabajar que se establecía en el anterior reglamento⁷³¹(art. 29.5).

Admitiéndose que estos puedan trabajar tanto por cuenta ajena como propia desapareciendo los límites en cuanto a la modalidad de contratación y tiempo de prestación que fijaba el Reglamento de 2004.

Otro colectivo que el sistema el confiere alteraciones del régimen general, relativas a la exigencia de obtención de permiso de trabajo y por tanto especialidades, se encuentra la habilitación contenida en el documento de identidad de los refugiados y de los familiares de éstos. En un primer momento Ley 5/1984, de 26 de Marzo, regulador del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado en su art. 22.3: “*A las personas a quienes se conceda el refugio en España, siempre que deseen realizar una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena, se les podrá extender los correspondientes permisos de residencia y trabajo*”. En idénticos términos se expresaba el Real Decreto 1119/86, donde el refugiado tiene una mera preferencia para obtener el permiso de trabajo, régimen que es atenuado por el art. 36.1 del R.D. 511/1985, de 20 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de refugiado. De modo que, no se preveía como efectos del reconocimiento de la condición de refugiado que con la expedición de su documentación, acreditativa de su condición de refugiado, se le autorizase a residir y trabajar en España. La anterior normativa sobre asilo y refugio, establecía que cuando el extranjero a quien se le había

⁷³⁰ ESTRADA CARRILLO, V., (1993). *Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería.*, ed. Trivium. Madrid, 2.ª edición, pág. 38.

⁷³¹ Real Decreto 864/2001, de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre cuya dicción literal del citado artículo era la siguiente” “*(..)los estudiantes extranjeros estarán sometidos al régimen jurídico establecido para los extranjeros con carácter general en el presente Reglamento y no podrán obtener autorización para establecerse o trabajar en España.*”

reconocido la condición de “*refugiado*” pretendiese desarrollar una actividad lucrativa, debía tramitar el correspondiente permiso conforme a lo dispuesto en la legislación de extranjería, consistiendo el único privilegio de los refugiados en que para la concesión del permiso de trabajo no se tuviera en cuenta la situación nacional de empleo⁷³². Sin embargo, este posicionamiento cambia tras la modificación de la Ley de Asilo y la aprobación del nuevo desarrollo reglamentario de ésta⁷³³, esta configuración del régimen del refugiado previa que el derecho de asilo conlleve la autorización de residencia, la expedición de documentos de viaje e identidad y la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles. Pero la actual Ley 12/2009 de 30 de Octubre sobre Octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, es más garantista que las leyes precedentes en esta materia en nuestro país, tal y como se contempla en su art 36.c) el reconocimiento de la condición de asilado o sujeto merecedor de protección subsidiaria le confiere entre otros el derecho a la autorización de residencia y trabajo permanente, además de los derechos siguientes: expedición de documentos de identidad y viaje a quienes les sea reconocida la condición de refugiado, o para quienes se beneficien de la protección subsidiaria; el acceso a los servicios públicos de empleo; el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales, a los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de género, en su caso, a la seguridad social y a los programas de integración, en las mismas condiciones que los españoles; el acceso, en las mismas condiciones que los españoles, a la formación continua u ocupacional y al trabajo en prácticas, así como a los procedimientos de reconocimiento de diplomas y certificados académicos y profesionales y otras pruebas de calificaciones oficiales expedidas en el extranjero; la libertad de circulación; el acceso a los programas de integración con carácter general o específico que se establezcan; el acceso a los programas de ayuda al retorno voluntario que puedan establecerse; el mantenimiento de la unidad familiar y acceso a los programas de apoyo que a tal efecto puedan establecerse. Incluso en casos específicos, debido a dificultades sociales o económicas, las Administraciones Públicas podrán poner en marcha servicios complementarios a los sistemas públicos de acceso al empleo, a la vivienda y a los servicios educativos generales, así como servicios especializados de

⁷³² RD. 511/1985. art. 36.2: “*La concesión se realizará de acuerdo con los procedimientos previstos para ello, sin que para la concesión del permiso de trabajo se tenga en cuenta la situación nacional de empleo.*” Por su parte, el art. 38.1.g) del Reglamento de ejecución de la LOE, R.D. 1119/1986, de 26 de Mayo incluye entre las preferencias para la concesión de permisos de trabajo “*haber tenido la condición de refugiado, conforme a la Ley 5/1984, de 26 de Marzo. En este supuesto, la preferencia se podrá disfrutar solamente durante el año siguiente a la pérdida de la mencionada condición.*”

⁷³³ RD. 203/1995, de 10 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de Mayo (BOE, 2 de Marzo).

interpretación y traducción de documentos, ayudas permanentes para ancianos y personas con discapacidad y ayudas económicas de emergencia.

Pero si aún no se le ha concedido el derecho de asilo al extranjero extracomunitario pero se ha admitido a trámite su solicitud, se le concede una autorización de estancia o permanencia temporal —de hasta 6 meses—, la cual se renueva si al término de este plazo todavía no ha recaído resolución sobre la solicitud de asilo. Igualmente, una vez transcurridos seis meses sin que haya recaído resolución, los solicitantes de asilo obtienen una autorización para trabajar, cuya vigencia se extiende hasta la resolución de su solicitud.

También existen una serie de supuestos exceptuados de la situación nacional de empleo:

- a) Supuestos del artículo 40 LOEXTR
- b) Convenios internacionales (Chile y Perú)
- c) Extranjeros enrolados en buques españoles (Acuerdos Internacionales de Pesca Marítima) (Resolución de 2 de Julio de 2007, BOE de 23/07/2007)

En relación con los primeros, actualmente figuran bajo el epígrafe “*Supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo*”. No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a:

- a. Los familiares reagrupados en edad laboral, o el cónyuge o hijo de extranjero residente en España con una autorización renovada, así como al hijo de español nacionalizado o de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo, siempre que estos últimos lleven, como mínimo, un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario.
- b. Los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación.
- c. Los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos.
- d. Los que hubieran gozado de la condición de refugiados, durante el año siguiente a la cesación de la aplicación de la Convención de Ginebra de 28 de Julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, por los motivos recogidos en el supuesto 5 de la sección C de su artículo 1.
- e. Los que hubieran sido reconocidos como apátridas y los que hubieran perdido la condición de apátridas el año siguiente a la terminación de dicho estatuto.
- f. Los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.
- g. Los extranjeros nacidos y residentes en España.

h. Los hijos o nietos de español de origen.

i. Los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.

j. Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, cuando se trate de víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos.(este inciso final ha sido introducido por la LOEXTR)

k. Los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante dos años naturales (el Reglamento anteriormente reducía este plazo a dos años) y hayan retornado a su país.

l. Los extranjeros que hayan renunciado a su autorización de residencia y trabajo en virtud de un programa de retorno voluntario (supuesto que también supone una novedad de la LOEXTR con ello se pretende potenciar la contratación de temporal de extranjeros en función de la demanda de los mismo por el mercado finalizada la cual deben retornar a sus países de origen, no generando esta prestación derecho alguno a la obtención de residencia por parte de los mismos)

2. Tampoco se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, en las condiciones que se determinen reglamentariamente para:

a. La cobertura de puestos de confianza y directivos de empresas (figuraban anteriormente en la Disposición Adicional 12 del Reglamento de 2004)

b. Los profesionales altamente cualificados, incluyendo técnicos y científicos contratados por entidades públicas, universidades o centros de investigación, desarrollo e innovación dependientes de empresas, sin perjuicio de la aplicación del régimen específico de autorización aplicable de conformidad con la presente Ley.

c. Los trabajadores en plantilla de una empresa o grupo de empresas en otro país que pretendan desarrollar su actividad laboral para la misma empresa o grupo en España.

d. Los artistas de reconocido prestigio.

La excepción no presenta carácter indefinido, sino que se ha de solicitar y su reconocimiento tiene una duración de un año, susceptible de renovación inicial por dos años y de otra posterior de idéntica duración; en ningún caso, genera para sus titulares derecho alguno para obtener en el futuro permisos de trabajo por cuenta propia o ajena y para el ejercicio de

otras actividades distintas de las enumeradas en la Ley y reglamento de desarrollo (art. 69. 2 y 3 del de Reglamento de 2004).

De lo expuesto, se desprende la voluntad garantista por parte del legislador español de proteger a los trabajadores españoles, dándoles preferencia en cuanto a la ocupación de puestos de trabajo, en relación con los ciudadanos extranjeros.

Ello no obstante, queda el legislador deja a salvo, todos aquellos supuestos, en que por Ley Orgánica, quedan exceptuados de la necesidad de contemplar la situación nacional de empleo, como por ejemplo, los ciudadanos extranjeros que sean titulares de una tarjeta de residencia, los que, el cónyuge o hijo de extranjero residente en España, con una autorización renovada, el hijo de español nacionalizado, los que hubieran sido reconocidos como apátridas, los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española, etc.

Entendemos que debe de incluirse en la salvedad que especifica este párrafo, los nacionales de Chile y Perú, en virtud de acuerdos firmados con el Gobierno Español, según los cuales, para los ciudadanos de ambos países no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo y por supuesto expresamente excluidos de dicha situación. Se trata de un régimen aparentemente privilegiado, deben solicitar permiso de residencia y trabajo pero la Administración debe otorgarlos siempre que su entrada y permanencia en territorio español hubiera sido regular⁷³⁴. El problema estriba se manifestaba en que para poder entrar legalmente en España era preciso previamente haber sorteado la carrera de obstáculos de una tramitación administrativa lenta y farragosa en el país de origen, con lo que el aparente trato de favor se diluía si no habían obtenido previamente el visado de trabajo conjuntamente con el de residencia. Posicionamiento que varía tras la STS de 26 de Septiembre de 2006, en donde coloca a estos extranjeros en el mismo grupo que el resto de extranjeros extracomunitarios, conservando sólo una serie de facilidades para su ejercicio pero no el reconocimiento del derecho a ejercer lo que se pacta en el Tratado⁷³⁵.

En cualquiera de los casos, la carga de la prueba de que el supuesto se encuentra encuadrado en uno de los supuestos contemplados por la ley como de exención de la situación nacional de empleo. Así por ejemplo en el caso, de tratarse de un extranjero hijo de residente legal en España como supuesto específico para la concesión de autorización de trabajo, en el que no se considerará la situación nacional de empleo es el de ser “*hijo de extranjero residente*

⁷³⁴ MOYA ESCUDERO, M., (2001). Sujetos sometidos a autorización para la realización de actividades lucrativas en España”, en VVAA, *Jornadas sobre la Ley de extranjería. Sus repercusiones en el ámbito Laboral, Granada*, 8 y 9 de Marzo, EU de Relaciones Laborales, Universidad de Granada, pags. 17-18.

⁷³⁵ VALDUEZA BLANCO, M. D. (2008). *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, edit Lex Nova, Valladolid, pág 212.

en España con una autorización renovada; o ser hijo de español nacionalizado o comunitario que lleve residiendo legalmente en España un año como mínimo, y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario) para ello, el extranjero debe presentar en su país de origen los certificados de nacimiento para demostrar que es hijo de residente en España siendo además preciso que el trabajador cumpla los siguientes requisitos: a) que se garantice al trabajador una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización para residir y trabajar; b) que la empresa solicitante haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentren al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social(Además se podrá requerir al empresario que acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial); c) Que las condiciones fijadas en la oferta de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad; e) Que se posea la titulación, en su caso, debidamente homologada o que se acredite la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión; f) Que el trabajador extranjero que se pretenda contratar carezca de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español; y finalmente g) Que el trabajador extranjero no se encuentre irregularmente en territorio español.

La regla general en el ordenamiento es la exigencia a los extranjeros de una autorización para trabajar por cuenta ajena. 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 establece en el artículo 36. *“Autorización de residencia y trabajo. 1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente.”*

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece una restricción legítima al derecho de trabajo. Los ciudadanos pertenecientes a países de la Unión Europea y los ciudadanos extracomunitarios que se encuentran en situación de residencia permanente, están exentos de la autorización para trabajar y aquellos que se encuentran dentro de lo establecido en el artículo 41 de la Ley Orgánica 2/2009,⁷³⁶ que establece una lista de casos que están exentos

⁷³⁶ Artículo 41. Excepciones a la autorización de trabajo. 1. No será necesaria la obtención de autorización de trabajo para el ejercicio de las actividades siguientes: a. Los técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados, por el Estado, las comunidades autónomas o los entes locales o los organismos que tengan por objeto la promoción y desarrollo de la investigación promovidos o participados mayoritariamente por las anteriores. b. Los profesores extranjeros invitados o contratados por una universidad española. c. El personal directivo y el profesorado extranjeros, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente

de la autorización para trabajar, aunque en estos casos es necesario un procedimiento administrativo para acreditar la exención.

Por tanto, este listado de casos de excepción no presenta carácter indefinido, sino que se ha de solicitar y su reconocimiento tiene una duración de un año, susceptible de renovación inicial por dos años y de otra posterior de idéntica duración; en ningún caso, genera para sus titulares derecho alguno para obtener en el futuro permisos de trabajo por cuenta propia o ajena y para el ejercicio de otras actividades distintas de las enumeradas.

1.10.4.- TRATAMIENTO ESPECÍFICO DE AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA DE PARA LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES: DE TEMPORADA, DE OBRA O SERVICIOS PARA MONTANTE DE PLANTAS INDUSTRIALES O CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN Y LOS DE FORMACIÓN Y PRÁCTICAS.

Los trabajadores de temporada son aquellos inmigrantes que llegan al país con un permiso de trabajo condicionado por lo que es necesario que antes de su contratación resida en el exterior y que no haya en el territorio nacional trabajadores que puedan o quieran ocupar esos puestos de trabajo. El empresario debe asumir parte de los costes del viaje o trayectos y el contrato debe formalizarse antes de la entrada en España y el inmigrante debe retornar a su país de origen al concluir la relación laboral.

El artículo 42⁷³⁷ de la Ley Orgánica 2/2009, establece el régimen especial de los trabajadores de temporada. La autorización de residencia y trabajo de estos trabajadores es

reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas. d. Los funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras que vengan a España para desarrollar actividades en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española. e. Los corresponsales de medios de comunicación social extranjeros, debidamente acreditados para el ejercicio de la actividad informativa. f. Los miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por el Estado. g. Los artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada. h. Los ministros, religiosos o representantes de las diferentes iglesias y confesiones, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas. i. Los extranjeros que formen parte de los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos homologados internacionalmente, siempre que limiten su actividad a funciones estrictamente sindicales. j. Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.

⁷³⁷ Ley Orgánica 2/2009, artículo 42: 1. El Gobierno regulará reglamentariamente la autorización de residencia y trabajo para los trabajadores extranjeros en actividades de temporada o campaña que le permita la entrada y salida del territorio nacional, así como la documentación de su situación, de acuerdo con las características de las citadas campañas y la información que le suministren las Comunidades Autónomas donde se promuevan. 2. Para conceder las autorizaciones de residencia y trabajo deberá garantizarse que los trabajadores temporeros serán alojados en condiciones de dignidad e higiene adecuadas. 3. Las Administraciones públicas promoverán la asistencia de los servicios sociales adecuados. 4. Las ofertas de empleo de temporada se orientarán preferentemente hacia los países con los

regulada por el gobierno reglamentariamente y se debe garantizar alojamiento en óptimas condiciones para su estancia en el país, así como de los servicios sociales correspondientes. Adicionalmente, las ofertas de empleo de temporada deben estar dirigidas, especialmente, a los países que tengan acuerdos firmados con España en materia de flujos migratorios.

Al respecto, el Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece en el artículo 55 la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, se tramitará a través del procedimiento establecido en el artículo 51 de este Reglamento. La autorización emitida permitirá el desarrollo de las siguientes actividades:

a. De temporada o campaña. Su duración coincidirá con la del contrato o contratos de trabajo, con el límite máximo de nueve meses, dentro de un período de 12 meses consecutivos.

b. De obras o servicios para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de suministro eléctrico, gas, ferrocarriles y telefónicos, instalaciones y mantenimientos de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones, entre otros.

c. De carácter temporal realizadas por personal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, así como otros colectivos que se determinen mediante orden del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales a los exclusivos efectos de posibilitar la concesión de este tipo de autorización.

d. Para la formación y realización de prácticas profesionales.⁷³⁸

La autorización de residencia y trabajo deben coincidir en la duración y su límite es máximo de un año, en las tres últimas actividades descritas en el artículo anterior.

En cuanto a los requisitos, el artículo 56 del Reglamento establece que el trabajador debe contar con alojamiento en condiciones adecuadas, un viaje de ida y vuelta organizado, gastos de traslado, garantía que el trabajador regresará a su país al finalizar el contrato de trabajo.⁷³⁹

que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios. 5. Las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos y los agentes sociales promoverán los circuitos que permitan la concatenación de los trabajadores de temporada, en colaboración con la Administración General del Estado. 6. Reglamentariamente se determinarán las condiciones para que los trabajadores en plantilla de una empresa o grupo de empresas que desarrollen su actividad en otro país puedan ser autorizados a trabajar temporalmente en España para la misma empresa o grupo.

⁷³⁸ Artículo 55 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

⁷³⁹ Artículo 56.1. Para obtener la autorización para trabajar en el caso de los supuestos recogidos en los párrafos a y b del artículo 55.2, es necesario cumplir, además de las condiciones del artículo 50, los siguientes requisitos:

En el caso de los trabajos temporales de trabajadores de alta dirección, deportistas profesionales, artistas en espectáculos, los requisitos son: Contar con la licencia administrativa que se requieran para el desarrollo de la actividad profesional, comprometerse a regresar a su país de origen al finalizar el contrato de trabajo y cumplir con lo establecido en el artículo 50 del Reglamento.

En el caso de los trabajadores para la formación y realización de prácticas profesionales, los requisitos son los mismos de carácter general a excepción de lo establecido en el párrafo b del artículo 50 del Reglamento: “*Que se garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización para residir y trabajar.*”

Adicionalmente, estos trabajadores deben formalizar sus contratos de trabajo de acuerdo con lo establecido en la normativa española que regula estas modalidades contractuales, deben comprometerse a regresar a su país de origen al finalizar el contrato de trabajo.

El incumplimiento de la obligación que tiene el trabajador de regresar a su país al finalizar la relación laboral, puede ser motivo para denegarle futuras solicitudes, autorizaciones de trabajo durante los siguientes tres años.

Los contratos de trabajo deben contener los requisitos establecidos en el artículo 2.2 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de Julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, es decir, la identidad de las partes, duración del contrato, datos de la empresa, puesto de trabajo a desempeñar, salario a percibir incluyendo los complementos salariales, horario de trabajo, vacaciones, preavisos, convenio colectivo y todos los requisitos necesarios para su formalización según la ley.

Se trata de una autorización especial caracterizada por su temporalidad y en la acción de regreso que debe realizar el inmigrante cuando finalice su contrato. A ello además se rige por

a. Disponer de un alojamiento adecuado, que reúna las condiciones previstas en la normativa en vigor en la materia y siempre que quede garantizada, en todo caso, la dignidad e higiene adecuadas del alojamiento. La obligación de proporcionar alojamiento podrá exceptuarse en virtud de las condiciones de la actividad laboral, salvo en el supuesto previsto en el artículo 55.2.a.

b. Organizar los viajes de llegada a España y de regreso al país de origen y asumir, como mínimo, el coste del primero de tales viajes y los gastos de traslado de ida y vuelta entre el puesto de entrada a España y el lugar del alojamiento, así como haber actuado diligentemente en orden a garantizar el regreso de los trabajadores a su país de origen en anteriores ocasiones.

c. Que el trabajador extranjero se comprometa a retornar al país de origen, una vez concluida la relación laboral. A los efectos de verificarse el retorno de aquél, deberá presentarse en la misión diplomática o en la oficina consular que le expidió el visado en el plazo de un mes desde el término de su autorización de trabajo en España. La misión u oficina dará traslado de esta circunstancia, por medios telemáticos y de manera simultánea cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y al Ministerio del Interior, para su anotación en el Registro Central de Extranjeros. El incumplimiento de esta obligación podrá ser causa de denegación de ulteriores solicitudes de autorizaciones para trabajar, durante los tres años siguientes al término de la autorización concedida.

parte del empresario el cumplimiento de determinados condicionantes como son: disponer de alojamiento adecuado y que éste corra con los gastos de viaje de llegada a España y de regreso a su país de origen. Estos contratos deben ajustarse a lo dispuesto en el art 15 del ET⁷⁴⁰, además la duración coincidirá con la del contrato con un límite máximo de nueve meses, dentro de un periodo de doce meses consecutivos. Además precisaran cumplir por parte del empresario con los requisitos de alojamiento adecuado, organización de viajes de llegada y regreso al país de origen y compromiso de retorno al mismo una vez concluida la actividad laboral no solo para el trabajador de campaña o temporada sino también para el de obras o servicios para montaje, mantenimiento, reparaciones, etc. y trabajos temporales de alta dirección, deportista profesionales, artistas en espectáculos públicos, etc., si bien, éstos dos últimos grupos, deben acompañar licencias administrativas para poder trabajar y compromiso de regreso una vez finalizada la relación laboral. Finalmente, en cuanto a la formación y realización de practicas profesionales, su duración debe coincidir con la del contrato y esta será como máximo de un año y no será susceptible de renovación si perjuicio de las posibles prorrogas que fije para ello la legislación laboral, en cualquiera de los casos para el ejercicio de estas actividades se precisa la formalización del contrato de acuerdo a la normativa española y compromiso de regreso cuando finalice la relación laboral.

La regulación de todos estos grupos que componen el tratamiento específico de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena para las actividades anteriormente descritas, apenas han sido objeto de tratamiento por la actual LOEXTR, observándose como el art 42 continua sin definir el concepto de alojamiento en condiciones de dignidad e higiene adecuadas para los trabajadores extranjeros en régimen de temporada en el ámbito agrario y la única novedad que introduce es agregar un nuevo numeral el numero 6, al citado articulo, en que se estipula que reglamentariamente se determinaran las condiciones para que los trabajadores en plantilla de una empresa o grupo de empresas que desarrollen su

⁷⁴⁰ Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos:

a. Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

b. Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de 6 meses, dentro de un período de 12 meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el período máximo dentro del cual se podrán realizar será de 18 meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido ni, como máximo, 12 meses

actividad en otro país puedan ser autorizados a trabajar temporalmente en España para la misma empresa o grupo.

1.10. 5.- PECULIARIDADES DEL TRABAJO DE LOS ESTUDIANTES

Otro de los supuestos que podrían denominarse de acceso a la actividad laboral desde la regularidad, es el caso de los estudiantes que estando autorizado como tal, deseen realizar una actividad laboral, de forma residual o complementaria. Según el artículo 33.4 de la Ley 2/2009: *“Los extranjeros admitidos con fines de estudio, prácticas no laborales o voluntariado podrán ser autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios o actividad asimilada, en los términos que reglamentariamente se determinen.”*

La actividad laboral no puede limitar los estudios para el cual se le ha autorizado la estancia en el país. En la anterior Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El artículo 40.4 establecía que: *“Los extranjeros admitidos con fines de estudio no estarán autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia ni ajena. Sin embargo, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios, y en los términos que reglamentariamente se determinen, podrán ejercer actividades remuneradas a tiempo parcial o de duración determinada.”*

Por tanto, la autorización que establece el artículo 33.4 de la nueva Ley de Extranjería es una de las modificaciones que se encuentran en esta normativa. La autorización se realizará de acuerdo con lo establecido en el artículo 90⁷⁴¹ del Reglamento de la ley, es decir: los extranjeros deben disponer del visado de estudios, el empleador debe presentar la solicitud de trabajo y cumplir con lo establecido en el artículo 50 del Reglamento a excepción de los apartados 2.b y 3.a. La actividad laboral del estudiante debe ser compatible con sus estudios y la duración del contrato debe coincidir con la autorización de estudios o por lo menos no puede ser superior a esta.

⁷⁴¹ 1. Los extranjeros que dispongan del correspondiente visado de estudios podrán ser autorizados a realizar actividades lucrativas laborales, en instituciones públicas o entidades privadas, cuando el empleador como sujeto legitimado presente la solicitud de autorización de trabajo y se cumplan, con carácter general, los requisitos previstos en el artículo 50, excepto el apartado 2.b. y el apartado 3.a. Dichas actividades deberán ser compatibles con la realización de los estudios, y los ingresos obtenidos no podrán tener el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia. No será preciso solicitar autorización para aquellas prácticas en entidades públicas o privadas que formen parte del plan de estudios para el que se otorgó el visado de estudios y se produzcan en el marco de los correspondientes convenios de colaboración entre dichas entidades y el centro docente de que se trate. 2. Los contratos deberán formalizarse por escrito y se ajustarán a la modalidad de contrato de trabajo a tiempo parcial. En el supuesto de ser a jornada completa, su duración no podrá superar los tres meses ni coincidir con los períodos lectivos (...)

El régimen jurídico aplicable al estudiante es fruto de la trasposición de la Directiva 2004/114 y cuyo reflejo ha quedado constado en el art. 33 de la vigente Ley pendiente aun de desarrollo reglamentario, hecho que justifica que el citado precepto no recoja todos los supuestos de la Directiva ni emplea la misma diferenciación terminológica. Recordemos que en la Directiva se diferencia al “estudiante” englobando en este termino a: “un nacional de un tercer país admitido en un centro de enseñanza superior” y el “alumno”.:” nacional de un tercer país admitido en el territorio de un Estado miembro para seguir un programa reconocido de enseñanza secundaria. Asimismo, cuando la Ley habla de “prácticas” la Directiva se refiere a “aprendiz no remunerado”. En cualquiera de los casos lo que en modo alguno va a poder suplir el reglamento es la injustificada discriminación que sufrirán los estudiantes al otorgarles un visado de estancia y no de residencia, en contra de lo señalado a este respecto expresamente en la Directiva. Los perjuicios que se derivan del no reconocimiento de la situación de residencia son evidentes dado que la estancia no computa a efectos de contabilizar el tiempo necesario de permanencia para adquisición de la nacionalidad o la adquisición de la condición de residente de larga duración, problema que probablemente tenga que ser resuelto por el TJCE mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial .Todo ello, unido a la condición de estudiante pero con un régimen singular es el del investigador que se recoge en el art. 38 bis como consecuencia de la transposición de la Directiva 2005/71 y que en parte ya fue desarrollada mediante la Resolución de 28 de Febrero de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se disponía la publicación del “Acuerdo de Consejo de Ministros, de 16 de Febrero de 2007, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural” (BOE nº 65 de 16.03.07).

En los últimos años, a pesar del aparente crecimiento de la retórica antiinmigración, ha habido un cambio creciente en la actitud *"oficial"* de la Unión Europea frente a la inmigración. Los cambios se han reflejado en una nueva legislación centrada en la reglamentación de las entradas, el asentamiento y la fiscalidad. La regla general relativa al acceso de los extranjeros al mercado de trabajo pasa por la obtención de una autorización, permiso de trabajo y residencia, que corresponde otorgar a las autoridades administrativas competentes. La previsión de cualquier exención o exclusión respecto a uno o a cualquiera de los documentos necesarios, para legalizar la realización de la actividad lucrativa, de que se trate, se adoptará con carácter excepcional y en respuesta a los compromisos adquiridos por nuestro país tras su incorporación a la UE, han hecho que se establezca un trato discriminatorio en relación con los inmigrantes que pretende de trabajar en nuestro país, facilitando y eliminando trabas administrativas a

quienes desempeñen una actividad cualificada o de interés para España frente a los inmigrantes de baja cualificación cuyo tratamiento jurídico es más rígido y con más dificultades. En este sentido, se ha desarrollado una actitud pragmática, que reconoce las posibles ventajas de la inmigración, en especial de la altamente cualificada.

En primer lugar, realicemos un breve análisis de los investigadores en nuestro país, para ello partiremos de que nos encontramos ante un régimen jurídico especial, a que su determinación viene condicionada en primer lugar por que éste tenga o no la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o estén unidos por un vínculo familiar a un ciudadano de la UE. Los primeros regulados por el RD 240/2007, de 16 de Febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que incorpora al Derecho español la Directiva 2004/38/CE, de 29 de Abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Mientras que los segundos, se rigen por la ley de extranjería española que tras la entrada en vigor de la LOEXTR ha incorporado entre otras la Directiva del Consejo 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 alumno, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.

El tratamiento jurídico de la situación de los estudiantes extranjeros ha sido objeto de sucesivos cambios. En la Ley de extranjería de 1985 se hacía referencia a una situación de permanencia y en virtud del art 16 a) y b) se les exceptuaba de la obligación de proveerse de permiso de trabajo. Posteriormente, la Ley 4/2000 originaria su situación la calificó como de residencia; pero la reforma por Ley 8/2000 volvió a introducir el término *estancia*, que se consolidó en la reforma por Ley 14/2003. Finalmente tras la reforma operada por la LOEXT se vuelve a reincidir en su art 33, la situación de estancia, en clara contraposición con la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de Diciembre dispone que al estudiante extranjero se le expedirá un "*permiso de residencia*" ,normativa europea que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la citada Ley y en cuyo art 12 dispone expresamente que al estudiante le será expedido un "*permiso de residencia*" por un periodo de al menos un año... La definición de permiso de residencia se remite a la letra a) del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento (CE) nº 1030/2002 por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países⁷⁴² Según el mismo se entiende por permiso de residencia cualquier autorización para permanecer legalmente en el territorio de un Estado miembro con algunas excepciones. Al no estar entre las excepciones la situación de estancia de

⁷⁴² DO L 157 de 15/6/2002.

estudiantes, esta autorización se llamará “*permiso de residencia*”. Al referirse el art.1 del Reglamento a que el modelo de permiso de residencia de la Directiva puede tener informaciones e indicaciones “*para uso nacional*”, ha hecho posible que España en su art 33 de la LOEXTR incluya las características que diferencian la estancia de estudiantes de la residencia dejando claro que la estancia sigue manteniendo los efectos de la Ley de extranjería, asimismo en su art 35 f) relativo al visado de estudios se amplían razones para su otorgamiento: intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, no remunerados laboralmente.

En definitiva, se trata de un régimen de estancia singular, ya que no está sometido al límite general de noventa días. Uno de los principales motivos es evitar la adquisición de la nacionalidad española a través de la residencia, dada la facilidad de acceder a territorio español con un visado de estudiante. Entendiendo que los concepto civil y administrativo de residencia son los mismos, la calificación de la situación del estudiante como de estancia impide el acceso a la nacionalidad. No obstante, existe una jurisprudencia incipiente del TS que se deduce que se trata de conceptos autónomos⁷⁴³. Además, la Exposición de Motivos de la Ley 36/2002, que reforma el Cc establece que la residencia debe ser *efectiva*, lo que apoyaría la tesis de que lo que se solicita es que el extranjero se encuentre efectivamente en España y no esté sujeto a ninguna orden de expulsión.

La duración de la autorización de estancia es la del curso o investigación, con un máximo de un año, renovable siempre que el estudiante acredite el aprovechamiento académico. La autorización se concede mediante el visado, que suma así a su función de facultar para la entrada en España la de permitir la presencia en territorio nacional. La solicitud debe presentarse por el estudiante en la oficina consular de su país de origen o, si se trata de un menor, por sus padres o tutores o un representante debidamente acreditado. Debe acreditarse la admisión en un centro docente o científico, público o privado oficialmente reconocido, además de la tenencia de medios económicos suficientes para costearse los estudios, estancia y regreso al país de origen.

La trascendencia de la consideración del status de estudiante como estancia o residencia no es cuestión menor y ello porque la estancia no da derecho a consolidar el tiempo de permanencia en España para obtener la residencia y, por tanto, tampoco computa a efectos de la adquisición de la nacionalidad española por residencia en España. En cualquiera de los casos nos encontramos ante una situación de estancia especial, ya que la duración de la misma estará condicionada a la del curso para el que esté matriculado, duración de practicas o voluntariado y que este generalmente excede el periodo de noventa días, propio de la situación de estancia ordinaria. La eficacia de la autorización de residencia y trabajo concedido, estará condicionada a

⁷⁴³ STS de 23 de Mayo de 2001 y 6 de Noviembre de 2001

la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante⁷⁴⁴. El nuevo Reglamento de 2011, introduce como novedad, que los extranjeros que dispongan de la correspondiente autorización de estancia por estudios, investigación o formación, prácticas no laborales o servicios de voluntariado podrán ser autorizados a realizar actividades laborales en instituciones públicas o entidades privadas cuando el empleador como sujeto legitimado presente la solicitud de autorización de trabajo, asimismo, podrán ser autorizados a realizar actividades por cuenta propia, dichas actividades deberán ser compatibles con la realización de aquéllas para las que, con carácter principal, se concedió la autorización de estancia. Los ingresos obtenidos no podrán tener el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia, ni serán considerados en el marco del procedimiento de prórroga de estancia. En definitiva, se amplía el acceso de los titulares de una autorización de estancia por estudios a una autorización de residencia por cuenta propia, a residencia con excepción de autorización de trabajo, a residencia y trabajo de investigadores y a residencia y trabajo altamente cualificado (art. 196. De otra parte, con respecto a sus familiares, estos podrán solicitar visado de estancia, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) que el extranjero se encuentre en situación de estancia en vigor; b) que cuente con medios económicos suficientes para el sostenimiento de la unidad familiar; c) que se acredite el vínculo familiar o de parentesco entre ambos. Además se establecen las siguientes prevenciones que estos deben cumplir: a) la duración de de su visado esta subordinada a la situación de la autorización del estudiante; b) no podrán obtener la autorización para la realización de actividades lucrativas; y, c) si su estancia es superior a seis meses, deberán solicitar la correspondiente Tarjeta de Identidad de Extranjero en el plazo de un mes desde su entrada en España.

En cuanto al régimen especial de los estudios de especialización en el ámbito sanitario, en el que cabían igualmente la realización de actividades lucrativas, según recogía en el artículo 91 del Reglamento para los licenciados extranjeros en Medicina y Cirugía, Farmacia, Psicología, Ciencias Químicas y Ciencias Biológicas que estén en posesión del correspondiente título español o extranjero debidamente homologado y realicen estudios de especialización en España, según regulación específica, podrán realizar las actividades lucrativas laborales derivadas o exigidas por dichos estudios de especialización, sin que fuera necesario que dispusieran de la correspondiente autorización de trabajo, sin perjuicio de la necesidad de comunicación de esta circunstancia a la autoridad competente. Por su parte, la LOEXTR los somete a idéntico régimen de estancia que el resto de estudiantes, a excepción de que ya

⁷⁴⁴ Este tipo de autorización temporal solo esta prevista para los inmigrantes que tengan su residencia legal en nuestro país, tal y como desarrolla VALDUEZA BLANCO, M. D., (2005). Aspectos laborales del nuevo Reglamento de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, *Rev. Relaciones Laborales* n° 4, Febrero, pág 979.

contaran con una autorización de residencia previamente al inicio de los mismos, en cuyo caso con la finalidad de no causarles perjuicio, esta normativa no tendrá efectos retroactivos permitiéndoles continuar en dicha situación. En este caso, el nuevo Reglamento los exceptúa del requisito de permanencia previa de tres años en casos vinculados a profesiones sanitarias (con ello, se pretende atraer a estos profesionales al mercado laboral español)

En cualquiera de los casos, el apartado 3 del citado artículo admite la prórroga anual siempre que se mantengan las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial, admitiéndose en su numeral 4, permitiendo que los sujetos integrantes de esta categoría puedan prestar sus servicios por cuenta propia o ajena, siempre que ello no impida el ejercicio de la actividad principal por la que se le concedió esta estancia especial, que realicen, siempre que tales actividades sean compatibles con la realización de sus estudios y que los ingresos obtenidos no adquieran el carácter de recursos necesarios para su sustento o estancia en España. (Recordemos que el Reglamento anterior el art 90.2, que sólo permitía la prestación de servicios si estos eran a tiempo parcial o excepcionalmente se admitía a jornada completa si su duración no excedía de tres meses y no coincidía con periodo lectivo) permitiéndose también solicitar los correspondientes visados de estancia para que sus familiares entren y permanezcan legalmente en España durante la duración de dichos estudios o investigación sin que éstos puedan realizar trabajos sin que previamente hayan obtenido autorización por vía del régimen general (prohibición que contenía el art 89 del Reglamento de 2004, que no les concedía derecho esta autorización para la realización de actividades lucrativas laborales). En cualquiera de los casos se introduce la novedad en el apartado 7, de que éstos extranjeros puedan que curso en sus estudios en España puedan completarlo en otro país de la UE y viceversa.

En definitiva, la actual ley incorpora al Derecho español la Directiva 2004/114/CE, del Consejo, 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 voluntariado⁷⁴⁵.

En consecuencia con la Directiva, la nueva regulación, recogida en el artículo 33, pasa a establecer no sólo el régimen jurídico de los estudiantes extranjeros que deseen completar o ampliar estudios en centros públicos o privados españoles, oficialmente reconocidos, sino también a aquellos otros que vengán a realizar prácticas no laborales o a prestar servicios de voluntariado no remunerado, así como los estudiantes de programas de movilidad. Régimen al que también podrán incorporarse los extranjeros admitidos en calidad de estudiantes en otro Estado miembro de la Unión Europea y soliciten cursar parte de sus estudios en España.

⁷⁴⁵ DOCE L 375 de 23.12.2004. Directiva que se debería haber incorporado al Derecho español a más tardar el 22 de Enero de 2007, según establece el art. 22 de la misma.

Excepto esta ampliación del elemento subjetivo pocos cambios se producen en el régimen jurídico, la autorización seguirá coincidiendo con la duración del curso en el que se este matriculado, del intercambio, de las prácticas o del servicio de voluntariado. También podrán ser autorizados a ejercer actividad retribuida, siempre que no limite la prosecución de sus estudios o actividades asimiladas.

En segundo lugar, en relación con los investigadores se encuentran en otra situación más privilegiada, su implementación en nuestro derecho de extranjería se ha efectuado en virtud del art 38 bis de la LOEXTR , cuya única finalidad de permanencia en nuestro país esa motivada realizar proyectos de investigación en el marco de un convenio de acogida, puede acceder a la situación de residencia y trabajo directamente, es decir, sin necesidad de solicitar un visado, si se el autoriza por el Estado por la CCAA, como organismo de investigación para acogerlo, teniendo una duración mínima esta autorización de cinco años, salvo que excepcionalmente se le fije un plazo más corto, la renovación será anual. Asimismo si el investigador extranjero que es admitido por esta condición en otro Estado de la UE, solicitar completar su investigación en nuestro país, se le concederá es una autorización de residencia y trabajo, para la que tampoco se exigir visado, pero si se el puede exigir la presentación de un nuevo convenio de acogida, pudiendo éstos y sus familiares cuando se finalice dicho convenio por causa no imputable al mismo, ser autorizado para residir y realizar una actividad lucrativa en España sin necesidad de visado. Como novedad tambien introducida en el nuevo Reglamento de 2011, se regula un procedimiento expreso que garantiza un procedimiento ágil para las especificidades de la reagrupación familiar en este supuesto y, expresamente, la movilidad de los investigadores dentro de la Unión Europea, tal como ordena la Ley Orgánica y la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de Octubre.

Tras los estudiantes y los investigadores, la nueva Ley incluye la figura del profesional altamente cualificado, (art. 38 ter) como consecuencia de la transposición de la Directiva 2009/50. Según la ley: *Se considerará profesional altamente cualificado a los efectos de este artículo a quienes acrediten calificaciones de enseñanza superior o, excepcionalmente, tenga un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable, en los términos que se determinen reglamentariamente.* A esta categoría de trabajadores se les otorgará una autorización de residencia y trabajo ,su regulación anteriormente venia establecida por los artículos 41 LOEXT y 68 de su Reglamento de desarrollo que contenían las excepciones a la autorización de trabajar, es decir, determinan las actividades que están exceptuadas de obtener la pertinente autorización de trabajo para el ejercicio de una actividad lucrativa, laboral o profesional (o lo que es lo mismo, por cuenta ajena o por cuenta propia), y que no eran otras que las siguientes: *“Los técnicos, investigadores y científicos extranjeros que por sus conocimientos, especialización, experiencia o prácticas científicas sean invitados o contratados*

por la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, los Entes Locales, las Universidades o los organismos que tengan por objeto la promoción y el desarrollo de la investigación, promovidos o participados mayoritariamente por las anteriores y hayan sido invitados o contratados para desarrollar una actividad o programa técnico, científico o de interés general.“

Por su parte, el art. 5 de la Directiva añade unas condiciones de admisión referidas a salario, seguro, etc. que complican aún más la definición anterior. En todo caso las facilidades que se otorga al portador de la tarjeta azul UE indican que se trata de un perfil de inmigrante que queda al margen de la política de control de flujos que predomina el resto de inmigrantes trabajadores. Destacan dos limitaciones: la posibilidad de aplicar la situación nacional de empleo, (que en la Directiva se fija en un plazo máximo de dos años) y la *“necesidad de proteger la suficiencia de recursos humanos en el país de origen del extranjero”*. Si bien, dudamos que el futuro Reglamento fije los criterios en base a los cuales podrá denegarse una tarjeta azul invocando este motivo ya que en la practica no es más que una fuga constante de cerebros que se produce de los países de origen.

De otra parte, la carga de prueba de justificar el reconocimiento de la excepción, alegar la condición en la que se ampara dicha excepción y aportar la documentación pertinente recaía en el extranjero. La solicitud había de presentarse ante el Subdelegado del Gobierno (o el Delegado en las Comunidades Autónomas uniprovinciales) de la provincia donde se encuentre el centro de trabajo. En la tramitación, el Subdelegado o el Delegado del Gobierno pueden solicitar al interesado la presentación de la documentación adicional que se estime pertinente para acreditar que el extranjero se halla en alguno de los supuestos del artículo 68 del Reglamento de 2004, así como solicitar los informes que sea precisos a otros órganos administrativos art. 69.2 del mismo Texto. Por su parte, la regulación actual en la LOEXTR, es más pormenorizada y privilegiada para los mismos, se les va a exigir que acrediten cualificación en la enseñanza superior o como novedad, al menos que acrediten cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable. Asimismo, esta categoría de trabajadores si deciden no regresar a su país no recae sobre los mismos una amenaza de expulsión sino que se les brinda la oportunidad de que se les conceda una autorización de estancia temporal no solo para si mismo sino tambien para los miembros de su familia, existiendo en consecuencia un evidente trato discriminatorio positivo en relación con el resto de los trabajadores extranjeros inmigrantes. Se les proveerá de una autorización de residencia y trabajo que se materializar en la *“tarjeta azul de la UE”*. Se condiciona la expedición de esta autorización a situación nacional de empleo y a la suficiencia de recursos humanos en el país de origen no en España, con ello, se pretende evitar la *“fuga de cerebros”* de los países de origen. Pero si además el extranjero ya se encontraba en posesión de esta tarjeta en otro país de la UE durante al menos dieciocho meses, podrá obtener una

autorización como personal altamente cualificado en España, debiendo solicitarlo el sujeto esta autorización en el plazo de un mes desde que entró en nuestro país, mientras que se resuelve, se le podrá conceder una autorización de estancia temporal si lo solicita, pero si se le deniega y en el hipotético caso que procediera su expulsión deberá ser conducido al Estado miembro que provenga, los requisitos y renovación de este tipo de autorización singular serán fijados reglamentariamente. También como novedad, el Reglamento de 2011, con respeto a esta categoría de trabajadores prevé un procedimiento expreso que garantiza un procedimiento ágil para las especificidades de la reagrupación familiar en este supuesto y, expresamente, la movilidad de los profesionales altamente cualificados dentro de la Unión Europea, tal como ordena la Ley Orgánica y la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de Mayo.

1.10.6.- PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA EL DESEMPLEO AL INMIGRANTE IRREGULAR.

En España, se han presentado varios casos de trabajadores extranjeros prestando servicios de manera irregular, aunque el hecho de que el trabajo sea irregular no admite negar que efectivamente el trabajo se haya realizado. Anteriormente, el trabajo irregular del extranjero ocasionaba la nulidad del contrato por falta de capacidad, por no estar dentro de la ley.

Sin embargo, con la anterior y actual 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, esta situación ha cambiado. Al respecto, el artículo 36.5 establece: *“5. La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones 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. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.”*

De modo que, la ley se manifiesta a favor de los derechos derivados del contrato de trabajo de los extranjeros irregulares y de las prestaciones de la seguridad social. Entonces, el trabajador irregular que exige unos derechos y logra demostrarlos, aunque no esté de manera regular en el país, mantiene sus derechos laborales en las mismas condiciones que los extranjeros regulares y los españoles. *“En ese sentido, hay que diferenciar respecto al trabajador irregular que no dispone autorización de trabajo, según disponga o no autorización*

*de residencia, pues la conducta infractora y, en consecuencia, la sanción a imponer es distinta según esta autorización de residencia se posea o no.*⁷⁴⁶

Si el inmigrante irregular no tiene las autorizaciones de residencia y trabajo, y adicionalmente, trabaja de forma irregular, está incurriendo en la infracción grave establecida en el artículo 35.1.b: “*Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida*”. Esta situación no sólo implica el pago de una multa, sino también la posible expulsión del país según lo establecido en el artículo 57.1⁷⁴⁷ de 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.

Lo anterior, se aplica a los extranjeros irregulares que no tengan autorización de trabajo ni de residencia, en caso de tener autorización de residencia pero no de trabajo, la situación es administrativamente diferente, ya que la conducta no es sancionable según la Ley, pero exige al empresario la responsabilidad.

“Los inmigrantes en situación irregular quedan así fuera del derecho de asociación, tanto para la constitución de asociaciones como para afiliarse a ellas o para realizar las actividades correspondientes. Se trata de un notable empeoramiento del status constitucional y legal del inmigrante ilegal, que acentuará los problemas de desprotección de este colectivo que vienen denunciando las organizaciones internacionales, y también plantea serias dudas de constitucionalidad. El derecho de asociación es un derecho de la persona y el legislador debe respetar su contenido esencial, que no debería negarse sin más y en absoluto a los inmigrantes irregulares, y ello sin perjuicio de poder limitar la creación o dirección de las asociaciones a los extranjeros regularizados.”⁷⁴⁸

En todo caso, actualmente el desempleo en España por la crisis económica es un problema que afecta no sólo a los nacionales, sino también a los inmigrantes. La baja cualificación profesional ha generado que un gran número de los inmigrantes se encuentren en paro.

⁷⁴⁶ MELLADO, C., Y FABREGAT, G., () *La situación jurídico laboral de los extranjeros según la legislación española*. <http://www.uv.es/CEFD/14/alfonso.pdf>, p. 16.

⁷⁴⁷ Artículo 57. Expulsión del territorio. 1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a, b, c, d y f del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.

⁷⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., (2000). El acceso al mercado de trabajo de los extranjeros no comunitarios. *RL* nº 22, pág. 20.

El extranjero irregular al no cotizar con la Seguridad Social, por tanto no cumple con el requisito mínimo para tener acceso a la prestación de desempleo. Sin embargo, “*la automaticidad del derecho a la prestación por desempleo en caso del incumplimiento empresarial de las obligaciones de afiliación, alta y cotización (art. 125.3 y 220 LGSS) juega a favor del reconocimiento de la prestación. Hacia ese sentido también parecen decantarse los últimos pronunciamientos judiciales superando la tradicional consideración del no reconocimiento de la prestación de desempleo en caso de prestar servicios sin autorización de trabajo o de residencia (No reconociendo la prestación, por los motivos expuestos, véase, STSJ Cataluña de 4 de Septiembre de 2000, Rec. 4252/00.*”⁷⁴⁹

Sin embargo, el empleador es el responsable de dar el alta al trabajador en la Seguridad Social, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid 17 de Noviembre de 2005, Rec. 2050/05; también de Castilla y León, Valladolid, de 21 de Noviembre de 2005, Rec. 2051/05 y del mismo tribunal de 30 de Noviembre del 2005, Rec. 2053/05, entre otras reconocen el derecho a la prestación de desempleo al extranjero irregular. En este sentido, el incumplimiento de las obligaciones del empleador: alta, afiliación y cotización del empleado, componen la conducta de contratación de trabajadores extranjeros sin autorización. Pero, cuando el inmigrante irregular no tiene el permiso para trabajar, es imposible que el empresario cumpla con lo establecido en la Ley respecto a la seguridad social, entonces si contrata a un inmigrante no autorizado para trabajar, estaría cometiendo una infracción muy grave⁷⁵⁰

Se observa como el criterio seguido por el legislador de extranjería en cuanto a los efectos del contrato de trabajo celebrado con un trabajador desprovisto de permiso de trabajo han variado en los diferentes textos. Analizando esta evolución, se aprecia como bajo la vigencia de la Ley 7/1985 la jurisprudencia y doctrina mayoritaria sostuvieron que la falta de permiso para trabajar suponía la nulidad del contrato como requisito *sine qua non* para su validez, extendiéndose tal consideración también a la normativa de la Seguridad Social. De modo que, en base la misma el trabajador extranjero en situación administrativa irregular solamente tenía derecho a percibir los salarios por el tiempo trabajado en aplicación del apartado segundo del artículo 9 TRLET cuya dicción literal estipula lo siguiente”. *En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido.*” Admitiéndose únicamente de forma excepcional una atenuación de estos efectos, en el caso específico de la prestación de desempleo

⁷⁴⁹ MELLADO, C., Y FABREGAT, G., () *La situación jurídico laboral de los extranjeros según la legislación española*. <http://www.uv.es/CEFD/14/alfonso.pdf>, p. 21

⁷⁵⁰ Ley Orgánica 2/2009, artículo 54.1.a La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito.

reconocida a favor del trabajador extranjero una vez terminada la vigencia del permiso de trabajo mientras continuaba vigente el permiso de residencia. En este sentido, el Tribunal recuerda que la jurisprudencia en unificación de doctrina (STS de 21 de Diciembre de 1994, RJ 10349) sostuvo que la expiración de la vigencia del permiso de trabajo no impedía al trabajador buscar otro empleo y solicitar un nuevo permiso de trabajo, de manera que no podía afirmarse que el trabajador extranjero que no tuviera el permiso de trabajo estuviera afectado de una imposibilidad absoluta para trabajar. En definitiva, mientras continuase vigente el permiso de residencia el trabajador extranjero debía percibir las prestaciones de desempleo si había cumplido con los requisitos de afiliación, alta y cotización. Sin embargo, la irrupción en el panorama normativo de la LOE y LOEX en el año 2000, conllevaron a un cambio de posicionamiento en relación con los derechos del trabajador de forma que a partir de ese momento se observa como el legislador de dar un tratamiento jurídico diferente a la misma, de forma que la falta de la autorización administrativa ya no suponía la invalidez del contrato de trabajo, tal y como se contempla en el art 36.3 de la LOEX cuya dicción literal es la siguiente: “...La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”. De modo que, el trabajador que no estuviera provisto de autorización administrativa para el desempeño de actividad profesional, tiene derechos contractuales, a los salarios pendientes y a las indemnizaciones que le correspondan por motivo de despido. Mas completa y con una mejora técnica se manifiesta la reforma operada por la LOEXT que da una nueva redacción y modifica el art. 36 ampliando los derechos de los extranjeros irregulares, al señalarse que “...la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle” De lo que se deduce, que es el empresario al que incumbe solicitar la autorización administrativa previa para trabajar que requiere el trabajador extranjero de conformidad con el citado artículo en la versión dada por la LO 14/2003, no cabe hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse del hecho de que el empresario, bien no haya solicitado la autorización, bien se le haya denegado por causas inherentes a la persona del empresario, como, por ejemplo, haber sido sancionado anteriormente por ocupar trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo. En este sentido la STSJ de Castilla y León de 17 de Noviembre de 2005 (AS 3384), sostiene que el trabajador extranjero desprovisto de autorización de trabajo pero provisto de residencia legal en España tiene derecho a las prestaciones que deriven de contingencias profesionales como las que provengan de contingencias comunes, entre las que se encuentra el desempleo. Puesto que no es posible realizar una interpretación restrictiva de un precepto que reconoce derechos inherentes a todos

los trabajadores, como es la protección ante la pérdida del trabajo, tesis avalada por instrumentos internacionales, como el art 6 del Convenio 97 OIT relativo a los trabajadores inmigrantes, en que se señala que *“todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación las materias siguientes: b) Seguridad Social”*.

En consecuencia, el reconocimiento de las prestaciones derivado del artículo 36 LOEXT, no puede oponerse el artículo 7.1 TRLGSS de conformidad con el cual están comprendidos en el Sistema de Seguridad Social *“(…) los extranjeros que residan o que se encuentren legalmente en España”*. Este reconocimiento de su inclusión en el sistema también es recogida por otras normas internas el RD 1041/2005, de 5 de Septiembre que reformó el artículo 42 del RD 84/1996, Reglamento General de inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas que dispone lo siguiente *“los extranjeros que precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen su actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el Sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a los efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley”*.

Una vez, que se confirma el derecho del extranjero sin autorización para trabajar pero provisto de autorización de residencia a la prestación de desempleo surge la premisa siguiente ¿Opera el principio de automaticidad en las prestaciones? Si es así, el INEM estaría obligado adelantar la prestación, sin perjuicio del derecho de la entidad gestora de ejercitar la acción de regreso y reclamar contra el empresario incumplidor. Así, si la jurisprudencia del TS, solventa la cuestión en el sentido de que si el principio de automaticidad de prestaciones juega en favor del trabajador extranjero en situación irregular para los supuestos de contingencias profesionales, por extensión analógica no habrá obstáculo para su aplicación en materia de desempleo. Además el empresario debe reintegrar el importe de la prestación tanto por contingencias profesiones como el correspondiente a la prestación por desempleo a la entidad gestora. En este punto, debe recordarse que el art. 42 del Reglamento General de inscripción de empresas, afiliación, alta y cotización exija para proceder a la afiliación, alta y cotización que el trabajador extranjero se encuentre legalmente en España o haya obtenido una autorización para trabajar. Sin embargo, para el Tribunal, a tenor del artículo 100 TRLGSS, el empresario está obligado a la afiliación y alta desde el momento en que comience la prestación de servicios y si no se efectúa aquél será responsable de las prestaciones causadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 126 del referido texto. En este sentido, el Tribunal considera que es compatible la responsabilidad de Seguridad Social con el incremento de multa previsto en el artículo 48 de la Ley 62/2003, de 30 de Diciembre, consistente en la cuantía que resulte de calcular lo que

hubiera correspondido ingresar por cuotas de la Seguridad Social desde el comienzo de la prestación del trabajador extranjero⁷⁵¹.

Lo anteriormente expuesto nos lleva a plantearnos la premisa siguiente ¿Cuál es el criterio del legislador de la LOEXTR en materia de carencia de autorización de residencia y trabajo del trabajador extracomunitario que ha venido prestando sus servicios de forma irregular en nuestro país? La respuesta, la da el propio texto legal en su numeral 36.5, que mantiene la tesis sostenida por la Ley 14/2003, de dotar de eficacia y validez a la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, que celebraron contrato de trabajo, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas⁷⁵² a que pudiere dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo y que éste producía sus efectos respecto a los derechos del trabajador extranjero, sin embargo es más restrictiva que la ley precedente y contrariamente paradójica puesto que para conceder derecho a las prestaciones es preciso que exista un convenio internacional suscrito por nuestro país y que aunque no se diga nada deber contener una cláusula de reciprocidad también en el país de origen del extranjero y en el nuestro que reconozca las prestaciones y que pueda recibir compatible con su situación administrativa. Pero además apartándose radicalmente de la postura sostenida por las leyes precedentes, expresamente impide y no reconoce el derecho a la prestación por desempleo al extranjero extracomunitario que carezca de autorización de residencia y trabajo a excepción de que el reconocimiento de la correspondiente prestación del sistema de Seguridad Social español no modifique la situación administrativa del extranjero. Tal y como se desprende del tenor literal del citado artículo que expresamente señala lo siguiente: *“La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones 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. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación*

⁷⁵¹ MARTÍNEZ FONS, D., (2006). Los efectos del despido de los trabajadores extranjeros que carecen de autorización administrativa para trabajar en España. Sentencia TSJ Castilla y León de 17 de Noviembre 2005 (AS 3384). *Edit Revista IUS Labor* núm. 2, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. pág 4.

⁷⁵² En las SSTSJ Canarias/Las Palmas de 30 de Marzo de 2005, AS 993; Madrid 20 de Mayo de 2003, JUR 2003, 240395, consideran que la modificación legal prevista en la Ley 14/2003, a pesar de que pretende garantizar plenamente los derechos laborales del extranjero irregular, reconocen que no es suficiente para ello la exigencia al empresario de responsabilidades administrativas o incluso penales, con las que se sanciona al empleador pero no se consigue la aplicación en beneficio del trabajador de tales derechos.

administrativa del extranjero”. Recordemos que la LOEXT señalaba en el mismo art 36. 3 “*La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que de lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle*”

En conclusión, el sistema vuelve a agravarse en la medida en que ya el TS había resuelto la delicada cuestión de la situación administrativa de extranjeros beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social, en concreto, de desempleo, estimando que cuando se dispone de permiso de residencia válido aunque ya no se cuente con permiso de trabajo, el extranjero puede permanecer en nuestro país percibiendo las prestaciones correspondientes y a la búsqueda de un nuevo empleo⁷⁵³. Sin embargo, actualmente el contrato de trabajo que vincula al extranjero irregular con el empresario infractor se derivan las prestaciones de Seguridad Social que pudieran corresponderle, en clara alusión a las características del vínculo jurídico y que constituyen factores determinantes en la configuración de las diferentes prestaciones de Seguridad Social, pero se le dota un carácter restrictivo con respecto a la prestación por desempleo. Por tanto, el reconocimiento normativo genérico de los derechos de Seguridad Social unido al modelo de autorización administrativa para trabajador da pie a contradicciones e incoherencias que no pueden más que solventarse más que forzando la interpretación de la norma. Así pues, la carencia de autorización administrativa no impide el ejercicio de la acción de despido si bien, dado que el incumplimiento de la obligación de solicitar el permiso de trabajo supone la imposibilidad de readmitir debe aplicarse el art. 1134 del Código Civil, manteniéndose la obligación del empresario de cumplir la obligación alternativa, esto es, la indemnización al resultar de imposible cumplimiento la readmisión (SSTSJ Comunidad Valenciana 24 de Junio de 2005, AS 10150). Por lo tanto, la equiparación en derechos laborales y de Seguridad Social de este trabajador en comparación con el trabajador extranjero regularizado desde mi punto de vista y a raíz de la actual legislación de extranjería no existe debiendo corregirse estos defectos negativos por el futuro Reglamento y por la interpretación judicial.

⁷⁵³ STS de 21 de Diciembre de 1994 (A. 10349) y con posterioridad, STS de 21 de Septiembre de 1995, A. 6787. Sobre los problemas subsiguientes en relación con la determinación de la situación legal de desempleo, *vid.* OLARTE ENCABO, S., (1993). La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema de Seguridad Social, *AL*, T. 3, págs. 562 y ss. LÓPEZ BALAGUER, M., (1996). La situación legal de desempleo de los trabajadores extranjeros en España., *Poder Judicial*, nº 40, pág. 369 y ss.

1.10.7. - FASES DE LA INMIGRACIÓN EN ESPAÑA

Las fases de la inmigración están relacionadas con la evolución del mercado de trabajo en España y están marcadas por un cambio del juego de la oferta y la demanda en servicios sociales. *“España pasó a mediados de los ochenta, de un modo relativamente inesperado, de ser un país de emigración a tener un saldo positivo en el flujo migratorio, aunque no en términos de stocks. Pero conviene recordar que a lo largo del siglo XX ha habido procesos significativos de migraciones hacia España. Hasta 1960 hubo un crecimiento muy lento del número de extranjeros presentes en España; desde esa fecha hasta 1974 hay un crecimiento más rápido, que coincide con un período muy intenso de emigración española a Europa; hasta 1978, con la primera fase de la crisis económica, se produce un ligero descenso; hasta 1985 el crecimiento se reacelera, y desde 1985 hasta la actualidad el aumento del número de nuevos inmigrantes ha sido muy rápido y progresivamente acelerado, sobre todo desde 1999. En esta última etapa han cambiado notablemente las zonas de origen de los inmigrantes y sus características personales, se han producido cinco procesos formales de regularización (1985-86, 1991-92, 1996, 2000 y 2001) y se ha establecido el «contingente » anual de inmigrantes. Esta fase coincide con el período de España en la Unión Europea y con un ciclo (en general) de crecimiento económico.”*⁷⁵⁴

En este sentido, se puede indicar que la primera etapa de la inmigración en España acontece hasta 1985. La mayoría de los extranjeros eran de Europa, algunos latinoamericanos y muy pocos eran de África o Asia. Muchos provenían de países en general más desarrollados que España, huyendo de las dictaduras latinoamericanas o por razones políticas. Esta fase de la inmigración se caracteriza por la entrada al país de ciudadanos no europeos por motivos de expulsión de sus países de origen. En esta primera etapa, era muy poca la población inmigrante magrebí, por lo que es una característica sorprendente ya que en esta época ya existían las condiciones para atraer a estos ciudadanos.

La segunda etapa, según varios doctrinarios, se sitúa entre los años 1986 y 1999. En este período aparece una nueva inmigración y comienza a transformarse en un hecho social. Es una inmigración conformada por ciudadanos de África, especialmente de Marruecos. En la década de los noventa, se unen a la inmigración ciudadanos del este de Europa y países asiáticos.

Es una inmigración nueva por las diferencias culturales, religiosas, rasgos físicos son identificables dentro de la población española. Además, las motivaciones económicas son diferentes, son realizadas por hombres y mujeres. Fue una nueva inmigración que produjo efectos importantes en la estructura social del país y en los españoles que descubren un nuevo

⁷⁵⁴ CACHÓN, L., (2002). La formación de la España inmigrante: mercado y ciudadanía. *Revista española de investigaciones sociológicas*. Número 97., pág. 103

fenómeno. En esta etapa se inició el proceso trascendental de la reagrupación familiar de los nuevos inmigrantes y la aparición de algunos inmigrantes menores. Ha sido una etapa fundamental para la constitución de las redes migratorias desde determinados países hacia España.

El factor atracción es un aspecto desencadenante en esta etapa es y produce un efecto de llamada por el mercado de trabajo que se produce en esos años y el cambio de un nivel de vida superior, además del rechazo a ciertos trabajos por parte de los ciudadanos españoles. *“En el año 2000 se puede situar el arranque de una tercera etapa. España entra en una nueva fase migratoria. No se trata sólo de que España alcance una cifra de las que marcan un hito en el camino (un millón de extranjeros: hito que se podría calificar de pequeño ya que ese volumen apenas supone el 2,5% de la población que vive en España), sino que parece que comienza a producirse una ampliación y diversificación de la inmigración en España y un cambio en los desafíos que esto plantea a las sociedades de recepción en la estela de lo acontecido en otros países de la Unión Europea.”*⁷⁵⁵

El proceso de regularización consolida la reagrupación familiar y España entra en un nuevo ciclo migratorio. Es una etapa donde se abrieron nuevas vías para la llegada de inmigrantes procedentes de África y otras regiones, para ocupar puestos de trabajo no cualificados. En la actualidad, la inmigración está teniendo diversos problemas en España, uno de ellos es el desempleo, por lo que el Gobierno de España ha puesto en marcha un Plan de Retorno Voluntario para ayudar a los trabajadores y las trabajadoras inmigrantes que deseen volver a sus países de origen.⁷⁵⁶

Adicionalmente, debido a las exigencias de la normativa Europea, se han establecido mayores controles para el ingreso de inmigrantes extracomunitarios a cualquier Estado del ámbito de la Unión Europea. Además de la carencia de ofertas de empleo en España hacen que los nacionales tengan preferencia para ocupar los puestos vacantes.

⁷⁵⁵ CACHÓN, L., (2002). La formación de la España inmigrante: mercado y ciudadanía. *Revista española de investigaciones sociológicas*. Número 97., pág. 105

⁷⁵⁶ Con esta nueva medida, todos aquellos inmigrantes en situación de desempleo y que procedan de países extracomunitarios con los cuales España haya firmado convenios bilaterales en materia de Seguridad Social, podrán asegurarse un retorno con las máximas garantías. En primer lugar, porque podrán cobrar por anticipado toda su prestación por desempleo y, en segundo lugar, porque podrán computar todas las cotizaciones realizadas en España y en su país de origen a efectos de su pensión futura. http://www.planderetornovoluntario.es/index_uno.html.

1.11. CONCLUSIONES

En la actualidad nos encontramos ante una realidad migratoria en constante evolución no solo en Europa sino también en España. Pero además, en el escenario europeo, dichas acciones también han servido para reivindicar la existencia de otro modelo migratorio distinto y, por lo tanto, reclamar la formulación de nuevos instrumentos adecuados al mismo. En concreto, hay que realizar un nuevo enfoque a la hora de hablar de inmigración, favoreciendo la dimensión multilateral europea para gestionar los flujos migratorios y el control de fronteras, y apostando por establecer mayores vínculos con los países de origen y tránsito de la inmigración.

Es un hecho probado la existencia de demanda de trabajadores migrantes en el mercado laboral español, cuyas causas son muy diversas quizás la más invocada sea el proceso acelerado de envejecimiento demográfico que experimenta la población española, necesidad de mano de obra poco cualificada, la movilidad de los trabajadores nacionales desde los sectores primarios y secundarios hacia el sector servicios, a dado lugar a la aparición de “*nichos de empleo*” operando como fuerza de atracción de población extranjera⁷⁵⁷. Y a pesar de reconocerse la necesidad estructural de trabajadores migrantes, somos reacios a incorporación de estos al mercado laboral, continuando incentivándose el fenómeno migratorio, hecho que frecuentemente no se refleja en el diseño de sus políticas migratorias por parte del legislador español.

Del análisis realizado en relación con la legislación de extranjería en nuestro país se observa como una existe una ausencia de política estructurada en materia de extranjería, siendo las respuestas que se dan a este fenómeno resuelto de forma precipitada cuando estas van surgiendo. Probablemente, esto sea debido lo que comenzó siendo una cuestión puntual, ha acabado convirtiéndose en un problema estructural, lo cual ha propiciado una evolución en la legislación de extranjería más restrictiva, esto ha favorecido un rápido incremento de la migración indocumentada, que lamentable no ha ido acompañada de la efectiva protección de sus derechos humanos y laborales previstos en los instrumentos internacionales y que la legislación nacional española, ha perdido la oportunidad de configurar un marco adecuado que hiciera compatible el reconocimiento de estos derechos con un procedimiento estable para el acceso al trabajo de los trabajadores extracomunitarios. A ello hay que unir, el problema que plantea la denegación de titularidad de derechos sociales a los extranjeros, pero no a todos, puesto que los residentes legales gozan, al menos formalmente, de un reconocimiento de derechos bastante avanzado en relación con el resto de la legislación europea. Lo que ocurre es que el acceso a la condición de residencia legal, se ha recrudescido de tal manera, al punto de que

⁷⁵⁷ RAMOS QUINTANA, M., (2001). *El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica*, cit pág 42.

los impedimentos en el ejercicio de los derechos se convierten en una vía frontal de vaciar la titularidad⁷⁵⁸.

En cuanto al derecho al trabajo, a pesar de no tener un carácter de derecho fundamental Es posible sostener que desde el punto de vista individual, es un derecho dotado de una especial protección, aunque esta se circunscriba al acceso (derecho a la ocupación y pretensión de trabajar que sólo puede darse en el marco de determinadas políticas sociales) y al derecho a la estabilidad y permanencia, como limitación del despido libre.

¿Cuáles son las soluciones o puntos que deben ser objeto de mejora en las relaciones laborales de los trabajadores migrantes en nuestro país? Desde nuestro punto de vista principalmente son las siguientes:

1. Es necesario definir la migración como inmigración en el sentido económico y sobre todo jurídico. Siempre nos referimos al colectivo de personas que migran por motivos económicos y es por sus dificultades económicas por lo que potencialmente son un grupo de exclusión social, que además una parte de ella tiene el propósito de regreso a su país de origen pero la inmensa mayoría opta por permanecer en España. Pero junto a esta definición económica, debe realizarse una jurídica, para permitir configurar un estatuto jurídico a estos sujetos que le sirvan de marco para delimitar sus derechos y obligaciones con el país donde se encuentran prestando sus servicios.

2. Una administración de la migración internacional que sea efectiva, ordenada y legal para la que se requiere de la cooperación entre los países de origen, tránsito y destino. Debido a que la naturaleza transnacional del fenómeno, resulta obligado superar las políticas unilaterales centradas en el control migratorio, y dar paso, a una gestión migratoria en la que participen todos los países involucrados, bajo una lógica de beneficios y responsabilidades compartidas. Pero para ello, no basta con involucrar recursos de los diversos actores públicos (lugar de acogida mediante fondos para codesarrollo o para cooperación, administraciones locales, regionales o estatales del origen mediante recursos de sus distintos departamentos o planes de desarrollo, en el origen mediante la inversión en el desarrollo local o estatal, la implementación de políticas de seguridad humana) sino sobre todo, fiscalizar el destino en sus presupuestos destinados a esta finalidad con el fin de evitar esta migración. Unido a la transversalización de políticas sectoriales que promuevan el desarrollo local y que busquen la asunción de las responsabilidades del origen expulsor en el hecho migratorio, mediante la adopción de planes y acciones de política pública migratoria de distinto nivel (local, regional, estatal, que promuevan el desarrollo). A través de favorecer la vía de la contratación legal en origen como elemento

⁷⁵⁸ PISARELLO, G., (2004). *Derechos sociales democracia e inmigración en el constitucionalismo español*. Publicado por Universidad de Valencia, Tirant Lo Blanch, pág 82.

regulador de una migración ordenada junto a la suscripción de acuerdos y convenios bilaterales o multilaterales para la coordinación de políticas entre origen y destino. Pero para acudir a esta vía, debe mejorar la determinación de la situación nacional de empleo y, por tanto, los sistemas para acreditar que no hay trabajadores y trabajadoras residentes en España que puedan cubrir los puestos de trabajo ofertados.

3. Medidas de cooperación en todos los ámbitos que no entren en contradicción y promuevan el desarrollo en origen. Una estrategia de potenciación de redes de inmigrantes y de fortalecimiento asociativo. Desarrollando una política concertada entre origen y acogida para el uso productivo de las remesas vinculadas al desarrollo en el origen y potenciando la acogida migratoria del Estado de bienestar y de los servicios públicos como garantía de integración y de respuesta universal a los problemas de la sociedad.

4. Planificación de una política global en materia migratoria a nivel central que se encuentre plenamente coordinada con las políticas autonómicas y locales que adolecen generalmente de una grave disparidad técnica, lo cual conlleva a la necesidad de una determinación más precisa de las responsabilidades que les corresponden a cada una de ellas y que permita que las leyes dictadas en esta materia aborden la realidad del proceso migratorio desde una perspectiva política y no como hasta ahora se ha venido haciendo, como cuestión coyuntural que pretende resolver el ejecutivo de turno de forma mediata y con una ausencia clara de planificación y de soluciones a corto y medio plazo sin estar interrelacionada con una coordinación de instituciones públicas y entidades privadas.

5. Formación profesional par los inmigrantes independientemente de su situación administrativa.

6. Ausencias de políticas públicas de inmigración, debido al escaso papel real que los inmigrantes tienen en la elaboración y aplicación de políticas públicas específicas que requieren el establecimiento permanente de núcleos apreciables de población inmigrante que estén censado.

7. Para conseguir una mejor canalización en los flujos migratorios que llegan a nuestro país, seria deseable que los inmigrantes que aun no llegado a nuestro país, hayan recibido previamente una mínima información, asesoramiento laboral y formación profesional (la escasez de mano de obra cualificada que existe en nuestro país). Además dada la actual crisis económica que atraviesa Europa en general, y, en particular nuestro país, hay que reconsiderar que si la política migratoria actualmente pretende un ajuste o si por el contrario apuesta por una reducción de los flujos migratorios subordinados a la situación económica que se manifiesta en el caso de nuestro país en: a) Reducción de cuotas numéricas (contingente); b) limitaciones en los procesos de reagrupación familiar o acceso como refugiado; c) restricciones para cambiar

de estatuto o renovar permiso de trabajo ;y, d) finalmente a través de la promoción de la migración de retorno.

8. Relegar a un segundo plano, la judicialización de la extranjería, lo cual hace que en muchas ocasiones se modifiquen las leyes a golpe de sentencia en lugar, de hacerse vía legislativa. El efecto positivo de esta ilógica situación ha sido el notorio aumento de la litigiosidad en el ámbito de la extranjería, dada la existencia previa de recursos administrativos desestimatorios, que han permitido que la jurisprudencia de orden jurisdiccional contenciosa-administrativa, como órgano encargado del control de los actos de la Administración pública, tenga que aclarar de forma casuística cada uno de los casos planteados.

9. Nuestra legislación hasta ahora se había mostrado reticente con la idea de canalizar los flujos, sin que en realidad se establezcan medidas adecuadas al no conseguir frenar ni evadir los flujos irregulares, dejando al descubierto a gran número de residentes irregulares con dificultad de acceso a un permiso de residencia/trabajo pero a partir de la aprobación del “Pacto Europeo de Inmigración y Asilo” de Octubre de 2008, se aprecia un cambio de orientación entre cuyos objetivos destaca: la organización de la inmigración legal, teniendo en consideración las necesidades, las prioridades y las capacidades de acogida determinadas por cada Estado miembro, así como favorecer la integración, una política de inmigración escogida, especialmente en función de las necesidades del mercado de trabajo y concertada, teniendo en consideración el impacto que pueda tener sobre los otros Estados miembros, pero política, al fin y al cabo, decidida por cada Estado y que debe respetar, en cualquier caso, el principio de la preferencia comunitaria para el empleo. Coetáneamente a este objetivo, se postula la lucha contra la inmigración ilegal, para cuya consecución el mecanismo propuesto es el retorno a su país de origen, o a un país de tránsito, que deben establecerse dentro de un marco de respeto mutuo sobre esta decisión por los diferentes países de la UE y en consecuencia, se plantea la necesidad de establecer acuerdos de readmisión, con los países de los que proviene el mayor flujo de inmigración irregular. (en este sentido sirva de ejemplo recordar los acuerdos suscritos entre España y Rumania, centro África y Marruecos). Además todas estas medidas para ser eficaces deben ser acompañadas con un control real de fronteras, de ahí que, se siga insistiendo en la mejora de los medios de la agencia Frontex, eso si, garantizando la seguridad y derechos de las personas que son objeto de protección internacional, creando la imagen formal de una Europa del asilo.

10. Nuestra errática política migratoria, evidencian que la permanencia en situación irregular, haciendo caso omiso de las advertencias de salida u ordenes de salida obligatoria, casi siempre se ven recompensada por la Administración española, con el otorgamiento del status de regular ante un proceso de regularización, que siempre se afirma que va a ser el ultimo, o por la vía de la regularización o por arraigo.

11. Necesidad de crear medidas de control de flujos correlacionadas con análisis del mercado de trabajo. Debido a dos factores fundamentalmente. En primer lugar, porque el mayor volumen de desplazamientos responden al objeto de trabajar por cuenta ajena, y, en segundo lugar, porque uno de los problemas más graves que plantean las migraciones se refieren a las posibles distorsiones del mercado de trabajo y al problema del desempleo. En cualquiera de los casos, la connotación más sobresaliente de la política comunitaria de inmigración, es el vínculo entre inmigración y mercado de trabajo a corto plazo-lo que supone una política muy restrictiva en cuanto a la admisión de nacionales de terceros Estados- cuando en realidad debería de tener una visión más amplia a medio y largo plazo.

12. En consecuencia la política de inmigración europea y española, debe tener un carácter bicéfalo, no debe circunscribirse únicamente en trasponer las directivas trabajadores altamente cualificados sino que también debe dirigirse como en la aprobación de la directiva marco reguladora de un permiso único y de los derechos socioeconómicos de los trabajadores migrantes con baja cualificación.

13. En materia de menores, el nuevo Reglamento de extranjería, ha reordenado y organizado mejor el contenido de los preceptos relativos a los menores extranjeros, precisando aquellos procedimientos que quedaban mal resueltos en el RD 2393/2004, como son por ejemplo; la determinación de la edad, o, el desarrollo de todo el procedimiento de repatriación de menores, que quedaba en el anterior Reglamento sin resolver y disperso, ahora se agrupa y desarrolla en cinco artículos. Sin embargo, no regula toda la problemática que suscita este colectivo, así por ejemplo en el procedimiento de determinación de la edad, no se recoge la obligación de que las pruebas médicas precisen del consentimiento del menor para su práctica, por lo tanto, parece ser que se deja que este consentimiento sea realizado supletoriamente por el Ministerio Fiscal, conculcándose de este modo, la intimidad del menor, así como la integridad física y moral del mismo. Tampoco queda claro el porque se va a exigir aun mayor de edad, extutelado que ha sido documentado para acreditar el arraigo social su comportamiento durante su minoría de edad tal y como se desprende de la dicción del art 197.3.a) *“el respeto a las normas de convivencia en el centro de protección”*. De modo que, se está exigiendo los efectos desfavorables frente a terceros que una responsabilidad extemporánea del menor, cuando ha alcanzado la mayoría de edad. Vulnerándose el art 9 de la LOPJM así como los concordantes de la LORPM, que establecen la reserva de los informes de evolución de los menores bajo tutela, así como la rigurosa privacidad de los antecedentes penales de los menores a las que solo tiene acceso los Juzgados de Menores o los antecedentes policiales de los menores que deben ser cancelados al acceso de la mayoría de edad. A nuestro juicio, este apartado es contradictorio con lo dispuesto en el párrafo precedente del mismo artículo cuya dicción es la siguiente” b) *“Podrán ser tenidos en cuenta los informes positivos que, en su caso y a estos efectos, puedan*

presentar las entidades públicas competentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero". Es decir, solo se refiere a la posibilidad de tomar en consideración los informes positivos(por lo tanto que les beneficien) que expidan las entidad públicas de protección del menor en la solicitud de renovación de la autorización de residencia, sin que , en ningún caso, se pueda traer a colación al procedimiento administrativo informes que reflejen un momento de evolución psico-educativa de mayor dificultad de adaptación ocurridas durante su estancia en un centro de protección y que esta pudiera tener consecuencias negativas sobre la renovación de la autorización de residencia. Asimismo tampoco deberían de tenerse en cuenta como por el contrario recoge esta disposición, de que no deben tener antecedentes penales en su país de origen o en los países donde hayan residido los cinco años anteriores, puesto que si son jóvenes que han alcanzado la mayoría de edad en España encontrarse bajo la tutela de la Administración, los únicos antecedentes penales que debería de tenerse en cuenta son los que tuvieran en España, dada su edad el resto de antecedentes que pudieran tener en sus países de origen serian en todo caso policiales.

14. Que las Comunidades Autónomas dada su inmediatez física al inmigrante cree servicio de mediación para satisfacer las necesidades más urgentes para los inmigrantes que se asienten en su espacio funcional. Así como la implantación de un servicio de asesoramiento jurídico para resolver los problemas sobre todo de documentación que presenta este colectivo y que necesita la gratuidad y saber donde pueden dirigirse para demandar sus peticiones, en cualquiera de los casos estas ayudas deben conceder a todo inmigrante independientemente de su situación administrativa. Un avance ha supuesto el apartado que ha sido añadido tras la reforma operada en virtud del art.51.5 del Real Decreto 1162/2009, de 10 de Julio⁷⁵⁹- que dispone lo siguiente:" cuando la competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta propia y ajena corresponda a la Administración autonómica, ésta será competente para la admisión, tramitación, resolución de solicitudes y, eventualmente, de los recursos administrativos, de acuerdo con lo previsto en este Reglamento para cada tipo de autorización, es decir, las CCAA que tengan competencia⁷⁶⁰ en materia de autorización inicial de trabajo, le corresponderá a partir de la entrada en vigor de esta norma el otorgamiento ,denegación ,resolución y recursos sobre los trabajadores inmigrantes extranjeros, con este traspaso competencial sobre autorizaciones iniciales de trabajo se pretende conseguir una

⁷⁵⁹ Por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre(, BOE núm. 177 de 23 de Julio de 2009)

⁷⁶⁰ Las vías para adquirir competencia en materia estatal son las previstas en el art 150 CE, mediante el cual el Estado cede competencia propia a las CCAA a través de transferencia o delegación, o bien, que se trate de competencias asumidas en su Estatuto de autonomía, y a partir de ahí, expandirlo a los títulos competenciales al máximo posible para poder habilitar una actuación autonómica global, en el campo de extranjería.

descentralización y descongestión en la Administración del Estado, bajo las directrices que fije el Estado para todo el territorio nacional de forma uniforme. En este sentido, resulta positivo que el nuevo Reglamento modifique el ámbito geográfico de limitación de la autorización inicial de trabajo, posibilitando, en aras de propiciar la movilidad, que en aquellas Comunidades Autónomas que tuvieran reconocidas competencias en la materia el ámbito geográfico pueda ser el autonómico (art. 63.5). Además también resulta positivo que se regule el contenido mínimo que deberán tener los informes sobre el esfuerzo de integración elaborados por las CCAA, lo que permite que se establezcan unos criterios homogéneos en su contenido y en los requisitos exigibles en todo el territorio nacional, lo que nos resuelta tan claro es que, al disponer el art 71.4 del nuevo Reglamento, que estos se valoraran en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización. Por tanto, si se tiene el resto de requisitos para solicitar una autorización de residencia temporal para el desempeño de actividad por cuenta ajena ¿no es exigible este informe? ¿Sustituye este Informe cualquier requisito omitido por el trabajador por ejemplo tener antecedentes penales? A nuestro juicio, este informe es optativo y solo puede ser realizado por la CCAA, en ningún caso por los Ayuntamientos, al igual que el informe de integración en la sociedad española para solicitar la nacionalidad, pero en cambio, los informes sobre reagrupaciones familiares y residencias iniciales de menores y arraigo social son obligatorio, si bien en estos casos, se da la posibilidad de que los Ayuntamientos realicen estos Informes, pero solo si la CCAA así lo establece o por inacción de la CCAA en el plazo de 15 días. Lo que no parece en modo alguno lógico, es que los informes sobre vivienda, lo hagan las CCAA de forma obligatoria en un plazo reducido de 15 días y solo si estas encomiendan esta función al Ayuntamiento o no lo hacen en el plazo estipulado, esta actuación les corresponde a estos de forma subsidiaria con lo que se va a producir en muchos casos, una duplicidad de dos instancias de la Administración pública tengan competencias sobre la elaboración de un mismo documento, preceptivo para la presentación de tramitación de extranjería al permitir al interesado transcurrido un mes omitir este trámite parece querer vaciar de contenido a esta competencia autonómica. Además consideramos que en aras al principio de seguridad jurídica, no hubiera estado de más que el legislador hubiera recogido expresamente el carácter vinculante o no de cada informe en el Texto.

15. Al hilo de lo expuesto, se desprende otra consecuencia derivada de la misma, el legislador otorga preferencia a la Administración autonómica sobre la Administración local en la elaboración de Informes y emisión de Certificados para los procedimientos de extranjería. La justificación de esta opción es razonable, Ayuntamientos hay mas de 8000 y CCAA hay 17, de ahí que sea mas fácil unificar el criterio de estas ultimas que de las primeras. Ahora surge otro

problema colateral a este ¿quien va a asumir estos costes? ¿Quién va a sufragar los costes de preparación de los profesionales que tienen que desarrollar esta tarea?

16. Tanto en la LOEXTR como en el Reglamento de desarrollo de la misma, se le otorga un papel relevante a la integración del inmigrante, en la mayoría de los procedimientos administrativos que les afectan, de ahí que, resulte fundamental la actuación de las administraciones que tienen atribuida esta competencia (autonómica y local). Por lo que se espera una demanda muy alta de estos servicios que deben ser correctamente coordinados para lograr la eficacia pretendida. Sin embargo, hemos apreciado como mientras que para el legislador de la LOEXTR, tiene la obligación de promocionar esta actuación, por el contrario en el nuevo Reglamento de desarrollo de la Ley, se ha desvirtuado este significado pasando a dotarlo de un carácter casi vinculante para el mantenimiento de la situación de residencia.

17. No consideramos acertado que en el procedimiento para solicitar la reagrupación familiar, no se concrete que criterios de valoración a tener en cuenta cuando aparezca un elemento desfavorable en los procedimientos iniciales como en renovaciones, sin que tampoco se especifique como se van a valorar el informe de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil en materia de seguridad y orden público, lo único que queda claro es que la Administración del Estado en los expedientes de reagrupación familiar, va a tener acceso a los datos contenidos en el Registro de Penados y Rebeldes y también en los ficheros de otros cuerpos policiales, incluida la Policía local, de modo que, se puede producir una vulneración del principio “*non bis in idem*” aplicable también al derecho administrativo sancionador, que prohíbe que una misma conducta pueda ser sancionada en dos ordenamientos o en este caso concreto, ser considerada negativa para la concesión de la residencia por reagrupación familiar.

18. Consideramos acertado debido al efecto de atracción que conllevan las regularizaciones, que el legislador exija que la autorización concedida está vinculada a un contrato de trabajo y al alta en la Seguridad Social, a tal efecto conviene recordar que el vigente Reglamento de 2011, establece de un plazo de un mes desde la entrada del trabajador extranjero en territorio español, deberá producirse su afiliación, alta y posterior cotización, siendo por tanto, el acto de encuadramiento del alta en la Seguridad Social española, la que dote de eficacia a la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Asimismo consideramos un acierto que, si esta no se produce por causas no imputables al trabajador, con la finalidad de no causar un perjuicio al mismo que se permita el alta por un empleador distinto al que solicitó la autorización (art. 67.8 del Reglamento de 2011). De este modo, se propicia que no sea el trabajador el perjudicado por la falta de contratación y tenga una oportunidad, aunque limitada, de encontrar un nuevo empleador.

19. También resulta más ajustado a la realidad, la ampliación de la duración máxima de la autorización inicial de determinados trabajos de duración determinada, que pasan de 9 a 12 meses, y sólo se prevé autorización de prórroga si el empleador “acredita circunstancias sobrevenidas que requieren la continuación de la relación laboral”. Esta ampliación en realidad está diseñada para actividades de obras o servicios, contratación en formación o prácticas y contratación de determinados colectivos. Parece que el objetivo es incentivar la contratación vía régimen general de contratación en origen cuando se prevea por parte del empleador que la duración de la relación laboral puede ser superior a un año, ya que posee una mayor flexibilidad en su contenido que la regulación de la autorización de duración determinada, especialmente porque en esta última, algo que no ocurre en el régimen general, el trabajador debe asumir el compromiso de regresar a su país de origen cuando finalice la actividad laboral para la que fue concedida la autorización inicial.

20. Resulta positivo que junto al deber del trabajador de proveerse de tarjeta de identidad, de tener visado, y contrato de trabajo y alta en la seguridad social, en el caso de que los servicios que vaya a prestar sean por cuenta ajena, correlativo a este deber se regula acertadamente por el vigente Reglamento del empresario, que en el caso de precisar trabajador por cuenta ajena deberá acreditar de que dispone de medios económicos, materiales y personales para determinar si puede asumir las obligaciones derivadas del contrato.

21. Debe confeccionarse una nueva política de inmigración aprendiendo de los errores del pasado (Recordemos el fracaso de retorno subvencionado al país de origen de los trabajadores extranjeros para legalizar allí su situación)⁷⁶¹ y a pesar de que el factor laboral es fundamental en el fenómeno de la inmigración, no es el único que debe intervenir en una política integral en esta materia que debe ir más allá de soluciones coyunturales. No existe una respuesta única para un fenómeno multidimensional como el de la inmigración.

22. Debería de incluirse en la memoria social de la empresa los indicadores de mejora de la integración de los trabajadores inmigrantes. Inserción en diferentes estratos y recompensar vía subvenciones a las que fijen cursos profesionales de desarrollo para los inmigrantes con el fin de disminuir la discriminación con los trabajadores nacionales.

23. Una solución posible sería crear una vía de concesión de permisos de estancia y de trabajo para inmigrantes que ya se encuentran en España y que tienen ofertas firmes de empleo, aún cuando fuera como medida transitoria hasta que el modelo del contingente y concesión de permisos en los países de origen pudiera demostrar su eficacia. Aunque se considera positivo el

⁷⁶¹ De las 24.000 solicitudes de ciudadanos ecuatorianos presentadas para legalizar en el país de origen su situación, solo fueron realmente cursadas 4.000. CHARRO BAENA. P. (2000) Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de Diciembre. *Rev. Tribuna Social*, núm. 133, pág. 135.

nuevo tipo de visado previsto con la finalidad de buscar empleo, que puede llegar a ser un instrumento más flexible que el actual sistema de contingente previsto, es de lamentar que los inmigrantes en situación irregular no puedan acceder a esta posibilidad o a una medida similar tendente a regularizar su situación, ya que solo esta diseñada esta medida para hijos o nietos de español de origen, así como un número de visados para la búsqueda de empleo limitados a determinadas ocupaciones en un ámbito territorial concreto. En este punto ha de tener en cuenta el nuevo Reglamento de ejecución de la LOEXTR, donde otorga un mayor protagonismo a las CCAA (sirva de ejemplo la emisión de informes en el caso de vivienda o de solicitud de reagrupación) en detrimento de los ayuntamientos, si bien, estos podrán emitir sus informes pero estos tendrán un carácter subsidiario, permitiéndose incluso al propio interesado acreditar al interesado dichas circunstancias (en caso de ausencia de informe)

24. Apoyar a los inmigrantes que deseen retornar a sus países de origen con sistemas de financiación y microcréditos para establecer medianas, pequeñas y autónomos en su generación de su autoempleo, ya que tanto Europa como España han apostado por una migración circular y que no penalicen la estancia fuera del territorio español. Pero junto a este mecanismo encubierto de expulsión, el nuevo Reglamento de 2001, regula en el art. 119, otro diferente de carácter privilegiado, premiándose a los que se fueron y han cumplido el compromiso de no regreso. Incluso en el caso, de que no se hubiera dispuesto plazo de regreso, se les permite solicitar autorización de residencia temporal o residencia temporal y trabajo, si han transcurrido 3 años desde que retorno a su país de origen, permitiéndose que el Gobierno por una simple “Orden Ministerial “pueda modificar estos plazos (se supone que en función de las necesidades del mercado de trabajo). Pero además el legislador va más lejos aun, y permite que éstos conserven el tiempo de residencia legal en España a los efectos de renovaciones y obtención en su caso de la tarjeta de larga duración, pudiendo acogerse a este procedimiento tanto quienes retornen acogidos a un programa de retorno como aquellos otros que retornen voluntariamente al margen de programa alguno.

25. Otra novedad destacable es en relación con el “arraigo laboral”, la nueva regulación es más coherente con la realidad actual del mercado de trabajo en España, afectado por la crisis económica podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses (de este modo se reduce el plazo de estas últimas que anteriormente era de 1 año). Lo que no nos parece de recibo, es que para acreditar dicha relación laboral solo se reconozca valor a una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad

Social que la acredite, privando de este modo, de efecto probatorio de la misma a las conciliación previa de los procesos laborales, que tienen fuerza ejecutiva con independencia del origen del trabajador.

26. Uno de los defectos de los que adolece la nueva regulación, es la eliminación de algunas garantías que rodean la concesión del visado, entre la que destaca la no exigencia de motivación en la denegación del visado, con carácter general, a excepción de la concesión de visado de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena. De modo que, la concesión del visado se convierte en un requisito de carácter discrecional en manos de la Administración General del Estado, que vulnera la garantía del administrado de conocer el motivo por el que se deniega su entrada y poder actuar frente a la arbitrariedad administrativa, garantizando de este modo, la corrección de la resolución adoptada y facilitando el control jurisdiccional de los actos administrativos.

27. Es necesario, otorgar un mayor protagonismo en esta materia a la Administración local, potenciando su colaboración las organizaciones y representantes de los colectivos de inmigrantes, así como con asociaciones mixtas. Procurando dialogar con todas las asociaciones, sin privilegiar a algunas en particular, pero en todo caso priorizando aquellas que reúnan los requisitos de representatividad, organización democrática, objetivos integradores, etc. Supervisando la evolución y desarrollo del movimiento asociativo y de la representatividad de las organizaciones, evitando la instrumentalización política o religiosa-fundamentalista, fomentando la formación y preparación de los líderes de los inmigrantes y finalmente potenciando la participación de los inmigrantes en asociaciones horizontales (vecinos, APAS, etc.) así como en los Consejos existentes en los Ayuntamientos con objeto de favorecer la convivencia, siendo imprescindible para llevar a cabo esta labor las subvenciones a las organizaciones de inmigrantes de subvenciones continuas a medio y largo plazo. Cuya labor más mediata sería la inserción laboral, puesto que la intervención municipal tiene en la formación profesional ocupacional un importante frente de actuación. Nos referimos al diseño de acciones formativas y a su ejecución, directamente o de manera concertada con otras entidades, orientadas al empleo, con prácticas en empresas y metodologías y programaciones que atiendan a las particularidades de los colectivos a que van destinadas; y contemplando la atención a las y los inmigrantes en situación sociolaboral más vulnerable: las personas extranjeras indocumentadas.

28. Elaborar planes y programas integrales que coordinen los distintos niveles de la Administración y las iniciativas no gubernamentales, adaptándolas a las realidades locales, con ello se conseguiría una coordinación y complementación de los recursos económicos. Siendo necesario para ello, una división de competencias y responsabilidades financieras de las diversas administraciones.

29. Propugnamos la desaparición de los periodos de espera en los que se producen procesos cíclicos en los que se producen regularizaciones extraordinarias son resueltos por la Administración con órdenes internas dirigidas a clarificar la situación, hasta que se resuelva la situación de extranjería. Ejemplo de esta situación es cuando en el RD 155/1996 se crea el arraigo pero no se regula hasta la LO 4/2000 de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO8/2000, de 22 de Diciembre que en la práctica ha supuesto un nuevo mecanismo de regularización extraordinaria.

30. También se observa como se haya dejado al margen del proceso de regularización toda la actividad por cuenta propia. Siendo cada vez mayor el colectivo de quienes se dedican a la venta ambulante, hostelería, locutorios, autónomos que trabajan con contratos mercantiles para otras empresas, etc. que podían haber encontrado su encaje en este procedimiento.

31. Potenciación del papel de las Comunidades Autónomas en materia de inmigración en una doble vertiente: de un lado, en lo que respecta a su implicación en la regulación de flujos y en la influencia que estas tienen por ser la funciona en la practica como sociedad de acogida, con lo cual serán estas administraciones territoriales las que redefinan el cupo de trabajadores que pueden admitir (autonómica y local). Y en segundo lugar, porque se acentúa el papel de estas en las políticas activas de empleo, culminados los procesos de transferencias en determinadas Comunidades.

32. Divulgación en los países de origen de campañas de sensibilización sobre los peligros de la inmigración clandestina y simultáneamente celebrar con los países de origen acuerdos de cooperación en materia de desarrollo y codesarrollo.

33. Modificar en los supuestos de inadmisión a trámite de autorizaciones de trabajo y residencia por cuenta ajena, el relativo a informe gubernativo previo desfavorable, sin especificar los motivos tasados, pues de lo contrario éste puede servir de instrumento incorrecto de una política migratoria restrictiva respecto del acceso al mercado de trabajo por el régimen general. Debido al carácter ampliamente discrecional que otorga a la Administración, aduciendo como justificación de esta modificación los siguientes motivos: 1) porque el informe gubernativo que se incorpora al expediente no se exhibe al interesado aun cuando pueda motivar negativamente la resolución y por lo tanto no es de público conocimiento del mismo. 2) porque desconocemos cuáles son las causas que pueden llevar a ese informe desfavorable. Y en consecuencia, se fomenta una inseguridad jurídica y una indefensión hacia el trabajador extranjero. Asimismo se ha introducido en dicho supuesto de inadmisión a trámite la mera situación subjetiva de irregularidad⁷⁶², lo cual conlleva a comporta una vulneración del derecho

⁷⁶² AGUADO I CIDOLÁ, V., (2004). Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos en materia de extranjería: los problemas de inconstitucionalidad de la disposición

a la tutela judicial efectiva, que no distingue entre ciudadanos españoles y extranjeros. Por lo que no basta la mera situación de irregularidad, sino que para inadmitir a trámite la solicitud con respeto a los criterios constitucionales, deberían de concurrir además una serie de circunstancias, previstas legalmente y que fuesen proporcionadas y se basaran en finalidades objetivamente adecuadas y razonables, de protección de bienes o intereses protegidos constitucionalmente.

34. Analizar en profundidad la inmigración laboral en estos momentos en España y dar respuesta a las necesidades de mano de obra que no pueden ser atendidas con los recursos del mercado de trabajo interno. Estas necesidades se concentran fundamentalmente en empleos de baja y media cualificación, especialmente en sectores que utilizan mano de obra intensiva y con peculiaridades respecto del empleo estacional o de temporada, la agricultura, la hostelería, la construcción, la atención a personas dependientes y el empleo doméstico. En este punto consideramos acertada la excepción de la obligación de obtener Tarjeta de Identidad de Extranjeros en caso de autorizaciones de residencia temporal y trabajo de temporada prevista en el Reglamento en el art 171.

35. La actual regulación de la autorización de residencia y trabajo cuenta propia refleja una visión parcial del trabajador autónomo al que contempla desde un punto de vista simplemente economicista, olvidándose que este puede desarrollar su actividad fuera de la organización empresarial, como trabajador autónomo dependiente, en actividades como: traductores, intérpretes, etc. Tampoco se puede limitar la autorización inicial de residencia y trabajo cuenta propia a un determinado ámbito geográfico y un sector concreto de actividad, es intrínsecamente contrario a la esencia del trabajo cuenta propia

36. No sectorialización ni territorialización de los permisos, para ello una fórmula equitativa sería un único permiso de residencia, que permita el acceso al trabajo, debiendo tener el permiso inicial una vigencia no inferior a dos años, para dar un mínimo de estabilidad. Permiso propio (independiente del reagrupante) para las personas reagrupadas en edad de trabajar, sin perjuicio de que ejerzan o no el derecho a hacerlo.

37. Protección sin discriminación y permiso para facilitar su acceso al trabajo a las mujeres víctimas de malos tratos o de redes de prostitución que se desarticulen, anulando los actuales expedientes de expulsión de las que se encuentren en situación irregular. Siendo valorando positivamente el hecho de que se amplíe la protección a las mujeres extranjeras maltratadas, víctimas de violencia de género que se encuentren en situación administrativa irregular y denuncien al agresor, donde no se inicia el expediente de expulsión si se produjera

adicional cuarta de la LO 14/2003, de 20 de Noviembre, en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, Marzo, pág. 134.

primero la denuncia, y en caso de que, ya se hubiera iniciado se suspende hasta que se resuelva la sentencia.

38. Se debe postular la primacía de contratar y documentar a los trabajadores extranjeros que ya que se encuentran en España, antes que traer nuevos contingentes de fuera, con la competencia que se puede crear entre los mismos inmigrantes y el carácter desestabilizador que ello puede suponer, para ello, debe cambiarse el papel del contingente, y hacer la contratación de adentro a afuera en lugar de la inversa que es como hasta este momento se viene realizando. Para proceder a este cambio, desde nuestro punto de vista, se debe simplificar la gestión, dotando a este procedimiento de mecanismos de flexibilidad que lo perfeccionen, con la finalidad de satisfacer las necesidades reales de las empresas con mayores garantías de celeridad y eficacia sin merma de la protección para los trabajadores contratados.

39. Desde nuestro punto de vista para que el contingente sea menos rígido y agilice la contratación, las propuestas para el contingente exigen una mayor participación de las CCAA y entidades locales, a ello, debe sumarse la ampliación de las posibilidades de contratación nominativa y la adaptación progresiva de la cifra provisional que inicialmente se apruebe a las necesidades y demandas del mercado de trabajo, para lo que se requiere una mayor celeridad y menor hermetismo de la Administración en sus gestiones, en este aspecto el nuevo Reglamento parece seguir estas directrices.

40. Se ha desperdiciado una reforma legal más a través de la LO 2/2009, de haber determinado con más exactitud y menos ambigüedad el alcance de las prestaciones en Seguridad Social que le corresponde a los extranjeros irregulares, en lugar, de dejarlo en manos de la jurisprudencia.

41. Las empresas junto con las Administraciones Públicas, las organizaciones sindicales y empresariales, así como las ONG's o Asociaciones de inmigrantes deben tener la colaboración de las empresas para que sus actividades sean lo más eficientes posibles.

42. Con respecto a las ONG's se les debe dotar de más infraestructuras, recursos humanos. Así como establecer acuerdos con las ONG's que atiendan a los inmigrantes por periodos plurianuales lo que le permite una garantía para la elaboración de una política por parte de las mismas a largo plazo.

43. La Unión Europea debe continuar con la elaboración de una política de carácter estructural, global e integral, en materia migratoria y así mejorar los niveles de confianza ciudadana y corregir la percepción actual. En España se ha apostado por una prevalencia del trabajador que presta sus servicios por cuenta ajena al que lo hace por cuenta propia. Diferenciando a los primeros según el nivel que posean, favoreciendo la contratación de los más cualificados, reduciendo la tramitación de sus permisos, facilitando la reagrupación de sus

familiares y la movilidad dentro de nuestro territorio y en el espacio de la UE.(llegando en algunos casos a dar un tratamiento discriminatorio que vulnera el Estado de Derecho, al no exigirse para la concesión de permiso inicial la presentación de antecedentes penales-

44. Al inmigrante no puede verse sólo como un trabajador, es decir como si fuese una mercancía o producto necesario para la economía del país. *“Las mismas características que los hacen deseables como trabajadores, los vuelven indeseables como parte de la sociedad receptora.”*⁷⁶³

45. El condicionamiento recíproco entre el derecho de extranjería y el derecho de inmigración provoca conflictos entre los objetivos de seguridad y de política económica, que actúan como barreras y condicionamientos para la entrada y permanencia de los inmigrantes, y los objetivos de protección e integración social propios del Estado social. *“En cuanto al papel social que representaban los inmigrantes económicos, por inmigrante un sujeto activo -actor social- que teoriza, interpreta y practica sobre su realidad, que asigna e intercambia sentidos con sus iguales”*⁷⁶⁴

46. La lucha contra la inmigración ilegal debe estar unida a la lucha contra la explotación económica de los extranjeros en situación irregular, por razones humanitarias y por la política económica de impedir la competencia ilegal.

47. La actual regulación ofrece una mayor seguridad jurídica mayores garantías y conocimiento de las condiciones de trabajo para los trabajadores que son contratados en el exterior, al obligar a que las solicitudes de autorizaciones vayan acompañadas de un contrato de trabajo, por tanto un compromiso firmado por trabajador y empresario, y no de una oferta de empleo (no vinculante), modificándose de esta manera el procedimiento existente hasta ahora.

48. Por primera vez nuestro legislador de extranjería, no solo busca el objetivo de favorecer la migración regular, sino que vislumbra la posibilidad de acceder, desde la situación administrativa irregular, a la documentación en casos excepcionales e individualizados como son el de la mujer víctima de violencia de genero ,donde a partir del reciente Reglamento de 2011, no se le va a incoar expediente sancionador si éste no existiera previamente a la denuncia y se suspenderá en caso de que así fuera. Además se va a extender esta protección a los hijos y dicha protección conlleva la autorización para trabajar sin aplicación de la situación nacional de empleo. Otro supuesto de acceso a la documentación desde la irregularidad lo conforman las víctimas que colaboren con redes organizadas o víctimas

⁷⁶³ GOLDBERG, A., (2003). *Ser inmigrante no es una enfermedad. Tesis para optar por el título de Doctor en Antropología Social y Cultural*. Tarragona: Universitat Rovira I Virgili, pág. 45.

⁷⁶⁴ RAMÍREZ, A. (1996) *Inmigrantes en España, Vidas y Experiencias*, Madrid, CIS, pág. 57

de tratar de seres humanos, posibilitando las de obtener una autorización de residencia temporal y trabajo o el retorno asistido al país de procedencia.

49. Al registrar las entradas de los trabajadores extracomunitarios en nuestro país, se este instrumento se nos va a proporcionar datos cuantitativos y cualitativos importantes: cuantos son, que necesidades tiene, cómo deben ser satisfechas, por quien dependiendo de la CCAA donde se encuentren, etc. También se señalan una serie de dotaciones que deberán tener las instalaciones de los puestos fronterizos, lo que va a redundar en una mayor garantía en materia de derechos y de medios para los inmigrantes que se les deniega la entrada y son retenidos en las instalaciones fronterizas. La entrada de personas no incluidas en el ámbito comunitario, pueden ser registradas a efecto de control de su permanencia en territorio nacional. Tal exigencia se enmarca dentro de la política de la Unión Europea de mayor control de las fronteras para impedir la inmigración clandestina y la persecución del terrorismo. Sea como sea, la actual configuración del régimen de entradas y salidas en la LOEXTR y en su Reglamento, no hace otra cosa que recoger la preocupación de los Estados miembros de la Unión Europea en lucha contra la inmigración ilegal siguiendo las directrices marcadas en el “Convenio relativo a la profundización de la cooperación fronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal”, que fue ratificado por España a finales de 2006. La norma española va más allá del convenio, lo que aumenta la discrecionalidad de la Administración en cuanto a la entrada de los controles fronterizos. Mientras que cuando se refiere a salidas, el legislador de extranjería no creemos que tenga claro la diferencia entre el rechazo en frontera y la entrada ilegal en España, ya que mientras que el primero es un acto administrativo de restricción o limitativos de derecho a la entrada o del derecho de circulación, por el contrario el segundo, es un termino propio de un procedimiento sancionador.

50. Resulta también positivo que se haya otorgado a la devolución autonomía propia, dirigida a alejar de España a los extranjeros que hubieran entrado eludiendo o defraudando los controles migratorios fronterizos; se trata de una medida complementaria de los rechazos en frontera que se aplican a tales puestos de control, caracterizada porque el extranjero no ha tenido tiempo suficiente para consolidar la estancia en España y por tanto resulta de fácil aplicación en los casos por ejemplo de “entrada a través de las vallas fronterizas” bastando en estos casos la incoación de expediente de devolución y no de expulsión. Por tanto, el retorno, se aplicaría a los extranjeros que se encuentran en nuestro país irregularmente pero con cierta residencia irregular.

51. Resulta paradójico que en el caso de la residencia temporal no lucrativa se puedan conceder visados y autorizaciones de residencia de carácter extraordinario por decisión del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y en cambio, cuando se trata de residencia temporal lucrativa por cuenta ajena, se condiciona su libertad de circulación, ya que solo puede inscribirse en aquella CCAA que tenga competencia inicial en materia de ejecución laboral, a actividades incluidas en el Catalogo de Dificil Cobertura (salvo que se pertenezca al grupo de los privilegiados: residentes de larga duración, titulares de Tarjeta Azul, altamente cualificados o investigadores) ,tambien se tendrán para estos en cuenta los informes policiales desfavorables para resolver las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena(pero no si la actividad a desarrollar es por cuenta propia o no vaya a realizar actividad lucrativa).

En España, recientemente se ha hecho una reforma de 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, que consolida un modelo de inmigración regular, ordenado y vinculado al mercado de trabajo. La cual ha sido completada por el Reglamento de ejecución de la misma aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de Abril de 2011, que en principio solo debe cumplimentar la ley no puede introducir limitaciones o restricciones no previstas en la Ley (hecho que generalmente se incumple); tambien, un reglamento puede desarrollar en el sentido extensivo y amplio el alcance de los derechos reconocidos en la ley. A nuestro juicio, este último parece ser el objetivo que ha guiado a nuestro legislador de extranjería, dando una mayor concreción garantista a la norma, configurando los requisitos reglamentarios, primando la efectividad de los derechos de los inmigrantes, en cualquiera de los casos solo el tiempo determinara si estas premisas se cumplen, esperamos que no se tergiverse en una oportunidad perdida y que realmente suponga una mejora del estatuto jurídico de los inmigrantes en nuestro país. Por tanto, debido a que actualmente, el Reglamento se encuentra en fase de consultas (donde seguramente será objeto de alguna que otra modificación) los resultados que ofrezca no podremos valorarlos hasta que haya iniciado su andadura.

1.12. BIBLIOGRAFÍA

-AAVV., (1996). Seguridad Social y Protección Social, *Temas de Actualidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid.

-AAVV., (2000). *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*. Coord. Por (LORENZO COTINO HUESO). Generalitat Valenciana, Valencia.

-AA.VV., (Coord. CAMPO CABAL, J.) (2001). *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, Civitas, Madrid.

-AA.VV., (2006.) *Regulación legal de la Extranjería e inmigración en España*, UPCO de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

-AA.VV., (2007). Deslocalización y tutela de los derechos sociales, *Revista Relaciones Laborales*, publicada por la Ley, en Madrid, Marzo, núm.6.

-AAVV., (2009). DE LUCAS, J Y SOLANES, A (Eds), La igualdad en los derechos: claves de la integración, Dykinson, Madrid.

-AAVV., MOLINA HERMISILLA, O y MOLINA NAVARRETE, C (dirs), (2009). *La centralidad del trabajo como factor de integración social, en Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: Balance y perspectiva de futuro*, Literaria, Jaén.

-AAVV., (2009). *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, DE LUCAS, J, y SOLANES, A., (Eds), Dykinson, Madrid.

-ABARCA, J. P., (1987). *Nacionalidad y extranjería en la nueva Constitución*, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, edit T. R. FERNÁNDEZ, UNED, Tomo II, Madrid.

-ACNUR (1992) *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* Ginebra.

-ACNUR (2005). *Refugee Status Determination. Identifying who is a refugee. Self-study module 2*, Ginebra, págs. 29-30.

-AGUADO y CIDOLA V., (2004). Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos en materia de extranjería: los problemas de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la LO 14/2003 de 20 de Noviembre. *RDME*, num. 5, Marzo.

-AGUELO NAVARRO P., y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A., (2001). *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Lex Nova., Valladolid.

-AGUELO NAVARRO, P., y CHARRO BAENA P., (2003). Consideraciones acerca del contingente 2003, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 2.

-AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, A. G. (2005). La Constitución Europea y los extranjeros, *Rev. Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 8.

-AGUELO NAVARRO, P. Y. RODRÍGUEZ CANDELA, J. L., (2003) .Algunos aspectos críticos del texto de Reforma de la LOEx, *Revista Derecho Migratorio y extranjería*, edit Lex Nova, Valladolid, núm. 4, Noviembre.

-AGUILAR DE LUQUE Y ELVIRA PERALES, A., (1999). El derecho de asociación: Artículo 22 de la Constitución Española, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* dirigido por ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL, Madrid, Cortes Generales 1996-1999. Tomo II.

-AGUILERA, R., (2006). *El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: Los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid.

-AGUT GARCÍA, C., (2007). *Manual de Derecho Sindical* Dir García Ninet J. I. 2 edit. Atelier, Barcelona.

-AJA FERNÁNDEZ, E., (2000). El marco político institucional de la reforma, en AA.VV., *La nueva regulación de la inmigración en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

-AJA FERNÁNDEZ, E., (2006). *Inmigración y Derechos de Ciudadanía*. Edita Fundación CIDOB con la colaboración de la Diputación de Barcelona, Servicio de Políticas de Diversidad y Ciudadanía.

-AJA FERNÁNDEZ, E., (coord.) APARICIO M., CABELLOS, M. A, MOYA D., DIEZ L., Y ROIG E., (2000). *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

-AJA FERNÁNDEZ, E., Y DÍEZ BUESO, L., (2005). *La participación política de los inmigrantes* núm. 2.

-ALÁEZ CORRAL, B., (2004). Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática. En *Extranjería e inmigración: Aspectos jurídicos socioeconómicos* Tirant Lo Blanch, Valencia.

-ALARCON CARUACUEL, M. R., (1986). La integración de los servicios Sociales y la Asistencia social en la Seguridad Social, *Revista Andaluza de trabajo y bienestar social* núm. 7.

-ALBIOL MONTESINOS, I., (1994). *Contratos formativos: en prácticas y de aprendizaje*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia.

-ALBRECHT, H., (2002). Fortress Europe? Controlling illegal immigration. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol.10.1.

-ALLEGUE P., (2001). Sobre el concepto de ciudadanía: ¿una senda ilustrada? *Rev. Jueces para la democracia* núm.41, Julio.

ALONSO, F. (2007) *Los derechos de los extranjeros en España*, Boletín Oficial del Estado.

-ALONSO GARCÍA, B., (2002). *El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero: A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de Enero*, edit Civitas, Madrid, núm. 110.

-ALONSO OLEA, E., (1986). Aspectos sociales de la Comunidad Económica Europea. En *Anales de la Academia de Ciencias. Morales y Políticas.* , año XXXVIII, Madrid, núm. 63.

-ALONSO OLEA, E., (1991) .El Art. 24.1 CE en la jurisprudencia del TS: problemas generales, AA. VV., *Estudios sobre la Constitución Española* (homenaje al profesor EDUARDO GARCÍA ENTERRIA), MARTÍN-RETORTILLO, S (coord.) Madrid, Civitas.

-ALONSO OLEA, E., (2001) .Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000, Madrid. Civitas.

-ALONSO PÉREZ, F., (2002). La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería, edit por *La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm.

-ÁLVAREZ CORTES J.C., (2001a). *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito comunitario*, Tecnos, Madrid.

-ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., (2001b). Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería, edit en *Revista Relaciones Laborales*, Tomo I.

-ÁLVAREZ DEL CUBILLO A., (2003). La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros, *Rev. Derecho Social*, núm. 23.

-ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., (1988). *El pasaporte comunitario*. La Ley, Comunidades Europeas, núm. 40, Tomo II

-ALVAREZ RODRIGUEZ, A., (2000). La nueva ley de extranjería: ¿ruptura e incumplimiento de Tampere? ¿Innovación o seguimiento del modelo italiano?, *Rev. Migraciones*, N^o7.

-ALVAREZ RODRIGUEZ, A., (2005). Régimen aplicable a los extranjeros comunitarios y asimilados, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, A. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen jurídico del extranjero en España* (Jurisprudencia y Formularios), Murcia, Diego Marín Librero Editor.

-ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., (2007). Directiva 2003/109/CE versus legislación española actual ¿la trasposición exige la modificación de la LO 4/2000?, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 15.

-ALZAGA VILLASIN, O., (1988a) *La Constitución española de 1978*, Madrid, ed. El Faro.

-ALZAGA VILLASIN, O., (1998b) *Derecho político español según la Constitución de 1978*, 2^o edición, Madrid.

-AÑÓN M^a J Y MIRAVET, P., (2008). La Unión Europea y la integración social y política de los inmigrantes, *Revista Sistema*, núm.7.

-APRELL LASAGABASTER, C., (2009). La reforma de los Reglamentos de Extranjería *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 22.

-ARAGÓN REYES, M., (2001a) ¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería? *Revista Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 112.

-ARAGON REYES M., (2001b) Ley de extranjería y Constitución. *Rev. Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 17, UNED.

-ARAGON BOMBIN R., y CHOZAS PEDREÑO J., (1993). *La regularización de inmigrantes durante 1991-1992*, Madrid, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social.

-ARGEREY, P., (2005). *El impacto económico de la inmigración europea: estudio de un caso particular: España*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

-ARNALDO ALCUBILLA, E., (1992). El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales. En *revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, Enero-Abril.

-ARRIAGA IRABURU, I..., (2004). *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Pamplona.

-ASENSI SABATER J., (dir.) (2001). *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Zaragoza, Edijus.

-ASÍN, M., (2008). Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, Número 10, Julio-Diciembre.

-AUBARELL, G., y ROCA, A., (2003). *Perspectivas de la inmigración en España: una aproximación desde el territorio*, Barcelona, Icaria Editorial.

-BAENA, P., (2002). Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000 de 22 de Diciembre. *Tribuna Social*, 133.

-BALLESTER PASTOR, M.A., (2001). El contenido laboral de la Ley de Extranjería 8/2000: reducciones, cautelas y desconfianzas, *Revista Aequalitas del Instituto Aragonés de la Mujer* y la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, núm. 6, Julio..

-BALLESTER PASTOR, M. A., (2004). Normas e infracciones laborales de extranjería aplicadas al sector agrario (LO de Extranjería RD 864/2001 y LO 14/2003), en *Rev. de Relaciones Laborales*, núm. 2, Enero.

-BALLESTER PASTOR, M. A., (2006a) *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

-BALLESTER PASTOR, M. A., (2006b). *El trabajo de los extranjeros comunitarios en España*. Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia.

-BAQUERO CRUZ J., (1998). La protección de los derechos sociales en la comunidad Europea tras el Tratado de Ámsterdam, *Rev. De Derecho comunitario europeo*, Nº 4.

-BARRIOS BAUDOR, G., y CHARO BAENA, P., (2003) .El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas, en *Derechos y libertades de los extranjeros en España* (XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Tomo II, Colección Informes y Estudios, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico del Gobierno de Cantabria, Santander.

-BAYÓN CHACON, C., Y PREREZ BOTIJA, E., (1978). *Manual del derecho del Trabajo, Vol.I* (Edi. Revisada por F.VALDES DAL-RE).

BELDA PÉREZ PEDREDRO, E., (1997). *Los derechos a la libre elección de residencia y al libre desplazamiento*. Edit Parlamento y Constitución de Castilla-La Mancha, Anuario núm. 1.

-BELORGEY, J., (2007). La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales, UNED, *Revista de Derecho Político*, Nº 70.

-BELTRAN AGUIRRE, J., L., (2000) .Los servicios sociales, *RVAP*, núm., 57.

-BELTRAN MIRALLES, S., (2001). *La regulación del derecho de sindicación y huelga de los trabajadores extranjeros por la LO8/2000*. Comunicación presentada al XII Congreso de la asociación española de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Santander 8-9 de Junio.

-BENEYTO CALBUIG D., (2004) .*Los trabajadores extranjeros: Análisis y Comentario del Reglamento de Extranjería de 30 de Diciembre*, CISS, Valencia.

-BENZO SAINZ, F., (1998). La política de inmigración del Ministerio del Interior, en *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*, en AA. VV., colección Escuela Diplomática núm. 3 (A cargo de C. ESCOBAR HERNÁNDEZ) Madrid.

-BETTI, E., (1959). Teoría general del negocio jurídico. Traducido por MARTIN PEREZ, A, 2 *Revista de Derecho Privado*, Madrid.

-BIGLINIO CAMPOS, P., y ARAGON REYES, M., (2001). La ley de Extranjería y la Constitución, *Rev. Teoría y realidad constitucional*. Nº 7.

-BLANCO VICENTE, D. J., (2003). Una regulación integral de la inmigración para Europa, en *REDUE*, núm. 5, (2º sem.).

-BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (2001). *Los nacionales de terceros países en la UE*, Córdoba, Srv. Publicaciones de la Universidad.

-BOCKENDFORDE, E. W., (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*, Traducido de J. L. REQUEJO E I. VILLAVARDE, Nomos, Badén-Badén.

-BODEI, R., (2000) .Los sin patria, *en Identidades comunitarias y democracia*, dirigido por Gorski H.C., Silveria, Editorial Trotta Madrid.

-BORRAJO DACRUZ, E., (2001). *Introducción al Derecho del Trabajo* ,Madrid, Tecnos.

CACHÓN RODRÍGUEZ, L (1998). Los sindicatos españoles y la inmigración .*Rev. Migraciones* núm. 4, Madrid.

CACHÓN, L. (2002) La formación de la España inmigrante: mercado y ciudadanía. *Revista española de investigaciones sociológicas*. Número 97.

CACHÓN RODRÍGUEZ, L., (2003) *Inmigración y segmentación de los mercados de trabajo en España*, Sevilla, Fundación Centro de Estudios Andaluces (Centro Andaluz), Documento de trabajo Febrero.

-CALBUIG BENEYTO D., (2004). *Los trabajadores extranjeros: Análisis y Comentarios del Reglamento de Extranjeros de 30 de Septiembre de 2004*.

-CALDUCH GARGALLO, M., (2003). La asistencia jurídica gratuita al extranjero, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 4, Noviembre.

-CAMPO CABAL, J. M., (coord.) (2001). *Comentarios a la Ley de Extranjería: Ley 4/2000 reformada LO 8/2000*, Madrid, Civitas.

-CAMOS VICTORIA (2007). *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, dirigido por RAMOS QUINTANA M. I. Lex Nova, Valladolid.

-CAMPUZANO, C., (2001). El debate sobre la inmigración en España, ¿una oportunidad doblemente perdida? *Revista CIDOB d' afers internacionals* núm.53.

-CAMPUZANO, B., (2005). *Tránsito, estancia y residencia en España. Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, SÁNCHEZ RODAS NAVARRO C (Dir) ALONSO BURON J. C (coord.) Ediciones Laborun, Murcia.

-CANO BAZAGA, E., (2001). *Las situaciones de los extranjeros en España. El nuevo derecho de extranjería*. RODRÍGUEZ BENOT A, y HORNERO MÉNDEZ, C (coord.)Comares, Granada.

-CANO BUESO, J. (2003) Los derechos de los extranjeros en España: Una perspectiva Constitucional, *Edit Rev. De Derecho Político, UNED*, Madrid, núm. 57, pág 18.

-CARBONELL SÁNCHEZ M., (2005). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli coord. por MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ Y PEDRO SALAZAR UGARTE*, edit Trotta. Valencia.

-CARDONA TORRES J., (1985). *Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España*. Edit Bosch, Barcelona.

-CARRASCO, B., (1996) La nacionalidad de de los estados miembros en el ámbito comunitario, *REE* N° 12.

-CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE de 14 de Diciembre. *Diario Oficial de la Unión Europea* (2007/C 303/01)

-CARTA SOCIAL EUROPEA, aprobada el 18 de Octubre de 1961, ratificada por España el 5 de Junio de 1980, BOE núm. 112 de 10 de Mayo de 1991.

-CASAS BAAMODE, M. E., (2000). *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la UE y en el Espacio Económico Europeo*, edit Civitas, Madrid.

-CASTAN TOBEÑAS, J., (1971). *Derecho Civil Español Común y Foral* Tomo I y II, Teoría de la relación jurídica .La persona y los derechos de la personalidad, Las cosas. Los hechos jurídicos, 11^a Edit., con adiciones de J. L. de los Mozos. Madrid, Instituto Editorial Reus. 1971..

-CAVAS MARTÍNEZ F., Y FERNÁNDEZ COLLADOS, M .B., (2005). *Derecho de Extranjería: Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del Extranjero en España*, edit Librero-Editor Diego Marín, Murcia.

-CEINOS SUAREZ, A., (2006). *El trabajo de los extranjeros en España*, editado en La Ley, Madrid.

-CHACON L., (1995). *Inmigración, mercado de trabajo y segmentación. Conferencia en el ciclo Inmigración, mercado de trabajo e integración social*, organizado por la Fundación Primero de Mayo y la Secretaria Confederal de CCOO, Consejo Económico Social (10-14 de Julio), Santander.

-CHACÓN L., (2004). Inmigración y mercado de trabajo en España de Junio 2003. Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los inmigrantes, publicado en *la Gaceta Sindical: Reflexión y Debate* nº 3.

-CHACÓN, L., (2007). Diez notas sobre la inmigración en España. *Vanguardia*. Dossier nº 22 Enero/ Marzo.

-CHARO BAENA, P., (1995). El trabajo de los extranjeros en España en ADROHER BIOSCA, S., Y P. CHARO BAENA, P., (coord.): *La inmigración. Derecho español e internacional*, Bosch, Casa editorial, Barcelona.

-CHARRO BAENA, P., (2000) *Las autorizaciones para trabajar de los extranjeros*. Aranzadi, Navarra.

-CHARO BAENA, P., (2002). Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000 de 22 de Diciembre. *Rev. Tribunal Social*, 133.

-CHARRO BAENA, P., (2005). Política en materia de inmigración, en Sempere A. et al. *Políticas Sociolaborales*, 3ª ed. Tecnos.

-CHARO BAENA, P., (2006). El trabajo de los extranjeros en España: Una lectura desde el Ordenamiento Laboral, edit *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63.

-CHUECA, A., (2007). *Inmigración y tratados internacionales celebrados por la UE: los tratados de readmisión*, Universidad de Zaragoza.

CIDOB (2006). *Inmigración y Derechos de Ciudadanía*. Edita Fundación CIDOB con la colaboración de la Diputación de Barcelona, Servicio de Políticas de Diversidad y Ciudadanía.

-CIPOLLA, C. (1994) *Historia económica de la población mundial*, Barcelona: Crítica
Código Civil español.

-CLEMENTE DE DIEGO, F., (1929). *Instituciones de Derecho Civil Español*, Madrid, Ediciones Atlas, 7ª Edit., Imprenta de J. Pueyo, Tomo I.

-COBO DEL ROSAL, M Y BOIS REIG, J., (1984). *Constitución Española de 1978*, Tomo II, arts 10-23. Edit por O. Alzaga, Madrid.

-CONDE –PUMPIDO, C., CÓRDOBA, F. D Y SANZ, J. D.,(2002). *Tratado practico de los procesos de extranjería*, edit. Bosch, Barcelona.

-CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 29 de Diciembre de 1978, BOE núm.311.

-CONSTITUCIÓN EUROPEA.

-CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2002). *Inmigración y Derecho*, edit por Estudios de Derecho Judicial, Madrid, núm, 41.

-COING, SEE H., (1951). *System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft*. *Juristenzeitung*, apud.

-CRESPO NAVARRO, E., (2004). La Directiva 2003/109 del Consejo, relativo al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 18, Vol. 8.

-CRUZ VILLALON, J., (2009).La política comunitaria de inmigración, *Revista Relaciones Laborales*, núms. 15-16.

-DAHRENDORF, R., (1990). *El conflicto social moderno: Ensayo sobre la política de la liberta*. Biblioteca Mondadori, Madrid.

-DE CASTRO, F., (1984) *.Derecho Civil de España*. Edit Civitas. Tomo II. Madrid

-DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS aprobada por Resolución de la Asamblea General 217 A (III), el 10 de Diciembre de 1948 en París .

-DELGADO M., (2005). Diferencia e integración. La diversidad cultural en las sociedades democráticas, E. FERNANDEZ Y J. G. MOLINA (coord.) *Multiculturalidad y educación*. Madrid, Alianza.

-DE LA VILLA GIL L. E., (2007) *.Comentario al Reglamento de Extranjería*, Dir. por RAMOS QUINTANA M. I. ,edit por Lex Nova, Valladolid.

-DE LUCAS, J., (2000a). El marco jurídico de la inmigración en España, Jueces para la Democracia ¿Hay que cambiar la Ley de Extranjería?, *Le monde Diplomatique*, Edición española, Julio 2000.

-DE LUCAS J. (2000b) Inmigración, ciudadanía, derechos: el paradigma de la exclusión. EN RODRÍGUEZ M. E. Y TORNOS A., (Eds) *Derechos culturales y derechos humanos de los Inmigrantes*, Madrid. U, Pontificia Comillas.

-DE LUCAS, J. (2000c). Pactos y Razones de Estado. Ciudadanía e Inmigración, *Diario El País*, jueves 9 de Noviembre.

-DE LUCAS J., (2001a). Las propuestas sobre políticas de inmigración en Europa y la nueva ley 4/2000 en España, en COLOMER VIADEL. A. (coord.) *Emigrantes y estabilidad en el Mediterráneo. La polémica ley de Extranjería*, Madrid, Poder, edit Nomos.

-DE LUCAS J., (2008) .La inmigración y la lógica del estado de sitio, *Directiva de retorno* núm. 3 Agosto, ppblicada en Le Monde Diplomatique.

- DE LUCAS J. (2009). Dos tests sobre la consistencia del Estado de Derecho ante los proyectos de reforma de asilo y de extranjería, *Rev. Jueces para la Democracia*, núm. 64.

-DE LUCAS, J, PEÑA S., Y SOLANES A., (2001b). *Trabajadores migrantes*, edit Germania Serveis Grafics, S. L., Valencia.

-DE LUCAS J., (2002). *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*. Valencia, VV.AA. Tirant lo Blanch.

-DE LUCAS, J., (2003). Los inmigrantes como ciudadanos. Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los Inmigrantes, *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, Nº 3.

-DE LUCAS, J., (2006) *Justicia, migración y derecho*. Universidad de Valencia.

-DE LUCAS, E. J., (2008). La inmigración y la lógica del estado de sitio. Directiva de retorno. núm. 3 Agosto 2008, publicada en *Le Monde Diplomatique*. Paris.

-DE PALMA DEL TESO (2007). Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados, edit *Revista de Administración Pública*, núm.173.

-DEL POZO, A. B., (2009). Procedimientos de Extranjería: Un impredecible calvario, edit por *Iuris núm, 139*, Junio.

-DEL VAL TENA, L., (2002). El derecho de los extranjeros a la protección de la salud, *REDT*, núm. 109.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Sesión núm. 15 celebrada el viernes 20 de Marzo de 2009.

-DIAZ, E., (1988) *Sociología y Filosofía del Derecho*, edit Taurus, Madrid.

-DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. Vigésima primera edición.

-DIDIER BIGO Y ELSPEETH GUIL (2003). La visa Shengen: expression d'une strategie de "police" à distance, *Cultures y Conflits*, núm. 49.

-DÍEZ PICAZO, L., (1996). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial .Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, Civitas.

-DÍEZ PICAZO, L., (2000). *Sistema de derecho Civil* ,9º Ed, V. II, Tecnos, Madrid.

-DIEZ PICAZO, L., (2003) *.Sistema de derecho Civil* ,9º Ed, V. II, Tecnos, Madrid.

-DONAIRE VILLA, F.J., (2009) *.Libertad individual y sus limitaciones en el Régimen general de Extranjería*. En *Los derechos de los inmigrantes en España* (Coord.) por ELISEO AJA FERNANDEZ, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

-EIRAS, A., Y GONZÁLEZ, D., (2004). *La inmigración en España*, Universidad de Santiago de Compostela.

-ENCICLOPÉDIA JURÍDICA OMEBA

-ENGISCH, KARL., (2001). *Introducción al pensamiento jurídico*, (traduc) de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, edición de JOSE LUIS MONEREO PÉREZ, Comares, Granada.

-ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (2001). La protección social de los inmigrantes extracomunitarios en la LO4/2000 y en su ley reformadora, *Revista Social Mes a Mes*, núm. 61, pág. 34.

-ESCUDERO RODRIGUEZ y MERCADER UGUINA, J. R., (1995). Las agencias de colocación y los servicios integrados para el empleo. La aplicación de nuevos medios técnicos a la gestión de la Seguridad Social. La selección de personal laboral en las Administraciones Públicas. *RL*, Nº 3.

-ESCUIN PALOP V., (1991). Régimen jurídico de la entrada y permanencia de los extranjeros en España, edit. CEC, *Colección” Cuadernos y debates”* núm. 27, Madrid.

-ESPALDA RAMOS, M., L., Y MOYA ESCUDERO, M., (1985). La ley reguladora de asilo y la condición de l refugiado de 26 de Marzo de 1984¿Nacionalismo o Internacionalismo?, edit *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 6, núm 1, Enero-Marzo.

-ESPINAR VICENTE, J. M., (1987). *La extranjería en el sistema español de derecho internacional privado*, edit TAT, Granada.

-ESPINAR VICENTE, J.M^a. (1978). Los movimientos migratorios y su encuadre sistemático en el Derecho Privado, *AESJ*, Vol. VII.

-ESPINAR VICENTE, J. M (2001) *Comentarios a la nueva ley de extranjería*. Madrid. Edit Universidad de Alcalá de Henares.

-ESPINAR VICENTE J. M., ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A., Y TOMÁS CARRASCO B., (1994) *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas.

-ESPULGUES MOTA, C., (2003). *Nacionalidad y extranjería*, en AAVVV, JOSÉ ASENSI y otros Edijus, Tirant Lo Blanch, Valencia.

-ESPLUGUES C., y DE MIGUEL, M., (2001). *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Valencia, Tirant lo Blanch.

-ESPLUGUES MOTA, C., y LORENZO SEGRES, M., (2007). *Legislación de Extranjería*. Tirant lo Banch, Valencia.

-ESTEBAN DE LA ROSA F., (2001a). Derechos de participación política y empadronamiento de los extranjeros en España, en MOYA ESCUDERO, M (coord.) *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada.

-ESTEBAN DE LA ROSA (2001b) *Art. 29.Situaciones de los extranjeros. Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social*. MONEREO PÉREZ J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C (Dires).Comares, Granada.

-ESTÉVEZ ARAUJO, JOSÉ A., (2001) *La carta de derechos de la UE y la dimensión social de la ciudadanía europea*, *Revista Opinión* nº 137 de 5 de Septiembre.

-ESTEVEZ GONZALEZ, C., (1998). *Las rentas mínimas autonómicas*, CES, Madrid.

-ESTRADA CARRILLO, V., (1993). *Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería*. Ed. Trivium, Madrid.

-FARIA, J. E. (2001) *El Derecho en la economía globalizada*, Editorial Trotta Madrid.

-FEDERACIÓN DEL SOS RACISMO (2002). *Contra las restricciones derivadas del sistema de cupos. Por una política de inmigración*. Edit Mugak

-FERNÁNDEZ, J., (1997). *Los tratados internacionales en el sistema español de derecho internacional privado y su aplicación judicial*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid.

-FERNÁNDEZ BESSA, C., (2008). Frontera sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa Lallevir S.L. Barcelona, *Los límites del control*.

-FERNANDEZ COLLADOS, M. B., (2003). Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo, *Aranzadi Social*, núm. 10.

-FERNANDEZ COLLADOS M. B., (2004). Novedades introducidas por la LO14/2003 de reforma de la LO 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO8/2000, *AS*, Abril, núm. 22.

-FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ M., y ARCE JANARIZ A., (2000) .Valoración constitucional de la autorización de residencia: el Tratado y la Ley en el Art. 13.1 de la Constitución, *Rev. La Ley*.1985, Tomo I.

-FERNANDEZ GARCIA E., (2001). *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Madrid, Dykinson.

-FERNÁNDEZ LE GAL, A., (2005). Los derechos fundamentales de los extranjeros en situación irregular, En FERNÁNDEZ LE GAL, A Y GARCÍA CANO, S (coord.), *Inmigración y Derechos de los Extranjeros*, Córdoba.

-FERNÁNDEZ MIRANDA, A., (1997). Comentarios al Art. 19 en ALZAGA VILLAMIL, O (Direc) En *Derecho Político español según la Constitución Española* Tomo II, Madrid, CERA.

-FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., (1988). *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: los derechos educativos en la Constitución Española*, edit Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

-FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR A., y SANCHEZ NAVARRO A. J., (1983). *El Art 27 Derecho a la Enseñanza. En O. ALZAGA (dir) Constitución Española de 1978*, edit Edersa, Madrid.

-FERNÁNDEZ ORRICO F. J., (2002) La protección social de los extranjeros en España. *Aranzadi Social*. Nº 21.

-FERNÁNDEZ ROMO, M. M., (2001). *La ley de Extranjería y el Acuerdo Shengen*, en www.derecho.com

-FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E., (1997). Derechos humanos: ¿Yuxtaposición o integración? En *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. XIV, Madrid.

-FERNANDEZ SEGADO, F., (1995). La dignidad de la persona humana en el ordenamiento constitucional español, en *RVAP*, Nº 43.

-FERNÁNDEZ SEGADO F., (2001). *El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España*, edit Teoría y Realidad Constitucional, num. 7.

FERRAJOLI, L. (2004) *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Edit Trotta. Madrid.

-FERRER SANCHIS, P. A., (1978). *Comentarios de Derecho Internacional Privado en la Constitución Española de 1978*. Lecturas de la Constitución Española. UNED, Madrid.

-FERRER SANCHÍS, P. A., (1983). De nuevo sobre el tema ‘vecindad civil, regionalidad y condición política (Aspectos de Derecho privado e interregional), *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*.

-FERRERI GÓMEZ, A., (2001). *La libre circulación de nacionales de terceros Estados y miembros de la familia en la UE*, Barcelona, Institut Universitari D’ Estudis Europeus.

-FERRERO, R. Y LÓPEZ, A., (2009). Nuevas dinámicas de gestión de las migraciones en España: el caso de los acuerdos bilaterales de trabajadores con países de origen, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Número 80, Junio.

-FRAGA IRIBARNE, M., (1989). La dimensión social de la Europa comunitaria, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 37, Edit Civitas, Madrid.

-FREIXES, T., Y REMOTTI CARBONELL, J.C., (1998). Los derechos de los extranjeros en España y la jurisprudencia del Tribunal de Derechos humano. *Revista de Derecho político, UNED*, Madrid, núm. 44.

-FUENTESECA, C., (1999). *La condición potestativa*, editado por Dikynson, Madrid.

-GARCÍA AÑON, M.J., (2002). Derechos de los extranjeros y discriminación, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm 5.

-GARCIA AÑON. M. J., (2003). Nueva Ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes Rev. Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los Inmigrantes. *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*. nº 3 de Junio.

- GARCÍA BLASCO, J., y MONEREO PÉREZ, J. L., (dirs.)(2006). Comentario sistemático al texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y Normas Concordantes, Comares, Granada.

-GARCÍA-CALABRÉS COBO F., (2006). *Régimen laboral de los trabajadores extracomunitarios*, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, Sevilla.

-GARCÍA DE CORTAZA NEBREDA, C., (2000). *La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social Español*, Foro de Seguridad Social, núm. 2, Octubre.

-GARCIA DE ENTERRIA E., (1996). *Les droits fondamentaux et la revision du traité sur l' Unión européenne*, edit Cahiers de droit European.

-GARCÍA ENTERRIA y GARCÍA FERNÁNDEZ, T., (1977) *.Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid.

-GARCIA GUITAN E., (2005). *Los derechos políticos de los inmigrantes. Inmigración un desafío para España* (coord.) RAFAEL AGUILAR, edit Pablo Iglesias, Madrid, Octubre.

-GARCIA MURCIA J., (2007). Deslocalización y tutela de los derechos sociales, *Revista Relaciones Laborales*, publicada por la Ley, en Madrid, Marzo, núm.6.

-GARCÍA ROCA, F. J., (2005). *Estudios Políticos y Constitucionales*, edit Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

-GARCIA TREVIJANO, P. J., (1991). *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Madrid, Civitas.

-GARCÍA VÁZQUEZ, S., (2007). *El Estatuto jurídico constitución del extranjero en España*, edit Tirant Lo Blanch Valencia.

-GARRIDO FALLA, L F., (1985). *Comentarios a la Constitución*, 2 Ed., Civitas, Madrid.

- GASPAR BLANCH, R. A., (2003). Violencia doméstica y mujer inmigrante, *Boletín Aranzadi Penal*, Pamplona, núm, 1.

-GIL ARAUJO, S., (2000). Migraciones, conflictos y mundialización, publicado en *Globalización y sistema internacional*, Icaria Editorial, Barcelona.

-GIL PÉREZ, M. E., (2003) .Contingente de trabajadores extranjeros y regimenes especiales tras la reforma legal y reglamentaria de la normativa de extranjería. En *VVAA Derechos y libertades de los extranjeros en España*, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo II, AEDTSS y Gobierno de Cantabria.

-GIMÉNEZ ROMERO, J., (2003). *¿Qué es la inmigración?*, Barcelona, Integral

-GOIG MARTÍNEZ J. M., (2004a) *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*. Edt Universitas Internacional S. L. Madrid, Págs. 35-41.

-GOIG MARTÍNEZ, J. M., (2004b). El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes, edit *Revista Teoría y realidad constitucional*, núm 14.

-GOLDBERG, A., (2003). *Ser inmigrante no es una enfermedad*. Tesis para optar por el título de Doctor en Antropología Social y Cultural, Tarragona, Universitat Rovira I Virgili.

-GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., (2001). *Notas sobre la nulidad «relativa» del contrato de trabajo de trabajador extranjero sin permiso y sobre su no invalidación respecto a los derechos*

del trabajador, en XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, Santander.

-GOMEZ ABELLEIRA F. J., Y QUINTERO LIMA G.,(2004). La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: Alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1481/1971 a los nacionales de terceros países, *RL*, núm. 1.

-GÓMEZ MOVELLÁN, A., (1996). Unión Europea, inmigración y el nuevo reglamento de la ley de extranjería española: Un comentario crítico, *Revista Jueces para la Democracia* núm. 26 de Julio, Madrid.

-GOMEZ MUÑOZ J. M., (2001). La prohibición de discriminación por causas étnicas o raciales. *Temas Laborales*, Nº 59.

-GOMEZ REINO y CARNOTA E., (1978). *Las libertades públicas en la Constitución, en lecturas sobre la Constitución Española*, Vol. I, UNED, Madrid.

-GONDINO REYES, M., (1996). *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid.

-GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., (1983), *Curso de Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Ojanguren, Oviedo.

-GONZÁLEZ GARCÍA, G., J., (2004). *Registro Civil: Incidencia del fenómeno de la inmigración*, Cuadernos de Derecho Judicial, edit por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

-GONZÁLEZ SOLER, O. E., (2002). La posición del extranjero en el ordenamiento jurídico constitucional, en *Rev. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, núm. 4, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, Ministerio de Justicia.

-GONZALEZ TREVIJANO SANCHEZ, P. J., (1991). *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida de España*, Madrid, SPEFDUC-Civitas.

-GOODWIN GILL, G. S., (1996). *The Refugee International in Law*, Claredon Press, Oxford.

-GUIRAUDON V., (2000). *Les politiques d'immigration en Europe*, L' Harmattan, Paris.

- GURVITCH GEORGES (1935). *L' Experiencia Juridique et la Philosophie Pluralista du Droit*, Paris, Pedone.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, T., (2001) Constitución española, derechos de los extranjeros. Edit *Revista Jueces para la democracia*, núm. 4, Julio.

-HATHAWAY, J. C (1991) *The Law of refugees Status*, Vancouver, 1991.

-HEREDIA FERNANDEZ, S., (2001a). *La entrada en España y las situaciones de los extranjeros en España. Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, MOYA ESCUDERO (coord.), Comares, Granada.

-HEREDIA FERNÁNDEZ, S., (2001b). Situaciones de los Extranjeros en España. Comentario sistemático a la ley de Extranjería. *Rev. del Ministerio de Trabajo o Asuntos Sociales* N° 2.

-HYNDMAN, P., (1987). The 1951, Convention Definition of Refugee: An Appraisal with Particular Reference to the case of Sir Lankan Tamil Applicants *HRQ*, Volumen, 9.

-HUICI, L., (2009) *Anuario de Derecho Civil*, Boletín Oficial del Estado.

-HURTADO GONZALEZ, L., (1993) .Asistencia social y seguridad social: Sus fronteras actuales *AL*. Núm. 25.

-HURTADO GONZÁLEZ, L., (2000). Seguridad Social versus Protección Social, en *Actualidad Laboral*, núm.13, de 27 Marzo-Abril.

-IBARRA ROBLES J. L., (2005). *El derecho judicial en la configuración del derecho de extranjería*, Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Zaragoza en el Seminario del día 16 de Junio en Zaragoza.

-IGLESIAS, S. Y BECERRA M., (2007). *La inmigración: el reto del siglo XXI*. Madrid: Dykinson.

-IGARTUA MIRO T., (2005). Algunas consideraciones sobre el contingente de trabajadores extranjeros a la luz del nuevo Reglamento de Extranjería. *En Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjeria*, dirigido por SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, edit por Laborum, Murcia.

- IRIARTE A., (1985). De la reciprocidad a la igualdad en el goce de los derechos civiles por los extranjeros: examen de su evolución histórica en el ordenamiento español (1808-1979), en *Estudios de Deusto*.

-IRIARTE ÁNGEL, J. L. (1988) .*Los derechos civiles de los extranjeros en España: El art 27 del Código Civil*. Edit por Edilex, Madrid.

-IZQUIERDO ESCRIBANO, M. A. (1992). *La inmigración en España, 1980-1990*, Madrid. Edit Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

-IZQUIERDO ESCRIBANO A., (2003a). La Huella Demográfica de la Población Extranjera, *Revista Sistema*, Madrid núm. 175- 176. Septiembre

-IZQUIERDO ESCRIBANO, A., (2003b). Inmigración: Mercado de Trabajo y Protección Social en España, CES, núm 141, Madrid.

-IZQUIERDO, A., (2007). *Demografía de los extranjeros: incidencia en el crecimiento de la población*, Madrid, Fundación BBVA.

-JAVIER DE LUCAS, PEÑA S., Y SOLANES A., (2001). *Trabajadores migrantes*, edit Germania Serveis Grafics, S. L. Valencia.

-JIMENEZ PIERNAS C. B., (2002) La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* .Año nº 6, Nº 13.

-JOLLY RICHARD (1989). Desarrollo humano y neo-liberalismo: comparación de paradigmas. *Revista Latinoamérica de desarrollo humano* 6-8 September, Uppsala, Sweden.

-KAHALE CARRILLO, D. J., (2007). La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España, edit *Revista Derecho y Salud* Vol. 15, Núm. 1, Enero – Junio.

-KANT, I. (1967). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa.

-KELSEN. H., (1979). *Teoría general del Derecho Estado* FCE, trad por .L .LEGAZ LACAMBRA 15ª, ed, México.

-LAGO NUÑEZ G., (2005). Los extranjeros y la Administración Local. *Rev. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 11, de 15 de Junio.

LASAGABASTER, I. (1996) Ciudadanía y Tratado de Schengen: Naturaleza jurídica de las disposiciones del Comité Ejecutivo. *Revista de Instituciones Europeas*. Volumen 23. Nº 1.

-LA SPINA, E., (2006). La protección de la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, edit Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN 1138-9877, núm. 14 (Ejemplar dedicado a: Textos de las Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, 26 y 27 de Octubre de 2006))

-LÁZARO GONZÁLEZ, I., (2002). La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar, *Rev. Migraciones*, núm.12.

-LENSKI, GERHARDT., (1969). *Poder y privilegio. Teoría de la estratificación social*. Buenos Aires, Paidós.

-LILLICH, B., (1978). Controlling transnational terrorism; The Relevante of international Law, en Proc. *Am. Society International Law*.

-LIRONA DELGADO, I., (2004). El proyecto del Reglamento de Extranjería de la LO 4/2000 de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *La Ley*, Nº 6144. 10 de Diciembre.

-LLUIS Y NAVAS, J., (1958). Las restricciones al trabajo de los extranjeros en España. *RGLI*, Septiembre.

-LÓPEZ BALAGUER, M. (1996) La situación legal de desempleo de los trabajadores extranjeros en España., *Poder Judicial*, nº 40.

-LÓPEZ BARBA, E. (2001) Extranjería. Reagrupación familiar, En *Extranjeros en España – Régimen jurídico*, coord. por C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, edit por Laborum, Murcia.

-LÓPEZ BARBA, E., Y GARCÍA SAN JOSÉ, D., (2001). El derecho de Reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones asumidas en el Convenio Europeo de derechos Humanos: Un Análisis Crítico. *Revista del Poder Judicial*, núm. 64.

-LOPEZ BARBA E., y GARCIA SAN JOSE, D., (2002). Derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración, *Rev. Del Poder Judicial*, núm. 64.

-LOPEZ GANDIA J., (2005). El acceso al empleo del extranjero. AA. VV. *Estudios sobre extranjería* (SERRANO J. M Y MENDOZA N. (coords) ed. Bornazo, Albacete.

LÓPEZ GÓMEZ, J. M. (1995) El régimen jurídico del personal laboral de la administración Pública española. Edit *Revista de Relaciones Laborales*, núm.10 pág 9.

-LÓPEZ GUERRA., (1994). *Derecho Constitucional*, Vol., 2ª Valencia. edit, Tirant Lo Blanch.

-LÓPEZ LÓPEZ, J., (1991). El artículo 149.1.17 CE como título de legitimación competencial para las CCAA en materia de renta mínima, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Edit Civitas, Madrid, núm. 48 Julio-Agosto.

-LUCAS MORRILLO DE LA CUEVA, E., (1996). *El derecho de asociación*, edit Tecnos, Madrid.

-LUCAS VERDI, P., (1951). El Derecho de asilo en las constituciones actuales, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. IV, núm. 2.

-MADRID, M., (1999). *Inmigrantes Magrebíes residentes en el Campo de Cartagena: propuestas de intervención socio-educativa desde el ámbito municipal*. Tesis Doctoral. Universidad de Murcia

MANCINI, C. F., (1989) .Política comunitaria e nazionale delle migrazioni nella prospettiva europea. *Revista de Diritto Europeo* .Nº 2

-MARIN RIAÑO, F., (2003). El Padrón municipal y el censo de población. La realidad local de la inmigración: el padrón municipal como forma de integración. MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, edit. Civitas, Madrid.

-MARIÑO MENÉNDEZ, F., (1983). El concepto de refugiado en un contexto de derecho internacional general, edit *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 35, núm.2.

-MÁRQUEZ PRIETO, A., (2005). Inmigración, integración y exclusión. Cara y cruz del arraigo laboral (a propósito del art 45.2.a del reglamento de Extranjería) Editado por AS, Octubre, núm.10.

-MARSHALL, T.H., Y BOTTOMORE, T. (1998) *Ciudadanía y clase social*. Edit Alianza Madrid

-MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., (1992). *La Inmigración y el Asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid.

-MARTÍN VALVERDE, A., (2001) .Aspectos laborales de la Ley reformada de Extranjería, en *Rev. Tribuna Social* núm. 126, Junio.

-MARTÍNEZ ABASCAL V. A., (2005). *Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea*. Colección Trabajo y Seguridad Social, dirigida por J. L. MONEREO PÉREZ, Comares, Granada.

-MARTÍNEZ BUITRAGO, A., (2005). El nuevo Reglamento de Extranjería: aplicaciones prácticas, *Revista A Debate de la Asociación de Graduados Sociales de Cartagena* rubricado Nº 7 de Junio.

-MARTÍNEZ FONTS, D., (2006). Los efectos del despido de los trabajadores extranjeros que carecen de autorización administrativa para trabajar en España. Sentencia TSJ Castilla y León de 17 de Noviembre 2005 (AS 3384). *Edit Revista IUS Labor núm. 2, Universidad Pompeu Fabra*, Barcelona.

-MARTINEZ ROMAN, M. A., Y GILLEN SADABA, E., (1997). Ámbito de actuación y marco jurídico de los Servicios Sociales. AA. VV., *El derecho y los servicios sociales*, GARCIA VILLALUENGA, L., (Coord.) Comares, Granada.

-MARTÍNEZ VEIGA, V., (2003) .Estampas de El Ejido de Mikel Azurmendi, J. L. GARCÍA Y A. BARAÑANO (Coords) *Culturas en contacto .Encuentros y desencuentros*. Madrid, Ministerio de Educación.

-MASSÓ GARROTE M. F., (1997). *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional*, Madrid, Colex.

-MASSÓ GARROTE, M. F., (2001). *El nuevo régimen de Extranjería: comentarios, procedimientos, formularios y modelos de la LO 4/2000, de extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000*, edit La Ley, Madrid.

-MAYER, F. C., (2003). La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne, en *Revista del derecho del trabajo europeo* núm. 39.

-MELLADO, C., Y FABREGAT, G., (2006). *La situación jurídica laboral de los extranjeros según la legislación española*. [Transcripción en línea] Disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/14/alfonso.pdf>. [Consultada 2010, Marzo 12]

-MERCADER UGUINA J. R., (2003). La protección social de los trabajadores extranjeros, en AA. VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Derechos y libertades de los extranjeros en España La protección social de los trabajadores extranjeros, Santander, Gobierno de Cantabria.

-MERCADER UGUINA, J. R., y TOLOSA TRIBIÑO, C., (2003). El contingente de trabajadores extranjeros, balance de una sinuosa experiencia, en *Rev. De Relaciones Laborales*, núm. 11, Junio.

-MERCADER UGUINA J. R., y MORENO SOLANA A., (2007). De la movilidad de los trabajadores a la movilidad de los ciudadanos, *Rev. Relaciones laborales* núm. 13, Julio.

-MIQUEL CALATAYUD, J.A. , (1993). El régimen preferencial en materia de extranjería y los nacionales iberoamericanos, *RCDI*, 1993.

-MIRALLES SANGRO, P. P., (2001). Presente y futuro de la ciudadanía de la Unión Europea, en *Rev. De Derecho de la Unión Europea*. Nº 1, 2º semestre.

-MOLINA NAVARRETE C., (2001). *En la Ponencia presentada en el XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, 8 y 9 de Junio de 2001.

-MOLINA NAVARRETE, C., (2004). Las reformas en el régimen jurídico-laboral de los extranjeros: empleo, trabajo y protección social, en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 6, Julio, Lex Nova, Valladolid.

-MOLINS, E., (2007). *La aplicación de la ley extranjera por los tribunales españoles y la posición que debe adoptar el juez en estos procesos*, Barcelona, Bosch.

-MOLLER, M., (2008). *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos*. Tesis Doctoral presentada en la Universidad de Burgos.

-MOMPÓ MARTÍ, A., y LESTÓN GRAU, A., (2008). Infracciones y sanciones en materia de extranjería, *Revista relaciones Laborales*, Lex Nova, Valladolid, núm.27.

-MONEREO PÉREZ J, M., (1992) (1993). Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (y II), *Revista Española de Derecho del Trabajo* núms. 56 y 57.

-MONEREO PÉREZ, J. L., (1994) La libre circulación de trabajadores en las Administraciones públicas de los países comunitarios. A propósito del Proyecto de Ley sobre el acceso a determinados sectores de la Función Pública de los naciones de los demás Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. *Rev. Relaciones Laborales*, núm.9, págs 438-478.

-MONEREO PÉREZ J. M., (1995). La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* Julio-Septiembre, Nº 19.

-MONEREO PÉREZ, J. L., (1999a). *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social Artículo*, en AA. VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. Y MORENO VIDA, M.), Comares, Granada.

-MONEREO PÉREZ J. L., (1999b). *Derechos Sociales, Ciudadanía y Ordenamiento Laboral de CES*, Madrid, Civitas.

-MONEREO PÉREZ J. M., (1999c). Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo, *Rev. De la facultad de Derecho de la Universidad de Granada Sección Monográfica: Derechos Humanos, Derechos Fundamentales* n º2 .

-MONEREO PÉREZ, J. L., (2000). *La protección de los derechos fundamentales: El modelo europeo*, edit Bomarzo, Albacete

-MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C., en VV.AA. (2002). *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, Granada.

-MONEREO PÉREZ J M., Y MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL en VVAA. (2002). El derecho a la inserción de los inmigrantes. En la Revista *Ciudadanía, solidaridad y Extranjería*, Comentario a la constitución socio-económica de España

-MONEREO J. L., MOLINA y MORENO M .N., (2003a). *Ciudadanía, solidaridad y extranjería. Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada. Comares.

-MONEREO PEREZ J. L., y MOLINA NAVARRETE AA. VV., (2003b). *Comentarios a la Ley al Reglamento de extranjería e integración social* (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001), edit. Comares, Granada.

-MONEREO PÉREZ J. L., Y DIAZ AZNARTE, M^a T., (2008). El Estado Social Autónomo. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía, Bomarzo, Albacete.

-MONEREO PÉREZ, J. L., (2009). La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo, edit Bomarzo, Albacete.

-MONEREO PÉREZ, J. L., Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., (2010) . El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de Diciembre, edit Aranzadi Social, Abril, núm. 20, Pamplona.

-MONTROYA MELGAR, A., (2007a) *Derecho del Trabajo*, 28 Edición, Madrid, Tecnos.

-MONTROYA MELGAR, A., (2007b) .El empleo ilegal de inmigrantes y sus consecuencias jurídicas. Editado por *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, núm.37.

-MORENO DÍAZ. J. A., (2003). Inmigración en España: entre la demagogia y la incompetencia. *Rev. Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los Inmigrantes*, Junio, Gaceta Sindical nº 3.

-MORENO PUEYO, M., (2004). Extranjeros Inmigrantes y Seguridad Social Española. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios financieros*, núm 257-258.

- MORENO VIDA, M^a. N., (2010). El reconocimiento implícito del carácter laboral de la inmigración. La Comisión Laboral Tripartita de Inmigración: composición y funciones, en los derechos de los extranjeros en España, En *VVAA, Derechos de los extranjeros en España: Estudio Ley Orgánica 2/2009 de 11 Diciembre, de Reforma Ley Orgánica 2/2000*(dir) Jose Luís Monereo Pérez, La Ley.

-MOYA ESCUDERO, M., (1979). Reflexiones en torno al párrafo 4º del art. 1º del ET, *AESJ*, Vol. VIII-IX, 1979-80.

-MOYA ESCUDERO et al. (1993). *Régimen jurídico del permiso de trabajo*, Granada, Comares.

-MOYA ESCUDERO, M., (1999). *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Comares, Granada.

-MOYA ESCUDERO, M., (2001). Sujetos sometidos a autorización para la realización de actividades lucrativas en España, en *VVAA, Jornadas sobre la Ley de extranjería. Sus repercusiones en el ámbito Laboral*, Granada, 8 y 9 de Marzo, EU de Relaciones Laborales, Universidad de Granada.

-MOYA ESCUDERO, M., (2003). Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España. *Rev. La ley Wolterskluwer*, Mayo.

MOYA MALAPEIRA, D., (2000). La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de extranjería, *Justicia Administrativa*, nº 8.

MOYA MALAPEIRA, D., (2008). La integración social de los extranjeros en España: algunas notas sobre su conceptualización jurídica Ponencia presentada en el Congreso de 6 Junio, celebrado en Sevilla, de la *Societas Iuris Publici Europaei*.

-MOYA MALAPEIRA, D., (2009a). La reforma de la Ley de Extranjería. *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos*, núm. 20.

-MOYA MALAPEIRA, D., y HERNÁNDEZ, D., (2009b). La reforma de la Ley de Extranjería: Novedades y limitaciones. Edit por *Iuris núm, 139*, Junio.

-MONTROYA MELGAR A. (2007a) *.Derecho del Trabajo*, 28 Edición, Tecnos. Madrid.

-MONTROYA MELGAR A., (2007b). El empleo ilegal de inmigrantes y sus consecuencias jurídicas. Editado por *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, núm.37.

-MOREAU, M.A., (2005). L'internationalization de l'emploi et les délocalisations en Europe: perspectives juridiques. Publicado por *European Univesity Institute*, Florence. Departament of law. num. 9.

-NAÏR, S., (2006). *Y vendrán... Las migraciones en tiempos hostiles*, Barcelona: Bronce/Planeta.

-NOVAJRA MIQUEL A. (2004) El papel de los sindicatos en la integración social de los inmigrantes ¿asignatura pendiente? En F. Checa, y Arjona A, *Inmigración y derechos humanos. La integración como participación social*. Barcelona .Edit. Icaria.

-OJEDA AVILES, A., (1992) *.Derecho Sindical*, edit por Tecnos, Madrid.

-OJEDA AVILÉS, A., (2002). La libertad sindical, en J. L. Monereo, C. Molina y N. Moreno (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares.

-OLARTE ENCABO, S., (1993). La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema de Seguridad Social *AL* núm.31.

-OLIVAN F., (1996). *El extranjero y su sombra: Crítica del nacionalismo desde el derecho de extranjería*, edit. San Pablo, Madrid.

-OLIVAN F., (2003). Constitución y derechos políticos de los inmigrantes, para un análisis crítico del Art. 13.2 del texto constitucional. (coord.), José Antonio García Regueiro. Publicado en *Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Barcelona, Bosch.

-ORELLANA CANO, A. M., (2003). Régimen Jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros, en *Rev. Actualidad Laboral*, núm. 1, Enero.

-ORTEGA, P., TOURIÑAN, J. M., ESCÁMEZ, J., (2007). La educación de la ciudadanía, interculturalidad y conveniencia en las sociedades abiertas y pluralistas, J. M. TOURIÑAN (Direc.) *Proyecto educación en valores*. Atei (www.ateinamerica.com/pages/eduvalores.htm).

-OSO, L., (2005). Mujeres Inmigrantes y Prostitución en Galicia, Curso Publicación *Revista Temas para el Debate*.

-PAREJO ALFONSO, L., (2000). Minorías y Constitución, en *derechos culturales y Derechos Humanos de los Inmigrantes*, edit Universidad de Comillas, Madrid.

-PECES BARBA G., (1980) . *En Derechos Fundamentales*, Madrid, edit Latina.

-PECES BARBA MARTÍNEZ, G., (1988). Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid.

-PECES MORATE, J. E., (2002a). Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso, en *VVAA Reflexiones sobre la nueva ley de Extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ, Madrid.

-PECES MORATE, J. E. (2002b) Inmigración y derecho. Las declaraciones de derechos y su efectividad respecto de los inmigrantes, *Rev. Estudios de Derecho Judicial* núm. 41. Madrid.

-PEERS, S., (2001). Immigration, asylum and the European Union charter of fundamental rights, en *European Journal of Migration and Law*, núm. 3.

-PEÑA S., (2003). *La incorporación del inmigrante al mercado de trabajo desde la actual regulación español*, AEDT. Derechos y libertades de los extranjeros en España, Tomo II. Conserjería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico.

-PEÑA, S., y SOLANES, A., (2001). *Trabajadores migrantes*, edit Germania Serveis Grafics, S. L. Valencia.

-PÉREZ BEVIÁ, J. A., (1986). Determinación del estatuto de refugiado, *ADI*, Vol. VI.

-PÉREZ DE LA FUENTE, O., (2006). Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas paradojas sobre los inmigrantes, en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*. AA VV, CAMPOY CERVERA, I, (edit), Dykinson, Madrid.

-PERELLO GÓMEZ, N. V., (2003). Libertad de circulación de trabajadores dentro del contexto comunitario europeo. *Gaceta Laboral*, Abril, Vol.9, núm.1.

-PÉREZ DEL RÍO, T., (1995). El concepto de prestaciones de Asistencia Social establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y la normativa española, edit. en *Temas Laborales*, Sevilla por la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 7, Abril-Junio 1986.

-PEREZ SOLA, N., (2008). La Directiva de retorno y la involución en la Europa de los derechos, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 8.

-PEREZ MARTÍN A., (2004). Las asociaciones de Inmigrantes en el debate sobre las nuevas formas de participación, *Revista Estudios Migratorios*, núm.15.Junio.

-PEREZ MILLA J., (2004).De un status laboral mínimo para situaciones de migración irregular. *Rev. Derecho de Migraciones y Extranjería*, núm. 5, Marzo.

-PEREZ VERA E., (1996a). Entrada de los nacionales no comunitarios, en *VVAA Alternativas a una política de inmigración*, Jornadas organizadas por el Centro Universitario “Ramón Carande”, Madrid (Vicálvaro), 7-8 de Mayo de 1994, Madrid: Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos..

-PEREZ VERA, E., (1996b). *El derecho español de extranjería.*, Madrid, UNED.

-PISARELLO, G., (2002). Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. En CARBONELL, M (compilador) *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH.

-PISARELLO, G., (2004). *Derechos sociales democracia e inmigración en el constitucionalismo español*, publicado por Universidad de Valencia-Tirant Lo Blanch.

-POLO SANCHEZ C., (1994). *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, CES.

-PRIETO SANCHIS L., (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate.

-PRIETO, L., (2004). Los derechos sociales y el principio de igual substancial. En CARBONELL M, PARCERO C, JUAN ANTONIO Y VÁZQUEZ F(compiladores) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 3ª edit, México, UNAM Porrúa.

-PUERTAS VILCHEZ J. M., (2001). El contingente de trabajadores extranjeros: Comentarios al art 39.En *Comentarios sistemático a la Ley de Extranjería*. Dirigido por MOYA ESCUDERO, M, edit por Comares, Granada.

-PULIDO, M., (2008). *Sobre el brusco giro jurisprudencial en materia de extranjería*. [Transcripción en línea] Disponible en: www.legaltoday.com. [Consultada 2010, Marzo 12]

- QUESADA SEGURA, R (2007). *La no discriminación, la Igualdad de trato y de oportunidades en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Revista del MTAS, Número extraordinario, Madrid.

- QUESADA SEGURA, R.,(2009). *Perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, Granada.

-QUIROS FONS, A., (2003). El Art. 8 del Convenio de Roma (1950) (CEDH) y la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar: una conquista del Derecho internacional en el Derecho comunitario, *Revista española de derecho Internacional* N° 2.

-QUIRÓS FONS, A., (2008). *La Familia del extranjero: regímenes de reagrupación e integración*, edit Tirant Lo Blanch, Valencia.

-RADBRUCH, GUSTAVO (1999). *Filosofía del Derecho*, (Dir, Edición y Título Preliminar JOSE LUIS MONEREO PÉREZ) ed. Comares, Granada.

-RAMÍREZ, A., (1996). *Inmigrantes en España, Vidas y Experiencias*, Madrid: CIS.

-RAMOS QUINTANA, M .I., (1989). *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, edit. Tecnos.

-RAMOS QUINTANA. M. I., (1997). *Derechos de los trabajadores extranjeros*, REDT, núm.86.

-RAMOS QUINTANA M. I., (2001). *El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: Situaciones administrativas y posición jurídica*. Ponencia al XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander.

-RAMOS QUINTANA M. I., (2007). *Comentario al Reglamento de Extranjería*, Ed. Lex Nova, Valladolid.

-REDONDO HERMIDA G., (1985). El contrato de trabajo de los extranjeros sin permiso. *Al*, núm.25.

-REVILLA GONZÁLEZ, J. A., (2000) *.El interrogatorio del imputado*, edit por Tirant Lo Blanch, Valencia.

-RIGO VALLBONA, J., (1979). *Extranjería y nacionalidades: lo que debería saber todo extranjero si quiere residir, trabajar o invertir en España* Barcelona, Gráficas.

-RITTER, G. A., (1991). *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional* trad. J. ABELLÁN, Tecnos. Madrid.

-RIVERO FERNANDEZ, F y RAMS ALBESA, J., (2000). *Derecho de obligaciones*, 2º Ed., V. I, Tomo II, Dykinson, Madrid.

-RODRÍGUEZ, A., (2001). Integración europea y derechos fundamentales. En Azpitarte Sánchez, M *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, Civitas.

-RODRÍGUEZ BENOT, A., y HORNERO MÉNDEZ, C., (coord.)(2001). *El nuevo derecho de Extranjería*, edit Comares, Granada

-RODRIGUEZ BENOT, A., e YBARRA BORES A., (2005). *Derecho de extranjería: un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España La situación*

de de los extranjeros en España. (Coord.) SÁNCHEZ JIMÉNEZ , M. A. Diego Martín Libroero, Murcia.

-RODRIGUEZ-DRINCOOURT ALCAREZ J., (2007). *Comentario al Reglamento de Extranjería. Comentario Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid.

-RODRÍGUEZ M, PALOMERO J. E., Y PALOMERO, P., (2005). Interculturalismo, ciudadanía cosmopolita y educación intercultural, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, Zaragoza.

-RODRÍGUEZ-PIÑERO B-F, M., (1997). Los derechos sociales fundamentales y la Conferencia Intergubernamental, Madrid, *Rev. Relaciones Laborales* núm. 1.

-RODRÍGUEZ PIÑERO, M., (1998). *Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social*, edit en Temas Laborales, núm. 16.

-RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., (2000). El acceso al mercado de trabajo de los extranjeros no comunitarios, *Revista Laboral* nº 22.

-RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., (2001a). Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante, publicado en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 8.

-RODRIGUEZ PIÑERO ROYO M., (2001b). *El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios*, Ponencia presentada al XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander Junio.

-RODRÍGUEZ PIÑERO M, (2004) Hacia un nuevo marco multilateral sobre la inmigración, Edit *Revista de Relaciones Laborales*, núm 23.

-RODRÍGUEZ PIÑERO, M., (2005). La asistencia jurídica y los extranjeros, *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 1.

-RODRIGUEZ PIÑERO B. F., BRAVO FERRER, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., (1986). *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid.

-RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER M., (2001a). Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo, edit *TL*, núm. 59.

-RODRIGUEZ PIÑERO M., Y BRAVO FERRER., (2001b). Principio de igual y estatuto del trabajador inmigrante, en *Rev. de Relaciones Laborales*, núm. 8.

-RODRÍGUEZ PIZARRO, G., (ONU) (2004). Informe presentado por la relatora Especial G, RODRÍGUEZ PIZARRO, de conformidad con la Resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. E/CN.4/2004/76/Add.2,14 de Enero.

-RODRIGUEZ RAMOS M^a J., (2001). La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994, en SANCHEZ RODAS NAVARRO, C *Régimen jurídico de los Extranjeros en España*, edit Laborum, Murcia.

-RODRIGUEZ RODRIGUEZ, R. M., (2006). Inmigración y ciudadanía, edit *Sistema*. Madrid. .Nº 190-191.

-RODRÍGUEZ VÁZQUEZ M. A., (2001). *La entrada y salida de los extranjeros del territorio español, en el nuevo derecho de extranjería*, RODRÍGUEZ BENOT, A. Y HORNERO MÉNDEZ C. (coord.) Comares, Granada.

-ROJO TORRECILLA, E., Y CAMAS RODA, F., (2009). La reforma de los estatutos de autonomía y su impacto en la normativa estatal de inmigración, *Revista del Ministerio de Trabajo y de Inmigración* núm. 80.

-ROJO TORRECILLA, E., y CAMÓS VICTORIA, I., (2005). La laborización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre, y de su

impacto sobre la problemática laboral de la inmigración, *Rev. Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, núm. 8, Marzo.

-ROLDAN BARBERO, J., (2000). La Unión Europea y los nacionales de terceros Estados: la posible política de inmigración comunitaria, en OLESTI RAYO, A (coord.) *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam*, Barcelona.

-ROMÁN VACA, E., (1998). *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, edit, Edersa, Madrid,

-ROVIRA FLORES V. M. C., (1972). *Valor y función de las Exposiciones de Motivos en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela

-RUBIO LLORENTE, F., (1978). Constitución y educación, en *Constitución y Economía*, Madrid.

-RUIZ CASTILLO, M. M., (2003). Marco legal de la inmigración en España. Aspectos laborales, *RDS* num.22.

-RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLO, J. M., (2006). *Regulación legal de la extranjería e inmigración en España*, edit por la Universidad Pontificia de Comillas, Colección Documentos Prácticos del Instituto de Estudios de Migraciones núm 3, Madrid.

-SAGARRA TRIAS E., (2002). *Legislación sobre Extranjería e Inmigración: Una lectura*. Publicado por la Universitat de Barcelona.

-SALA FRANCO, T., (1989). *Incidencias en la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, edit INSP, Madrid.

-SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., (2002). *El derecho de extranjería. El sistema español de derecho de nacionalidad y extranjería*, SÁNCHEZ JIMÉNEZ M. A, CARRASCOSA GONZÁLEZ J Y MARÍN MURCIA D. Madrid. Colex.

-SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., (2005). *Derecho de Extranjería: Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del Extranjero en España*, edit Librero-Editor. Diego Marín, Murcia.

-SANTAOLAYA MACHETTI, P., (2000). Estudio introductorio de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración Social, en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº 7, Abril.

-SANTAOLAYA MACHETTI, P., (2001). Los derechos fundamentales en la Ley de Extranjería: un balance de urgencia, en *Social Mes a Mes*, nº 61.

-SANTOLAYA MACHETTI, P., (2005) Derecho a la vida privada y familiar: Un contenido notable ampliado del derecho a la intimidad, En *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (coord.), edit por Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.

-SANTAOLAYA MACHETTI, P., (2010). La reforma del derecho de asilo por la Ley 12/2009. En Coloquios Jurídicos sobre América Latina: Las reformas legales en los ámbitos de extranjería y asilo. IEALAT, Instituto de Estudios Latinoamericanos - Universidad de Alcalá, 19 de Febrero de 2010

-SALINAS MOLINA F., (2001a). Trabajadores extranjeros: aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social, *Rev. Cuadernos de derecho Judicial* .Nº 9.

-SALINAS MOLINA, F., (2001b). El régimen de extranjería: principios básicos de de su normativa orgánica (coord.) Derecho Internacional privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de seguridad social, *Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial*, Madrid.

-SAMUEL, L., (2000). *Droits sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Estrasburgo.

-SANCHEZ JIMENEZ MA., (2002). *El derecho de extranjería. El Sistema español de derecho de nacionalidad y extranjería*, SÁNCHEZ JIMÉNEZ M. A, CARRASCOSA GONZÁLEZ J (dir), publicado por Diego Marín, Murcia

-SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (1998) *Derechos humanos y protección social: el affaire Gaygusuz*, Comunicación a las XVII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Córdoba.

-SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., (2006). El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: Régimen General y contingente, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm 63.

-SANTAOLAYA MACHETTI, P., (2000). Estudio introductorio de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración Social, en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº 7, Abril.

-SANTAOLAYA MACHETTI P., (2004). *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*. Valladolid, Lex Nova.

-SARTOTI, G., (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros* (Trad de M. A. DE AZUA).Madrid, edit Taurus.

-SEMPERE NAVARRO (2000). Los permisos de trabajo para extranjeros, *Aranzadi Social* Nº 11.

-SERRANO ALBERCA, J. M., (1980). *Artículo 11*.En Garrido Falla, F. *Comentarios a la Constitución Española*, edit. Civitas, Madrid.

-SOLANES CORELLA A., (2001), *Inmigración y Derechos. Situación jurídica del extranjero irregular*, FERNÁNDEZ SOLA N. Y CALVO GARCÍA M. (coord.) edit Mira Zaragoza.

-SOLANES, A., (2002). Los procesos de regularización de inmigrantes: algunas alternativas, en GARCÍA CASTAÑO F.J. Y MURIEL, C edits, *La inmigración en España: contextos y alternativas*. Actas Ponencias II congreso sobre la Inmigración en España, Granada.

-SOLANES, A., (2006), *La paradoja del principio de control de flujos migratorios*. Universitat de Valencia.

-SOLANES, A., (2008). *¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España*, Universitat de València.

-SOLÉ, C., ALARCON, A., GIBERT, F., PARELLA, S., Y RIBAS, N., (2001), El impacto de la inmigración en los países del sur de Europa, en SOLE, C, (coordinadora) *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora*, editorial Anthropos, Barcelona.

-SORIANO DIAZ, R., (1997). El Art. 21.Derecho de reunión. En ALZAGA VILLAAMIL, O, (Dir) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa-Cortes Generales, Tomo II.

-SUAREZ GONZALES F., (1980). *Las nuevas relaciones laborales y la ley del Estatuto de los Trabajadores*. Circulo de Empresarios-Pirámide. Madrid.

-TABARES, J., (2010). *La nueva ley de extranjería*. Consulta en línea: www.judithtabares.com.

-TAJADURA TEJADA, J., (2007). Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España, *DME*, num. 7.

-TARABANI CASTELLANI AZNAR, M., (1998). La igualdad de trato entre españoles y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, *AI*, num. 39.

-TABARINI CASTELLANI M., (2002a). *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

-TARABINI CASTELINI AZNAR, M., (2002b). El nuevo contrato para la formación de los extranjeros tras la Ley 12/2001, *Rev. AI* nº 14.

-TABARINI CASTELLANI AZNAR, M., (2003). Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva ley de Extranjería; A propósito de la STSJ de Cataluña de 14 de Mayo de 2002, edit por *Actualidad Laboral*, núm 10, Marzo del 2003.

-TÉLLEZ RUBIO, J. J., (2001) *.Moros en la costa*. Madrid. Debate.

-TEROL BECERRA. M., (2001). Constitución, extranjeros y derecho al trabajo, AA. VV., *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, SANCHEZ RODAS NAVARRO (coord.), edit. Laborum, Murcia.

-TEZANOS J. F., (2004). Tendencias de dualización y exclusión social en las sociedades tecnológicas avanzadas. Un marco para el análisis .En TEZANOS, J. F. (ed.) *Tendencias en desigualdad y exclusión social*, Tercer Foro sobre Tendencias Sociales, Sistema, Madrid.

-TOMAS CARRASCO, B., (1996). La nacionalidad de de los estados miembros en el ámbito comunitario, *REE* núm. 12.

TORNOS, A., (2000). Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes, en *Los Derechos culturales de los inmigrantes considerados en perspectiva antropológica* edit por Ortega Ediciones Graficas, Madrid.

-TORRES MURO, I., (1991). *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid.

-TORTUERO PLAZA, J. L. (1999) *Campo de aplicación y estructura del sistema de Seguridad Social. Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, Comares, Granada.

-TRINIDAD GARCÍA, M. L. (2005) *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España* (estudio de la LO 14/2003) y su *Reglamento de desarrollo*. Edit Lex Nova. Valladolid.

-TRIGUERO MARTINEZ, L. A (2009) La nueva reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: notas clave para su comprensión, *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, 2ª época, núm. 9.

-TRINIDAD, M. L. Y MARTÍN J. (2005) *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Valladolid, Lex Nova.

-VALDÉS DAL RE, F., (1994). Estado Social y Seguridad Social (I) y (II), edit por la Ley, en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 22 y 23.

-VALDÉS DAL RE, F., (2003). Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia. Edit *Relaciones Laborales*, núm. 22.

-VALDUEZA BLANCO, M. D., (2003). Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionante de los derechos sociolaborales. *Relaciones Laborales*, num. 15-16. Tomo II-Agosto.

-VALDUEZA BLANCO, M. D., (2004). Repercusión de la reforma de los derechos socio-laborales de los extranjeros, *TL*, núm.73.

-VALDUEZA BLANCO M. D. (2005) Aspectos laborales del nuevo Reglamento de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, *Rev. Relaciones Laborales* nº 4, Febrero.

-VALDUEZA BLANCO, M. D., (2008). *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, edit Lex Nova, Valladolid.

-VALIÑO, V., (2006) El derecho a la vivienda. En M. TORRES y otros, *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria, Barcelona.

-VAL TENA, A., (2002) El derecho de los extranjeros a la protección de la salud, *REDT*, num. 109, pág. 61.

-VEREDAS MUÑOZ, S., (2003) Asociaciones de inmigrantes en España. Práctica clientelar y cooptación política. *Revista Internacional de Sociología*, núm. 336.

-VIDAL FUEYO C., (2002a) Constitución y Extranjería, Madrid, *CEPC*.

-VIDAL FUEYO, C., (2002b). La nueva Ley de Extranjería a la Luz del Texto Constitucional, en *REDC*, Nº 62.

-VIDAL DE MARTÍN SANZ, L., (2000), Los vicios en extranjería, *Suplemento Otrosí Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Mayo.

-VIDAL FUEYO, C., (2009). Los derechos y libertades de los extranjeros en la Constitución Española “en *Los derechos de los inmigrantes en España*. (Coord) por ELISEO AJA FERNANDEZ, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

-VIDA SORIA, J., (1978). Asistencia social en el ordenamiento de la seguridad social española, RPS, núm. 121.

-VIDA SORIA, J., (1983). Análisis del art. 41 de la Constitución Española de 1978, en OSCAR ALZAGA VILLAAMIL, (dir) *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo III.

-VIDA SORIA J., Y GALLEGO MORALES A., (1996). Art. 28.Derechos sindicales y de huelga, en ALZAGA VILLAAMIL, O (Dir) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo III. Edersa -Cortes Generales, Madrid

-VIDA SORIA J., (1998). Asistencia Social en el ordenamiento de la Seguridad Social Española, RPS, núm. 121.

-VILARINO, E., (1977). El Convenio europeo sobre la represión del terrorismo, en *Revista Internacional Europea*, Tomo IV, Madrid, -2.

-VILLAVERDE, I (2003). Protección de datos personales y padrón municipal, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 3, 2003.

-VIRALLY, M., (1998). *El Devenir del Derecho Internacional*, edit Fondos de la Cultura Económica, México D. F.

-ZAPATA BARRERA BARRERO, R., (2000). Política de Inmigración y Unión Europea, en *Revista Claves de la Razón Práctica*, núm 104.

-ZAPARA-BARRERA, R., (2005). *Multiculturalidad e Inmigración*, Síntesis, Madrid.

LEGISLACIÓN

DERECHO INTERNACIONAL

- Declaración “*Dignitatis Humanae*” sobre libertad religiosa del Concilio Vaticano Aprobada por el PAPA JUAN PABLO II; en Roma, San Pedro, 7 de Diciembre del año 1965.

- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de Diciembre de 1990.

- Convenio 19 de la OIT, aprobado en la Conferencia de Ginebra de 19 de Mayo de 1925. Sobre la Igualdad de trato a los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de reparación de accidentes de trabajo. Ratificado por Decreto-ley de 24 de Mayo de 1928. Gaceta núm. 147, de 26 de mayo.

- Convenio 25 de la OIT aprobado en la Conferencia de Ginebra de 25 de Mayo de 1927, Seguro de enfermedad de los trabajadores agrícolas. Ratificado por Ley de 8 de Abril de 1932, Gaceta núm. 105, de 14 de Abril.

- Convenio 97 de la OIT de 8 de Junio de 1949. Trabajadores migrantes. Instrumento de ratificación de 23 de Febrero de 1967, BOE núm. 135, de 7 de Junio de 1967.

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de Septiembre de 1979, BOE núm. 243 de 10 de Octubre de 1979

- Convención de Ginebra sobre los Refugiados de 28 de Julio de 1951, BOE núm 252 de 21 de octubre de 1978.

Convenio Europeo de Extradición de 13 de Diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de Abril de 1982, BOE núm.136 de 8 de Junio de 1982.

-Convenio nº 122 OIT de 17 de Junio de 1964. Política de empleo. Instrumento de ratificación de 21 de Julio de 1970, BOE núm. 124, de 24 de Mayo de 1972.

- Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de Octubre de 1961 y ratificada por España por Instrumento de 29 de Abril de 1961.

- Convenio de La Haya de 5 de Octubre de 1961, suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, BOE núm. 229 de 25 de Septiembre de 1978,.

- Convenio 143 de la OIT de 24 de Julio de 1975 Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

- Convenio sobre Cooperación Internacional en materia de asistencia administrativa a los refugiados suscrito en Basilea en 3 de Septiembre de 1985 y ratificado por España mediante Instrumento de 29 de Abril de 1.987, BOE núm. 139 de 11 de Junio de 1987); y c)

- Convenio sobre los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1989. Ratificado por España el 30 de Noviembre de 1990, BOE núm. 313, de 31 de Diciembre de 1990.

- Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de Diciembre de 1948.

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de Diciembre de 1966 Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), (*Entrada en vigor:* 23 de Marzo de 1976 y entrada en vigor en España el 11 de Abril 1977.

- Recomendación 151 de la OIT, sobre trabajadores migrantes, garantizar a aquellos trabajadores que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado miembro, el disfrute de las mismas oportunidades y el mismo trato que a los trabajadores nacionales respecto a cuestiones como sindicales incluidos los órganos de representación de los trabajadores en las empresas.

- Reglamento nº 2725/2000, que permite crear un sistema de comparación de las impresiones dactilares de los solicitantes de asilo e inmigrantes clandestinos

-Reglamento 859/2003/CE por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y del Reglamento (CEE) nº 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

-Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de Marzo de 1957, Diario Oficial nº C 325 de 24 Diciembre 2002

--Reglamento 1612/68 de 19 de Octubre relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, DO L 257 de 19 de Octubre de 1968.

ˆConvenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de Septiembre de 1979, BOE núm. 243 de 10 de Octubre de 1979.

- Acuerdo Europeo núm.31 sobre exención de visados para los refugiados Suscrito en Estrasburgo el 20 de Abril de 1959,BOE de 22 de Julio de 1982, núm. 174,. Ratificado por España el 30 de Junio de 1982, entrada en vigor en nuestro país el 31 de Julio de 1982

- Convenio Europeo de Extradición de 13 de Diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de Abril de 1982, BOE de 8 de Junio.

- Acuerdo de Schengen de 14 de Junio de 1985, BOE de 5 de Abril de 1994, núm. 81, pág. 10.390, ratificado el 30 de Julio de 1991, entrada en vigor el 1 de Marzo de 1994.

- Tratado de Maastricht de 7 de Febrero de 1992, entró en vigor el 1 de Noviembre de 1993, publicado en el Diario Oficial n° C 191 de 29 de Julio de 1992.

- COM (1994) 23 y la Resolución de los Ministros de 30 de Noviembre de 1992, fortalecimiento del Sistema de Informática de la ALADI

- COM (1999) 638.final-1990/0258(CNS)

- COM (2001) 127 final 2001/0074 (CNS) (DOCE C240R fr. 28.8.2001 p.0079-0087).

- COM 2001, 428 final, 25.7.2001 *La Gobernanza Europea. Un libro Blanco*

- COM 175 (2002) Libro verde presentado por la Comisión relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, COM (2002) 175, de 10 de Abril de 2002.

- COM 703 (2002). Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la integración de las cuestiones de migración en las relaciones exteriores de la Unión Europea con países terceros. I. Migración y desarrollo. II. Informe sobre la eficacia de los recursos financieros disponibles a escala comunitaria para la repatriación de inmigrantes y de solicitantes de asilo rechazados, para la gestión de las fronteras exteriores y para proyectos de asilo y migración en terceros países, COM 703, de 3 de Diciembre.

- COM (2003) 336 final. Comunicación de 3 de Junio de 2003 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre Inmigración, Integración y Empleo

- COM (2005)0391 – C6-0266/2005 – 2005/0167(COD)) P6_TA-PROV (2008)0293.Directiva por la que se aprueba Procedimientos y normas comunes para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio

- COM (2007) 249 final ,2007/0094 (COD) Bruselas, 16.5.2007

-(COM 2007/0638). Procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

- COM (2008)359 final17/6/2008.Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones” *Una política común de emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos.*” COM (2008)359 final17/6/2008

-Constitución Europea

-Carta Social Europea aprobada en Turín el 18 de Octubre de 1961 y ratificada por España el 29 de Abril de 1980.

-Carta de los Derechos Fundamentales en la Cumbre de Niza de 7 de Diciembre del 2000

-Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (COM (2005) 184 final

-Comunicación, la Comisión COM (2005) 352 final

- Consejo de Europa, Reglamento (CE) núm. 343/2003 de 18 de Febrero de 2003

- Consejo de Europa, Directiva 2004/83/CE de 29 de Abril de 2004

- Consejo de Europa, Directiva 2005/85/CE de 1 de Diciembre de 2005

-Decisión del Consejo de 16 de Marzo de 2005, (2005/267/CE), DO L83 1/4/2005

- Dictamen número 53.904, de 26 de Octubre de 1989

- Dictamen 55.030, de 12 de Julio de 1990.

- Dictamen número 280/94, de 21 de Abril de 1994,

- Dictamen número 1007/95, de 22 de Junio de 1995 define el término asilo para el legislador español.

-Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de Febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de seguridad, salud u orden públicos [Diario Oficial L 56 de 4.4.1964].

-Directiva 77/486/CEEE de 25 de Julio de 1977 sobre escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes.

-Estatuto Jurídico del trabajador Migrante N° 93 del CEE, hecho en Estrasburgo el 24 de Noviembre de 1977, BOE núm. 145/1983, de 18 de Junio de 1983.

-Directivas 94/80/CE del Consejo de 19 de Diciembre de 1980 traspuesta al ordenamiento interno español por LO 1/1997 de 30 de Mayo, que regula la participación en los comicios locales a celebrara por España de nacionales de los Estados comunitarios.

-Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

- Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias. Transpuestas a través de la Ley 62/2003, de 30 de Diciembre.

-Reglamento (CE) nº 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, en materia de igualdad de trato en Seguridad Social

- Reglamento (CE) núm. 343/2003 de 18 de Febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país (DOCE- L50, núm. 46, 25 de Febrero de 2003.

Directiva 2003/86 de 22 de Septiembre sobre el derecho de reagrupación familiar, publicado en el L 251/12, el 3 de Octubre de 2003.

-Directiva 93/109/CE del Consejo de 6 de Diciembre de 1993 por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales

- Directiva 96/71/CE del Parlamento y del Consejo de 16 de Diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

-Directiva 2000/43 CE de 29 de Junio relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre personas sin distinción de su origen étnico ni racial.

-Directiva 2000/78CE, que desarrolla un marco general para la aplicación de igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

-Directiva Del Consejo COM (2001) 127 final 2001/0074 (CNS) DOCE C240R fr. 28.8.2001

-Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de Enero, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados Miembros ,DO L 31, de 6 de Febrero de 2003.

- Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de Septiembre de 2003 sobre el Derecho a la Reagrupación familiar, DO L 251, de 3 de Octubre de 2003.

-Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de Noviembre 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, DO L 16, de 23 de Enero de 2004.

-Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo e del Consejo que reconoce el derecho del ciudadano de la UE y su familia a circular y establecerse libremente en el territorio de otro Estado miembro.

-Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de Abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, DO L 261 de 6 Agosto de 2004.

-Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de Abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, DO L 261, de Agosto de 2004.

- Directiva 2004/83/CE/DEL CONSEJO, de 29 de Abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, Diario Oficial nº L 304 de 30 de Septiembre de 2004.

-Directiva del Consejo 2004/114/CE de 13 de Diciembre referente 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 publicado en el L 375/12 el 23 de Diciembre de.2004

-Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de Septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, DO L 255, de 30 de Septiembre de 2005.

-Directiva 2005/71/CE del Consejo, 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 de Noviembre de 2005.

-Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, DO L 326, de 13 de Diciembre de 2005.

-Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de Marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), DO L 105 de 13.4.2006.

-Directiva 76/2007CE relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de acceso al empleo, promoción, formación profesional y condiciones de trabajo.

Directrices sobre Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1 A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 núm. 51, pág. 15.

-Propuesta de Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (D.501 PC 0127)

-Reglamento (CE) Nº 539/2001 del Consejo de 15 de Marzo de 2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación

-Reglamento Comunitario sobre control de Fronteras Reglamento N° 2133/2004 del Consejo de 13 de Diciembre de 2004.

- Decisión 2008/633/JAI del Consejo de 23 de Junio de 2008 sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados DOUE L 218 de 13 de Agosto de 2008.

Directiva 2008/115/CE del Consejo y del Parlamento, 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 L 348/98 de 24 de Diciembre.

-Directiva 2009/50 que regula la tarjeta azul, la Directiva 52/2009 sobre sanciones a empleadores o el Reglamento 810/2009 por el que se regula el Código de Visados.

-Reglamento (CE) n° 81/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de Enero de 2009 por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 562/2006 en lo relativo al Sistema de Información de Visados en el marco del Código de Fronteras Schengen cuyo uso es obligatorio en las fronteras exteriores.

-Directiva 2011/36/UE Del parlamento Europeo y del Consejo, de 5 Abril de 2011,relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo L 101 de 15 de Abril de 2011

SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 3 de Julio de 1980, consolida la de la Constitución en materia de extranjería.

-STC 11/81 de 8 de Abril, que señala que los Jueces Ordinarios pueden no aplicar aquellas normas anteriores a la Constitución que consideren derogadas por ésta y pueden también plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional

- STC 2 de Julio de 1981, sobre el carácter vinculante del principio de igualdad.

- STC 36/1982 de 16 de Julio, por la que se declaran varios preceptos inconstituciones en la redacción dada por la LOEXT.

-STC 75/1983 de 3 de Agosto, sobre la protección de las víctimas en los casos de inmigración ilegal.

-STC 77/1983 de 3 de Octubre, sobre la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera.

- STC 107/84, de 23 de Noviembre, reconocer que el derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17 CE es un derecho del ser humano, ya sea español o extranjero.

-STC 22/1984 de 17 de Febrero, sobre la inviolabilidad del domicilio.

-STC 107/84, de 23 de Noviembre, señala que los extranjeros gozarán en España de las libertades

que garantiza la Constitución.

-STC 110/1984, de 26 de Noviembre. La actividad inspectora fiscal conduce a obtener las pruebas, en su caso, de que el contribuyente ha defraudado al Fisco, pero es evidente que no se le exige al contribuyente la difícil prueba de su inocencia ni que declare contra sí mismo.

- STC 19/1985 de 13 de Febrero, sobre la objeción de conciencia, en el mismo sentido STC 120/1990 de 27 de Junio, también 137/1990 de 19 de Julio y 154/2002.

-STC 99/1985 de 30 de Septiembre, en los que se reconoce el derecho a asistencia jurídica gratuita la asistencia jurídica gratuita en los procesos contencioso-administrativos en los que estaba en juego la entrada o expulsión de los extranjeros.

-STC119/1985 de 17 de Julio, sobre derecho de jubilación.

- STC 53/1985 de 11 de Abril (Tol 79468)

- STC. 76/1986 de 9 de Junio, sobre recurso de inconstitucionalidad contra determinados arts de la Ley 7/1983, de 18 de Abril del Parlamento de Cataluña sobre normalización lingüística.

- STC. 146/1986 de 25 de Noviembre, sobre la asistencia social.

-STC 76/1986 de 9 de Junio, sobre las discrepancias eventuales en los criterios del legislador estatal y el legislador autonómico, en el ámbito de sus respectivas competencias, no pueden dar base a una pretensión de igualdad.

-STC146/1986 de 25 de Noviembre, por el que se garantizar la igualdad en todo el territorio nacional en materia de prestación sanitaria.

-STC 115/87, de 7 de Julio, principios se pueden interpretar por la Constitución en materia del art 13.

- STC 170/1987 en materia de despido, sobre la valoración de las pruebas corresponde a los tribunales.

-STC 85/1988 de 28 de Abril, sobre la protección de las asociaciones de hecho de carácter temporal.

-STC 138/1988 de 8 de Julio sobre justicia gratuita.

-STC 59/1990 de 29 de Marzo.

-STC 28/1991 de 14 de Febrero

-STC 36/1991 de 14 de Febrero.

-STC197/1991

-STC 13/1992 de 6 de Febrero

-STC 24/1993 de 21 Enero en la Cuestion de Inconstitucionalidad 1376/1988, en relación con el art. 8.1 del Código penal.

-STC 94/1993 de 22 de Marzo, dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución, aun cuando sea en los términos que establezcan los tratados y la Ley,

- STC 116/1993 de 29 de Marzo, los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19, si bien en los términos que establezcan los tratados y la Ley

-STC 57/1994 de 28 de Febrero, sobre el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

-STC143/1994 de 9 de Mayo, El derecho a la intimidad de transmitir información sobre actividades desenvueltas en el tráfico económico y negocial.

- STC 242/1994 de 20 de Julio, que los extranjeros que «por disposición de una Ley, o de un Tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 CE., aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 CE.

-STC 86/1996 de 21 de Mayo, el plazo máximo de setenta y dos horas previsto en el artículo 17.2 CE tiene un carácter excepcional, siendo la regla general que dure “el tiempo estrictamente necesario.

-STC207/1996 de 16 de Diciembre sobre el derecho a la integridad física.

- STC 94/1997 de 7 de Abril, sobre el derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales.

-STC151/1997 de 29 de Septiembre, sobre el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados.

- STC 173/1998 de 23 de Julio, la Comunidad Autónoma no posee un título competencial para regular todas las asociaciones de Derecho común, ni menos aún todas las uniones de personas que resultan del ejercicio del derecho de asociación, sino solo obre aquellas asociaciones cuyos fines y actividades coinciden con materias de competencia autonómica.

-STC 134/1999 de 15 de Julio sobre informacion veraz.

- STC 95/2000 relativo a la asistencia sanitaria potestad del legislador de modular este derecho.

-STC 292/2000, de 30 de Noviembre, sobre el Derecho Fundamental a la protección de datos de carácter personal.

- STC 13/2001 de 29 de Enero, sobre discriminación e igualdad.

-STC 183/2001 de 17 de Septiembre, sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita.

-STC 276/2001, de 29 de Octubre, donde se exige consentimiento expreso o inequívoco del representado, consentimiento habitualmente conferido a través del instrumento del poder notarial.

-STC 53/2002, de 27 de Febrero, admite limitaciones a la libertad de circulación que sean proporcionadas y estén controladas administrativa y judicialmente, como mecanismo útil para repeler la inmigración ilegal.

-STC 95/2003, de 22 de Mayo, sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita establecido en el artículo 119 CE se reconoce a todos los extranjeros que se hallen en territorio español, siendo un derecho instrumental respecto al derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 CE.

-STC 296/2006, de 6 de Septiembre, principio de postulación procesal a través de consentimiento conferido por poder apud acta.

- STC 236/2007 de 7 de Noviembre que declara inconstitucionales los artículos de la Ley 8/2000 que modificaban el derecho d preunión, asociación y sindicación.

-STC 260/2007, de 20 de Diciembre, que condicionan normativamente a la Administración para decidir cuándo procede la imposición de la sanción de expulsión y permiten el control jurisdiccional de sus decisiones.

SENTENCIAS STEDH

- STS de 3 de Noviembre de 1981

-STS de 3 de Marzo de 1984.

-STS. (Sala 5ª) de 21 de Abril de 1987 (*RAJ*, 1987, nº 2986) que rechazó la calificación como “acto político” de una orden de expulsión individual de un extranjero admitiendo el recurso contra dicha orden.

-STEDH Caso Partido Socialista de Turquía de 20 de Mayo de 1988

- STS de 29 de Marzo de 1988.

-STS de 19 de Septiembre de 1988

- STC 59/1990 de 29 de Marzo es el que hasta el momento ha realizado la interpretación más completa del art 21CE.

- STS 137/1990 de 19 de Julio sobre la asistencia médica a reclusos en huelga de hambre

STC 120/1990 de 27 de Junio, sobre los derechos a la intimidad, a la integridad física y moral y al secreto de las comunicaciones de los extranjeros en los centros de internamiento.

- STC de 19 de Noviembre de 1990, sobre identificación de extranjero por los Cuerpos de Seguridad del Estado, basado en motivos raciales.

- STS de 22 de Febrero de 1991.

-STS de 30 de Mayo de 1991, sobre reagrupación familiar.

- STS 13/1992 de 6 de Febrero, sobre el derecho a la asistencia social independiente de la obligación contributiva o colaboraron económica de los beneficiarios.

- STS de 21 de Diciembre de 1994 (A. 10349), sobre asimilación de un hotel a la vivienda a efectos de morada.

- STSJ Madrid de 10 de Mayo de 1995 (AS 2202) sobre el derecho a la asistencia sanitaria por los extranjeros.

- STS de 21 de Septiembre de 1995, A. 6787, sobre el requisito de identidad subjetiva del principio non bis in idem en el derecho administrativo sancionador.

-STS de 11 de Diciembre de 1995, sobre el derecho a libertad de expresión y al honor.

- STSJ Andalucía /Málaga de 23 Febrero 1996 (AS 296).

- STEDH, caso “Amuur”, de 25 de junio de 1996; STEDH, caso “Aksoy”, de 18 de Diciembre de 1996; STEDH, caso Conka, de 5 de febrero 2002. Existe la posibilidad de detención en el ámbito de la legislación de extranjería recogida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 5.1, f):

- STEDH, caso “Bozano”, de 19 de Diciembre de 1986; STEDH, caso “Sánchez Reisse”, de 21 de Octubre de 1986. Sobre la diferencia entre una simple retención, restrictiva de la libertad individual, y la efectiva privación de libertad.

- STEDH, caso “Moustaquín”, de 18 de febrero de 1991; STEDH, caso” Nasri”, de 13 de Julio de 1995; STEDH, caso “Chahal”, de 15 de Noviembre de 1996; STEDH, caso “Ahmed”, de 17 de Diciembre de 1996; STEDH, caso “Bouchelkia”, de 20 de Enero de 1997; STEDH, caso “Mehemi” de 26 de Septiembre de 1997. Sobre el derecho de los Estados firmantes del Convenio Europeo a controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros dentro de su territorio.

- STEDH, caso de “Wilde, OOMS y Versyp”, de 18 de Junio de 1971. El Estado puede imponer coactivamente la restricción a la libertad de movimientos de una persona al margen de que ésta la acepte voluntariamente o no.

- STEDH, caso “Shoring”, de 7 de Julio de 1989; STEDH, caso “Cruz Varas”, de 20 de Marzo de 1991; STEDH, caso “Vilvarajah”, de 30 de Octubre de 1991. Los extranjeros son titulares de los derechos de defensa reconocidos a los acusados en procedimientos criminales por los apartados 1 y 3 del artículo 6 CEDH.

- STEDH, caso “Daud”, de 21 de abril de 1998. La expulsión de un extranjero “per se” no es un maltrato, ni es degradante o inhumana, El derecho a defenderse de manera adecuada personalmente a través de Abogado se ve reforzado por la obligación del Estado a proveer de asistencia judicial gratuita, asegurando la efectividad de la defensa.

- STEDH, caso “Artico”, de 13 de mayo de 1980; STEDH, caso “Pakelli”, de 25 de Abril de 1983; STEDH, caso “Poner” de 28 de Octubre de 1994. El derecho a la información del detenido se ha de realizar de forma clara, explicando los fundamentos legales y de hecho de su privación de libertad.

- STEDH, caso “Fox, Campbell y Hartley”, de 30 de Agosto de 1990. El abogado debe tener acceso al expediente y obtener copias para preparar una defensa adecuada.

- STEDH, caso “Foucher”, de 18 de Marzo de 1997; STEDH, caso “Ocalan”, de 12 de Marzo de 2003. El derecho de defensa debe incluir el derecho a la entrevista previa entre el detenido y su Letrado.

- STEDH, caso “Campbell y Fell”, de 28 de Junio de 1984, para hacer efectivo el derecho al intérprete, el Estado debe sufragar los gastos de honorarios de los intérpretes que intervengan en todas las fases del proceso.

- STEDH 20 de Junio de 2002 - STSCE Caso Johnston de 15 de Mayo de 1996.

- STS de 21 de Marzo de 1997, sobre despido.

- STSJ de Madrid de 9 de Octubre de 1997

- STSJ de Andalucía /Granada de 7 de Enero de 1998 (AS 378), sobre la nulidad del contrato de trabajo.

-STS de 13 de Marzo de 1998

- STSJ de Madrid de 16-4-1998 (AS 1392)

- STSJ Cataluña de 25-4-1997 (AS 2430)

- STSJ de Murcia de 4-10-1999 (AS 3206)

- STS 6 de Mayo de 2000

- STS de 3 de Mayo de 2000, sobre negociación colectiva.

- STS de 6 Mayo 2000.

- STS de 31 de Octubre de 2000

-STS 1 de Febrero de 2001

- TS 3ª Sec. 6ª, S 03-04-2002

-STS de 23 de Mayo de 2001 y 6 de Noviembre de 2001

-SSTSJ de Cataluña de 12 de Mayo de 2002.

- ST de 30 de Mayo de 2002

-STS de 5 de Junio de 2002

- STS 10 de Junio de 2002

- STS 30-10-2002(AR.1001)

- STS 10/6/2002, (*Tol 203647*)

- STSJ Madrid de 16 de Enero de 2003.

- STSJ de Madrid de 13 de Marzo del 2003.

- STS 20 de Marzo de 2003, cit., FJ 5

- STSJ Madrid de 20 de Mayo del 2003

- STS de 9 de Junio de 2003

- STS 3ª 10 de Noviembre de 2003.

- STS 16 Junio de 2004.

- STS 28-07-04 de la Sala de lo Contenciosos-Administrativo Sec. Quinta.

- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm.9 de Barcelona, dictada el 9 de Noviembre de 2004.

- STJE de 15 de Marzo del 2005(Asunto C-209/03)

- SSTSJ Canarias/Las Palmas de 30 de Marzo de 2005, AS 993

- STS de 1 de Abril de 2005, donde solo se exige justificación del objeto y las condiciones de la estancia y de la tenencia de medios económicos suficientes para la estancia, o la forma de adquirirlos por el extranjero si existen dudas sobre la verosimilitud de los motivos de entrada.

- STS de 29 de Marzo de 2007

- STS 27 de Abril de 2007

- Instrucción DGI/SGRJ/8/2009, sobre la aplicación de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por la LO 2/2009 de 11 de Diciembre en materia de reagrupación familiar.

-STC 177/1996, de 11 de Noviembre, FJ9 y STC 154/2002, de 18 de Julio FJ 6.

- Sentencia 193 de 23 de Julio de 2008 del Juzgado Contencioso-Administrativo N°, de Pamplona/Iruña por el que se denegaba por silencio administrativo negativo la autorización de residencia del reagrupado, al demostrarse que el recurrente tenía suficiencia de recursos, contrato de trabajo desde hacía un año y cobertura de asistencia sanitaria.

- STC de 22 de Diciembre de 2008, (Rec. de amparo nº. 3319/2007) sobre el derecho de audiencia del menor de 18 y mayor de 16 años en los casos de repatriación así como reconocimiento del derecho a la defensa.

LEYES

- Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de Abril de 1968, art. 1.4 b), en *BOE* de 6 de Mayo; Tesorería General de Seguridad Social, de 7 de Marzo de 1997.

-Constitución Española de sancionada el 27 de Diciembre de 1978

-13/1982, de 7 de Abril, LISMI. *BOE* 30 de Abril de 1982.

- LO 9/1983, de 15 de Julio, reguladora del Derecho de Reunión, *BOE* núm. 170 de 18 de Julio de 1983.

-Ley 7/85, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, *BOE* núm.80 de 3 de Abril de 1985.

- LO 5/1985 de 19 de Junio reguladora del Régimen Electoral General, *BOE* núm.147 de 20 de Junio de 1985.

-El Real Decreto 1119/1986, de 26 de Mayo por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

- Ley de Medidas de Sanidad de 25 de Abril de 1986, *BOE* núm. 102 de 29 de Abril de 1986.

- Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, *BOE* núm. 305 de 22 de Diciembre de 1986.

- Resolución 7/6/1991. (Utilización del contingente como instrumento de regularización por primera vez en España)

- Proposición no de Ley 162/000107 BOE núm. 165, serie D de 22 de Marzo de 1991, sobre la situación de los extranjeros en España

- LO 1/1992, de 21 de Febrero de Protección de Seguridad Ciudadana, BOE núm. 46, de 22 de Febrero), modificada por la Disposición Adicional Cuarta de la LO 4/1997, de 4 de Agosto, BOE núm. 186, de 5 de Agosto) y por la Ley 10/1999, de 21 de Abril, BOE núm. 96, de 22 de Abril.

- Ley 26/1992 de 10 de Noviembre, por la que se aprueba acuerdo de colaboración con la comunidad islámica.

RD 332/1992, de 3 de Abril, sobre autorizaciones de Centros docentes privados, para impartir enseñanzas de régimen general no universitarias, BOE núm. 86 de 9 de Abril de 1992.

- Ley 17/1993, de 23 de Diciembre, BOE núm.307 de 24 de Diciembre de 1993 y su RD 800/95, de 19 de Mayo, por las que se permite el acceso a la función pública a los nacionales comunitarios, a determinados sectores.

-LGSS aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio, BOE núm. 154 de 29 de Junio de 1994.

R.D. 203/1995, de 10 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de Mayo (BOE, 2 de Marzo).

- Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo. Por el que se aprueba el Estatuto de los trabajadores, BOE núm. 75 de 29 de Marzo de 1995.

- Dictamen número 1007/95, de 22 de Junio de 1995 define el termino asilo para el legislador español.

-Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero, de *Protección Jurídica del Menor*

- Ley 1/1996, de 10 de Enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, BOE núm. 11 de 12 de Enero de 1996.

-Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985, BOE núm.47 de 23 de Febrero de 1996.

- LO 1/1997 de 30 de Mayo de 30 de Mayo de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para la trasposición de la Directiva 94/80/CE, de elecciones municipales.

-Resolución de 4 de Julio de 1997 (BOE 21 de Julio) del Instituto Nacional de Estadística.

-RD 1710/1997 de 14 de Noviembre (BOE 15 de Noviembre de 1997) por el que se modifica el acuerdo sobre el espacio económico europeo

-Ley 15/1999 de Protección de Datos Personales de Carácter Personal, BOE núm. 298 de 14 de Diciembre de 1999.

- Real Decreto 994/1999, de 11 de Junio por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, BOE núm. 151 de 25 de Junio de 1999.

- Ley 39/99 de 5 de Noviembre, BOE 6 Noviembre 1999 núm. 266, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

-LO 4/2000 de 11 de Enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros, BOE núm.20 de 24 de Enero de 2000.

-LO 8/2000 de 22 de Diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 131, de 1 de Junio.

- RD 142/2001 de 16 de Febrero por el que se establecen los requisitos para la regularización prevista en la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 44 de 20 de Febrero de 2001.

-RD 864/2001, de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre, BOE núm. 174 de 21 de Julio de 2001.

-Circular 1/2000 del INSS de 11 de Enero de 2002, publicada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE 12-1-2002): Instrucciones generales sobre el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002, y el procedimiento para su cobertura

- Ley 12/2001, de 9 de Julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, BOE núm. 164 de 10 de Julio de 2001.

- Orden de Presidencia del Gobierno PRE/237/2002 de 8 de Febrero, BOE de 12 de Febrero de 1989.

-LO 1/2002 de 22 de Marzo reguladora del derecho de asociación, BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2002.

-LO 10/2002 de Calidad en la Educación 23 de Diciembre de 2002, BOE núm. 307 de 24 de Diciembre de 2002.

- Ley 51/2003, de 2 de Diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, BOE núm. 289 de 3 de Diciembre de 2003.

- Ley 56/2003 de 16 de Diciembre de Empleo, BOE núm. 301 de 1 de Diciembre de 2003.

-Ley 62/2003 de 30 de Diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, BOE núm. 313 de 31 de Diciembre de 2003.

-RD 178/2003 de 14 Febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo RD 2393/2004, de 30 de Diciembre (BOE 7 de Enero de 2005)

Reglamento CE, núm. 2007/2004 del Consejo, de 26 de Octubre de 2004, DOUE núm 349 de 25 de Noviembre de 2004.

-Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

- Ley integral 1/2004 no permite el trato discriminatorio entre víctimas de violencia de género BOE núm. 313 de 29 de Diciembre de 2004.

-Proyecto Constitución Europea de 19 de Enero del 2005

-Real Decreto 1553/2005, por el que se regula la expedición del DNI y sus certificados de firma electrónica, BOE núm. 307 de 24 de Diciembre de 2005.

- RD 1041/2005 de 5 de Septiembre, sobre modificación del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas, Afiliación, Altas y Bajas que modifica el RD 84/1996 de 26 de Enero, BOE núm. BOE 50 de 27 de Febrero de 1996.

-Resolución de 30 de Diciembre de 2005, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado.

-Real Decreto 1369/2006, de 24 de Noviembre

-Instrucción de 31 de Enero de 2006 de la DGRN sobre los matrimonios de complacencia, BOE nº 41 de 17 de Febrero de 2006.

-Decreto 240/2007 de 16 de Febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, *para la igualdad entre mujeres y hombres* de 23 de Marzo de 2007, BOE número 71 de 23 de Marzo de 2007.

- Ley 7/2007, de 12 de Abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE núm. 89 de 13 de abril de 2007.

-RD 1472/2007, de 2 de Noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de jóvenes modificado por Real Decreto 366/2009, de 20 de Marzo BOE núm. 86 de 8 de Abril de 2009.

- Instrucciones DGI/SGR/03/2007 que señalan que los diferentes Registros autonómicos y municipales existentes en España no serán válidos a los efectos del reconocimiento de la pareja de hecho.

-Orden PRE/1283/2007, de 10 de Mayo por la que se establecen los términos y requisitos para la expedición de la carta de invitación de particulares a favor de extranjeros que pretendan acceder al territorio español por motivos de carácter turístico o privado ,BOE 113 de 11 de Mayo de 2007.

- Resolución de 26 de Diciembre de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de Diciembre de 2007, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2008, BOE de 12 de Enero de 2008.

-Resolución de 2 de Julio de 2007 por el que se aprueba el Acuerdo Internacional de Pesca Marítima de los extranjeros enrolados en buques españoles, BOE de 23 de Julio de 2007.

- Resolución de 26 de Marzo de 2008 de la Dirección General de Inmigración de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

-Instrucción DGI/SGRJ/05/2008, relacionada con los supuestos de personas extranjeras que han sido víctimas de determinados delitos, incluidos los de conducta violenta ejercida en el entorno familiar ó de violencia de género.

- Orden TAS/711/2008, de 7 de Marzo por la que se dictan normas para la aplicación de las bonificaciones de cuotas establecidas por el apartado 2 de la disposición adicional trigésima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, respecto de empresas y trabajadores por cuenta propia de las Ciudades de Ceuta y Melilla, BOE núm. 66 de 17 de Marzo de 2008.

-Instrucción DGI/SGRJ/8/2009, sobre la aplicación de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por la LO 2/2009 de 11 de Diciembre en materia de reagrupación familiar.

-Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de Abril de 2009, sobre la educación de los hijos de los inmigrantes (2008/2328(INI))

-Orden TIN/3498/2009, de 23 de Diciembre, BOE del 29 de Diciembre regula el contingente anual de contratación en origen para 2010.

- RD 1162/ 2009, de 10 de Julio, por el que se modifica el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el RD 2393/2004 de 30 de Diciembre.

- Ley 12/2009, de 30 de Octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm.263 de 31 de Octubre de 2009.

- 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, BOE núm.299 de 12 de Diciembre de 2009.

- Reglamento 810/2009 por el que se regula el Código de Visados, L 243/1 de 15 de Septiembre de 2009.

-Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros y su Integración Social, aprobado por el Consejo de Ministros de 15 de Abril de 2011.

INFORMES

-Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Europa, Propuesta de Directiva del Consejo *Bruselas, 13.3.2001COM (2001) 127 final.2001/0074 (CNS) (DOCE C240R fr. 28.8.2001 p.0079-0087)*

- Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Sevilla 21-22 de Junio de 2002.

-Informe elaborado por la FEDERACION DEL SOS RACISMO “*Contra las restricciones derivadas del sistema de cupos. Por una política de inmigración*” Mugak 2002.

-Informe del Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Mr. Weissebrodt (E/CN.4/Sub.2/2003/25)

-Informe de la Universidad de Zaragoza encargado por el Consejo General del Poder Judicial 2003

-Informe 211/2004 de la Agencia Española De protección de Datos, sobre el acceso al Padrón de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

-Libro Verde relativo al *planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica* de la Comisión Europea el 11 de Enero del 2005

-Informe de la Comisión Europea N° 390 del 2005

-Informe N° 391/2005 de la Comisión

- Plan estratégico para la Ciudadanía e Inmigración de Febrero de 2007.

-Plan de Acción Europeo de Movilidad Laboral (2007-2010) TA (2008)0624 de 18 de Diciembre de 2008 aprobado por el Parlamento Europeo.

- Defensor del Pueblo Informe 24 de Marzo de 2008.

-Informe del Consejo General del Poder Judicial. De 30 de Abril de 2009.

SENTENCIAS

- STSJ de Madrid de 9 de Octubre de 1997(AS 1997,3818)

-STS en su Sentencia de 20 de marzo de 2003 sobre reagrupación familiar.

-Sala Social del Tribunal Supremo que, en sentencia de 9-6-2003 (RJ 2003, 3936) sobre responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social.

-.Expediente sancionador 390020080006479 citado por la Delegación de Gobierno de Cantabria el 7 de Julio del 2008.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de Julio del 2004 (AS 2004\1523), efectos del incumplimiento patronal de no solicitar autorización de trabajo para el trabajador extranjero.

-Sentencia 193 de 23 de Julio de 2008 del Juzgado Contencioso-Administrativo N°, de Pamplona/Iruña

-Sentencia dictada por el TSJPV salsa de lo Contenciosos-Administrativo recurso de apelación 4/2007 contra sentencia de 20 de Septiembre de 2006 de Bilbao, Sentencia nº 503/2008, por la que la Delegación de Gobierno de Bilbao

-STS Sala III de lo Contencioso-Administrativo de 24 de Febrero de 2010.

-Diccionario del la Real Academia Española (Vigésima primera edición, Tomo II, 1992.

-Documento 75/2005.Rev.1 d'Euromed rubricada *Un Espace Commun Euro-méditerranéen de Coopération en matière de migration, intégration sociale, justice et sécurité*

-Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo XIX de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima primera edición. Tomo II.

-El RJCE, Asunto 369/90 caso Micheletti, Recueil.

-Periódico *el País* de 12-05-2005.

-Periódico “Europa Press” en su artículo de 21 de Febrero del 2006 rubricado *La UE aprueba un código común de control fronteras para luchar contra la inmigración ilegal*

-Revista “A Debate” de la Asociación de Graduados Sociales de Cartagena artículo de Martínez Buitrago, A. rubricado *El nuevo Reglamento de Extranjería: aplicaciones prácticas*. Nº 7 de Junio 2005.

-Revista *Nous reptes en el treball amb jòvens: animació i educació per a la pau* nº 17, correspondiente al primer semestre de 2004 del <Programa de Inmigración de Cáritas>.

INTERNET

extranjeros.mtas.es/es/general/fuente_comentario_sep074d9269a57dacc75e121882543c81c7bf.html?

http://eduardorjoblog.blogspot.com/2008/01/el-contingente-de-trabajadores_17.html

<http://www.historiasiglo20.org/europa/ciudadeuropea.htm>

http://www.elpais.com/articulo/espana/Condena/Espana/negar/residencia/inmigrantes/papeles/UE/elpepiesp/20080115elpepinac_13/Tes

<http://www.CEAR www.cear.es/files/Frontera%20Cero.pdf>

CEAR www.cear.es/files/Frontera%20Cero,

[www.gloobal.net/iepala/gloobal/.../ficha.php?](http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/.../ficha.php)

www.ielat.es/inicio/repositorio/Asilo%20IELAT%20febrero%202010.pdf

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LA “PRESIÓN MIGRATORIA” EN CEUTA Y MELILLA

2.1.- INTRODUCCIÓN

La Unión Europea tiene dentro de sus objetivos el estricto control de las fronteras con países no comunitarios. España es la puerta de entrada de África a Europa por lo que en este país se han estado diseñando propuestas y políticas de control del flujo migratorio, especialmente en el estrecho de Gibraltar, las Islas Canarias, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Las políticas de entrada de los ciudadanos inmigrantes de países del Sur son más rígidas y se establecen filtros económicos que garanticen la solvencia del extranjero, provocando un contingente cada vez más alto de rechazados en las fronteras. Estas medidas discriminatorias y discrecionales impusieron el visado como norma más racional para el control de los flujos migratorios.

“Las reacciones provocadas por el establecimiento del visado fueron relativamente moderadas en los países del Magreb. Aceptación por parte de las autoridades, que recibieron garantías sobre un proceso de regularización de sus ciudadanos en condiciones de ilegalidad; ciertas protestas en la prensa que guardaron sin embargo un tono no por quejumbroso menos moderado. En el caso de Marruecos se eximían de visados para la entrada en las ciudades de Ceuta y Melilla a los empadronados en las provincias limítrofes de Tetuán y Nador respectivamente. Ello impidió que sectores importantes de estas poblaciones, modestas en su mayoría, se vieran perjudicadas en su tráfico cotidiano de mercancías.”⁷⁶⁵

En este sentido, el presente capítulo describe la evolución histórica de la migración marroquí en las ciudades autónomas españolas de Ceuta y Melilla, analizando sus etapas, consecuencias jurídicas, problemas que plantea el reparto de competencias y la política comunitaria en materia migratoria.

Adicionalmente, en este capítulo se describe la evolución histórica, características, etapas, consecuencias jurídicas de las migraciones hebrea, hindú, subsahariana, argelina, asiática de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Al respecto, se puede indicar que: “*Cuando, en 1986, España accedió a la Unión Europea, Ceuta y Melilla —los dos territorios norteafricanos bajo*

⁷⁶⁵ MANDRIA, B., PÉREZ, P. Y LÓPEZ, B. (2000). *Visados y presión migratoria*. [Transcripción en línea] Disponible en: <http://www.uam.es/otroscentros.p>. 254

*su soberanía— automáticamente pasaron a formar parte del proceso de construcción europea. Las dos ciudades hispanomagrebíes, tradicional objeto de agrios y profundos desencuentros geopolíticos, se convirtieron en los únicos fragmentos territoriales de la UE en el continente africano. A raíz de ello, sus fronteras con Marruecos experimentaron un triple proceso de reconfiguración geopolítica, funcional y simbólica.”*⁷⁶⁶

En cuanto a la migración subsahariana en las ciudades autónomas españolas de Ceuta y Melilla, se hace referencia a los problemas que plantea la afluencia masiva de estos inmigrantes. La inmigración subsahariana ha sido considerada como una anomalía migratoria, ya que es relativamente limitada y la mayoría de las veces las personas que intentan emigrar ponen en riesgo sus vidas, utilizando embarcaciones inseguras o escalando vallas de seguridad de modo masivo en las ciudades de Ceuta y Melilla. *“Dado que muchos inmigrantes subsaharianos mueren en su intento de entrar en España, la cobertura mediática ha tendido a centrarse más en el modo en que estas personas entran en el país que en cuestiones más pertinentes como son los motivos por los que emigran. En consecuencia, muchas de las respuestas políticas a la inmigración subsahariana se centran en la interceptación de los inmigrantes cuando tratan de entrar en territorio español o sencillamente en dificultar la entrada lo máximo posible, como ocurre actualmente en Ceuta y Melilla.”*⁷⁶⁷

El desarrollo del fenómeno migratorio en España se ha convertido en un importante aumento del número de extranjeros residentes en el país. Las políticas de inmigración que establecen competencias a las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales, en esta materia han generado que estas administraciones se organicen y desarrollen sus estrategias para lograr un mejor control de la inmigración. *“A pesar de todo, la distribución normativa de competencias entre Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales no está nada clara, especialmente en el último de los ámbitos administrativos. Y es que, por una parte, ni la Constitución ni la Ley de Bases del Régimen Local se refieren a la inmigración como fenómeno que deba abordarse. Solamente se refieren a los extranjeros en cuanto a su inscripción en el padrón”*⁷⁶⁸

Es por ello, que en el presente estudio se realiza un análisis jurídico de las competencias de Ceuta y Melilla en materia migratoria, describiendo un planteamiento general y las

⁷⁶⁶ FERRER, X. (2008). *Acrobacias fronterizas en Ceuta y Melilla. Explorando la gestión de los perímetros terrestres de la Unión Europea en el continente africano*, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, pág. 130.

⁷⁶⁷ SANDELL, R. (2006). *¿Saltaron o les empujaron? El aumento de la inmigración subsahariana*, Real Instituto Alcano, pág. 2

⁷⁶⁸ *Competencias locales en materia de inmigración*. [Transcripción en línea] Disponible en: <http://www.diba.cat/diversitat/fitxers/>.pág. 1.

consecuencias jurídicas que genera la situación actual en estas ciudades autónomas españolas del norte de África.

2.1.1.- Análisis de la situación en el ámbito geográfico de Melilla

2.1.1.1.- INTRODUCCION

La Ciudad Autónoma de Melilla se encuentra situada en el norte de África. En cuanto al contexto económico y laboral, en Melilla no existen materias primas, ni recursos hídricos y energéticos. Es una ciudad con una cultura más musulmana y un gran flujo migratorio por su situación geográfica. *“El rasgo diferencial más fuerte de Melilla es, sin duda su pluralidad de culturas. Hasta hace poco esta era una realidad extraña a la España Peninsular, aunque en los últimos años, debido a las migraciones, la multiculturalidad se ha impuesto en todo el país. Sin embargo, la convivencia de culturas en Melilla sigue teniendo unos rasgos peculiares que la diferencian de la que podemos encontrar en la Península”*⁷⁶⁹

En Melilla conviven, gitanos, hindúes, hebreos, rífenos y melillenses de origen peninsular. Es una ciudad con mucha riqueza cultural que lamentablemente se ve afectada por los problemas de segregación espacial y marginación social. En esta ciudad conviven desde hace muchos años cuatro culturas: musulmana, cristiana, judía e hindú.

Las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla tienen una función importante en la política de migración transmediterránea. Adicionalmente, son necesarias para la economía del norte de Marruecos por la cantidad de personas y bienes que circulan por estas zonas.

En este apartado se realiza el estudio de la evolución histórica de la migración en la ciudad de Melilla, para luego desarrollar lo relacionado con las inmigraciones procedentes de otros países de África que se analizan en los siguientes apartados.

2.2.-MIGRACIÓN MARROQUÍ

2.2.1-INTRODUCCIÓN

La migración marroquí en la ciudad autónoma española de Melilla es el tema que se analiza en el presente apartado donde se describen las etapas de este fenómeno notablemente presente en la ciudad de Melilla por su cercanía a Marruecos y la influencia cultural, social, religiosa de los ciudadanos marroquíes.

⁷⁶⁹ MAYORAL DEL AMO, J., (2001). *El mosaico de Melilla*. [Transcripción en línea] Disponible en: <http://www.stes.es/melilla/revista/inter/3.pdf>. pág. 38

Las etapas se estudian desde el año 1864, donde se evidencia el primer antecedente de inmigración en esta ciudad. En este sentido, se puede indicar que existen seis etapas que caracterizan el movimiento migratorio de los ciudadanos marroquíes hacia la ciudad de Melilla.

La segunda etapa se encuentra ubicada en los años 1950 a 1954, conformada en su mayoría por musulmanes que formaban parte del ejército. La tercera etapa referida a la creación del Protectorado español, la cuarta etapa que fue desde el año 1955 hasta el 1958, la quinta etapa comprendida entre los años 1968 y 1971, donde se crearon las primeras asociaciones musulmanas en la ciudad y en la última etapa relacionada con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/85 de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Todas estas etapas se analizan en el presente apartado de manera más detallada. “El asentamiento durante el último siglo de esta población se ha hecho de forma escalonada, siendo las décadas de los años 40 y 50 aquellas durante las cuales se han establecido mayor número de individuos procedentes de Marruecos.”⁷⁷⁰

Adicionalmente, se describen las consecuencias jurídicas de la migración marroquí en la ciudad de Melilla y los problemas que plantea el reparto de competencias de acuerdo con lo establecido en la Constitución española, las leyes españolas y las europeas. “*La gran mayoría de los miembros de la comunidad musulmana son de origen amazige, aunque ellos prefieren autodenominarse imazighen (hombres libres). La llegada de los árabes en el siglo VII consolidó el islamismo entre los integrantes de esta cultura milenaria. Como el resto de los musulmanes, los melillenses se rigen por el calendario lunar para sus celebraciones religiosas, entre las que destaca el Ramadán*”⁷⁷¹

Finalmente, se describe la política comunitaria en materia migratoria, donde se analizan los tratados, convenios y acuerdos internacionales que establecen los mecanismos para controlar los flujos de inmigraciones marroquíes en España y específicamente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

2.2.2.- ETAPAS

I. Etapa.-Primer antecedente de la inmigración en estos territorios de partir del Real Orden de 17 de Febrero de 1864(Excepción de la musulmana)

⁷⁷⁰ PLANET, A. (1996). *Melilla y las migraciones magrebíes*. Atlas de migración marroquí, <http://www.uam.es>.

⁷⁷¹ ALJARO, I. (2001). Melilla una ciudad en armonía, *Revista Destino Sur*, pág. 35.

II. Etapa.- 1950-1984.Asentamiento de cuerpos con gran número de musulmanes en sus filas, consecuencia inmediata incremento notable de dicha población, la procedencia de estos inmigrantes era en particular de las siguientes ramas del ejército:

- Cuerpo del Grupo de Regulares nº 7.

- Representaciones de los Grupos de Regulares nº 2,5 y 8

- Medalla Jalifiana, estando integrada esta por gran numero de musulmanes y es en ese momento cuando la población musulmana se acrecienta de forma considerable.

III. Etapa.-Creación del Protectorado español en el norte de Marruecos: consecuencia la permeabilidad fronteriza con los Estados limítrofes a los territorios aislados.

IV Etapa.-Periodo de 1955-1958, entrada de cabecillas marroquíes opuestos al régimen, movimiento disuelto a finales de esta etapa.

V Etapa.-Periodo 1968-1971, creación de las primeras asociaciones musulmanas en la ciudad.

Año 1971, motivos de salud publica provocan un cambio en la política exterior del Estado respecto a esta libertad de circulación de extranjeros, volviéndose a delimitar fronterizamente de Melilla ciudades con alambrada de espinos. 6 de Noviembre de 1975 “Marcha verde sobre el Sahara Occidental”.

Periodo 1976-1979.Cesión de la Administración no de la soberanía del Sahara a Marruecos y Mauritania el 28 de Febrero de 1976.Paralelo a este proceso fuerte migración interior de los españoles residentes en Ceuta y Melilla hacia la península.

Año 1979, de dicta la Orden de 10 de Octubre de 1979, cuyo génesis entre otras razones obedece a regularizar la bolsa de trabajadores irregulares que se estaba produciendo en la Ciudad.

VI Etapa.-Problemática que plantea la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/85 de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España en dicho territorio a los musulmanes que prestaban sus servicios en dichas ciudades, al equiparar las Instrucciones conjuntas de la Subsecretaria de los Ministerios de Interior y Trabajo de 2 de Julio de 1986,sus efectos al permiso de trabajo pero esta equiparación es desigual provocando discriminación hacia esta población entre otras en materia: de desempleo, movilidad laboral y Seguridad Social.

Consecuencia mediata de dicha ley, fue la creación del primer proceso extraordinario de regularización en 1985, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de dicha Ley.

Creación del concepto de arraigo previsto en el 31.4 de la LO 4/2000, y se desarrolla conforme a la redacción establecida en la LO 8/2000, para regularizar la situación de los musulmanes residentes en Melilla y Ceuta y que quieran acogerse a la nacionalidad española.

2.2.3.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS

La relación ibero-africana y subsiguiente vinculación de estas tierras ya se produce en la prehistoria con el trasvase de las migraciones (iberos y beréberes)⁷⁷² a una y otra parte del Estrecho de Gibraltar. Tras las migraciones de fenicios⁷⁷³, romanos, vándalos, hispano árabes del Al-Andalus⁷⁷⁴ y cristianos. Sin embargo, será cuando se produce la anexión al Reino de España de Melilla en el año 1497, la ciudad se convirtió en un elemento que perturbó de algún modo el entorno regional en el que se asentaba, pasando a convertirse en un foco de atracción no sólo para Marruecos país más próximo geográficamente sino también para España. Si bien, la pretendida integración el espacio geográfico y social de la misma no se produjo hasta adentrarnos en el siglo XIX⁷⁷⁵.

⁷⁷² Ambos constituían el mismo grupo técnico y social. Es interesante el trabajo de RAPARAZ RODRÍGUEZ G. *Documentos de función*. Revista África 1928-1933, Ceuta.

GONZALO RODRÍGUEZ, G. *Documentos de función*. Revista África 1927-1928. (ultimo numero se publico en 1932). Sucesora de las Antiguas Revistas de la Esfera.

⁷⁷³ TRONCOSO DE CASTRO., A. (1981). *Ceuta y Melilla 20 siglos de España*. Editado por Vassallo de Mumbert 2º Edición. Madrid, págs. 21-23. Desde los fenicios que descubrieron estas tierras hasta los romanos que la dotaron de organización política. Son consideradas las mismas como una prolongación de Ibérica. Y según una interpretación de Berard, de la epopeya Homérica localiza la fabulosa isla de Ogigia, donde fue retenido Ulises por la ninfa Calipso, en la isla Perejil.

⁷⁷⁴ Según GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (1999). *Las ciudades de soberanía española. respuesta de una sociedad multicultural (Melilla 6-9 de Abril de 1999)*. Cursos Internacionales de la Ciudad Autónoma de Melilla y la Universidad de Alcalá. Dirigido por JIMÉNEZ PIERNAS, C Editado por los Servicios de publicaciones de la Universidad de Alcalá, pág 37. Hay dos fuertes emigraciones de al-andalusíes durante el año 1495 cuyo destino prioritario fue Argel y Fez Marraquech y otra segunda en el año 1609, hacia Tetuán, Xauen, Salé Temcen, etc.

⁷⁷⁵ Según el historiador SARO GARANDILLAS, F., (1986). Publicado en el periódico *Melilla Hoy* de 16 de Abril. No existe ningún documento acreditativo de una supuesta población musulmana en Melilla, anterior al siglo XIX, existiendo además una prohibición absoluta de que en Melilla y Ceuta hubiese población originaria de las Kábilas marroquíes. Solamente algunos esclavos, tomados del campo exterior que eran convertidos al cristianismo, podrían permanecer en ambas ciudades pero con una estancia temporal limitada, debiendo pasar a la península para establecer allí su residencia. Los marroquíes que llegaban para comerciar, debían permanecer en un punto determinado debiendo abandonar a la caída de la tarde la Ciudad. Solo se admitía de forma excepcional la estancia durante algunos días, a los denominados *confidentes*, pero siempre en escaso número y por tiempo limitado.

En efecto las primeras migraciones, con la salvedad de la española, tan sólo sometida a una serie de autorizaciones administrativas⁷⁷⁶, comienzan a partir de la delimitación del territorio de la ciudad de Melilla, en el año 1862. Tan sólo dos años más tarde, por la Real Orden de 17 de Febrero de 1864, quedan derogadas las disposiciones que impedían o restringían la inmigración foránea a la ciudad, exceptuando la musulmana⁷⁷⁷. Desde ese momento, la principal comunidad que emigrará a Melilla será la hebrea sefardí⁷⁷⁸ procedente de Marruecos, grupo social de gran trascendencia que creará las primeras empresas de exportación e importación, generando un incipiente comercio entre Melilla y Marruecos, que gozaba con el beneplácito de las autoridades españolas y cuya población alcanzo la cifra de siete mil miembros, integrándose plenamente en la sociedad melillense. En el año 1887, se realiza un censo general para toda España y también se hizo en Melilla, donde no figura inscrito ningún musulmán.

Según consta en el Padrón municipal de 1887 en Melilla, su población era la siguiente:

Nacionales	1311
Extranjeros	159
Guarnición militar	1500
Presos	500

Fuente: Padrón año 1887

⁷⁷⁶ Conviene recordar que existe una clara diferencia técnico-jurídica entre protectorado y plaza de soberanía, aparece establecida en la Real Orden de 20 de Octubre de 1927. Hecho que justifica la inaplicación de la normativa de protectorado sobre el territorio de las plazas de soberanía de Ceuta y Melilla como es el caso, de la Orden de 5 de Julio de 1933, que exige autorización para entrar en la zona del protectorado; Decreto de 4 de Octubre de 1935 que obliga a la presentación de pasaporte para entrada en la zona de protectorado; o el Decreto de 31 de Diciembre de 1935, por el que se crea la Dirección General de Marruecos con competencia exclusiva sobre el protectorado. Permaneciendo al margen de su ámbito funcional las plazas de soberanía.

⁷⁷⁷ Interesante es el análisis que de la situación de Melilla durante dicho periodo realiza RUIZ ALBENIZ, V. (1910) La verdad de la guerra, establecimientos tipográficos y editorial. *Boletín de la biblioteca del ateneo científico, literario y artístico*. nº 3, Mayo. Madrid, págs 9-10.

⁷⁷⁸ Los hebreos se hallan divididos en dos ramas. La primera la forman los sefarditas, procedentes de Sefarad, nombre con que en lengua hebrea se designa la Península Ibérica, y la segunda los asquenasin, descendientes de los eslavos. El término «sefardita» procede de «Sefarad», como llamaban a España los judíos españoles en su idioma. Asimismo la expresión de «sefardita», incluye también hoy a los que proceden del Norte de África (Marruecos, Túnez) o Medio Oriente (Yemen, Siria).

Destaca el hecho de que la población extranjera estaba compuesta principalmente por hebreos que habían llegado a Melilla desde 1863 y 1882 (algunos de estos hebreos tenía la nacionalidad española).

En consecuencia, este tratamiento diferenciado entre ambas comunidades, provoca recelos, como queda constatado cuando en 1880, la mayoría de la población beréber próxima a Melilla, solicita un permiso para colonizar la zona agrícola integrada en el territorio de Melilla, así como la nacionalidad y protección de España sobre sí mismos y sus tierras que fue denegado, cinco años más tardes esta población reivindicó un Protectorado español en las cinco Kábilas que conforman la zona de Marruecos más cercana a Melilla, que también le fue denegado y cuya consecuencia más mediata fue el primer proceso migratorio beréber a la ciudad en el año 1903, debido al fuerte castigo provocado por el ROGHI⁷⁷⁹, esta población comienza a asentarse en nuestra ciudad de forma provisional⁷⁸⁰, como refugiados⁷⁸¹ y luego continua sin ser expulsada, originando un flujo migratorio descontrolado, que provocó continuos conflictos

⁷⁷⁹ Se trataba de un falso pretendiente al trono del reino alauita que asalto la alcazaba de Farhana (provincia de Marruecos próximo a Melilla) el 13 de abril de 1903, donde se refugiaban los leales al Sultán de Marruecos. El diputado Melquíades Álvarez dijo en el Congreso de Diputados "que si España no hubiera amparado al Rogui, se hubiera penetrado en el Rif sin disparar un tiro...". Véase GALBAN JIMÉNEZ, M. (1965). *España en África. La pacificación de Marruecos*, imprenta del servicio geográfico del ejército, Madrid, págs. 18-69

⁷⁸⁰ Este asentamiento obedece a los sucesos acaecidos en 1893 (la Guerra de Margallo) y su resultado ulterior el *Tratado de Marraquech*, por el cual debido a la mejora de relaciones entre Melilla y Ceuta con Marruecos, las autoridades españolas permitieron a un reducido número de musulmanes *confidentes* y de cuatro musulmanes acomodados.

⁷⁸¹ El diario local *El Telegrama del Rif* en su edición del martes 10 de Noviembre de 1903, señala que debido a la guerra civil desatada en la zona fronteriza marroquí, se creó un campamento para atender a los refugiados que llegó a superar las 8.000 personas de origen marroquí, perviviendo estos campamentos hasta el año 1924, cuando se creó el nuevo barrio de la "*Cañada de la Muerte*". Resulta relevante el hecho, de la voluntad manifiesta por parte de la Comandancia General de Melilla en defensa de éstos acogidos, que con la finalidad de proteger la intimidad de dichos beréberes, se dispuso por parte de la Comandancia General de Melilla se dictó una Orden cuyo tenor literal expresaba lo siguiente :

" 1º.- *Queda prohibida la entrada en las tiendas ocupadas por los moros en el campo de instrucción (afectado ésta tanto a civiles como militares) ; 2º.- La tropa no pasará de la entrada del campamento; 3º.- Desde las 18 horas no se consentirá que individuo alguno, militar ni paisano, permanezca en el campamento ni en sus inmediaciones; 4º.- La fuerza de la Guardia Civil, queda encargada de hacer cumplir las anteriores prescripciones, así como de mantener el orden en todo el campamento; 5º.- dicha fuerza cuidará muy especialmente de que los moros depositen las basuras y otros residuos en la playa, de que se entierren las acémilas y ganado muerto, y de que los perros estén amarrados a las inmediaciones de las tiendas; 6º.- Permitirá que los moros transiten por el camino hasta las 19 horas; 7º.- Las fuerzas del mencionado instituto ocupará una tienda... (a ella acudirán los que por cualquier motivo tenga que hacer alguna reclamación) "*

De la presente Orden, se extrae la conclusión, de que los derechos de los albergados pasaban a respetarse escrupulosamente, e incluso podían expresar sus quejas o denuncias en la misma tienda de campaña ocupada por los guardias civiles que velaban por la seguridad del campamento.

diplomáticos y que fue atenuado con la creación del Protectorado español en el norte de Marruecos y sobre los que nuestro país jamás se ha pronunciado y que constituye, uno de los problemas inconclusos y el antecedente de la desidia por parte de la Administración Central de la migración beréber en ambas ciudades.

De otra parte, en el siglo XIX era habitual que las potencias occidentales con intereses comerciales y establecidos en la costa atlántica de Marruecos, tomasen bajo su amparo a los indígenas de confianza que trabajaban para ellas. Originando gran disgusto al Sultán que contemplaba impasible como algunos de sus súbditos y patrimonio, se escapaban de su control. Conocedor de ello el Gobierno español, decidió repetidamente respetar la autoridad marroquí en detrimento de los intereses nacionales hispanos.

Por todo ello, la población musulmana establecida en Melilla era muy reducida, si bien, tras la finalización de la guerra civil, se establece en Melilla el Cuerpo del Grupo de Regulares nº 7, así como representaciones de los Grupos de Regulares Nº 2, 5 y 8 y de la Medalla Jalifiana, estando integrada esta por gran número de musulmanes y es en ese momento, cuando la población musulmana se acrecienta de forma considerable. Según datos del padrón municipal esta población esta conformada del siguiente modo:

AÑO	MUSULMANES
1901	87
1903	138
1907	180
1917	307

1927	180
1928	294
1950	6.277
1960	7.626
1970	12.933
1975	13.465
1981	11.607
1984	17.000

Fuente Padrón y Censo Municipal

De la presente Tabla, se extrae como consecuencia, como a pesar de la fuerte crisis económica que atraviesa la ciudad en los años 1920-1930, la población musulmana consigue estabilizarse (parte de esta población procedente del protectorado español se emigra a la

península para prestar servicios agrarios en época de temporada^{782/ 783} Siendo su crecimiento importante a partir del año 1940 continuando imparable hasta nuestros días.

Finalmente, la creación del Protectorado español en el norte de Marruecos, produjo que se eliminaran las fronteras entre Melilla y los Estados limítrofes, produciendo más permeabilidad en el tránsito de población foránea y posibilitando su asentamiento en la ciudad. En algunas ocasiones propiciados desde la misma Administración para captar la voluntad de influyentes personajes, o bien, evitar las represalias sobre ellos tras la independencia de Marruecos. Sin embargo, la situación cambia a partir del año 1971, donde se vuelve a fijar la delimitación fronteriza de la Ciudad, con alambradas de espinos, circunstancia motivada por la existencia de varias epidemias de cólera en Marruecos. Por su parte, la devolución del Protectorado, produce un nuevo flujo migratorio de beréberes en la ciudad, debido a la circunstancia de permitir el despliegue de parte de las tropas beréberes que se encontraban en la zona del Protectorado se pudieran asentar en Melilla. No hay que olvidar el hecho, de que en los últimos años de la década de los cincuenta, de nuevo servirá Melilla como vía de entrada de numerosos cabecillas de un nuevo movimiento rebelde, éste fomentado por la izquierda marroquí y población rifeña, teniendo como centro de sus actuaciones la zona de Alhucemas, movimiento disuelto en torno a 1958 tras una dura represión. Durante aquellos años, el Gobierno español tuvo que entregar algunos de estos cabecillas, escondidos en nuestro país, a las autoridades marroquíes, posiblemente para evitar conflictos diplomáticos, situación que no se pudieron evitar en los años setenta, debido a la cesión del Sahara Occidental a Marruecos y el aborto de dos intentos de atentado⁷⁸⁴ terrorista en Melilla por parte de una célula marroquí. Además durante el periodo 1968-1971, se crean las primeras asociaciones musulmanas en Ceuta y Melilla, resultado lógico del sustrato cultural de ambas ciudades norteafricanas. Recordemos que Estas asociaciones surgen, con el fin de defender derechos de los musulmanes que vivan en ambas ciudades, pero hay que recordar que los derechos y en particular, los derechos humanos, son considerados como derechos deberes, que son dones recibidos de Dios⁷⁸⁵. A esta distinta

⁷⁸² MILLOT, L., (1934) .L' éxode saisonnier des rifains vers l'Algérie, en *Bulletin Economique du Maroc*, págs. 313-321.

⁷⁸³ HARTD, D.M., (1976) .*The Aits Waryaghar of the Moroccan Rif: An Ethnography and History*. Tucson. Universidad of Arizona Press, págs 88-95.

⁷⁸⁴ Según el periódico *el Telegrama de Melilla* de 10 de Septiembre de 1981. Debido a la constante incertidumbre sobre las ciudades de Ceuta y Melilla, durante el periodo 1976-1979 se aprecia una fuerte inmigración de vecinos de estas ciudades hacia la península.

⁷⁸⁵ WASSERMANN, H., (1996). *Islam und Menschenrechte im Zusammenprall der zivilisationen .Recht und Politik*, págs. 223 y ss; COMBALIA, Z., (1996). Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: aproximación al estudio de los derechos humanos en las declaraciones islámicas, en Anuario de Derecho Eclesiástico de el *Estado*, págs. 489 y ss.

naturaleza se añade el distinto contenido en material como igualdad de la mujer⁷⁸⁶, derechos relativos a la familia y libertad para cambiar de religión⁷⁸⁷. Por todo ello, afirmamos que las fronteras por tanto, siempre han sido permeables en Melilla así como en Ceuta.

Si realizamos un estudio comparativo con la población total existen en Melilla:

POBLACIÓN DE MELILLA (1900-1970)

¿Cuál era la población melillense censada durante el periodo 1900-1970?

AÑO	NUMERO
1900	8.856
1910	40.029
1920	42.000
1930	69.133
1940	69.383
1950	76.247
1960	72.430
1970	60.843

Fuente: LOPEZ GARCIA BERNABE(1991)⁷⁸⁸

De la presente Tabla se extrae como primera conclusión como las campañas militares y la concesión del estatuto de puerto franco a su puerto conforma su desarrollo demográfico. De modo que, el asentamiento de población procedente del territorio colindante con las ciudades no fue permitido hasta entrado el siglo XIX. Los «*moros de paz*» dedicados al comercio no podían residir en ellas, apareciendo el primer marroquí empadronado en Melilla en 1887. Esta población fue aumentando lentamente y ya en 1950, 1960 y 1965 los empadronados en la ciudad aumentan en número a 6.277, 7.626 y 12.753 (8,2%, 9,6% y 17,8% del total de la población). En el 1986, fecha en la que se realiza un exhaustivo estudio estadístico sobre la población de origen marroquí instalada en las ciudades tras la promulgación de la primera Ley de Extranjería en 1985, esta población estaba formada en Melilla por 17.027 marroquíes.

⁷⁸⁶ COMBALIA, Z. (2001). Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial islámico, en *Aequalitas* nº 6, págs. 14-20.

⁷⁸⁷ CONRING, H. T. (2001) *.Der Islam und das Menxhenrecht der Religionsfreiheit*, en Kirche und Recht Zeitschrift für kirchliche und staatliche Praxis, num. 1, y ss y, COMBALIA, Z., (2001). *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Pamplona, págs. 147 y ss.

⁷⁸⁸ *Entre Europe et Afrique, Ceuta et Melilla*. En Revue du monde musulmán et de la méditerranée num.1, págs 59-60 y pág 171.

¿Pero cuándo comienza a aflorar en Melilla la inserción laboral de los marroquíes de forma ilegal? Recordemos que en la época del Protectorado, aunque se contratara a un marroquí la contratación era clandestina sin alta alguna a la Seguridad Social. Este hecho, provoca un lastre cultural en nuestra ciudad como lo denota que en el año 1978 había 3.550 trabajadores en Melilla de nacionalidad marroquí⁷⁸⁹. Con el fin de conseguir un ajuste a la realidad, se dictó en 10 de Octubre de 1979, la *Orden de Permisos de Trabajo*. La citada Orden, de carácter general, su ámbito se extendía a todas aquellas zonas próximas a las distintas fronteras y dio lugar con posterioridad a que en Melilla y en Ceuta se creara un *Censo de Trabajadores Marroquíes*⁷⁹⁰. Destaca como connotación de esta norma su ámbito restringido⁷⁹¹ (solo a zonas fronterizas)⁷⁹²

En efecto esta entrada de migrantes beréberes se agravó como consecuencia de la promulgación de la ley⁷⁹³ de Extranjería de 1985, hasta ese momento la mayor parte de la

⁷⁸⁹ Según datos de la Inspección de Trabajo de Melilla.

⁷⁹⁰ En el citado censo figuran en el año 1979 solo 3.345 marroquíes inscritos. (Siendo ellos mismos los que se inscriben). Al ser obligatorio para los empresarios, la obligación de efectuar las inscripciones en dicho censo y con el fin de evitar las multas de la Inspección de Trabajo, éstos expedieron solamente 2.000 permisos de trabajo. Sin embargo, el Ayuntamiento solo autorizó 1.1447, de los que 1.039 correspondían a trabajadores por cuenta ajena y el resto o sea, 408, a trabajadores autónomos. Después se pasó a solo admitir la inscripción en el censo siempre y cuando *el trabajo no pueda ser cubierto por ningún español, según lo que disponía la citada Orden*.

⁷⁹¹ Estos permisos de trabajo estaban sometidos a una doble limitación: A) la legalización o documento administrativo que le autorice a estar en Melilla o Ceuta; B) límite de actividad. La primera queda constada en el número cuarto de la citada Orden de 1979 que dispone lo siguiente:

Cuarto.-los permisos de trabajo de validez restringida correspondientes a los extranjeros que realicen su actividad en zonas fronterizas se otorgaran, en su caso, previa obtención del pase o documento adecuado, a la que se refiere en su apartado 3. del artículo 4. del decreto 522/1974, de 14 de febrero.

Y el límite en cuanto a la actividad a realizar por los extranjeros se recoge en el artículo primero.-los permisos de trabajo de validez restringida de los trabajadores extranjeros, se podrán otorgar en los siguientes casos:

a) En aquellas actividades laborales de corta duración o temporada.

b) en aquellas actividades laborales que se realicen en zonas fronterizas por trabajadores extranjeros que no tengan su residencia en España.

dichos permisos tendrán una validez máxima de seis meses y no serán susceptibles de renovación.

Es decir, sólo se puede contratar al inmigrante marroquí si es fronterizo y se encuentra en posesión del correspondiente permiso de validez restringida.

⁷⁹² Según fuente periódico *el Telegrama de Melilla* de 7 de Noviembre de 1981, sólo 1500 musulmanes poseen permiso legal de trabajo en Melilla, siendo ilógico que en una población marroquí de 15.000 personas, solo mil quinientos se encuentren trabajando, de los que 6 poseen permiso de permanencia y 75 de residencia (los demás se supone que residen en Marruecos).

⁷⁹³ En dicha Ley en su artículo 34,1 se señala que tendrán preferencia para la obtención y, en su caso, renovación del permiso de residencia, los extranjeros que acrediten hallarse en cualquiera de los siguientes supuestos:

f) Que se trate de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatorianos, guineanos o sefardíes.

g) Las personas originarias de la ciudad de Gibraltar respecto de las actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta ajena.

De este modo, a pesar de prever que aquellos grupos de inmigrantes vinculados históricamente y culturalmente a España (iberoamericanos, filipinos, andorranos, sefardíes, originarios de Gibraltar y Ecuador tendrían un tratamiento preferente para conseguir la nacionalidad española y el permiso de

población musulmana que residía en Ceuta y Melilla, se encontraba en situación ilegal, estando en posesión un número reducido de los mismos de la *tarjeta de residencia*⁷⁹⁴. Sin embargo, una de las problemáticas que planteaba la citada Tarjeta de Identidad y Permiso de Trabajo, es que la Dirección Provincial de Trabajo inadmitía a trámite las solicitudes de permiso de trabajo presentadas, de quienes fueran titulares de tarjeta de residencia en las ciudades de Ceuta y Melilla, es decir el ejercicio del derecho del trabajo, reconocido en nuestro art. 35 de la Constitución española, pero sólo a favor de los españoles, avalado esta argumentación por la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, fundamento jurídico 4º, donde se entendía que” *el derecho a trabajar como derecho propio de los extranjeros es preciso que lo establezcan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio*” Siendo esta práctica contraria a lo establecido en el art. 54 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/85 de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y en su Reglamento de Ejecución del 1119/86 de 26 de Mayo, donde se fija que a tenor de las Instrucciones conjuntas de la Subsecretaría de los Ministerios de Interior y Trabajo de 2 de Julio de 1986, los marroquíes provistos de la tarjeta de residencia preferente o permiso de trabajo, (antes Tarjeta de Estadística) no necesitarían Permiso de Trabajo, al darle las citadas Instrucciones el mismo valor que permite trabajar a sus titulares en ambas ciudades. Por todo ello, para la Inspección de Trabajo, los empresarios podían contratar sin problemas a estos trabajadores siempre que fueran poseedores de la Tarjeta de Residencia. Sin embargo, por el contrario, la situación es diferente para la Jurisdicción Social, por aplicación de la Ley 7/85 que exige a todos los extranjeros residentes en España para poder desempeñar servicios por cuenta propia o ajena, el correspondiente *Permiso de Trabajo* (artículo 15 de la ley) ,este hecho provocaba una clara indefensión de la población musulmana poseedora de dicho permiso, dando lugar a que en la practica ningún marroquí con residencia legal pueda obtener en nuestra Ciudad, un permiso de trabajo, de este modo el trabajador en caso de ser despedido no tendría derecho a ningún tipo de prestación por le empresario ni tampoco de la Seguridad Social. Además, este hecho, produce una gran inseguridad jurídica al trabajador, que se sentía discriminado justificadamente pese a que el artículo 34,1 del Reglamento de ejecución de la Ley Real Decreto 1119/86, establecía:

trabajo). Se omite una referencia explícita en todo el artículo de la Ley, a los extranjeros que se encuentren asentados en Melilla y Ceuta, donde a pesar de tener vínculos históricos y culturales y desprenderse del espíritu de la norma, en la practica en nuestro territorio, no se dio dicho trato de favor hacia los mismos lo que ha sido origen de numerosos conflictos.

⁷⁹⁴ Se trata de un documento administrativo atípico creado por la Administración General, de las plazas de soberanía por un Decreto de 10 de Abril de 1958, cuyo fin era fijar un control estadístico, sobre los extranjeros que se encontraban en ambas ciudades que carecía de derecho a la residencia legal y cuya expedición dependía del Ministerio del Interior.

”que la autorización para trabajar en España podrá acreditarse mediante el correspondiente Permiso de Trabajo o mediante documentos regulados en la presente sección, que tendrán la consideración de “Permiso de Trabajo”.

El mismo artículo 34 en su apartado 4º, señala que los efectos de la autorización para trabajar, a otros documentos cuando las circunstancias especiales así lo aconsejen.^{1º)} El documento denominado *Tarjeta de Estadista* y posteriormente *Tarjeta de Identidad y Permiso de Residencia*, expedida a ciudadanos con arraigo y con residencia en la misma, en edad laboral, quedará dotado de los efectos propios de la autorización para trabajar por cuenta ajena, en cualquier actividad laboral o profesional, en la localidad donde haya sido expedido.”^{3ª)} A los ciudadanos originarios de las ciudades de Ceuta y Melilla⁷⁹⁵ que, en la fecha de entrada de la Ley 7/85 de 24 de Julio, se encontraran trabajando o residiendo en dichas ciudades, se les podrá conceder permiso de trabajo en los términos señalados en las Instrucciones dictadas sobre *“Regularizaciones de Extranjeros”* expidiéndose el permiso laboral que corresponda, sin contemplarse la situación nacional de empleo, siempre que hayan solicitado la regularización de su situación. ^{5º)} Todos los empresarios que tengan a su servicio trabajadores dotados de permiso de trabajo o documentación dotada de consideración que le autorice a trabajar, están obligados al ingreso de las cuotas por desempleo. No obstante, aunque resulte inverosímil fue necesario que el Tribunal Constitucional fallara sobre el asunto y dictara sentencia el 23 de Mayo de 1994, para dirimir esta controversia, habiendo bastado la aplicación del artículo 30 del Reglamento de Ejecución e la ley de Extranjería del 85, donde se fija *“que el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los trabajadores extranjeros en España se regulará por las Disposiciones contenidas en el presente Capítulo.”*

Como consecuencia, del agravio que la entrada en vigor de dicha norma supuso para los inmigrantes, se dictó el primer proceso extraordinario de regularización en 1985, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de dicha Ley, y cuyos destinatarios finales eran los extranjeros que se encontrasen residiendo en territorio español en la fecha de entrada en vigor de la Ley, estuviesen tanto en situación irregular como a los que estando en situación regular se viesan perjudicados por la aplicación de la misma. Por todo ello, la firma en Junio de 1991 de los protocolos de Adhesión al Acuerdo de Schengen por España va a tener un impacto importante en la circulación de personas entre las ciudades y el país vecino, sin llegar a resolver los numerosos problemas fronterizos y aduaneros que la falta de reconocimiento de la frontera por parte de Marruecos provoca. Siendo importante destacar la

⁷⁹⁵ A nuestro juicio uno de los errores más destacables de la vigente Ley de Extranjería en España, es el de no haber dado un trato preferente par los extranjeros residentes en –Ceuta y Melilla– independiente de la situación nacional de empleo, lo cual favorecería desde nuestro punto de vista la integración de la población musulmana que es la más marginada social, jurídica y económicamente.

peculiaridad establecida en el régimen de visados que se aplicará en las ciudades de Ceuta y Melilla, con un tratamiento preferencial para los ciudadanos marroquíes de las provincias vecinas de Tetuán y Nador, exentos de visado para entrar en las ciudades. Incorporando la posibilidad de un *visado limitado múltiple* para los marroquíes que deseen entrar sólo en esas ciudades, con el compromiso de mantener un férreo control documental sobre los que quieren viajar al restante territorio español, reforzando de este modo, el carácter de espacio entre dos fronteras de las ciudades. Estas disposiciones relajaron en cierto modo el control de sus líneas fronterizas terrestres y tuvieron como efecto inmediato la aparición de un nuevo flujo migratorio procedente del África subsahariana a finales del año 1991.⁷⁹⁶

Asimismo, esta Ley provocó graves fricciones en el contexto social y económico de dichas ciudades y cuyo reflejo quedó patente en las protestas violentas de los musulmanes que residían ilegalmente en dichas ciudades. Fruto de esta presión social, fue la elaboración de otro proceso extraordinario de regularización, previsto en el art 31.4 de la LO 4/2000, y se desarrolla conforme a la redacción establecida en la LO 8/2000. En el citado artículo, se vislumbra la vía de otorgar “*un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente*”. Y a pesar, de no denominarse proceso de regularización, en la práctica lo es, extendiendo su ámbito de aplicación a los inmigrantes que encontrándose en el territorio español pudieran demostrar su presencia en el mismo, con anterioridad al 23 de Enero del 2001, para lo cual se crea un nuevo concepto el “*arraigo*”, sirviendo de prueba para acreditar dicha condición que el inmigrante se encuentre incorporado al mercado laboral, de forma real o potencial, o bien, que hayan disfrutado con anterioridad de una situación de residencia legal o de vínculos familiares con españoles o extranjeros con residencia legal.⁷⁹⁷ Fruto de dicho proceso, fue la concesión de nacionalidad española mediante la instrumentación del maleable concepto de “*arraigo*”, de modo que, a través de este, los musulmanes que pudieran demostrar por alguna vía legal que llevaban residiendo un tiempo en Melilla o Ceuta podían acceder a la nacionalidad española. En cualquiera de los casos, la realidad es que no todos los marroquíes que vivían en Ceuta y Melilla, cuando entro en vigor la

⁷⁹⁶ PLANET CONTRERAS, A. I. (1996). *Melilla y Ceuta como regiones de destino migratorio*. Atlas de la inmigración marroquí en España Edit Observatorio de Inmigración marroquí en España, pág 387.

⁷⁹⁷ RAMOS GALLARÍN, J. A. E YBAZAGA FERNÁNDEZ, E I. (2002). En la Ponencia *Gestión intergubernamental y política de inmigración en España: el caso de los procesos de regularización de inmigrantes*, publicada en el VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. pág. 13

primera ley de extranjería en nuestro país vivían allí, sino que sólo los menores un 75% de los menores de 25 años se encontraban en esta situación.⁷⁹⁸

La justificación que conllevaron al gobierno a esta coyuntura extrema no son otras que la desidia y escasa atención que recibió el fenómeno migratorio en Ceuta y Melilla, así como el hecho de evitar un conflicto diplomático con Marruecos, país desde donde comenzaría una campaña de reivindicación de la soberanía sobre las dos ciudades, aprovechando la conflictiva situación que se vivía en aquel momento.

En cualquier caso, esta situación creará un enfrentamiento social sin precedentes en la historia de Melilla y mostró el interés de Marruecos en instrumentalizar el descontrol migratorio en la ciudad para fundamentar sus reivindicaciones. Desde ese momento, la presión migratoria comenzará a verse en la ciudad con cierta desconfianza, pues se entendía, que podía poner en peligro la soberanía española sobre la misma, generando cierta inseguridad a la población europea. A pesar de esta nueva situación, el Estado no adoptó las medidas necesarias para evitar la entrada de más inmigrantes a Melilla de nacionalidad marroquí, además de un nuevo contingente que comenzará a llegar a la ciudad desde el año 1990.

Por lo anteriormente expuesto, se deduce la dificultad de delimitar temporalmente el fenómeno de la emigración magrebí hacia España. Los múltiples lazos que a lo largo de la historia se han tejido entre ambos países, separados y unidos por tierra y mar, han hecho de los movimientos humanos en uno y otro sentido, un fenómeno recurrente y continuo. Observándose como durante el siglo XX tras el fin de la presencia colonial de España en el territorio del Protectorado en Marruecos, surge una nueva inmigración postcolonial, especialmente interesante por la población a la que afecta y porque significa el inicio de una nueva etapa de estos movimientos. Sin embargo, el fenómeno de la emigración magrebí hacia España se hace especialmente relevante en la última década del siglo XX. Debido entre otras razones a los múltiples cambios económicos, sociales y políticos sufridos por nuestro país, que refuerzan más que nunca el factor de atracción. Este hecho, entrelazado con el proceso de ajuste estructural desarrollado en Marruecos y que afectan a su economía, explican parcialmente el incremento de estos flujos humanos. Una primera mirada a la colonia de marroquíes, argelinos y magrebíes en general instalados en España, en estos años puede hacerse teniendo en cuenta el proceso extraordinario de documentación que tuvo lugar en 1991. Este proceso puso de manifiesto una serie de cuestiones: lugares de procedencia, tipo de emigración, localización espacial y laboral en territorio español.

⁷⁹⁸ PLANET CONTRERAS, A. I. (1996) *.Ceuta y las migraciones marroquíes*. Atlas de la inmigración magrebí en España, Universidad Autónoma de Madrid y Ministerio de Asuntos Sociales, págs. 1-2.

Diecisiete años después, la emigración continúa, se diversifica y el marco jurídico y las condiciones económicas de la sociedad de acogida y de procedencia han cambiado. Resulta interesante, pues, intentar hacer un balance de esta década de emigración magrebí a España. Durante dicho periodo, este proceso migratorio coincide con la transformación definitiva de España en país de inmigración. La elaboración de una política migratoria específica, que siendo coherente con las disposiciones europeas también lo son con las propias necesidades y la propia dinámica histórica de las relaciones de España con los países del Norte de África, es quizás, uno de los principales retos que se plantea a las autoridades nacionales y europeas.

¿Pero cuál es la política de inmigración que España debería adoptar frente a este nuevo fenómeno? ¿Qué política debería aplicar la Comisión de las Comunidades Europeas, teniendo en cuenta que la inmigración no se circunscribe a un único Estado miembro, y que se ha convertido hoy en un tema políticamente “*delicado*”? Analizando las causas (que todos conocemos), pasaremos a considerar eventuales soluciones que puedan estructurarse entorno a una política de inmigración nacional, o mejor, de una política comunitaria. Causas:

I. La organización de redes, que benefician a los transportistas y a los empresarios, y que refuerzan la estructura de economía paralela y de mercado negro.

II. La falta de infraestructuras de acogida y la carencia en el reparto de competencias entre el nivel local, regional, autonómico o nacional.

III. Diferencias de trato y de acogida por parte de la Administración y de la población frente a los inmigrantes del Norte y del Este de Europa, con respecto a los del Sur.

IV. Carencia de una política de integración real y comunitaria que sea efectiva (aunque actualmente se están realizando los primeros conatos) que están aún por conceptualizar).

De lo expuesto se desprende que uno de los problemas más importantes que plantea la inmigración en nuestro país, es el reparto competencial en la materia. De modo, que si tomamos como punto de partida el artículo 149.1.3.a de la Constitución española, donde se estipula que “*el Estado tiene la competencia exclusiva en las siguientes materias: nacionalidad, inmigración, emigración, estatus de los extranjeros y derecho de asilo*”.

Del citado artículo se desprende, que el legislador español, no permite una delegación de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de inmigración. Sin embargo, teniendo en cuenta la concentración geográfica de los migrantes, tratar de la inmigración a un nivel no estatal podría ser más realista y, tal vez, conllevaría a una menor arbitrariedad. Además el hecho de que la Administración autonómica, tenga un conocimiento más próximo de su mercado laboral, provocaría una más rápida inserción laboral y un mejor ajuste a las verdaderas necesidades de ese mercado.

En la actualidad, el migrante se dirige hacia donde cree encontrar trabajo, o allí, donde ya conoce a alguien; además, si algunas Comunidades Autónomas se organizaran en función de su verdadera oferta de empleo, tal vez hubiese menos inmigración clandestina, y una mayor aceleración en los trámites administrativos para la obtención de permisos de trabajo de residencia. De modo, que lo esencial, si no se logra un consenso entre el Estado Central y las Comunidades Autónomas sobre una nueva organización y sobre la gestión de los flujos migratorios, será conocer precisamente estos flujos (conocer el flujo anual de todas las categorías de permisos concedidos, el stock de extranjeros residentes y su sexo, edad y actividad económica, la tasa de escolarización de los niños extranjeros, tener información sobre los extranjeros en paro, etc.). Para ello, debe procederse a un cambio en la actual política migratoria, dejando su actual connotación policial y de contención, para configurarse como una política más social, con objetivos más realistas, política que tenga una perspectiva sino más internacional, si al menos más europea.

Lo anteriormente expuesto, nos lleva plantearnos la siguiente premisa ¿Hacia donde debe dirigirse la política migratoria comunitaria? Lo cierto, es que con la perspectiva del mercado único y de la libre circulación de las personas físicas, se podía haber pensado en cierta armonización de las políticas de inmigración nacionales para discernir sobre inmigración, pero debatir sobre Europa, supone hablar de sus propios ciudadanos y de su soberanía (ésta se confunde a menudo con el concepto de competencia), lo que no impide a los distintos gobiernos tener un doble discurso, defendiendo de una parte el respeto a los Derechos Humanos y de otra la voluntad declarada de construir una Europa comunitaria. (ecuación en la actualidad sin solución posible)

En este sentido, conviene recordar que España firmó su Acta de Adhesión a la CEE el 1 de Enero de 1986, cuando la Comisión ya había presentado al Consejo sus *Orientaciones para una política comunitaria de migraciones*⁷⁹⁹. Estas trataban principalmente de tres puntos:

- Adopción de una legislación comunitaria específica para los inmigrantes de origen comunitario.
- Conseguir una concertación entre los Estados miembros sobre el tema de los problemas que afectan a los inmigrantes procedentes de países terceros.
- Informaciones sobre las comunidades inmigrantes y acciones para que tengan consciencia de sus derechos.

⁷⁹⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo de de Marzo de 1985, COM (85)48 final.

Pero el Consejo se manifestó contrario a estas propuestas y consideró que el acceso, la entrada y el empleo de los trabajadores inmigrantes de los países terceros son competencia de los Estados miembros⁸⁰⁰.

En consecuencia, la Comisión adoptó la Decisión 85/381/CEE de 8 de julio 1985, por la que se establecían un procedimiento de notificación previa y una concertación sobre las políticas migratorias con respecto a los Estados terceros. Pero esta Decisión, fue anulada por el Tribunal de Justicia, tras los recursos interpuestos por Alemania, Francia, Países-Bajos, Dinamarca y el Reino- Unido, siendo el objetivo mantener su competencia nacional en materia de inmigración. Hasta el 8 de Junio 1988 la Comisión no adoptó la Decisión 88/384 que recoge el contenido de la Decisión anterior, pero ajustado a la sentencia del Tribunal de Justicia. A partir de esta sentencia, las competencias de la Comisión están claramente limitadas⁸⁰¹ quedando sustentada la base jurídica de la política migratoria comunitaria en el artículo 118 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

De otra parte, el Libro Blanco sobre el mercado único también proponía una serie de medidas para coordinar los flujos migratorios⁸⁰². Pero, el espíritu de la Decisión y del Libro Blanco, ha sido progresivamente modificado y reemplazado por decisiones Intergubernamentales. Además si tenemos en cuenta que toda materia relativa a la política migratoria se trata a nivel intergubernamental, esto implica que el Parlamento Europeo, no tiene reconocida competencia alguna para decidir en temas de inmigración. Estos factores desembocaron con la aprobación del Acuerdo de Schengen en 1985, cuya finalidad fundamental era constituir entre los Estados partícipes, un espacio sin fronteras interiores pero compatible con el mantenimiento de la seguridad de cada Estado. Nada más lejano de una política de inmigración, o incluso de una política intergubernamental.

Por todo ello, ante la aprobación del Tratado constitutivo de la UE, la Comisión europea elabora un esbozo de los fundamentos en los que debería descansar una política migratoria en la Unión:

- Actuar sobre la presión migratoria gestionando sus efectos.

⁸⁰⁰ Resolución del Consejo de 16 de Julio de 1985 sobre las orientaciones de la Comisión acerca de una política comunitaria de migraciones, DO. C. 186, de 26 de Julio de 1985.

⁸⁰¹ El artículo 118 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea estipula que “la Comisión tiene que promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social”, citando varios campos sin mencionar la política migratoria.

⁸⁰² Libro Blanco, COM (85)310 final.

- Controlar los flujos migratorios de conformidad con el principio de libertad de circulación (lucha contra la inmigración ilegal, acercamiento de los criterios para el reagrupamiento familiar, creación de un Observatorio permanente de migraciones).
- Profundizar las políticas de integración para hacer frente a la inmigración de poblamiento.

Sin embargo, a pesar de estos conatos de unidad en la materia, la inmigración en la actualidad, continua un tema nacional para cada Estado y por tanto exclusivo del mismo. Así, según el Título VI del Tratado de la Unión “*Cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los Asuntos Interiores*”, y el artículo K. 165, la inmigración sigue siendo competencia de los Estados, aunque se considere de “*un común interés*” y pueda ser tema de cooperación entre los Estados miembros (cf. artículo K.3).⁸⁰³

Por otra parte, el Consejo Europeo de Maastricht aprobó un plan de trabajo presentado por los Ministros de Inmigración, que propone:⁸⁰⁴

- I. Armonizar las políticas de admisión que deben ser restrictivas, salvo, respeto al reagrupamiento familiar y a la segunda generación, y de la misma manera, armonizar las políticas de expulsión (llamadas políticas de “alejamiento”)
- II. Tener una postura común frente a la inmigración ilegal (lucha contra la inmigración irregular y el empleo ilegal).
- III. Debatir sobre una política migratoria sobre mano de obra, por medio de una armonización de las políticas nacionales de acceso al trabajo.

Este plan de trabajo concluye sobre la necesidad de incorporar el factor “*inmigración*” en la cooperación económica, financiera y social y sobre la necesidad de analizar las causas de la presión migratoria.

En definitiva, es preciso elaborar una política mediata para la inmigración, para ello sería necesario adaptar la demanda de trabajo de los países desarrollados a la oferta de trabajo potencial de los países menos desarrollados, pero en el marco de un control de los flujos migratorios para los países del Norte y de un despegue económico para los países del Sur. Esto se puede conseguir, con la asistencia técnica de los países del Norte, pero también con la apertura de su política comercial y la revisión de las tasas de materias primas importadas de los países menos desarrollados.

⁸⁰³ Según señala el citado artículo el Consejo puede a iniciativa de algún Estado miembro o de la Comisión, adoptar posiciones comunes o establecer Convenios.

⁸⁰⁴ Informe de los ministros responsables de Inmigración y asilo en el Consejo europeo de Maastricht sobre la política de inmigración y de asilo, SN 4038/91 WGI 930, de 3 de Diciembre de 1991.

Y a pesar de que la CEE, tiene actualmente una política de cooperación de una envergadura limitada y con una postura fundamentalmente económica. De hecho, su política con los países mediterráneos, con los países de África- Caribe-Pacífico (ACP) o con los países de América Latina debería adaptarse a la realidad y en consecuencia, introducir cláusulas sociales que tomen en cuenta el potencial demográfico y la tendencia actual de los jóvenes a emigrar. De hecho, los acuerdos de cooperación CEE –Magreb que recogen disposiciones relativas a la igualdad de trato de los trabajadores emigrantes y a sus derechos en materia de seguridad Social .Si se analiza las ayudas prestadas por los países de la UE a Marruecos, recogidos en el Documento Estrategia País (DEP) donde figuran las ayudas específicas realizadas por las diferentes Administraciones Publicas, ONG 's y organismos internacionales. Por parte de Marruecos, sólo se consideran aportaciones las financiadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, quedando fuera de estimación la provenientes de otros actores (Administraciones Publicas, ONG' s, etc.) A ello, hay que adicionar el desequilibrio en la distribución de fondos, siendo patente el perjuicio que padece la zona norte y oeste próxima a los territorios de Ceuta y Melilla. Sin embargo, el problema de la regulación de los flujos migratorios no está mencionado y el diálogo de fondo sobre la “*gestión*” de los movimientos migratorios y de los recursos humanos todavía no se ha abierto. En el futuro, se deberían aprovechar los acuerdos de cooperación existentes con los países mediterráneos para añadir disposiciones referentes a inmigración, que sean realmente de directa aplicación en el ordenamiento comunitario. A ello hay que añadir, que Marruecos hasta la fecha ha demostrado que a pesar de haber sido el mayor receptor de los fondos MEDA del Mediterráneo, no ha sabido financiar, proyectos de forma eficaz⁸⁰⁵ no justificables ni por su población ni por sus niveles de desarrollo⁸⁰⁶, además del alejamiento económico, político y peores comunicaciones que el resto del país. Asimismo no debemos de olvidar la importancia económica de las remesas enviadas por los inmigrantes a Marruecos y su incidencia en el desarrollo de la económica marroquí en combinación con otros factores⁸⁰⁷.

⁸⁰⁵ LÓPEZ-BUENO, J. M. (2008). *Melilla una oportunidad perdida para las relaciones hispano-marroquíes*, publicado .Ediciones Académicas S.A. UNED, Madrid. Pag 24.

⁸⁰⁶ Según apuntaba RACHIS BENMOJTAR BENBDELA (Presidente de la Universidad al Ajawayn de Ifrane-Marruecos) al diario *el Periódico* .Barcelona de Mayo2006.Marruecos solo es capaz de crear 180.000 empleos al año frente a los 400-000 que serian necesarios para atender una demanda laboral creciente originada por un alto crecimiento demográfico y una población mayoritariamente joven.

⁸⁰⁷ LORCA, A., TORRES, R., Y ESCRIBANO, G. (2005). *Las inversiones extranjeras en la región mediterránea. Seminario activo, las inversiones en el área Euromed*. Comisión Europea y Carta Mediterránea.16 y 17 de Noviembre.

¿Cuál es política migratoria en los territorios concretos de Ceuta y Melilla? El Acuerdo de Schengen por España va a tener un impacto importante en la circulación de personas entre las ciudades y el país vecino, sin llegar a resolver los numerosos problemas fronterizos y aduaneros que la falta de reconocimiento de la frontera por parte de Marruecos provoca. España incluye en el tratado una serie de declaraciones, la primera de las cuales se refiere al régimen de visados que se aplicará en las ciudades de Ceuta y Melilla, con un tratamiento preferencial para los ciudadanos marroquíes de las provincias vecinas de Tetuán y Nador, exentos de visado para entrar en las ciudades.

Incorpora también la posibilidad de un "*visado limitado múltiple*" para los marroquíes que deseen entrar sólo en esas ciudades, con el compromiso de mantener un férreo control documental sobre los que quieren viajar al restante territorio español, reforzando el carácter de espacio entre dos fronteras de las ciudades.

Estas disposiciones relajaron en cierto modo el control de sus líneas fronterizas terrestres y tuvieron como efecto inmediato la aparición de un nuevo flujo migratorio procedente del África subsahariana, que llega a las ciudades por vía terrestre. Al mismo tiempo, se pretende no afectar el desarrollo de los intercambios comerciales con Marruecos que, por otra parte, están dentro de un círculo de economía sumergida e informal por el no reconocimiento de la aduana y es medio de vida de un número indeterminado de familias de un lado y otro de la frontera.⁸⁰⁸

Si bien, si hay un rasgo definitorio que caracterice a esta inmigración, es la permeabilidad de las fronteras entre ambos territorios en los casos específicos de Ceuta y Melilla, unida a la complicidad de las fuerzas policiales marroquíes y españolas que alimentan este flujo. Ante esta disyuntiva, España buscó una solución basada en la cooperación bilateral con Marruecos, fruto de la cual nace el *Acuerdo sobre Circulación de los extranjeros*⁸⁰⁹ cuya

⁸⁰⁸PLANET CONTRERAS, A. I. (1996). *Melilla y Ceuta como regiones de destino migratorio. Atlas de la inmigración magrebí en España Atlas, cit* pág 15, Universidad Autónoma de Madrid y Ministerio de Asuntos Sociales, págs. 386-288.

⁸⁰⁹ Convención de 13 de Febrero de 1992 por el que se aprobó dicho *Acuerdo entre España y Marruecos relativo a la circulación, tránsito y la readmisión de extranjeros ilegales*. Sin embargo, uno de los problemas fundamentales que plantea el mismo es su inejecución ,cuando se trata de repatriación de inmigrantes subsaharianos por su territorio, problema que se ha solucionado al menos temporalmente, con la entrega de medios financieros procedentes de la UE ,para conseguir dicha cooperación comprometiéndose España a contribuir a la mejora de las capacidades de desarrollo económico y social a nivel regional en Marruecos, así como contribuir al reforzamiento de la capacidad de planificación y de gestión para optimizar la utilización de fondos regionales que se pondrán a disposición de Marruecos por la UE con la puesta en marcha del nuevo instrumento de vecindad. En este sentido, España en la misma línea marcada anteriormente ha suscrito con Marruecos el *Tratado de amistad, buena vecindad y cooperación firmado el 4 de julio de 1991(BOE 26-2-1993)*. Asimismo a través de la propuesta conjunta

entrada haya sido ilegal”.De este modo, se creía que el problema quedaría solventado. Sin embargo no se consiguió el fin perseguido y la alternancia para resolver esta cuestión que continua sin tener siempre una respuesta clara por parte de las autoridades magrebíes.

No obstante, debemos destacar como característica positiva de esta inmigración, su ductibilidad al territorio próximo a su entorno y que continua siendo una constante en la historia de ciudad frontera, que ha sabido integrar sobre todo al flujo migratorio marroquí. Sin embargo, esta situación cambia debido a la llegada de una nueva corriente migratoria procedente del África subsahariana, para la que no existía infraestructura.

Tabla sobre extranjeros inmigrantes magrebíes acogidos en el CETI y con posterioridad trasladados a la península

AÑO	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Entradas	5	9	4	3	3	1	
Salidas de Marroquíes en Melilla	4	14	1		8	5	

Fuente: CETI Melilla. (2005).Secretaria de Estado de Inmigración e Emigración

Se extrae como conclusión de la presente Tabla, la escasez cuantitativa de los inmigrantes marroquíes que acuden al centro de estancia temporal para legalizar su situación prefiriendo legalizar su situación por otras vías: a) Traslado a la península de forma ilegal e

franco-española, la UE también se compromete a sufragar un tramo del 20% del proyecto MEDA, de asistencia técnica a Marruecos para la gestión en materia de control de fronteras. Ambas partes han constatado el documento de recursos humanos y logísticos desplegado en la lucha contra la inmigración irregular y los esfuerzos por el gobierno marroquí en la materia. En el mismo sentido, España se ha comprometido en prestar la necesaria cooperación en asistencia técnica y logística a Marruecos, país tanto de tránsito como de destino de la emigración de origen subsahariano, para una adecuada gestión del control de fronteras y la gestión de los flujos migratorios.

ilícita b) Quedarse en Melilla y adquirir la nacionalidad a través de contraer matrimonio con dicho fin.

En conclusión a nuestro juicio la población marroquí que vive en Ceuta y Melilla se ha ido conformando del siguiente modo:

- Ejército que se establece en Melilla tras la época del protectorado.⁸¹⁰
- Marroquíes provenientes de los núcleos fronterizos colindantes a ambas ciudades.
- Los descendientes que los dos grupos anteriores que han nacido en Ceuta y Melilla a los que hay que sumar los que las madres vienen a dar a luz⁸¹¹ en alguna de estas ciudades y cuyos padres son marroquíes y residen en Marruecos.
- Los que han penetrado por los diversos puestos fronterizos cuya infiltración es constante y que al amparo de parientes o amigos han ido y continúan fijando su residencia ilegal en la ciudad, con el pretexto de entrar y salir en el mismo día

2.3.- MIGRACIÓN HEBREA.

En este apartado se analiza la evolución histórica de la migración hebrea, sus etapas y las consecuencias jurídicas. Los primeros judíos que llegan a Melilla en el año 1862 venían de Tetuán, formando el primer núcleo hebreo residente en la ciudad. Tenían como actividad el comercio y por ser puerto franco la ciudad, tenían perspectivas que motivaron a estos judíos da inicio a la maquinaria mercantil y económica en Melilla. En el año 1871, la administración española les concede la ciudadanía. La comunidad hebrea que se encuentra residenciada en esta ciudad española, descende de los judíos sefardíes que en 1492 salieron de la Península por el edicto de expulsión de los Reyes Católicos.

“Los primeros marroquíes de confesión judía en llegar a España se sitúan esencialmente en los años que suceden a la independencia, es decir, entre 1956 y 1962; un éxodo en muchos casos ilegal y clandestino. Después de 1964, el movimiento migratorio acusa una cierta ralentización, tanto por razones psicológicas como económicas, hasta que en 1967 vuelve a

⁸¹⁰Según el periódico *El Telegrama de Melilla* de 12 de Septiembre de 1981. En Ceuta, cuando se produjo la independencia de Marruecos se instalaron unos 10.000 marroquíes militares del ejército español y sus familiares ,en el año 1981 esta cifra se estima en 20.000.En Melilla se calcula que asciende dicha población a 30.000 personas.

⁸¹¹ Estas el procedimiento a seguir es el nacimiento en España, con la finalidad de conseguir la inmediata inscripción en el Registro Civil de los nacidos, para obtener, posteriormente en su momento, previa correspondiente emancipación o alcanzar la mayoría de edad, conseguir la nacionalidad española, antes de que fuese modificado el *ius soli* que inspiraba los artículos 17,18 y siguientes del Código Civil.

intensificarse hasta 1970. Se trata de una población predominantemente urbana del norte y centro de Marruecos. Una migración de familia completa que pertenece a todos los grupos de edad lo que facilita su integración y acogida y evita la dificultad que produce una separación de la familia.»⁸¹² La comunidad hebrea es la que se encarga de proteger a los ciudadanos judíos que viven en la ciudad en condiciones de marginalidad.

La Ley de Extranjería en el año 1986 obligaba a muchos musulmanes de Melilla a declararse extranjeros y les exigía requisitos inalcanzables para poder regularizar su situación. Por último se presentan las consecuencias jurídicas de esta migración, por lo que se analiza la normativa legal en esta materia.

2.3.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Podemos establecer como la primera entrada de los judíos en Ceuta y Melilla, en 1492, cuando se produce la expulsión de los judíos de la península⁸¹³. (Aproximadamente 170.000 a 180.000, dándoles un plazo de 3 meses para abandonar el territorio nacional de 31 de Marzo a 31 de Julio de ese año). Parte de estos expulsados, se instalan sobre todo en Oran, Tetuán y otras ciudades africanas. Si bien, la mayor parte de esta población asentada en Melilla y Ceuta, cinco años⁸¹⁴ más tarde se marcha de ambas ciudades, ante las continuas guerras entre los reyes por disputarse la ciudad, lo que obliga a éstos se asientan en los alrededores de las mismas.

Posteriormente durante los siglos XVI y XVII, los judíos⁸¹⁵ se dedicaban sobre todo al comercio, espías⁸¹⁶ y truhanes o traductores. Continúan en estas actividades durante el año

⁸¹² LISBONA, J., (1996). *La especificidad de las migraciones judías de Marruecos a España (1956-1970)* <http://www.uam.es>

⁸¹³ Estos emigran en varias direcciones entre cuyos destinos se encuentran Portugal y Tánger que era en ese momento portugués y cuya población mayoritaria de esta ciudad era árabe (a los sefardíes autóctonos se les denomina *toshabim* y los que emigran a Tánger se ven obligados a bautizarse para poder instalarse allí y el resto que no se bautizó se dirigió a Fez). Destaca el estudio que sobre esta comunidad realiza RODRIGUEZ DE SILVA J. A. (1997). *Os judeus na expansao portuguesa en Marrocos durante o seculo XVI*. Edições APPACDM Distrital de Braga, pág 69. Interesante también es el estudio de cómo estos sefardíes recién llegados al norte de África comienzan a ocupar posiciones sociales destacadas y los *toshabim* quedan subordinados a actividades secundarias son tratados con gran acierto por CHOURAGUI, A., (1985) *Histoire des jufsen afrique du Nord*, Hachette, Paris, pág. 147.

⁸¹⁴ En concreto se señala el año 1883 como el año en que se produjo una fuerte emigración judía hacia Marruecos según fuente del Archivo Histórico de Melilla.

⁸¹⁵ Los judíos en Marruecos son considerados *dihmis* (tributarios) es decir padecían una desigualdad jurídica en relación con los musulmanes en Marruecos y ante cualquier juicio *la culpa siempre la tenía el judío*. Este hecho hace que la mayor parte de la población judía que vive en Marruecos intente trasladarse a vivir en Melilla, para lo cual las autoridades exigían la tenencia de un permiso cuyo carácter era temporal (*Gaceta de Madrid* nº 140, de 20 de Mayo de 1863) y cuya vigencia se produjo hasta el 17 de Febrero de 1864 por el cual se autorizó a vivir en Melilla a quienes quisieran hacerlo.

siguiente, si bien, en el año 1774, son utilizados estos (que estaban al servicio del Sultán de Marruecos) junto a población negra contra Melilla, para asaltar las ciudades de Ceuta y Melilla⁸¹⁷

La guerra hispano-marroquí de 1859-1860, hizo que muchos judíos se fueran de Marruecos⁸¹⁸, en especial a Orán (en Argelia) al Peñón de Gibraltar y a Ceuta (ALCARAZ CANOVAS I)⁸¹⁹. Los judíos marroquíes, que hasta entonces tuvieron una convivencia con altibajos junto a sus vecinos musulmanes, se mostraron complacidos con la presencia española. Como consecuencia de esto, con la retirada de las fuerzas hispanas –el 2 de mayo de 1862 - las cosas se complicaron para los judíos que se regían por su propia reglamentación jurídica y conservadurismo (ZAMFRANI, H)⁸²⁰ hechos que motivaron que parte de la población musulmana se mostrara recelosa hacia ellos. La actitud antiextranjera -y antijudía- que comenzó a imperar en el país, ocasionó una cada vez más creciente emigración judía. Justamente por esa época se instalan las escuelas de la *Alliance Israélite* en Tetuán (en 1862) y Tánger (en 1864). Las ideas de mundanidad, progreso y capacitación para la actividad educacional son transmitidas desde estas escuelas y esto acelera también la inmigración. Desde Tetuán, la mayoría se dirigió a Orán, pero también se marchan a Tánger (donde los judíos tenían mejores perspectivas económicas) y a Ceuta y Melilla. Para evitar esta situación se dictó un Decreto en 1870 por el que se suprimieran restricciones para residir en Melilla. Lo cual supuso la llegada de los primeros judíos a la ciudad, que en lo sucesivo por su laboriosidad y habilidad comercial, habrían de constituir un grupo humano muy importante para el desarrollo de la ciudad.⁸²¹

⁸¹⁶ Estudio de esta actividad junto a las diplomáticas desarrolladas por los judíos es de ISRAEL BEN, M. (1987) *Esperanza de Israel*. H. Mechoulam y G. Nahon (eds) Madrid, edit en Heperión, págs. 151-152.

⁸¹⁷ LOURIDO DÍAZ, R., (1970). El sultanato de Sidi Mohamed Ben Abdalah (1757-1790) *Cuadernos de Historia del Islam*, Publicaciones del Seminario de la Universidad de Granada, Serie Monográfica - Islámica Occidentalia - n° 2, pág 148.

⁸¹⁸ Según SALFRANCA ORTEGA, J. (1992). Los orígenes de la comunidad judía de Melilla. Editores Sefarad Madrid. *Revista Raíces* N° 12, pág.55 Las primeras familias hebreas que se asentaron en Melilla lo hicieron durante el periodo 1856-1870 después de la firma del Tratado de Paz de 1860 con Marruecos y de la aprobación de la Ley de 1863 por la que se declaraba a Ceuta y melilla puerto franco.

⁸¹⁹ ALCARAZ CANOVAS, I., (1999). *Entre España y Marruecos: testimonios de una época 1923-1975*, edit Catriel, Madrid, págs 235-242. Analiza de forma pormenorizada la estancia de los sefardíes en Marruecos.

⁸²⁰ ZAMFRANI, H., (1994). *Los judíos del occidente musulmán Al-Andalus y el Magreb*. Edit MAPFRE, Madrid, pág. 215.

⁸²¹ En el censo de 1874 realizado por el Brigadier Cuadra figuran ya 19 judíos procedentes de Tetuán.

A partir de 1883 aumenta la presión migratoria hebrea hacia Melilla a causa de las expulsiones masivas desde territorio marroquí y de las continuas persecuciones. Durante el siglo siguiente, comienza de nuevo el asentamiento en Ceuta y Melilla. Sin embargo, es a principios del siglo XX cuando se aprecia una importante inmigración judía a Ceuta y Melilla, debido a las guerras internas en Marruecos que hacen que en 1902, se les prive de sus bienes y comience una exterminación étnica en Marruecos de los judíos, que hace que estos se refugien en las Ciudades de Ceuta y Melilla, recibiendo asistencia social del Estado español. Parte de esta población en 1904, se marcha de nuevo a Marruecos, (Tánger y Tetuán) ante la normalización de la situación y con el intento de continuar buscar empleo ante la ausencia del mismo en Melilla y otro número de hebreos se traslada a Gibraltar. Siendo en 1905, la etapa de verdadera oleada migratoria hebrea estabilizándose en Melilla más de doscientas personas⁸²²

Posteriormente cuando se inicia el protectorado de Marruecos por Francia y España, se produce el amotinamiento de los pueblos próximos a Casablanca y de nuevo se inicia en 1907, una nueva ofensiva contra los hebreos en Marruecos, que vuelven a inmigrar en de nuevo hacia Melilla, donde parte de esa población se asienta y otra parte, retoma los dos destinos anteriormente señalados. Además, a esta situación hay que añadir a la ocupación de Marruecos en 1912, declarándose bajo protectorado el país y después de varias conferencias y acuerdos internacionales, se procedió a la división del mismo en tres zonas dominadas respectivamente por Francia, España y por un contingente internacional formado por estas dos potencias, además de Bélgica, Alemania y Gran Bretaña, que hizo de Tánger una ciudad internacional dotada de un estatuto particular.

Sin embargo, el mayor éxodo de judíos a Ceuta y Melilla, se produce con ocasión de la Primera Guerra Mundial, en concreto, a los dos años de estallar durante el periodo 1916-1918. Pero de nuevo la guerra del Rif⁸²³ sobre ambas ciudades en 1921-1927, hizo descender la población de las mismas, este hecho unido a la pacificación de Marruecos hace que parte de la población judía asentada en los territorios de Ceuta y Melilla vuelvan a Marruecos parte de la misma y a la inversa parte de esta población emigra a Melilla alcanzando esta comunidad los 3000 individuos en el año 1929. (CARBONEL PEREZ. Y, 1987)⁸²⁴

De otro lado, merece destacar la nacionalización de los judíos melillenses, donde podemos establecer tres fases:

⁸²² SODDU, P., (2002). *Inmigración extracomunitaria en Europa: El caso de Ceuta y Melilla*. Edit Conserjería de Educación y Cultura de la Ciudad Autónoma de Ceuta, pág 172.

⁸²³ La Guerra del Rif en Marruecos comprendió el periodo 1921-1927.

⁸²⁴ *El origen geográfico de la población Ceuta*, Congreso Internacional el Estrecho de Gibraltar, Ceuta.

- 1) Real Decreto de 6 de Noviembre de 1916⁸²⁵.
- 2) Real Decreto de 20 de Diciembre de 1924⁸²⁶.
- 3) El libro de Ciudadanía de 6 de Noviembre de 1916⁸²⁷.

En el primero, se regula por este R.D. los requisitos necesarios para poder adquirir la nacionalidad española y que en resumen eran los siguientes:

I. Se adquiere la nacionalidad española por 10 años de residencia en territorio español.

II. También es posible adquirirla por 5 años si se dan una serie de circunstancias excepcionales.

III. No podrán adquirir la nacionalidad aquellos que carezcan de capacidad legal.

IV. Los requisitos necesarios para adquirir la nacionalidad española son los siguientes:

- Instancia.
- Certificado de residencia.
- Certificado de nacimiento.
 - Certificado de ser mayor de edad⁸²⁸.
 - Certificado de matrimonio y de los hijos habidos en el mismo.
 - Certificado del Cónsul de su nación.
 - Certificado del cumplimiento del servicio militar o demostrar que este no es preceptivo en su país.
 - Certificado de penales español.
 - Certificado de buena conducta de la autoridad local.
 - Obligación de que todos estos documentos se presenten legalizados y traducidos.

⁸²⁵ Publicado en la *Gaceta de Madrid* nº 319, de 14 de Noviembre de 1916.

⁸²⁶ Publicado en la *Gaceta de Madrid* nº 356, de 21 de Diciembre de 1924.

⁸²⁷ El Libro de Ciudadanía, se creó por Ley de 17 de Abril de 1870, desconociéndose porque no se llevó a ejecución hasta 36 años más tarde en Melilla. Su finalidad era registrar a los extranjeros que pretendían conseguir la nacionalidad española, sin embargo, a partir de la entrada en vigor del R.D. 6 de Diciembre de 1916, se convirtió en un libro sobre nacionalidad.

⁸²⁸ En el caso, de ser mujer es obligatorio la acreditación de su estado civil.

Estas razones hacen que los judíos que provienen de Marruecos opten por la residencia de 10 años para adquirir la nacionalidad española.⁸²⁹

Una segunda fase en la legalización de su situación administrativa la constituye el R.D. de 20 de noviembre de 1924, por el cual se otorga a los sefardíes de la mayor parte de Europa, el derecho a recuperar su nacionalidad perdida hacía 432 años y que benefició de forma destacada a los sefardíes marroquíes debido a las siguientes motivaciones:

- No hacia falta tener fijada la residencia en España.
- Se podrán acoger los individuos que origen español que tuvieran arraigo por España.
- Bastaba la mera inscripción en el Acta del Registro ante el Consulado más próximo.
- El límite temporal para acogerse a esta medida era breve finalizaba el 31 de Diciembre de 1930.

Sin embargo, a pesar de esta ley los judíos en Melilla optan por utilizar la vía que les ofrece el R.D. de 1916, las razones que justifican esta opción son las siguientes:

- ❖ Ignorancia de esta Ley por la población judía.
- ❖ Nula diferencia practica para residir en Melilla salvo la imposibilidad de pertenencia a la Junta Municipal.
- ❖ El temor de los varones israelitas a ingresar en el ejército si se nacionalizan y ser enviados a la guerra en Marruecos.

Una tercera fase en la nacionalización se produce durante la Republica en concreto en el año 1931⁸³⁰, que introduce las siguientes novedades:

- Vuelve a ratificarse en las condiciones necesarias para adquirir la nacionalidad señaladas en el R.D. de 1916.
- Se otorga un trato de favor para adquirir la nacionalidad, reduciendo el plazo de residencia en 2 años, si los sujetos provienen de los siguientes territorios: Brasil, Portugal, Hispanoamérica, o naturales de la zona marroquí sometida a protectorado.

⁸²⁹ SALAFRANCA ORTEGA, J., (1990) *La población judía en Melilla (1874-1936)*, editado por Sefarad judaica inc. Caracas, Venezuela, págs.133-270.

⁸³⁰ R.D. 20 de Diciembre de 1924 publicado en nº 120 de la *Gaceta de Madrid* el 30/ de Abril de 1931.

- Es preceptivo que el solicitante viva en España.(Mientras que en Decreto del 1916 no se exige este requisito)

Esta norma aunque menos generosa que la anterior, no se llevó en la práctica con todo su rigor ni en Ceuta ni en Melilla, de tal modo, que todos los que presentaron solicitud de nacionalización la obtuvieron. De otra parte, a partir de 1948, con la creación del Estado de Israel, se produce una emigración masiva de judíos, desde países musulmanes en donde la presencia de estas comunidades había sido milenaria. Muchos de ellos, prefieren destinos de países iberoamericanos como Venezuela donde llegan desde Egipto, Siria y Líbano. Y al proclamarse la independencia de Marruecos, en 1956, se produce una importante inmigración de judíos desde Tetuán, Tánger, Melilla, Ceuta y otras ciudades del Norte de África donde el español era el idioma predominante. Se encontraron con instituciones ya consolidadas, con sinagogas y con un colegio comunitario. De inmediato se incorporaron a la vida local y a las actividades comerciales que realizan fundamentalmente.

De nuevo, en los años noventa surge otra importante crisis, que provocó un descenso importante en su población, hecho que motiva la vuelta a la inmigración, siendo en este caso, los destinos elegidos península, Hispanoamérica y Gibraltar. Asimismo en los años sesenta se produce una fuerte migración proveniente de los *mellah* (juderías) de Tetuán, Tánger y Nador. Se trata de un flujo configurado como un éxodo de familias marroquíes de confesión judía que se instalan en su mayoría en las ciudades de Madrid y Barcelona entre 1956-1964, fecha a partir de la cual el movimiento migratorio se detuvo hasta intensificarse nuevamente en 1967⁸³¹. Observándose como a partir de los años sesenta como estos flujos migratorios disminuyen 943 se produjeron en los 60, 790 en los 70, 321 entre 1980.⁸³²

En la actualidad, aunque su número no es considerable, siendo numéricamente la tercera comunidad en importancia numérica en ambas ciudades, se encuentran plenamente integrados en la vida social, dedicándose fundamentalmente al comercio, funcionariado, banca, etc., siendo en la actividad autónoma y de empleado público en la que menor número se insertan.

⁸³¹ MARTÍN LISBONA, J. A. (1996) *La especificidad de las migraciones judías de Marruecos a España (1956-1970)* Atlas de la inmigración magrebí en España, Universidad Autónoma de Madrid y Ministerio de Asuntos Sociales, pág 74-75.

⁸³² PLANET, A. I. (1996). *Melilla y las migraciones magrebíes*. Atlas de la inmigración magrebí en España en Atlas de la inmigración magrebí en España , Universidad Autónoma de Madrid y Ministerio de Asuntos Sociales, pág 87-88.

2.3.1.1-ETAPAS

- a) I. Etapa.-Antecedente inmediato la expulsión de los judíos de la península y la llegada de los mismos entre otros destinos norteafricanos a Ceuta y Melilla.
- b) II. Etapa.-Durante los siglos XVI y XVII, los judíos se coaligan con los más poderosos de Marruecos para apodarse de ambas ciudades.
- c) III. Etapa.-La guerra hispano-marroquí de 1859-1860, provocó que parte de la población hebrea residente en Marruecos optara entre otros destinos por Ceuta y Melilla.
- d) VI. Etapa.-Principios del siglo XX. Debido a las guerras internas en Marruecos se produce una fuerte migración hacia los territorios de Ceuta y Melilla, con un movimiento rotativo de idas y vueltas hacia Marruecos.
- e) VII. Etapa.-Éxodo más importantes de judíos a los territorios aislados es a los dos años de estallar la Primera Guerra Mundial, en concreto, durante el periodo 1916-1918. Pero tras la guerra del Rif, entre Marruecos contra Ceuta y Melilla, el periodo 1921-1927, hizo descender la población de ambas ciudades, este hecho unido a la pacificación de Marruecos hace que parte de la población judía asentada en Ceuta y Melilla vuelva a Marruecos.
- f) Regularización jurídica de los judíos en dichas ciudades por el cual estos pueden adquirir la nacionalidad española:

I. FASE	1) Real Decreto de 6 de Noviembre de 1916. 2) Real Decreto de 20 de Diciembre de 1924. 3) El Libro de Ciudadanía de 6 de Noviembre de 1916.
---------	---

II. FASE	El R.D. de 20 de Noviembre de 1924, por el cual se otorga a los sefardíes de la mayor parte de Europa, el derecho a recuperar su nacionalidad. (Sin embargo, a pesar de esta ley los judíos en Melilla optan por utilizar la vía que les ofrece el R.D. de 1916)
----------	--

III. FASE	II. Republica pero su otorgamiento era menos generoso que las normas que le preceden.
-----------	---

IV. FASE	Guerra civil española, emigración de los judíos hacia la Península, Israel y Venezuela principalmente
----------	---

V. FASE	Crisis de los años noventa, produce un descenso importante que obliga a los judíos residentes en Ceuta y Melilla a emigrar a la Península, Israel y Venezuela principalmente
---------	--

VI. FASE	Fuerte migración proveniente de los <i>mellah</i> (juderías) de Tetuán, Tánger y Nador.
----------	---

2.4.- MIGRACIÓN HINDÚ

2.4.1.- INTRODUCCIÓN

La comunidad india se dedica principalmente al comercio, en Melilla existe un colectivo pequeño de esta población, donde la mayoría son hindúes y una minoría sijs. Estos ciudadanos cuentan con diversos bazares de mercancía que distribuyen a otras ciudades españolas. “*Los hindúes llegaron a Melilla en la década de los cuarenta, poco después de que la India dejara de ser colonia británica. Los primeros procedían de la región de Pakistán, casi todos relacionados con la actividad comercial, de una misma clase social, no existiendo diferencias entre castas.*”⁸³³

La comunidad hindú en Melilla es muy activa y forma parte de las diferentes nacionalidades que conviven en esta ciudad española, aportando costumbres, culturas, religiones y gastronomía. En este apartado, se analizan las características de la migración hindú en la ciudad de Melilla.

2.4.2.- CARACTERÍSTICAS

Los primeros antecedentes en Ceuta y Melilla se remontan a 1893⁸³⁴ con ocasión de la guerra del General Margallo, al terminar las campañas militares, en 1927, muchos hindúes se fueron, cerrando el negocio o traspasándolo. si bien, habrá que esperara hasta después de los años 40, en concreto en 1947, cuando el Estado de la Unión India dejara de ser colonia británica y se dividiera para dar paso a la actual formación de la India y Pakistán (donde en un principio se trasladaron era a la zona de Hyderabad) Posteriormente emigran a Inglaterra, Europa y también a Ceuta, Melilla⁸³⁵ y Canarias; la mayoría son de la religión brahmánica⁸³⁶. El gran declive de esta emigración se produjo tras la entrada de España en la CEE en los años ochenta y la profesionalización del ejército, en 1999 que hizo disminuir el comercio en ambas ciudades así como la crisis social que se produjo en dichas ciudades la aprobación de la Ley de Extranjería

⁸³³ ALJARO, I. (2001) .Melilla una ciudad en armonía, *Revista destino Sur*, pág. 35.

⁸³⁴ Diario Sur de 30 de Septiembre de 1985 *Los orígenes de la población actual de Melilla* de FRANCISCO SARO GANDARILLAS, Málaga.

⁸³⁵ Según declaraciones del Presidente de la Comunidad Hindú en Melilla, Ayu Lachandani hechas a la *Revista Melilla* de Septiembre-Octubre de 1982, en el año 1947 llegaron a Melilla 30 hindúes, a Ceuta 300, a las Palmas de Gran Canarias 2000 a Tenerife 1000. En la actualidad esta comunidad en Melilla cuantitativamente es poco significativa, su número no supera las quinientas personas, desde entonces no ha dejado de llegar miembros de esta colonia, aunque nunca de forma numerosa.

⁸³⁶ Recordemos que al formarse el Estado de Pakistán en 1947, la mayoría de su población era musulmana y estos no quisieron integrarse en el mismo, cuando se formó la República Islámica de Pakistán.

de 1985, que hizo que muchos comerciantes hindúes y hebreos que optaron por desplazarse a la Península y Canarias. Destaca así mismo el hecho, de que la población actual son descendientes de los primeros hindúes, al principio muchos conservaban su nacionalidad de origen o la inglesa pero en la actualidad Al principio, las primeras generaciones mantuvieron la nacionalidad india y en muy pocos casos se decidieron a adquirir la española mientras que la segunda generación, son españoles de origen. Destaca el fuerte sentimiento de arraigo con su país como lo demuestra el hecho de que al igual que los hebreos en Ceuta y Melilla, cada cierto tiempo pasan una temporada en sus países de origen, su actividad principal es la comercial, su idioma es el *Syni*⁸³⁷.

Asimismo conviene resaltar que a pesar de que es una Comunidad reducida se encuentra plenamente integrada en ambas ciudades⁸³⁸. En cualquiera de los casos, es superior el número de judíos e hindúes que componen la población de Ceuta a la de Melilla, hecho actualmente incuantificable dado la crisis económica y la movilidad de estos colectivos.⁸³⁹

2.5.-MIGRACIÓN SUBSAHARIANA

Desde finales de los noventa y hasta la actualidad, España ha ido endureciendo continuamente sus fronteras terrestres y marítimas con África para luchar contra la inmigración irregular proveniente del Magreb y el África subsahariana.

En este sentido, en los años noventa la inmigración subsahariana se hace presente en las fronteras de las ciudades de Ceuta y Melilla. En este sentido, la inmigración africana ha ido aumentando pero con menos velocidad que la mayoría de los colectivos extranjeros en España. *“Las políticas de control y regulación de los flujos han sido y siguen siendo un terreno propicio para la controversia, porque en ellos confluyen la tensión entre el principio de soberanía nacional y el de la salvaguardia de los derechos humanos. Comprender e interpretar los asaltos a las vallas de Ceuta y Melilla, la muerte de algunos inmigrantes, la devolución de otros y el abandono de la mayoría en el desierto africano o cerca de la frontera con Argelia, se convierte en un proceso de rodaje de una película, donde el actor principal, representado por la UE, intenta manejar a los actores secundarios, entre los cuales se encuentra Marruecos, vinculando*

⁸³⁷ Uno de los 310 idiomas que reconoce la Constitución India.

⁸³⁸ Un estudio en profundidad sobre la población de Ceuta y Melilla SANTOS, J. M. *La dinámica de la población Ceutí (1970-1986)*. Actas del estrecho de Gibraltar, Ceuta, págs 239-249.

⁸³⁹ Según BORDERÍAS URIBEONDO, M. P., (1987). *Estructura de la población de Ceuta y Melilla; su evolución a partir de 1960*, en I Congreso Internacional del Estrecho de Gibraltar, UNED, págs 221-237; y, GORDILLO, M. (1987). *El poblamiento en la zona del Estrecho de Gibraltar en su itinerario marítimo*. en I Congreso Internacional del Estrecho de Gibraltar. UNED, págs 153-187. A juicio de estas autoras, el número de judíos en Melilla durante ese periodo era de 1000 personas y de 50 el de la comunidad hindú mientras que en Ceuta era de 1500 la comunidad judía y de 500 el número de miembros integrantes de la comunidad hindú.

*la ayuda al desarrollo y/o los fondos comunitarios a la aceptación por él de un nuevo papel de gendarme de la inmigración, exigiéndole resultados en materia de expulsión y/o devolución, externalizando sus competencias adquiridas con la comunitarización de la cuestión migratoria en el Tratado de Amsterdam.*⁸⁴⁰

En el presente apartado se realiza el estudio de la evolución histórica de la migración subsahariana en la ciudad de Melilla y las etapas que conforman el desarrollo de este colectivo en el país. Finalmente, se analizan los problemas que plantea la afluencia masiva de los inmigrantes subsaharianos.

2.5.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Surge a principios de los años noventa aprovechando la similitud étnica con los marroquíes, la continuidad territorial y el especial estatuto jurídico de ambas ciudades. La nota más destacada en esta migración es su transitoriedad, su destino no es Melilla. Comienzan a penetrar en Melilla en el último trimestre de 1991, solicitando asilo político en España. Debemos distinguir diferentes fases: A) la primera su origen era de Malí, Nigeria, Liberia o Zaire, sin documentación que lo probara, dada la falta de previsión de esta avalancha por el ejecutivo autonómico y estatal, estos tuvieron que ser socorridos en un primer momento⁸⁴¹ por ONG's como la Cruz Roja Española y ubicarlos en el antiguo hospital propiedad de dicha entidad, para pasar posteriormente a ser realojados en el Centro Lucas Lorenzo y finalmente en el campo de fútbol. En esta primera fase, destacan los programas de acogida esporádicos⁸⁴², debidos a la falta de infraestructuras adecuadas para atender a este colectivo, estas carencias fueron soslayadas gracias a la colaboración de las ONGs locales⁸⁴³ y con el traslado de éstos a Valencia y Madrid, siendo objeto de una discriminación positiva⁸⁴⁴, en relación con el resto de colectivos. Si bien, a mediados de 1993, estos inmigrantes los que no fueron trasladados a la

⁸⁴⁰ PIETRO, S., (2006). *Ceuta y Melilla: gestión fronteriza, derechos humanos y seguridad*, pág. 217.

⁸⁴¹ Según datos de la Cruz Roja estatal, el número de subsaharianos atendidos en este centro en Melilla, durante el periodo 1991-1994 no superaba los 200, de los que 150 solicitaron asilo político.

⁸⁴² Entre Octubre de 1992 y Noviembre de 1993 pudieron ser trasladados a la Península todos los extranjeros subsaharianos, comprometiéndose Cáritas a su acogida. Lo mismo se repite en 1994, en esta ocasión es *Melilla Acoge* junto con la corporación local quien asume la acogida. Desde esta fecha y durante los años sucesivos, sigue aumentando el número de llegadas y su traslado a la Península con la activa colaboración, en el proceso de acogida, de diversas ONG' s.

⁸⁴³ Destaca la labor de la Organización no Gubernamental *Melilla Acoge*, creada en octubre de 1994 desatinada a los inmigrantes especialmente a los marroquíes en particular y en general al resto de inmigrantes, la asistencia que prestan además de social, es fundamentalmente jurídica dirigida a las amas de casa y a los trabajadores transfronterizos.

⁸⁴⁴ Ya que a través del procedimiento de urgencia los inmigrantes que alcanzaban las ciudades autónomas de Ceuta o Melilla, se les proveía de permiso de trabajo y traslado a la península, sin analizar realmente si eran sujetos con derecho a asilo. El criterio seguido para el traslado era la antigüedad que tuvieran de permanencia en cualquiera de estas ciudades.

península fueron puestos en el limbo de *tierra de nadie* que separa las fronteras de Melilla y Marruecos, pero el Estado marroquí no admitió la repatriación de los mismos en base al Tratado suscrito con España de 13 de Febrero de 1992, basándose en el punto (b) del art 3, por el que no se admite la repatriación en el caso de que los extranjeros hayan sido autorizados a permanecer en el Estado solicitante posteriormente a su entrada ilegal hecho que provocó el traslado de dichos migrantes a la península otorgándoles un permiso de residencia y trabajo a pesar de que esta situación era ilegal por encontrarse estos sujetos solicitando el asilo y el refugio en Melilla⁸⁴⁵.; B) Segunda fase, se inicia en 1995-1996 resalta el hecho de la creación de la Comisión Ministerial de Inmigración, ante el aumento del número de migrantes procedentes de África en ambas ciudades, durante dicho periodo se alcanza la cifra de 161 inmigrantes de este colectivo, continúan sin solucionarse los problemas de infraestructuras para el acogimiento en ambos territorios, debiendo acudir el ejército en la prestación de ayuda, éstos vuelven a ser trasladados a la península en esta ocasión sobre todo a Málaga, Madrid y Córdoba.

Quedando focalizados en Melilla solamente los inmigrantes de procedencia no subsahariana, así como aquellos inmigrantes que estaban puestos a disposición judicial. Pero a pesar de los intentos disuasorios (teóricos no prácticos) por parte del ejecutivo para repeler la inmigración, a finales de 1996, ya había 84 subsaharianos en Melilla, siendo realojados los mismos en el campo de fútbol de la ciudad y el centro de menores *Lucas Lorenzo*. Siendo lo más sobresaliente de este período las acogidas oficiales de emergencia; C) Podemos establecer una tercera fase, que comprende el periodo 1996-1997, cuyo rasgo más destacado es la enorme afluencia de este colectivo que penetra por este territorio en concreto 1410 personas y ante la imposibilidad de ser absorbidos por el mercado laboral local, se crea por la Administración Central, la Dirección General de Política Migratoria y el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (Su génesis obedece a la demanda de un plan urgente para la asistencia del inmigrante), y cuyos objetivos entre otros, proporcionar una formación laboral a los inmigrantes, traslado a la península y dotarlos de un permiso temporal de trabajo. En relación con la inserción socio-laboral, los encargados de efectuar la tutela efectiva sobre los mismos así como colaborar para la búsqueda de empleo eran las ONG's, además de la función de impartir por parte de esta y de la Administración local, formación para la consecución de empleo. Destaca el hecho, de que es la primera vez que se crea un programa de acogida y de acceso al empleo a través de los *Programas de acogida y acceso al empleo* (Si bien, se comete el error desde nuestro punto de vista de ser destinado preferentemente a los migrantes subsaharianos y no al resto de inmigrantes que resultan evidentemente discriminados). En estos programas la inserción laboral, se realizaba mediante la tutela efectiva del inmigrante y apoyarle para la búsqueda de empleo. Estos programas de acogida eran realizados simultáneamente con el traslado y acogida de

⁸⁴⁵ SODDU, P., (2002) *Inmigración extracomunitaria en Europa: El caso de Ceuta y Melilla*, cit pág 24.

inmigrante hacia la península. Sin embargo, destaca la circunstancia que entre los criterios secundarios de preferencia, que pasamos a contemplar, prima uno como fundamental, ser *subsahariano*, y dentro de este grupo se establecen requisitos de prelación en virtud de las siguientes circunstancias: De modo, que el criterio alegado por la Administración para proceder al traslado eran en concreto los siguientes:

Proceder del África subsahariana

Estar provistos de pasaporte en vigor.

La antigüedad que tuvieran de permanencia en cualquiera de estas ciudades.

Motivos humanitarios

Pertenencia a grupos objeto de exclusión social (menores, enfermos, mujeres, etc.)

Además, debemos destacar que durante dicho periodo continua sin solventarse el problema de infraestructura para el acogimiento de los inmigrantes y junto a los centros anteriores y debido a la insuficiencia de alojamiento, se habilita un terreno en la periferia denominado <Granja Agrícola>. Su capacidad fue ideada para 500 residentes, pero llegó a acoger a más de 1.300, compuesto mayoritariamente por argelinos y subsaharianos. Con este Centro, se eliminó el chabolismo y se mejoraron las condiciones de vida de los inmigrantes, pero a pesar de ello, contaba con una infraestructura muy deficiente y su destino fundamente era para el colectivo de subsaharianos antes de ser trasladados a la península por ser el grupo menos violento y problemático de inmigrantes. No obstante, conviene aclarar que todos estos inmigrantes subsaharianos a pesar de procederse a enviarlos a Málaga, en concreto 103 de éstos, desde dicho destino parte de los mismos son devueltos a sus países de origen tras ser decretada su expulsión de territorio español y cuya puesta en marcha supuso violación de derechos humanos de éstos inmigrantes (derecho de asilo, de comunicación, de tutela efectiva, etc)⁸⁴⁶; D) Cuarta fase, cuyo periodo comprende de Diciembre de 1997-Febrero de 1998, caracterizada por el refuerzo del control fronterizo, colaboración del ejército español con las fuerzas de seguridad local para impedir la entrada. Asimismo, se inicia de forma paralela a la Comisión Interministerial sobre Inmigración, un proceso extraordinario de acogida para este periodo, donde se intenta eliminar totalmente la bolsa de inmigrantes que se encuentran en ambas

⁸⁴⁶ Resulta clarificador el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 44, Comisiones, VI legislatura Justicia e Interior. Celebrada el lunes 29 de Junio de 1996, en sesión extraordinaria Nº 6. "Comparecencia del Ministro del Interior (Mayor Oreja) a petición del gobierno, para informar sobre política general de inmigración y extranjería, con especial referencia a la recién expulsión de ciento tres ilegales en la ciudad de Melilla..." Pags 848-852.

ciudades y su traslado a la península. Una de las respuestas más eficaces al chabolismo era rebajar el número de inmigrantes, existen cuatro modalidades de salida:

a) Acogimiento en centros de ONG's en base a los programas del IMSERSO.

b) Reclamación por familiares.

c) Admisión a trámite de las solicitudes de asilo.

d) Internamientos en CIES. (Básicamente este campamento consiste en la instalación de tiendas de campaña y ampliar la red de aseos con instalaciones móviles)

Apareciendo por primera vez el apoyo del Ejército, para labores humanitarias. El procedimiento seguido a la llegada del inmigrante al CETI, vienen regulados en la Instrucción de 1 de Agosto de 1999 de la Subdirección General de Promoción Social de la migración y programas para refugiados, consistente en: a) Identificación ante las fuerzas de seguridad del Estado así como informarles sobre una eventual solicitud de asilo; b) Examen médico en el centro con posible derivación hospitalaria; c) Remisión al vicedirector General de Promoción Social de Migración y Programas para Refugiados del IMSERSO para que se pronuncia sobre su aceptación o rechazo en un plazo máximo de quince días naturales; d) Duración máxima prevista en dicho centro de tres meses, transcurridos los cuales se considera al inmigrante el permiso de residencia y de trabajo anual renovable⁸⁴⁷. Mientras que las solicitudes de asilo no tienen fijado plazo para su resolución, debiendo permanecer hasta que esta recaiga en el centro (esta mayor duración en su resolución hace que muchos inmigrantes a pesar de cumplir los requisitos exigidos para el asilo no lo soliciten por su prolongación de estancia en el centro interrumpiéndole su trayecto migratorio); e) Se procederá a su traslado a la península comunicándose con una antelación mínima de diez días. Planteando problemas su aplicabilidad ya que esta se incumple, sólo tuvieron una vigencia durante el periodo 1997-1999, y desde esa fecha no se fija plazo para traslado y una vez han llegado a la península transcurrido tres meses se les suele abandonar a su suerte (Además esta normativa solo es aplicable a los subsaharianos)

Destaca la labor del IMSERSO que crea un *Plan Urgente de Atención y Asistencia* destinado a mejorar las condiciones básicas de la población inmigrante, construir un nuevo centro de acogida y agilizar el traslado de inmigrantes hacia la península. Asimismo conviene destacar que las posibilidades del traslado a la península eran principalmente cuatro:

Acogida en centros gestionados por ONG's sobre la base del programa del IMSERSO

Reagrupación familiar

⁸⁴⁷ Conviene subrayar que estos documentos legales (permiso de residencia y trabajo) tienen entre otras limitaciones una bastante significativa: no podrán residir en Melilla o en otro país de la UE.

Eventual admisión de las solicitudes de asilo y refugio.

Concentración en los Centros de Internamiento para extranjeros(CIE)

E) La quinta fase, comprende el periodo Octubre de 1998-Septiembre de 1999, destaca la construcción del CETI⁸⁴⁸(Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes).Lo más destacado de esta fase, es la posibilidad que se le brinda al inmigrante económico de renovar su permiso de residencia y de trabajo siempre que dispusiera de una oferta específica de colocación, también se le dota a las ONG's de una mayor ámbito de actuación en esta materia, destacando la labor de la Federación *Andalucía Acoge* y en particular de una sus organizaciones *Almería Acoge*, cuya actuación en este ámbito se concretaba:

Acogida ordinaria a través de la disposición de fondos provenientes del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

Prelación de un proceso subsidiario de acogida extraordinaria, dirigido especialmente a los subsaharianos para los que se atendía la preferencia en función de los que tuvieran dictadas ordenes de expulsión contra los mismos.

Al citado Plan se acogieron 932 subsaharianos, que fueron trasladados a la península sobre todo a Almería, Málaga, Sevilla y Granada.

Sin embargo, no debemos obviar, que la mayor parte de los problemas con los que se encuentran las ONG's y Organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro son entre otras:

Retrasos constantes por parte de la Administración en la concesión de los permisos de trabajo.

Imposibilidad de previsión de continuar en su labor ante la inseguridad de la llegada de fondos para financiar estos programas.

La llegada imprevista de inmigrantes provoca la imposibilidad de preparar el sistema de acogida de forma adecuada.

Constantes cambios legislativos en materia de normalización, provocan dilaciones en la búsqueda de empleo para los inmigrantes.

Bloqueo imprevisto del sistema de acogida sin certezas sobre su continuidad.

⁸⁴⁸ Este Centro comienza a funcionar en Mayo de 1999, debido a graves disturbios étnicos en la *Granja Agrícola* entre los inmigrantes, que provocaron su desaparición tras el incendio provocado por sus inmigrantes acogidos en la misma. Pasando a convertirse el CETI, en el único centro de acogida provisional para los inmigrantes que llegan a la ciudad.

F) La sexta fase se inicia desde Octubre de 1999 hasta la Diciembre del 2005, se caracteriza por la llegada masiva de inmigrantes, lo que ha provocado la creación de chabolismo y campamentos de campaña alrededor del CETI.

Sin embargo, durante todo el año 2005, las precarias instalaciones de acogida con las que contaban las ciudades iba creciendo, convirtiendo el fenómeno en estructural la pesar del aumento de la capacidad del centro siempre se estuvo por encima de esta capacidad, llegando a alcanzar la cuota más alta en el número de residentes que fue de 822, oscilando la horquilla de ocupantes entre 822 y 657. Cuando se produjo el primer salto masivo de inmigrantes, en la madrugada del día 27 de Septiembre, la ocupación del Centro era de 796 residentes. En la madrugada del día 28 del mismo mes, volvió a producirse un nuevo salto masivo, con lo que a las puertas del Centro se acumularon unos 500 inmigrantes. Debido a la insuficiente infraestructura tuvo que instalar el ejército tiendas de campaña para alojarlos. A finales de ese mismo año, se produjo un nuevo salto masivo de inmigrantes, lo que supuso un aumento cuantitativo en el centro de 300 personas, llegando a alcanzar el CETI de Melilla, su cuota más alta de ocupación aproximadamente 1.700 personas. Esto obligó a la participación de nuevas otras dos organizaciones sociales que ya trabajaban con el Centro, *ACCEM* y *Melilla Acoge*, incrementaron su presencia con nuevo personal y sus actividades, para colaborar en que la acogida a estas personas se fuera normalizando lo antes posible. Sobresale el hecho de que el traslado de este colectivo a la península fundado en residencia por motivos excepciones para lo cual se les dota de permiso de trabajo, se adiciona un nuevo criterio para su evacuación que es la integración en el centro y sociedad melillense. También hay que subrayar la implementación de las siguientes medidas destinadas al aumento del control de frontera destacan especialmente la elevación de la valla fronteriza, la colocación de la sirga tridimensional, la concertina y el refuerzo de los cuerpos y fuerzas de seguridad (desde nuestro punto de vista insuficiente, 100 guardia civiles y 50 policiales cubren el perímetro fronterizo de 12,5 Km. de frontera con África, conviene precisar que ha retirado la concertina de la sirga en el último trimestre el 2007, a cambio se ha instalado más sensores y mallazgos antiintrusivos no lesivos, además creemos que tiene poco valor retirar estos elementos en el lado de la frontera española sino se acompaña de la mismas medidas en el perímetro fronterizo de Marruecos)⁸⁴⁹

En Enero de 2006, se desmontaron las tiendas de campaña situadas en el exterior del Centro, al haberse aliviado la presión migratoria⁸⁵⁰, con lo que los vestigios de los saltos ocurridos entre Septiembre y Octubre de 2005 ya han desaparecido.

⁸⁴⁹ Periódico Melilla Hoy, artículo rubricado *Interior retira la concertina de la sirga casi un año después de lo prometido*, del sábado 6 de Octubre del 2007.

⁸⁵⁰ Según información del periódico digital InfoMelilla.com, de 21 de Febrero del 2007. En Melilla, durante el año 2006, se redujeron las entradas en un 80%, pasando de de 3.242 a 643. En el caso de Ceuta, durante el mismo periodo llegaron ilegalmente en la ciudad 1.351 personas, 973 menos, casi un 42

Durante el 2007, el CETI se ve obligado a instalar dos tiendas de campaña provisional, por la llegada de 71 subsaharianos en patera (siendo una vía migratoria nueva para la ciudad) En estos momentos, el CETI melillense alberga tras esta nueva entrada, a unas 620 personas⁸⁵¹.

A continuación procederemos a detallar anualmente las nacionalidades de los subsaharianos que han inmigrando a Melilla anualmente así como las salidas de los mismos de dichos territorios.

AÑO 2000 ENTRADAS REALIZADAS POR SUBSAHARIANOS EN MELILLA Y SALIDAS PROGRAMADAS A LA PENÍNSULA

NACIONALIDADES	ENTRADA	SALIDAS
BENIN	1	1
CAMERUN	8	8
CONGO	2	2
GAMBIA	3	3
GHANA	1	1
GUINEA BISSAU	6	6
GUINEA KONARY	10	10
LIBERIA	2	5
MALI	31	28
MAURITANIA	77	73
NIGER	1	1
NIGERIA	125	119
SAHARA	2	0
SENEGAL	1	1
SIERRA LEONA	2	12
SUDAN	1	2
TANZANIA	2	2
TOTAL	275	274

Fuente: Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración 2000 y Elaboración propia

Del estudio comparativo de ambas tablas, se desprende que prácticamente todos los subsaharianos que han entrado de forma irregular en Melilla, durante el periodo examinado, han

por ciento menos que el año anterior Las causas alegadas por el Ministerio del Interior de este descenso son: a) elevación de la valla fronteriza; b) colocación de la sirga tridimensional y; c) el refuerzo de los efectivos policiales y de la Guardia Civil.

⁸⁵¹ Información del CETI a la Agencia EFE, que figura *ut supra*.

conseguido su propósito de ser trasladados a la península. Asimismo se observa como la nacionalidad nigeriana constituyen cuantitativamente el mayor número tanto de entradas como de salidas, seguidos numéricamente por los mauritanos y los nacionales del Malí .De otra parte, conviene recordar que en esta recepción de subsaharianos, no podemos obviar que los países africanos anglófonos tienen un mayor nivel cultural que los del resto de África, de los que se pueden distinguir dos grupos: África oriental, que incluye Botswana, Etiopía, Kenia, Libia, Malawi, República Árabe Unida, Sudán, Tanzania, Uganda, Zambia; y África occidental, que incluye Gambia, Ghana, Liberia, Nigeria y Sierra Leona. (Dentro de este grupo nos encontramos con aquellos que van a tener más posibilidades de conseguir trabajo: nos referimos a los procedentes de Liberia y Nigeria por tener un nivel cultural medio alto los inmigrantes que proceden de estos países si los comparamos con el resto de inmigrantes procedentes de dicha zona anglófona. Mientras que los inmigrantes procedentes de la zona francófona (con escaso nivel cultural o analfabetos) podemos agruparlos en cuatro regiones principales:

1. Países de bosques densos del África occidental.
2. Países del Sahara y de otros países de sabanas.
3. Magreb o países de África del Norte.
4. Países contiguos al Océano Indico, como Madagascar, Reunión, Islas Seychelles y Somalia.

Los países de habla francesa de la zona de África occidental lo conforman: Camerún, Congo (Brazzaville), República Democrática del Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea. Los países del Sahara y otros cuya formación dominante es la sabana incluyen Alto Volta, Burundi, Chad, Dhomey, Malí, Mauritania Níger, República Centroafricana, Rwanda, Senegal y Togo. Los países del Magreb del África del Norte lo forman: Argelia, Marruecos y Túnez.

AÑO 2001 ENTRADAS REALIZADAS POR SUBSAHARIANOS EN MELILLA Y SALIDAS PROGRAMADAS A LA PENÍNSULA

NACIONALIDADES	ENTRADA	SALIDAS
BENIN	1	1
CAMERUN	8	8
CONGO	2	2
GAMBIA	3	3
GHANA	1	1
GUINEA BISSAU	6	6
GUINEA KONARY	10	10
LIBERIA	2	5
MALI	31	28
MAURITANIA	77	73
NIGER	1	1
NIGERIA	125	119

SAHARA	2	0
SENEGAL	1	1
SIERRA LEONA	2	12
SUDAN	1	2
TANZANIA	2	2
TOTAL	275	274

Fuente: Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración 2001 y Elaboración propia

Durante el periodo correspondiente al año 2001, se observa como la nacionalidad que mayoritariamente ha penetrado de forma ilegal por las fronteras de Melilla, de nacionalidad subsahariana son los procedentes de Malí, a nivel global en cambio la nacionalidad que numéricamente alcanzó las cifras más altas de inmigración ilegal a nuestro territorio, fueron los inmigrantes procedentes de Irak, seguidos a gran distancia de ciudadanos de Mauritania⁸⁵², Guinea Bissau y Guinea Konary. En cambio, las nacionalidades cuyas cifras numéricamente son menos importantes, son los procedentes de Senegal, Chad, Congo y Togo.

Asimismo correlativo a esta entrada, las salidas que se produjeron coinciden con las nacionalidades que mayor número de inmigrantes trasvaso las fronteras de Melilla: Malí, Mauritania, Nigeria y Guinea Bissau. Sin embargo, también merece la pena destacar que durante este periodo, los inmigrantes cuyo número cuantitativamente fue mayor y que fue objeto

⁸⁵² Conviene recordar que Mauritania es uno de los países más pobres de la zona francófona África, en consecuencia, su destino final es sobre todo Bélgica y Francia. Nuestro país reestableció las relaciones diplomáticas con Mauritania en el año 1961, ambos Estados tiene diferentes acuerdos de cooperación por diferentes razones: su vecindad con las islas Canarias, por su pertenencia a la Unión del Magreb Árabe (UMA), por el papel que desempeña en el conflicto en el Sahara, por su papel de bisagra entre los mundo árabe y el mundo negro africano y por la enorme riqueza del banco pesquero mauritano, en el que faena nuestra flota. Por estos motivos, España condonó deuda a tres países que eran acreedores de la misma en el año 1996, entre los que estaba Mauritania. El acuerdo de inmigración que tiene suscrito España con Mauritania es de de 4 de agosto del 2003, relativo a materia de inmigración. Anteriormente los acuerdos existentes entre ambos se limitaban a acuerdos comerciales de de pesca y culturales. Según este acuerdo *cada país admitiría en su territorio a cualquier persona que no cumplierse o hubiera dejado de cumplir las condiciones de entrada o permanencia aplicables en el territorio del Estado requirente siempre que acreditase o presumiese que la persona es nacional del país requerido*”(Sin embargo este acuerdo jamás se llevó a la practica).En consecuencia, El 9 de marzo del 2006, se acordó para mejorar la cooperación en materia migratoria, la patrulleras para reforzar la vigilancia de sus costas e impedir la salidas de embarcaciones clandestinas, así como ayudas para establecer centros de acogida en ese país gestionadas por las ONG's, donde los inmigrantes pudieran ser tratados dignamente, a esto se unió una ayuda económica de España, para frenar ala avalancha de pateras que parten de este país con destino a las costas Canarias. No hay que olvidar, que el año 2005, hubo un golpe de Estado en Mauritania, fruto el cual produjo un cambio en el gobierno, dando lugar a que las relaciones entre la UE y Mauritania, sufrirán una especie de ralentización desde el año 2005, produciéndose desde el periodo de Septiembre-Octubre de dicho año, *Acuerdos Técnicos y Económicos* que han llevado a la practica de este acuerdo. En total procedentes de Canarias, Melilla y Ceuta según fuentes del Ministerio del Interior durante el año 2005, se han trasladado a la península más de 1000 inmigrantes procedentes de esta nacionalidad. En la actualidad nuestro país está elaborando un *Plan de Acción de Gran Vecindad*, que desarrollarán de forma conjunta España con Mauritania, este programa europeo pretende favorecer las inserción de las regiones ultraperiféricas en su entorno geográfico próximo y el que Canarias desde el año 2006 ,se han insertado en este grupo Senegal, Cabo Verde y Marruecos.

mayoritariamente de desplazamiento a la península corresponden a la nacionalidad, de argelinos (cuya salida del territorio de Melilla apenas se habían producido y que en este año prácticamente dejan el CETI casi en su totalidad). Seguidos de iraníes, pakistaníes y ciudadanos procedentes de Guinea.

AÑO 2002 ENTRADAS REALIZADAS POR SUBSAHARIANOS EN MELILLA Y SALIDAS PROGRAMADAS A LA PENÍNSULA

PAISES	ENTRADAS	SALIDAS
BENIN	5	1
BURKINA FASSO	1	0
CAMERUN	11	0
CHAD	3	1
GAMBIA	7	2
GHANA	2	0
GUINEA BISSAU	13	1
GUINEA KONARY	3	0
LIBERIA	3	0
MALI	57	0
MAURITANIA	10	3
NIGER	7	3
NIGERIA	21	19
SIERRA LEONA	8	5
SUDAN	2	0
SWAZILANDIA	1	0
TOGO	2	0
TOTAL	156	35

Fuente: Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración 2002 y elaboración propia

Del examen de la presente tabla, se desprende que continúan siendo los nacionales procedentes del Malí los más proclives a entrar de forma ilegal en nuestras fronteras, seguidos de nigerianos, ciudadanos provenientes de Guinea Bissau y mauritanos.

En cambio, en esta ocasión no corresponde la entrada mayoritaria de una nacionalidad con su salida, ya que se observa, como esta última está encabezada por los argelinos, inmigrantes procedentes de Irak, Bangladesh y paquistaníes.

AÑO 2003 ENTRADAS REALIZADAS POR SUBSAHARIANOS EN MELILLA Y SALIDAS PROGRAMADAS A LA PENÍNSULA

PAISES	ENTRADA	SALIDAS
BENIN	14	17
BURKINA FASSO	3	4
CAMERUN	44	37
COSTA DE MARFIL	7	6
CHAD	4	2
CONGO	14	4
GAMBIA	23	14
GHANA	16	21
GUINEA BISSAU	7	20
GUINEA KONARY	1	6
KENIA	19	1
LIBERIA	56	14
MALI	7	21
MAURITANIA	11	12
NIGER	2	13
NIGERIA	18	4
SIERRA LEONA	6	12
SUDAN	2	8
SWAZILANDIA	1	3
TANZANIA	9	1
TOGO	0	10
TOTAL	264	231

Fuente: Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración 2003 y Elaboración propia

Del análisis con respecto al periodo del año 2003 en la ciudad de Melilla, se observa como la procedencia mayoritaria de los inmigrantes, fue procedente de la zona francófona en concreto de Malí, Camerún y Ghana, encontrándose muy distribuido numéricamente su procedencia en relación con el resto de países subsaharianos. Correspondiendo la salida⁸⁵³ por nacionalidades a Camerún, Ghana, Guinea Bissau y Malí. Asimismo hay que tener en cuenta la premisa de que el periodo del 2003, corresponde con una amplia entrada de inmigrantes

⁸⁵³ Asimismo conviene recordar que los criterios que se siguen para establecer la prelación en la salida de los territorios asilados de Ceuta, Melilla y Canarias con procedencia a la península los establece el Ministerio del Interior y son los siguientes: antigüedad, motivos humanitarios, asilo, etc.

argelinos en Melilla, pudiendo catalogarse como el periodo de la inmigración argelina a Melilla, recordemos que la distancia de Argelia con Marruecos es de 160 kilómetros de distancia hacia el este a través de Machnia (Argelia).

AÑO 2004 ENTRADAS REALIZADAS POR SUBSAHARIANOS EN MELILLA Y SALIDAS PROGRAMADAS A LA PENÍNSULA

PAISES	ENTRADAS	PAISES	SALIDAS
BENIN	23	BENIN	13
BURKINA FASSO	1	BURUNDI	1
BURUNDI	1	CAMERUN	67
CAMERUN	93	COSTA DE MARFIL	2
CHAD	1	CHAD	1
COSTA DE MARFIL	5	GAMBIA	37
R.D. CONGO	2	GHANA	48
GAMBIA	37	GUINEA BISSAU	25
GHANA	69	GUINEA KONARY	10
GUINEA BISSAU	21	KENIA	2
GUINEA KONARY	7	LIBERIA	31
KENIA	7	MALI	61
LIBERIA	30	MAURITANIA	2
MALI	53	NAMIBIA	2
NAMIBIA	4	NIGERIA	1
NIGER	23	NIGER	16
NIGERIA	2	RUANDA	1
RUANDA	1	SIERRA LEONA	23
SIERRA LEONA	19	SUDAN	10
SUDAN	22	TANZANIA	2

TANZANIA	5	TOGO	3
TOGO	3	UGANDA	5
UGANDA	11	ZAMBIA	3
ZAMBIA	4	ZIMBAWE	13
ZIMBAWE	14		
TOTAL	458	TOTAL	368

Fuente: Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración 2004 y Elaboración propia

Durante el periodo correspondiente al año 2004, en relación con la entrada de subsaharianos de forma irregular por las fronteras de Melilla, destaca que las nacionalidades que cuantitativamente son mayoritarias en esta entrada son los inmigrantes procedentes de: Camerún, Ghana y Gambia .De un estudio comparativo de estas entradas en relación con otras nacionalidades, destaca el hecho de que estos sean mayoritariamente argelinos, seguidos de las nacionales africanas anteriormente expuestas.

De otro lado, en relación con las salidas, las nacionalidades de los inmigrantes estas corresponden a argelinos, Camerún, Malí y Ghana.

AÑO 2005 ENTRADAS REALIZADAS POR SUBSAHARIANOS EN MELILLA Y SALIDAS PROGRAMADAS A LA PENÍNSULA

PAISES	ENTRADA	PAISES	SALIDAS
BURKINA FASSO	42	BURKINA FASSO	32
BURUNDI	1	BURUNDI	1
CAMERUN	377	CAMERUN	366
CHAD	29	CHAD	8
CONGO	14	CONGO	85

COSTA DE MARFIL	98	COSTA DE MARFIL	27
ERITREA	2	ERITREA	1
ETIOPIA	5	ETIOPIA	5
GABON	19	GABON	16
GAMBIA	63	GAMBIA	41

GHANA	134	GHANA	112
GUINEA BISSAU	96	GUINEA BISSAU	21
GUINEA KONARY	88	GUINEA KONARY	75
GUINEA ECUATORIAL	2	GUINEA ECUATORIAL	2
KENIA	12	KENIA	11
LIBERIA	29	LIBERIA	25
MALAWI	2	MALAWI	2
MALI	507	MALI	543
NAMIBIA	1	NAMIBIA	1
NIGER	82	NIGER	2
NIGERIA	26	NIGERIA	78
REPUBLICA CENTROAFRICANA	33	REPUBLICA CENTROAFRICANA	31
REPUBLICA DEL CONGO	35	REPUBLICA DEL CONGO	15
RUANDA	9	RUANDA	7
SENEGAL	3	SENEGAL	2
SIERRA LEONA	40	SIERRA LEONA	25
SOMALIA	3	SOMALIA	3
SUDAN	52	SUDAN	47
TANZANIA	7	TANZANIA	10
TOGO	26	TOGO	22
UGANDA	29	UGANDA	27
ZAMBIA	6	ZAMBIA	5
ZIMBAWE	11	ZIMBAWE	15
TOTAL	1853	TOTAL	1711

Fuente: Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración 2005 y Elaboración propia

Del examen de la presente tabla se desprende que los africanos que mayoritariamente han arribado a la frontera de Melilla de forma irregular, son de nacionalidad mayoritariamente del Malí, (que multiplican su inmigración sobre este territorio en más de un 450%) Camerún (multiplican su inmigración en un 350%) y Ghana (que lo hacen en un 65%). No obstante, si lo comparamos durante el mismo periodo con otras nacionalidades, que también han entrado de forma irregular por nuestras fronteras, se observa como los argelinos ocupan el segundo lugar, en cuanto a las entradas precedidos por los ciudadanos provenientes del Malí. El tercer lugar, lo ocuparían a nivel general, los cameruneses seguidos de los indios y de los inmigrantes procedentes de Ghana, apreciándose un aumento cuantitativo notorio en la llegada de subsaharianos.

De otra parte, en cuanto a las salidas programas de nuestro territorio con destino a la península, se observa como los ciudadanos procedentes de Malí, Camerún y Ghana son las nacionalidades africanas dominantes en estos desplazamientos. Este esquema lo trasladamos a nivel general, se observa como después de los ciudadanos de Malí, los numéricamente más desplazados son los argelinos, seguidos de los camerunés y los indios.

En relación con Ceuta la llegada de africanos fue más tardía, en la década de los noventa y en particular a partir de 1994, no han cesado de llegar africanos de los más diversos países subsaharianos a esta ciudad tratándose de flujos migratorios esporádicos para ello, se utilizaban como vías de entrada los canales comerciales de comunicación de la ciudad, favoreciendo el paso las autoridades marroquíes previo pago, hecho que motivo la modernización y reforzamiento de las fronteras entre Ceuta y Marruecos⁸⁵⁴. A esto hay que sumar, que como consecuencia de una serie de incidentes, la Administración local instaló a los subsaharianos, unos 300, en el campamento de Calamocarro y desde ahí se programa con la colaboración de las ONGs, la salida paulatina hacia la Península. En el periodo 1995-1996, se crea un plan de acogida de emergencia sólo para este colectivo, consistente en la concesión por parte de la Delegación del Gobierno y por la Dirección General de Migraciones de *la cédula de inscripción*, en cumplimiento de lo preceptuado por el art 63 del Reglamento de la LO 7/1985, siempre condicionado a que las ONG's se hicieran cargo de la gestión del caso en la provincia de llegada. De modo que para proceder a la renovación de la orden de expulsión del territorio

⁸⁵⁴ *El muro de Ceuta no frenará a los africanos*. Revista Entreviú nº 1018 Octubre 1995, págs 14-17.; *Alambradas ¿para que?* El pueblo de Ceuta 2 de Noviembre de 1995 *Una alambrada contra África*; Revista Tiempo 30 de Octubre 1995. *L' Afriqua in prigione*. II Manifiesto 19 de Febrero 2000. *Ceuta: muralla inexpugnable de Europa*. Diario 16, 15 de Octubre de 1995.

español debía de producirse alguno de los supuestos contemplados en el art 26.1 de la citada LO descongestionase los centros de acogida por parte de estos inmigrantes. Existe una tercera fase, durante los años 1997-1998 donde se crea la *Operación de Acogida especial*, con la consiguiente salida hacia la Península de los inmigrantes subsaharianos que cumplían los mismos requisitos que los que hemos expuesto para Melilla. Esta medida modificó sustancialmente la situación de ambas ciudades y puso de relieve la necesidad una intervención bien meditada y planificada por parte de la Administración Central que aborde el problema en su globalidad. La primera operación de acogida iniciada en octubre de 1996 y finalizada el 21 de Diciembre de 1997, dio lugar al traslado a la Península de 1.410 inmigrantes y consistía en:

- a) En el traslado a la Península de los inmigrantes provistos de un Salvoconducto.
- b) documentarlos con una Cédula de inscripción que se les otorgaba en las mismas ciudades a quienes carecían de pasaporte.
- c) Proveerlos de una autorización para trabajar, ambas autorizaciones tenían una vigencia de un año.

Estas operaciones se realizan a través del "Programa de Acogida⁸⁵⁵ y acceso al empleo para inmigrantes subsaharianos de Ceuta y Melilla". Su finalidad es dotar al inmigrante de la documentación por la que sea reconocido, ya que únicamente ésta posibilita la estancia y el acceso al empleo. Está concebido para los inmigrantes subsaharianos en situación irregular que se encuentran en las ciudades de Ceuta y Melilla, pudiendo acogerse al programa sólo aquéllos que pretendan fijar su residencia y desarrollar su vida laboral en España. Han participado inmigrantes procedentes de más de 29 países, siendo los grupos más numerosos los procedentes de Malí, Nigeria y Liberia, seguidos de los que vienen de Zaire, Senegal y Somalia. En todos los casos, se trata de países sometidos a un extremo empobrecimiento y/o en situación de guerra o conflictos de intensidad media. Así como conflictos sociopolíticos que desembocan en étnicos y culturales. Las ONG's implicadas en la acogida fueron: ACCEM, ANDALUCÍA ACOGE, CÁRITAS ESPAÑOLA, CEAR, CEPAIM, CRUZ ROJA, FAIN, en realidad, son Federaciones que engloban a varias Asociaciones, o aquellas como Cáritas y Cruz Roja que tienen implantación en todo el territorio nacional. Terminada la operación⁸⁵⁶ que no dio el resultado previsto de descongestión de las ciudades, se replantea la situación y se acuerda que antes del 22 de febrero de 1998, sean trasladados a la península la totalidad de los mismos, salvo aquellos

⁸⁵⁵ Este programa fue puesto en marcha por parte del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales en 1998

⁸⁵⁶ Según el Ministerio del Interior, de octubre de 1996 a mayo de 1999, más de 6.000 inmigrantes subsaharianos salieron hacia España dentro del programa de Acogida y Acceso al Empleo para Inmigrantes de Ceuta y Melilla.

que estuviesen incurso en causas judiciales o los que no pudiesen hacerlo por enfermedad. Esta operación de carácter extraordinario, comprendió 1.418 inmigrantes y las ONG's que los acogen son las mismas que en la primera, y se realizará en similares condiciones y con los mismos objetivos y actuaciones, dando como resultado el traslado de 2.828 subsaharianos⁸⁵⁷. A principios de 1999, se reanuda la operación salida, con algunas modificaciones en las condiciones de acogida. En resumen y por diversos procedimientos, desde 1996 a diciembre de 1998 el gobierno junto con las ONGs, ha trasladado a 6.039 inmigrantes con una media de permanencia o estancia de 6 a 12 meses. A finales de 1999, los subsaharianos que se encontraban en Ceuta eran 1.050 subsaharianos y 90 argelinos. Prosiguiendo las salidas en 1999 a través de lo que se ha llamado la “Operación choque”. Desde finales del mismo y durante los primeros meses del año 2000, la corriente migratoria subsahariana en parte, se ha desplazado hacia Canarias⁸⁵⁸, alternándose con la penetración por Ceuta y Melilla como ponen de manifiesto las avalanchas producidas en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla en el tercer trimestre del 2005. Finalmente durante el año 2006 llegaron ilegalmente en la ciudad 1.351 personas y durante el año 2007, interceptaron durante el año pasado a un total de 1.675 inmigrantes en situación irregular en la ciudad autónoma, la inmensa mayoría de ellos de nacionalidad marroquí (1.410), seguidos por los asiáticos (161), subsaharianos (80) y argelinos (24),⁸⁵⁹

En cualquier caso, se ha repetido los problemas por parte de las diferentes Comunidades Autónomas para absorber estas continuas llegadas, circunstancia que ha llevado a los responsables de distintas instituciones públicas y privadas, a solicitar del Gobierno Central una redistribución de estos inmigrantes en el territorio nacional y que hoy se plantea, como la única salida posible a la presión ejercida por la permanente afluencia de inmigrantes procedentes del África negra hacia los territorios aislados. Debido a esta presión migratoria por parte de la Administración estatal, se aprecia una discriminación positiva a los subsaharianos que acceden de forma irregular a Ceuta y Melilla, con la acogida temporal, tal como ha quedado expuesta, con documentación para residir y trabajar legalmente en España, son circunstancias todas ellas, que motivan a venir y afianzan una clara tendencia a incrementarse.

⁸⁵⁷ Según la ONG's FAIM a principios de 1999 la población flotante de Calamocarro (Ceuta) rondaba las 2.000 personas incrementándose su número a finales de 1999. Los subsaharianos que se encontraban en Ceuta eran 1.050 subsaharianos y 90 argelinos.

⁸⁵⁸ Diario el Mundo *cambian Ceuta y Melilla por Canarias* 22 de Junio 2000

⁸⁵⁹ Según datos de Europa Press, sobre Ceuta publicado el 15 de 2008 según los datos ofrecidos por el delegado del Gobierno, Jenaro García Arreciado, tras hacer balance de las actuaciones de la Guardia Civil de Ceuta en el 2007.

¿Pero cuál ha sido la respuesta del Estado español para frenar la inmigración ilegal proveniente en concreto de África? .La respuesta ha sido el denominado *Plan África*⁸⁶⁰, que parece ser entre otros objetivos secundarios, un plan de acción para detener los flujos masivos que se están produciendo desde el África subsahariana. El plan se articula en torno o siete objetivos:

- I. Contribución al afianzamiento de la democracia.
- II. Lucha contra la pobreza.
- III. Fomento de la cooperación para regular los flujos migratorios.
- IV. Participar en el desarrollo de la estrategia de la UE hacia África.
- V. Reforzar los intercambios económicos y fomentar las inversiones, especialmente en lo relacionado con la seguridad energética y los hidrocarburos.
- VI. Fortalecimiento de la cooperación cultural.
- VII. Incrementar la presencia institucional de España.

Para ello, distingue tres categorías de países de especial relevancia: países de interés prioritario (Guinea Ecuatorial, Senegal, Malí, Nigeria, Angola, Namibia, Sudáfrica, Mozambique, Kenia, Etiopía y Mauritania); países de interés específico (Ghana, Camerún, Níger, República de Guinea, Guinea-Bissau, Gambia, Gabón, Tanzania, Seychelles, Cabo Verde y Santo Tomé y Príncipe), y países de especial seguimiento (Costa de Marfil, Zimbabwe, Sudán, Chad, R.D del Congo).Sin embargo, la premisa que nos planteamos es el momento de su aparición ¿ por qué aparece ahora y no antes ¿.Quizás obedecen al oportunismos político del Estado por los acontecimientos migratorios, acaecidos durante el año 2005 en Ceuta y Melilla y en el 2006 en Canarias.¿Y en qué se concreta ese fomento de la cooperación en la regulación de los flujos migratorios? .Del análisis de las propuestas con tres de ellas tienen se dirigen al incremento de los controles, otra contiene un impulso de medidas tendentes a la integración de los colectivos de inmigrantes, dos medias de carácter político y una de carácter social. El Plan África se articula en un marco temporal de tres años y en torno a los siguientes objetivos y líneas de actuación:

a) Refuerzo de la presencia política e institucional española en África. Se trata de potenciar los aspectos diplomáticos, de cooperación al desarrollo y de seguridad en nuestras

⁸⁶⁰ 19 de Mayo de 2006, fecha en la que se aprueba la entrada en vigor de este Informe.

relaciones con estos países, reforzando la presencia institucional de España en África Occidental. En este sentido se prevé lo siguiente:

b) Creación de tres nuevas Embajadas⁸⁶¹ en Malí, Sudán y Cabo Verde para completar el despliegue diplomático en la zona. Estas misiones se añadirán a las diecisiete ya existentes en África subsahariana.

c) Creación de nuevas Oficinas Técnicas de cooperación⁸⁶² en Cabo Verde, Etiopía y Malí, que se sumarán a las de Angola, Guinea Ecuatorial, Mozambique, Namibia, Senegal y Mauritania; Oficinas Comerciales en Angola, Kenia, Nigeria, Senegal y Sudáfrica.

d) Reforzar las Agregadurías de Interior en países como Ghana, Nigeria y Senegal.

e) Desplegar una política regular de visitas y contactos políticos de alto nivel con las autoridades africanas.

f) Fomento de la cooperación con países africanos en la regulación de flujos migratorios. Esta actuación conlleva una serie de imbricaciones internas en nuestro país entre las que destacan:

*Control de nuestras fronteras, así como los mecanismos de obtención de información acerca de las rutas y medios utilizados por las redes de inmigración ilegal.

*Reforzamiento de los procedimientos de repatriación inmediata de inmigrantes irregulares y se impulsarán medidas tendentes a la integración de los colectivos de inmigrantes.

⁸⁶¹En el plano multilateral, se buscará involucrar a las organizaciones e instituciones multilaterales, tanto la Unión Europea, como las organizaciones africanas, en la labor de lucha contra la inmigración. Las embajadas que tiene España en África son en el año 2006 las siguientes: Kenya, Liberia, Libia, Marruecos, Mauritania, Mozambique, Angola, Camerún, Namibia, Nigeria, Senegal, Sudáfrica, Tanzania, Tunizia, Zimbawue, Costa de Marfil, Egipto, Etiopía, Gabón, Ghana, Guinea Ecuatorial (A las que se ha añadido las que se han creado durante el presente año en Malí, Sudán y Cabo Verde).

⁸⁶² Desde nuestro punto de vista, los intereses de creación de las embajadas en los países subsaharianos obedecen más razones motivadas por reforzamiento de los intercambios económicos y fomento de las inversiones, especialmente en lo relacionado con la seguridad energética y los hidrocarburos, que a motivaciones humanitarias. Tal y como lo evidencian la creación de nuevas Oficinas Técnicas de Cooperación y Oficinas Comerciales. En cambio, a nuestro juicio, África va a seguir siendo discriminada en relación con otros continentes, ya que a sus habitantes que provengan de cualquiera de sus más de cincuenta Estados, se les va a seguir exigiendo un visado para entrar en cualquiera de los estados de la Unión Europea. Aunque se trate de motivos de estancia, de estudios, de trabajo y de reagrupación familiar.

*Pretendido intento de creación de una red de Acuerdos de Cooperación Migratoria y Readmisión en los países de origen.

En este sentido, una primera muestra de esta colaboración será la Conferencia Ministerial Euroafricana sobre Migración y Desarrollo de julio de 2006 que se celebró en Rabat.

g) Participación española en el afianzamiento de la democracia, la paz y la seguridad en África. Se trata de intensificar la cooperación en materia de democrática y conseguir un fortalecimiento institucional; apoyar el respeto y la promoción de los Derechos Humanos; contribuir activamente a los mecanismos de gestión de conflictos, con especial atención a los de Sudán-Darfur y República Democrática del Congo; impulsar la cooperación en materia de seguridad, de lucha contra el terrorismo, tráfico ilícito y criminalidad organizada. España otorga para alcanzar estos objetivos una particular importancia al refuerzo de su colaboración con la Unión Africana, con la iniciativa NEPAD (Nuevo Partenariado para el Desarrollo Africano) y con la Comunidad Económica de Estados de África Occidental.

h) Contribución de España en la lucha contra la pobreza y la agenda de desarrollo en África Subsahariana. El Plan África, propiciará un salto cualitativo y cuantitativo en la ayuda oficial al desarrollo que España concede. Se dará prioridad a la cobertura de las necesidades sociales básicas, a las políticas de salud y lucha contra las pandemias, a la promoción del tejido económico y empresarial, a la protección del medio ambiente y al fomento de políticas de género.

i) Asimismo se compromete España y la UE durante el periodo 2003 - 2006, a incrementar las ayudas económicas a los países africanos. En esta línea, se observa como se ha multiplicado por tres el volumen de la ayuda destinada a África Subsahariana. Esta ayuda ha pasado de 122 millones de euros a 400 millones. Sin embargo, se condiciona esta ayuda al número de inmigrantes que abandonen sus países⁸⁶³.

j) Por otra parte, en concreto España durante el periodo del 2006 ha aceptado el compromiso de contribuir al Fondo de Naciones Unidas para Emergencias que permitirá atender cualquier emergencia en menos de 72 horas, así como poder responder a muchas emergencias

⁸⁶³ En realidad, esta política es continuista de que se inició en año 1998 en el *Documento Matzka*, elaborado bajo la presidencia austriaca de la UE, en el que se concretaban tres círculos concéntricos: países que no generan emigración, a los que se les pide que asuman tareas de control policial, a cambio de una cooperación reforzada; países por donde transitan las personas migrantes y tienen escaso control policial debido a sus estructuras económicas débiles, a los que se les exigiría la readmisión de inmigrantes irregulares; y países emisores de emigración, para los que las ayudas para su desarrollo estarían condicionadas a la reducción del número de personas que abandonan los mismos.

olvidadas, especialmente las que sufre África. Es una participación financiera para 2006 que sitúa a España como séptimo donante mundial.

k) En materia sanitaria, España contribuirá con sesenta millones de dólares al Fondo Global de Lucha contra el Sida la Malaria y la Tuberculosis, cifra similar a la aportación que se hizo en los tres años anteriores. En materia de vacunas, en 2006 comienza la participación española en un fondo piloto (IFFim) con vistas a financiar proyectos de vacunación en los países menos avanzados (la gran mayoría de África Subsahariana) en el que España se ha comprometido a invertir 240 millones de dólares en los próximos veinte años.

l) En educación por primera vez España está contribuyendo a la “*Iniciativa Vía Rápida de Educación para todos*”, que tiene como objetivo llevar a los colegios a cien millones de niños que ahora no asisten a la escuela, incluyendo a 58 millones de niñas. La iniciativa abarca en quince países pobres, once de ellos de África Subsahariana. Para 2006 está prevista una aportación de siete millones de euros.

m) Habrá también programas de canje de deuda por desarrollo en África Subsahariana. En la primera fase se verán beneficiados seis países (Burkina Faso, Etiopía, Mauritania, Senegal, Tanzania y Uganda), todos ellos con niveles de pobreza extrema y con un acceso a la educación muy deficiente. En una segunda fase se extenderá a Camerún, Chad, República Democrática del Congo, Guinea Bissau, Somalia, Costa de Marfil y Congo, con similares niveles pobreza que los anteriores.

n) En materia política participación activa de España en la Estrategia de la Unión Europea para África, aspirando a la plena implementación de la Estrategia y a una mayor implicación de nuestro país enP+a misma.

o) Promoción de los intercambios comerciales y de inversión mediante fondos FAD, fondos para estudios de viabilidad y el reforzamiento de la red de oficinas económicas y comerciales. Se prestará especial atención al apoyo de la actividad pesquera y a la seguridad energética de España, con promoción de la participación española en las oportunidades del sector de hidrocarburos de África.

p) Fortalecimiento de la cooperación cultural y científica. Se hará de la cultura un factor de desarrollo; se buscará una mayor proyección de la lengua española y se fomentarán actividades de cooperación cultural a través de la Casa África,

Además existen acuerdos multilaterales suscrito entre España junto a Francia, Italia, Portugal y Malta y por parte africana Marruecos, Túnez Libia y Mauritania suscrito por de 6 de

Diciembre del 2003 mediante la *Declaración de Túnez*, el texto de la misma, sin ser resolutorio, subrayaba la necesidad de estrechar vínculos entre las dos orillas del mediterráneo en materia de inmigración, cooperación y seguridad y cuyo mayor logro fue la convocatoria del 23 de diciembre en Argel, de una reunión de la Unión del Magreb, sin embargo esta no llegó a celebrarse. Pero se consiguió que a través de este acercamiento que Mauritania solicitara formalmente el 31 de mayo del 2005, su adhesión al proceso de asociación Euro mediterráneo (EUROMED), por el que se vincula a la UE con diez países de la cuenca del mediterráneo (la petición mauritana fue apoyada expresamente por Israel, siendo el único país no árabe que forma parte del proceso de asociación hecho en Barcelona en 1995).

2.5.1.1. ETAPAS

- Antecedente el año 1991(Implementación de programas de acogida esporádicos).

- En una segunda fase 1995-1996,se crea la Comisión Ministerial de Inmigración, ante el aumento del número de migrantes procedentes de África en ambas ciudades.(Continúan los problemas de infraestructuras)

- En una tercera fase, Octubre 1996-Septiembre 1997,importante aumento de estos inmigrantes subsaharianos en ambas ciudades y ante la imposibilidad de ser absorbidos por el mercado laboral local, se crea por la Administración Central, la Dirección General de Política Migratoria y el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales.(Se crea un programa de acogida y de acceso al empleo a través de los *Programas de acogida y acceso al empleo*)

- Cuarta fase, Diciembre de 1997-Febrero de 1998, caracterizada por el refuerzo del control fronterizo, colaboración del ejército español con las fuerzas de seguridad local para impedir la entrada.

- Quinta fase, Octubre de 1998-Septiembre de 1999, se inicia la construcción del CETI, incremento de participación de las ONG's

- Sexta fase Octubre de -Diciembre del 2005, se caracteriza por la llegada masiva de inmigrantes lo que ha provocado la creación de chabolismo y campamentos de campaña

- Cronología de la instalación de campamentos en Melilla, así como de entradas y salidas de este colectivo.

- Soluciones adoptadas ante la llegada masiva de este colectivo:

- a) Plan África

- b) Acuerdos bilaterales y multilaterales con los países de origen.

2.6.-MIGRACIÓN ARGELINA

La inmigración argelina en España aparece con mayor incidencia en el año 1989, se produce por el interés para determinados trabajos. En los años noventa por motivos económicos, políticos y sociales los argelinos originan una emigración masiva del país. Debido a los problemas para entrar en otros países europeos, este colectivo comienza a llegar a España, primero como un país de tránsito y luego lo consideran un país de destino.

La mayoría de los ciudadanos de Argelia se dedican a la actividad del campo cuando llegan a España impulsados por motivaciones políticas. Muchos provienen de un socioeconómico medio y tienen un nivel de formación o estudios medio o incluso superior.

En el presente apartado se estudia la evolución histórica de la migración argelina en la ciudad de Melilla, las etapas que comprenden su desarrollo en España y las consecuencias jurídicas.

2.6.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA

2.6.1.1-ETAPAS

Causas del fenómeno migratorio

- a) Primer periodo hasta 1989, destino actividades estacionales del mercado, España era solo una vía de paso a otros destinos Canadá, otros destinos europeos y América.

- b) Segundo periodo (de 1990 a 1999). Problemas económicos, políticos y sociales en Argelia provocan una emigración masiva del mismo. España pasa a convertirse en país de destino.

- c) Tercer periodo. (Desde 2000 hasta la actualidad).

Obedece a motivaciones económicas, menor dureza de la legislación de extranjería que la del resto de países vecinos de nuestro entorno y asentamiento previo de inmigrantes de la misma nacionalidad.

En Melilla:

- a) Inicio en 1995.
- b) Mayor flujo migratorio periodo 2000-2001
- c) Tratamiento discriminatorio negativo frente al resto de colectivos.
- d) Cronología de entradas y salidas de este colectivo.

2.6.1. 2- CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Inicialmente se trataba de casos esporádicos, generalmente utilizaban la vía del asilo político. El impacto de esta migración tanto a nivel administrativo como de orden público fue notable debido al efecto sorpresa que este fenómeno causó en los primeros años, tratándose de un flujo difícil de gestionar tanto a nivel local como central ante la carencia de estructuras de acogida y la conflictividad generada por este colectivo. Para determinar las causas de la inmigración argelina sobre Melilla debemos de partir de las siguientes premisas: en primer lugar, Argelia, después de su independencia de Francia en 1962, alcanzó un Estado de bienestar social desarrollado, donde se combinó con acierto un Estado islámico con avances sociales: emancipación de la mujer, derechos de los trabajadores, escolarización universal (1973) y asistencia sanitaria y medicamentos gratuitos (diciembre de 1973), precios populares para los productos básicos de consumo y construcción de infraestructuras urbanas. Este Estado de bienestar embrionario se sustentó en la explotación de los recursos del petróleo, que daba a Argelia los medios para garantizar su autonomía.

Sin embargo, a partir del año 1988, Argelia sufrió una crisis económica que le obligó a aplicar un duro programa de ajuste estructural, que originaría un rápido deterioro de las instituciones, esto ha provocado que desde el año 1992 esté subsumida ininterrumpidamente en estado de emergencia, condiciones de vida de la población y el cuestionamiento del modelo de reparto de la renta del petróleo que había existido hasta entonces. Estalla la guerra civil en el país, a lo que se han unido la concordancia de determinados factores, que han provocado la actual crisis que el Estado atraviesa entre las que destaca: la corrupción; el monopolio por parte de la clase militar de productos de primera necesidad y medicamentos; se ha militarizado a la clase política y de forma transversal se ha extendido a la población civil, lo que hace que parte del territorio esté controlado y gobernado por esta población; tasa de natalidad muy elevada; la mujer ha sido desposeída de la mayoría de sus derechos civiles y políticos; abruptas relaciones con el vecino Marruecos, dada las ansias expansionista de este último y que han llevado a que el cierre de fronteras entre ambos Estados que se decretó en 1994 y que continúa vigente en la actualidad. De modo, que no sólo las causas económicas son las que han motivado la emigración argelina a España, sino que este factor unido al modelo sociocultural que desde 1962 se les ha ofrecido a los jóvenes, junto a la evolución política que atraviesa el país desde

1992 son elementos de peso que actúan como incentivos a la hora de decidir abandonar el país de origen.⁸⁶⁴

El correlato de estos factores, ha provocado una inestabilidad en su territorio que hace que gran parte de su población joven se vea obligada a inmigrar. La primera premisa que se nos plantea es ¿Cuándo y porque se produce la inmigración argelina en España? y correlativa a esta cuestión surge la necesidad de conocer ¿cuando y porque surge la inmigración argelina en Melilla? En relación con la primera cuestión podemos distinguir tres etapas:

1- Primer periodo (Hasta 1989). La inmigración de procedencia argelina en nuestro país es prácticamente testimonial y se produce mayormente de forma estacional; es decir, existía cierta tradición de que estos inmigrantes se desplazasen a la península para el desempeño de actividades agrícolas de naturaleza estacional (por la proximidad geográfica y la facilidad de las comunicaciones marítimas). En el aspecto político, existía una cierta permisibilidad en las fronteras y laxitud de las autoridades permitían la entrada y salida regulares del país, así que esta población no se asentaba de forma permanente en el territorio, debido a que sus destinos migratorios tradicionales eran Francia, Gran Bretaña y en menor medida, Estados Unidos y Canadá.

2-Segundo periodo (De 1990 a 1999). Los problemas económicos, políticos y sociales en Argelia no previstos, provocan una emigración masiva del país. La población argelina, dadas las dificultades de acceso a sus países de destino tradicionales, empieza a llegar a España, primero como país de tránsito y posteriormente como país de destino; podríamos decir que encuentran en el país facilidades de regularización, trabajo y asentamiento y que esto ocasiona su permanencia e intensifica el “*efecto llamada*”. De modo que, las personas que abandonan Argelia en este periodo –y, por tanto, llegan en parte a nuestro país- lo hacen impulsadas más por motivaciones políticas e ideológicas que no económicas; pertenecen, en mayor grado, a sectores socioeconómicos medios y presentan un nivel de formación/estudios también medio o incluso superior. Evidentemente una de las vías de acceso a la península la constituye Ceuta y Melilla (150 Km.)⁸⁶⁵, estos se encuentran en estas ciudades en la siguiente situación jurídico-administrativa:

- Pendiente de una Orden de Expulsión.

⁸⁶⁴ MARTÍN MUÑOZ G., (1996) .*Causas políticas y socio-económicas de la emigración Argelina*. Atlas de la inmigración magrebí en España Atlas. Universidad Autónoma de Madrid y Ministerio de Asuntos Sociales, págs. 242-243.

⁸⁶⁵ Según el Director de Política Interior, JOSÉ RAMÓN ONIEGA ”no se pueden abrir las fronteras a Argelia y además se trata de un tema muy delicado”

- Solicitantes de asilo(cuyas peticiones desconozco porque eran solventadas la Delegación Provincial sobre Migración y Documentación y no por la Delegación Central que a mi juicio era la competente)

3- Tercer periodo. (Desde 2000 hasta la actualidad). Identificamos como principal motivación inmigratoria la económica, incentivados por la existencia de las redes familiares o relacionales con personas ya asentadas en nuestro territorio con anterioridad. En otro orden de cosas, sería en esta etapa en que se diversifica tanto por género como por nivel de formación y estudios la población argelina inmigrada y en que ésta inicia con mayor intensidad procesos de reagrupación familiar (el perfil del inmigrante argelino continúa siendo el de varón adulto y sólo con escasa cualificación debido principalmente al requebrajo producido en el estado social argelino que provocó un deterioro general del sistema educativo y consecuentemente, una disminución de la cualificación de los jóvenes, por lo que los sectores con formación medio - medio alto tienen como preferencias migratorias otros países europeos o del mundo desarrollado y que son los sectores medios o medio-bajos lo que manifiestan mayores preferencias de partida hacia nuestro país).

Apuntamos, asimismo, que las dificultades de obtención de una autorización de residencia legal en el país son mucho mayores para las personas llegadas en este periodo, la población argelina empezó a contemplar España como posible país de destino de sus proyectos migratorios en el momento en que otros países europeos como Gran Bretaña, Francia o Italia aplicaron medidas legislativas más endurecidas respecto a la llegada y asentamiento de población inmigrante, con el objetivo de disminuir sus flujos y, de forma más específica en el caso francés, evitar la llegada de argelinos implicados en acciones políticas en su país de origen.. Nuestro país, mantenía en los años noventa todavía una postura muy permisiva respecto a la llegada, asentamiento y posibilidades de ocupación (siempre fuera de la legalidad vigente en la economía sumergida) para las personas inmigrantes, y esta permisibilidad explicaría que España se convirtiera primero en lugar de tránsito para procesos migratorios transcontinentales y paulatinamente estos se irían transformando en elegir nuestro país como lugar de destino para una parte creciente de los inmigrantes argelinos.

Pero ¿cuándo comienza la inmigración en el territorio de Melilla de los inmigrantes argelinos⁸⁶⁶?

⁸⁶⁶ Según el diario *El País* de 2 Febrero 1999, en Diciembre de 1997 había 180 personas llegadas de Argelia a Melilla, esa cifra se ha elevado hasta 436 dos años después. Las autoridades españolas relacionan la incesante llegada de argelinos en situación irregular a Melilla, con el hecho de que cada mañana entran en esta ciudad entre 25.000 y 30.000 marroquíes que horas después regresan a su país. El acceso de esta multitud, que provoca largas colas en la frontera, es presuntamente aprovechado por

La entrada de estos inmigrantes⁸⁶⁷ se inicia en los años 1991-1994, siendo insertados este colectivo junto con los subsaharianos en los programas de acogida esporádicos, durante el periodo 1995-1996, se procede a las acogidas oficiales de emergencia permitiéndose solo el traslado de inmigrantes argelinos no violentos y previa verificación de que carecían de antecedentes penales siendo menor cuantitativamente su traslado que el de subsaharianos⁸⁶⁸. De modo, que al llegar a principios del años 1999, ya había más de cuatrocientos argelinos⁸⁶⁹ en la ciudad, que habían accedido a la misma de forma ilegal. Asimismo si analizamos la presente tabla se observa la evolución de la migración procedente de este país africano.

ENTRADAS Y SALIDAS REALIZADAS POR LOS MIGRANTES ARGELINOS A MELILLA

AÑO	ENTRADA	SALIDA
2000	1078	897
2001	1170	1090
2002	157	306
2003	276	255
2004	342	347
2005	249	380
TOTAL	3272	3275

Fuente: Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración 2005 y Elaboración propia

Del análisis de la presente Tabla se deduce que la mayor afluencia de argelinos⁸⁷⁰ cuya entrada ha sido irregular en nuestra ciudad, se produce en los años 2000-2001, manifestándose a partir de ese momento una tendencia a la baja considerable, desde nuestro punto de vista justificable ya que estos prefirieron realizar la entrada a Europa por Francia, sin atravesar

argelinos para colarse. Si bien, desde nuestro punto de vista la causa de este flujo migratorio es debida a los últimos atentados en la región de Relizan,(Argelia) que son causa de la situación de guerra civil no declarada, que sufre Argelia).

⁸⁶⁷ Conviene recordar que hasta el año 1996, no se protege el perímetro fronterizo de la ciudad (pero su vigilancia no era permanente hasta el año 2004 cuando se producen las grandes avalanchas humanas de inmigrantes sobre la ciudad) y cuando se comienza a hacer, es con una vieja alambrada con más de cincuenta años de antigüedad, permeable al tránsito ilegal de marroquíes y argelinos, (éstos debido a similitudes con la población marroquí pasaban sin problema alguno por los puestos fronterizos confundidos con estos últimos a Melilla) así como de un nuevo contingente poblacional de inmigrantes que comenzará a llegar a Melilla, los subsaharianos.

⁸⁶⁸ Hasta 1997, Ceuta y Melilla no disponían de una Oficina de Extranjería. Por esta razón, el inmigrante permanecía en las dos ciudades, sin documentar, los cuales, le eran proporcionados una vez habían llegado a la península.

⁸⁶⁹ Según información del periódico el País de 2 de Febrero de 1999, en su N° 1005” El problema son ahora los 436 argelinos que supuestamente han logrado colocarse confundidos entre los más de 25.000 marroquíes que cruzan a diario desde la provincia de Nador a Melilla sin tener que pasar ningún trámite”.

⁸⁷⁰ MORCELLO, J., (1999). Análisis de las migraciones subsaharianas en el Magreb. Conferencia de Rabat sobre migraciones subsaharianas en el Magreb. *Rev. Entre Culturas* n° 36. Madrid, Junio, pág. 8.

Marruecos, ya que con estos sostienen disputas territoriales y tienen una enemistad manifiesta desde hace siglos. Además el gobierno español en los años 90, se inclinó por preferir la llegada de inmigrantes subsaharianos a la península en lugar de hacerlo los argelinos, estableciendo un a discriminación negativa sobre éstos, debido a que son un colectivo más conflictivos y con grandes problemas de integración.

En relación con las salidas se observa como el año 2001, es cuando se procede a más salida de nuestra ciudad, procediéndose a descongestionar parte de la bolsa de inmigrantes argelinos que se asentaban en Melilla desde el año 1997, también en año 2000, existe un fuerte descenso en la salida de éstos inmigrantes no tan fuerte como en el año siguiente por los motivos anteriormente aducidos, (conviene recordar que un importante número de éstos tiene antecedentes penales hecho que obstaculizaba su salida desde Melilla hacia la península) A partir de ese momento la salida es constante progresiva manifestando la misma tendencia en la actualidad.

Con respecto, a la migración argelina en la ciudad de Ceuta, se produce en varias fases: En una primera etapa, se aprecia un movimiento lento y constante de estos inmigrantes, elaborándose planes de acogida esporádicos para poder realojarlos. Si bien, hay que subrayar como este colectivo de inmigrantes, no estaba incluidos en dichos programas, tal y como ocurría en Melilla. En la segunda fase se inicia a partir del año 1995, se procede a trasladar a buena parte de los inmigrantes subsaharianos que se encontraban en la ciudad hacia la península pero al igual que en Melilla no se procede al traslado de los argelinos⁸⁷¹. Existe una tercera fase, caracterizada por la elaboración de un programa de acogida urgente del que nuevamente son excluidos los argelinos. En la cuarta fase iniciada en 1998, la bolsa de inmigrantes argelinos era considerable, comenzando a ser trasladados a la península desde ese momento de forma lenta pero constante, debido entre otras razones a la petición por parte del Parlamento Europeo en 1997, que pidió a los países de la UE, que no repatriasen a los ciudadanos de esta nacionalidad sino que analizaran cada caso de forma individualizada. Estos durante las citadas fases, al no estar insertos en los programas de traslados a la península se veían obligados como una vía de salida de ambas ciudades a la petición de asilo produciéndose una evacuación importante de este colectivo en concreto de 115 durante el año 1998, provocando dicha situación el efecto llamada de 61 inmigrantes de dicha nacionalidad durante ese mismo año y 46 al año siguiente⁸⁷².

⁸⁷¹ Diario Tiempo *Ceuta: los argelinos pueden ser el próximo polvorín*, 30 de Octubre de 1995.

⁸⁷² Según datos de la Comisaría General de Extranjería y Documentación. Unidad Central de Fronteras 1999.

2.7.-MIGRACIÓN ASIÁTICA

Las migraciones asiáticas en España son pocos conocidas en comparación con otras a pesar de la cantidad de asiáticos que se encuentran en el país. Los flujos migratorios, desde Asia hacia España, cuentan con una presencia de más de un siglo.

Hasta el año 2000 los inmigrantes asiáticos no se habían hecho notar como una comunidad de peso en España. Las comunidades asiáticas más importantes eran la filipina y la japonesa, luego en los años noventa aumentaron los inmigrantes de china, pakistaní y bangladeshi. *“Históricamente las relaciones entre Asia y España nunca fueron muy fuertes, dada la concentración de intereses de este país en las zonas del Mediterráneo, de América Latina y de Europa. Las relaciones Asia-España se encontraron aún más debilitadas a lo largo de los años ochenta y noventa. En el año 2000 se crea el Plan Marco Asia-Pacífico que constituye una de las iniciativas más importantes y actualmente menos polémicas de la política exterior española. Sin embargo, esta iniciativa no fue planteada con un respaldo político, diplomático, financiero y simbólico adecuado.”*⁸⁷³ Es importante señalar, que la migración asiática ha sido, por sus técnicas de entrada ilegal y por su dinámica social, una inmigración desconocida.

En este apartado se analizan los antecedentes de la migración asiática en la ciudad de Melilla. Adicionalmente se describen las etapas de este flujo migratorio y las consecuencias jurídicas derivadas de su situación en el país.

La inmigración asiática en España es debida a factores endógenos y exógenos: dentro de los primeros resalta entre otros la estabilidad política y social, los índices de crecimiento del PIB y del empleo; mientras que de los segundos subrayamos el endurecimiento en las condiciones de entrada a los EEUU, pérdida de atractivo de otros destinos tradicionales como Venezuela y Argentina y la crisis económica que en los últimos años ha afectado de manera especial a los países asiáticos e iberoamericanos, así como la especial ubicación geográfica de España. Paralelamente a este cambio, los flujos migratorios han ido experimentando una evolución significativa, en cuanto a los países de procedencia. En cualquiera de los casos, resulta relevante que la incidencia numérica de la inmigración asiática es relativa pequeña y circunscrita casi exclusivamente a tres países: China, Paquistán y Filipinas, destacando el hecho de que sus migrantes llevan tiempo asentados en nuestro país y su crecimiento es lento pero constante. De este modo, se observa como en la década de los ochenta las comunidades más importantes eran

⁸⁷³ BERMÚDEZ, M., (2004) .Migraciones y relaciones internacionales entre España y Asia. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, número 68, pág. 22.

la filipina y la japonesa, mientras que en la década de los noventa se produjo un aumento de las comunidades china, pakistaní y bangladeshí.

Esta migración numéricamente es reducida si lo comparamos con las comunidades sudamericanas o norteafricanas. Sin embargo, una de las connotaciones más sobresalientes de esta migración lo constituye el desconocimiento respecto a los métodos y redes de entrada en nuestro país ya que esta se produce mayoritariamente de forma ilegal. A esto debe añadirse, que esta inmigración conforma una de las redes de pasaje ilegal de personas mejor constituidas en el mundo. Y a pesar, de que no se trata de un sistema único, destaca su estructura extremadamente ramificada. Además no que obviar, el hecho de que estas redes no operan solamente desde China hacia los países receptores y que su objeto no es sólo el tráfico de ciudadanos chinos, sino que esto no es más que la muestra de un conjunto de actividades delictivas que se encubren bajo esta morfología. Estas circunstancias, han obligado a la UE, a crear un grupo de trabajo para luchar contra el poder de dichas redes, que parecen estar vinculadas a grupos criminales organizados como las Triadas chinas, la Yakula japonesa, los Tong vietnamitas, coreanos o de Taiwán.

En relación concreta con nuestro país, España nunca ha tenido unas relaciones demasiado fluidas con los países asiáticos, éstas se sustentan en el *Plan Marco Asiático Pacífico*⁸⁷⁴, acuerdos multilaterales y bilaterales a través de la UE. Destacando en este último, la participación en el foro multilateral regional ASEM⁸⁷⁵. Durante la presidencia española en la UE, esta reunión se produjo en Lanzarote en el año 2002, donde se llegó a las siguientes conclusiones:

✓ Propuestas de cooperación interministerial en la gestión de flujos migratorios desde Asia hacia Europa, con implicación de responsabilidad por parte de los países de origen, destino y acogida.

⁸⁷⁴ Los principales inconvenientes que presenta dicho Plan son fundamentalmente: la ausencia de respaldo político, escaso soporte financiero y insuficiente comunicación entre ambas partes, estos defectos han provocado a que en la práctica sólo se cumplieran sus objetivos de forma parcial. Por el contrario ha mostrado resultados destacados en algunos casos en materia cultural. Sin perjuicio de reconocer que la política exterior de España con Asia-Pacífico ha mejorado de forma considerable con la implantación de dicho Plan Marco, así como la continuidad del mismo queda reflejada en el Plan de acción Asia-Pacífico 2005-2008, que pretende conseguir una mayor coordinación de los diferentes estamentos de la Administración.

⁸⁷⁵ En este foro los quince países integrantes de la UE, la Comisión Europea y diez países asiáticos (Brunei, China, Indonesia, Japón, Corea del Sur, Malasia, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam, donde se debaten entre otros temas de naturaleza política (se incluyen en este apartado, el tema de la lucha contra el terrorismo internacional y la gestión de flujos migratorios) económicos y culturales.

✓ Acuerdo de cooperación interministerial en el ámbito de la información estratégica sobre los flujos migratorios que incluiría las rutas utilizadas para el tráfico de migrantes ilegales.

✓ Gestión para organizar campañas de información contra los riesgos que supone la inmigración ilegal, así como la asistencia que se debe prestar a las víctimas de estas redes organizadas.

✓ Fijación de los elementos conexos a la migración ilegal como son: el crimen organizado y el tráfico de seres humanos.

✓ Establecer directrices para conseguir la cooperación para el retorno y la readmisión de inmigrantes procedentes de estos países de origen y solicitar a dichos países, la puesta en marcha de mecanismos para eliminar las redes organizadas existentes dedicadas al tráfico de personas.

A ello, hay que sumar el hecho de que España los acuerdos bilaterales suscritos no tienen gran contenido, limitándose en la mayoría de los casos a temas culturales, tal y como lo evidencian el hecho de que nuestro país ha tenido hasta la fecha una insuficiente presencia diplomática en Asia, donde sólo cuenta con 13 embajadas (sin contar las de Afganistán y Australia) y muchas de estas representaciones, no tienen medios humanos y materiales suficientes para su funcionamiento. Además los *Foros* (con China y Japón) y *Tribunas* (con Filipinas, Corea del Sur y la India) han sido medios de acercamiento a los poderes políticos y sociedad civil. Pero su viabilidad ha sido escasa, debido entre otras razones, a la falta de asistencia a ellos de las más altas instituciones del Estado. A ello, hay que unir el escaso protagonismo de España en los foros multilaterales con Asia-Pacífico (ASEM, cumbre de la UE con la ASEAN), con la excepción de ASEF, que han denotado escaso interés por el Foro Regional de la ASEAN (ARF). En conclusión, España ha participado escasamente en el diseño y la planificación de la política de la UE con respecto a Asia-Pacífico y en la agenda asiática de los principales organismos multilaterales.

Sin embargo, a pesar de esta declaración de propósitos, la realidad no se ajusta en modo alguno a estas premisas y lo cierto es que nuestro país no tiene suscrito hasta la fecha, ningún acuerdo de readmisión a nivel nacional ni europeo sobre readmisión y retorno de inmigrantes asiáticos a sus países de origen y tal y como se ha puesto de manifiesto en los procesos de regularizaciones, lo que se traduce, en que el número de asiáticos en Europa y en nuestro España sigue aumentando progresivamente de forma lenta pero constante.

AÑO 2000 ENTRADAS REALIZADAS POR ASIATICOS EN MELILLA Y SALIDAS PROGRAMADAS A LA PENÍNSULA

NACIONALIDADES	ENTRADAS	SALIDAS
AFGANISTÁN	4	2
BANGLA DESH	59	65
CHINA	1	1
FILIPINAS	3	3
PAQUISTAN	160	77
INDIA	19	12
EGIPTO	1	0
IRAK	277	295
LIBERIA	2	5
LIBANO	0	1
PALESTINA	2	3
SIRIA	2	2
TUNEZ	1	1
TOTAL	531	467

Fuente: Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración 2000 y Elaboración propia

En la presente Tabla se observa como la inmigración más numerosa por nacionalidades es la procedente de Irak, (donde las salidas son superiores a las entradas debido a que desde el año 1999 existía un contingente reducido de migrantes de esta nacionalidad que son enviados junto con los que entraron en ese mismo año) debido a los conflictos armados que se produjeron en el país. Anteriormente a la guerra del Golfo, el fenómeno era inverso, ya que, en concordancia con la ideología panárabe de su gobierno, favoreció la entrada de inmigrantes árabes, a los que ofrecía un trato jurídico no discriminatorio (pese a estas preferencias también llegaron contingentes asiáticos e iraníes); la guerra del golfo y el posterior embargo internacional produjeron un desplome de la inmigración, al impedir el relanzamiento económico y la demanda de mano de obra. A continuación le sigue en orden de importancia la pakistaní, debido probablemente entre otras razones al terrorismo radical islamista que se da en el país.

AÑO 2001 ENTRADAS REALIZADAS POR ASIATICOS EN MELILLA Y SALIDAS PROGRAMADAS A LA PENÍNSULA

NACIONALIDAD	ENTRADAS	SALIDAS
AFGANISTAN	10	8
BANGLADESH	23	27
IRAK	367	322
IRAN	3	1
INDIA	30	38
EGIPTO	0	1
PAKISTAN	10	85
LIBERIA	11	11
PALESTINA	6	7
SIRIA	7	7
TUNEZ	6	0
TOTAL	473	503

Fuente: Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración 2001 y Elaboración propia

Del análisis de la presente Tabla se deduce, que la migración económica durante este periodo es predominantemente procedente de Irak, a pesar de finalizado el conflicto armado en el país en el año 2000 se produjo una crisis económica en el mismo que obligó a muchos de sus habitantes a huir a otros países entre ellos a España utilizando un reducido número de ellos como vía de acceso a Europa la ciudad de Melilla. A esta migración, le sigue la procedente de la India⁸⁷⁶ (donde cuenta con el respaldo en nuestra ciudad de una comunidad integrada que asiste a los migrantes procedentes de dicho país). A continuación le se sitúa los inmigrantes procedentes de Bangla Desh por las razones aducidas anteriormente. Sin embargo, conviene destacar que la migración asiática durante este periodo por Melilla es poco numerosa.

⁸⁷⁶ Según información del Periódico digital Inmfomomelilla.com. de fecha de 10 de Noviembre del 2007 la migración asiática en la ciudad de Melilla es de 70 personas.

AÑO 2002 ENTRADAS REALIZADAS POR ASIATICOS EN MELILLA Y SALIDAS PROGRAMADAS A LA PENÍNSULA

NACIONALIDAD	ENTRADAS	SALIDAS
AFGANISTAN	2	3
BANGLADESH	81	77
CHINA	2	0
INDIA	12	4
PAKISTAN	69	61
BIRMANIA	3	0
IRAK	24	97
IRAN	7	1
JORDANIA	2	2
LIBERIA	3	0
SIRIA	6	0
TUNEZ	4	5
TURQUIA	1	0
TOTAL	234	250

Fuente: Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración 2002 y Elaboración propia

Durante el citado periodo, destaca el hecho de que la migración asiática mayoritariamente procede de Bangla Desh, seguida de Pakistán y de irakies, (En estos últimos se aprecia que las salidas triplican a las entradas) destacando el hecho, de que al igual que en periodo precedente, la migración asiática es aún cuantitativamente más reducida. Asimismo es subrayable la circunstancia⁸⁷⁷ de que los inmigrantes de origen asiático, principalmente hindúes y bangladeshíes, han optado por aprovechar su parecido físico “*siendo considerados los pescadores ideales*”, para intentar entrar a plena luz del día en territorio español como si fueran ciudadanos marroquíes, ya sea en barcos haciéndose pasar por pescadores, así como la circunstancias de que son los que más pagan a las redes organizadas para su entrada ilegal la cuantía oscila entre 9000 a 12000 euros y garantiza hasta tres intentos de penetración en España.

⁸⁷⁷ Periódico “*El Faro de Ceuta*” de 13 de Agosto del 2005.

AÑO 2003 ENTRADAS REALIZADAS POR ASIATICOS EN MELILLA Y SALIDAS PROGRAMADAS A LA PENÍNSULA

NACIONALIDAD	ENTRADAS	SALIDAS
BANGLADESH	30	28
AFGANISTAN	0	2
INDIA	44	48
IRAK	7	15
IRAN	2	0
TUNEZ	2	4
TURQUIA	0	1
PALESTINA	1	9
PAKISTAN	0	15
SIRIA	0	6
BIRMANIA	0	3
TOTAL	86	138

Fuente: Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración 2003 y Elaboración propia

Del examen de la presente Tabla se comprueba que la migración asiática que ha entrada por las fronteras de Melilla es mayoritariamente India, seguida de la procedente de Bangaldesh. Sobresale el hecho, de que las salidas de migrantes procedentes de este continente alcanza casi un 50% mayor en relación con las entradas, procediéndose al traslado a la península de migrantes procedentes de otros países asiáticos que habían entrado en periodos anteriores en numero reducido, así como de migrantes que procedían de Extremo Oriente (y que por motivos de no excluir de análisis debido a su escaso numero realizamos de forma conjunta con la migración asiática)

AÑO 2004 ENTRADAS REALIZADAS POR ASIATICOS EN MELILLA Y SALIDAS PROGRAMADAS A LA PENÍNSULA

NACIONALIDAD	ENTRADAS	SALIDAS
BANGADESH	23	24
AFGANISTAN	0	1
INDIA	18	8
IRAK	1	2
IRAN	0	1
LIBERIA	30	31
LIBIA	1	1
SIRIA	2	0
PAKISTAN	0	1
PALESTINA	0	2
TUNEZ	2	0
TURQUIA	1	1
YEMEL	1	1
TOTAL	49	42

Fuente: Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración 2004 y elaboración propia

Durante el presente periodo se observa como los migrantes que han optado como vía de acceso ilegal por nuestra ciudad son mayoritariamente procedentes de Bangaldesh y de Afganistán, seguidos a considerable distancia de los procedentes de la India .Es relevante durante este periodo, el hecho de que la migración asiática alcanza su punto más bajo tanto en el orden de entradas como de salidas .Repitiéndose la circunstancia, de que en este año se vuelven a dar las salidas de migrantes procedentes de otros países asiáticos cuya migración es menor, así como de países de Extremo Oriente ,que habían optado durante el periodo anterior y este por migrar a España vía Melilla. Por último, en cuanto al sexo de los migrantes mayoritariamente la población asiática que utiliza Melilla como acceso a Europa, es masculina. A nuestro juicio, este hecho se explica en gran medida por la severidad de las leyes de inmigración y la actividad laboral que van a desarrollar en España. Complementariamente afecta las tradiciones culturales de los lugares de origen.

En definitiva existen cuatro modalidades de salida de los inmigrantes:

- a) Acogimiento en centros de ONG's en base a los programas del IMSERSO.
- b) Reclamación por familiares.
- c) Admisión a trámite de las solicitudes de asilo.
- d) Internamientos en CIE' s.

2.8.- CEUTA

La soberanía española sobre Ceuta y Melilla data de los siglos XV y XVI. Los musulmanes son considerados como un colectivo de segunda categoría. Los judíos forman un pequeño colectivo cuya actividad es el comercio.

Ceuta es “la ciudad hermana de Melilla, por su historia y por la estructura pluricultural de su población, se distingue de ella por su proximidad a la península y por su posición estratégica de lugar de paso entre el Mediterráneo y el Atlántico. El puerto ceutí, seguro y de gran calado, sirve como base de aprovisionamiento a una gran flota mercante y es también base de una importante actividad pesquera. Todo ello hace que esta ciudad sea menos dependiente de Marruecos que Melilla.”⁸⁷⁸

El migrante siempre se va a dirigir al país, ciudad o población donde pueda encontrar trabajo o donde tiene algún conocido, por lo que España siempre será una atracción para los ciudadanos marroquíes, asiáticos, hindúes, subsaharianos, entre otros.

En este apartado, además de analizar las diferentes migraciones que existen en Ceuta, se realiza un estudio de la evolución histórica de las mismas.

2.8.1.-EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA MIGRACIÓN EN LA CIUDAD DE CEUTA

En la ciudad española de Ceuta, debido a su situación geográfica e histórica, conviven diferentes culturas (cristiana, musulmana, hebrea e hindú). Esta multiculturalidad queda reflejada en su población europeo-cristiana, españoles de origen, sigue siendo la mayoritaria en estos momentos⁸⁷⁹. Representa 51%, cuando hasta 1970 suponía 92%, con unos rasgos definitorios que no difieren del resto de la comunidad española o europea. El restante 49% de la

⁸⁷⁸ COLECTIVO IOE (2002) .Los inmigrantes en España. *Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*. pág, 232.

⁸⁷⁹ Instituto Nacional de Estadística 2003.

población está integrado por las comunidades árabe-musulmana (48.40%), judeo-hebraica (0.25%), hindú-brahmanista (0.25%) y gitano-cristiana (0.10%)⁸⁸⁰

La población árabe-musulmana, constituye lo que llamaríamos la minoría mayoritaria, cifrada de hecho en torno a los 43,000 habitantes, aunque de derecho, en poco menos de 30.000. Sus principales rasgos de identidad son: procedencia marroquí con un alto nivel de analfabetismo (39%) –especialmente entre los más mayores y de natalidad (4.4 hijos por familia), estatus socioeconómico y cultural bajo, elevada tasa de paro (sobre todo en la juventud); con ingresos inferiores a 600 euros mensuales en 45% de la población, con serios problemas de integración y con una presencia muy marcada de su religión, el Islam, en sus vidas⁸⁸¹.

Para poder comprender la inmigración en la ciudad de Ceuta, ha que realizar un estudio de su historia. Observándose como la primera migración que se realiza sobre la ciudad data del año 800 a. de J.C. según (LARZRAK R, 1974)⁸⁸² pero fue en la época pos-romana cuando consiguió una mayor integración en su entorno⁸⁸³. Posteriormente los Idrissis, fundadores de la primera dinastía marroquí en el s. VIII dominaron la ciudad. Pero su importancia fue trascendental a partir en el año 709 d. C., con la expansión del Islam, extendiéndose seguidamente al resto de la península⁸⁸⁴. De este modo, una vez, construido el Al-Andalus, se ocupa la ciudad en el año 931 d.c., con tropas procedentes de este Estado independiente, pasando a convertirse en plaza de soberanía dependiente del califato de Córdoba gobernada por un movimiento chiita, los fatimitas, que pretendían ser los únicos gobernantes legales de toda la comunidad del Islam. Pasando a convertirse la ciudad de Ceuta en punto de salida para los almorávides, almohades y benimerines⁸⁸⁵. Llegando a alcanzar durante los siglos XII y XII, tal grado de prosperidad, como

⁸⁸⁰ ROA VENEGAS, J M^a (2006). *Rendimiento escolar y "situación diglosica" en una muestra de escolares de educación primaria en Ceuta*.1 Junio, Universidad Autónoma de Baja California.,http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-32100795_ITM

⁸⁸¹ Instituto de Estudios Ceutíes, *Monografía de los cursos de Verano de la Universidad de Granada en Ceuta* (12^a ed., págs. 357-359). Ceuta, España: Instituto de Estudios Ceutíes-Universidad de Granada. Que afirma que "la conquista de Ceuta y Melilla tenía motivos a la vez ofensivos y defensivos. Se incluían en el marco de las recomendaciones del testamento de Isabel, de Octubre de 1504, que pedía lanzarse a la conquista de África y combatir a los infieles y por otra parte para evitar el retorno del Islam a España".

⁸⁸² *Le contentieux territorial entre le Maroc et l'Espagne*, Dar el Kitab Casablanca, pág 105-124.

⁸⁸³ CANGNE, J., (1979). *Sebta du Vème: au IXème siècles*, edit CURS Rabat, Revue Al Baht al Ilmi sostiene que la revuelta de los jarijitas(720-742) estuvo a punto de causar la ruina de Ceuta, que permaneció después de ella abandonada durante varios años

⁸⁸⁴ DEL PINO D., (1983). *La última guerra con Marruecos: Ceuta y Melilla*, edit Argos y Vergara. Barcelona, pág 29.

⁸⁸⁵ Estos últimos fueron los que se asentaron en la ciudad de Ceuta.

lo manifiesta la creación de consulados propios, pasando a ser independiente tanto del norte como del sur. Una vez ocupada Granada por Marruecos en el siglo XIV, esta es conquistada por Fez. Además antes de finalizar la reconquista española de la península, en concreto en el año 1415 Ceuta, pasa a manos portuguesas(año 1415 por el príncipe Enrique el Navegante).De este modo, y con el fin de evitar el asedio árabe fronterizo (que fue continuo y que obligó a reducir el perímetro de la ciudad para conseguir una mejor defensa de la misma) procedente de Marruecos es por lo que se levantan las “*murallas reales*” mandadas construir por los portugueses y que constituyen el mejor legado dejados por éstos en la ciudad. Las mezquitas se convierten en templos, sus débiles murallas se transforman en impresionantes fortificaciones y el Rey, Don Juan I, funda en Ceuta el presidio destinado para aquellos que cometan delitos graves en territorio portugués. Tras la muerte sin herederos del Rey de Portugal, la corona portuguesa pasa a Felipe II, rey de España (y Portugal) y con ella, la ciudad de Ceuta en el año 1.581. 1.640, se inicia el alzamiento de independencia portugués, siendo coronado como rey de Portugal el Duque de Braganza, bajo el nombre de Juan IV de Portugal. Sin embargo, la ciudad mantiene su apoyo al Rey Felipe IV (o Felipe III para los Portugueses) y por tanto, no se une a los afectos al pronunciamiento, siendo la única ciudad de la orbita portuguesa que seguirá siendo fiel al monarca. En 1.668, en la firma del Tratado que reconoce la independencia de Portugal, se refrenda la decisión de la ciudad de Ceuta de permanecer fiel a la Corona Española. Decidiéndolo en plebiscito continuar bajo la corona española. El mayor esfuerzo militar árabe de recuperación de la ciudad, se produce bajo el mandato del Sultán Mulay Ismail, que puso sitio a la plaza convocando la "*Yihad*" o "Guerra Santa". Desde 1.694 hasta su muerte, transcurren treinta años en los cuales la ciudad se encuentra casi permanentemente sitiada por tropas árabes. Durante estos años de asedio árabe, la población se vio obligada a replegarse hacia el monte Hacho y desde ese año y hasta 1.860, los esfuerzos musulmanes por apoderarse de la plaza fueron constantes y, las treguas, reducidas. Termina la campaña con la firma de la Paz de Wad-Rass, por el Sultán de Fez, ampliándose en el Tratado los límites territoriales de la ciudad. España no exige del Sultán el reconocimiento de la soberanía española sobre Ceuta, toda vez que su adhesión a la corona española era anterior a la propia existencia del Reino de Marruecos y se daba por sentado. Así, los únicos puntos del Tratado, harán referencia a los nuevos límites del "*Campo Exterior*" de la ciudad y a las seguridades dadas a la misma.

Durante los siglos XIII y XIX, las tropas napoleónicas invaden la Península Ibérica. A esta invasión responderá Ceuta negándose a reconocer a José Bonaparte y a su representación en las Cortes de Bayona. Ceuta y Melilla constituyen Juntas de Defensa para sostener la lucha contra el invasor y los derechos del rey legítimo. De modo, que mientras toda España aparecía ocupada por las tropas de Napoleón, solo Ceuta, Melilla y Cádiz permanecen libres del imperio

francés. Finalizada la guerra, con la Constitución de 1.812, la Junta de la ciudad se transforma en Ayuntamiento.

Asimismo con la aprobación de la Constitución de ese año, supuso a que muchos privilegios del antiguo régimen se le otorgarán a la ciudad. Asimismo supuso un hito histórico, que supuso en la práctica casi una recompensa a los servicios prestados a la nación.

En consecuencia, se observa como en la segunda mitad del siglo XX, comienzan los asentamientos de personas de origen magrebí, fenómeno especialmente relevante en las décadas de los setenta y ochenta y que explica que hoy día casi el 35 % de la población sea musulmana, en torno al 65 % cristiana y los pequeños restos hasta alcanzar el 100 por cien hindúes y judíos.

De la Dictadura podríamos establecer un antes y un después de la Independencia de Marruecos. Gris el primer periodo y más brillante el segundo, con el que aumenta la población y los medios económicos. Una situación reforzada al cerrarse el paso a Gibraltar, con cuyo hecho se incrementa la actividad comercial hasta límites insospechados.

La población de Ceuta al igual que la de Melilla tiene una influencia migratoria relevante. Los flujos migratorios procedentes de Marruecos, fueron debidos a la demanda de mano de obra y a la buena voluntad de las autoridades de la ciudad .Incluso antes del inicio del asentamiento de esta población, se observa como a finales del siglo XIX, existían “*moros de paz*” individuos que se dedicaban al aprovisionamiento de la población y al comercio. Su presencia se toleraba de día y estaba circunscrita a determinadas zonas, sin poder gozar el derecho de residencia⁸⁸⁶.

En cualquiera de los casos este asentamiento que en un principio fue poco significativo se incrementó a partir de la primera década del siglo XX.

⁸⁸⁶ SARO GANDARILLAS, F (1987) .*Notas para el estudio del crecimiento y expansión urbana de Melilla*, Actas del I Congreso hispano-africano de las culturas mediterráneas, FERNÁNDEZ DE LOS RÍOS URRUTI, 11-16 de Junio, Melilla 1987, págs.240-252.

En la presenta Tabla se sintetiza la llegada registrada de musulmanes a Ceuta:

Año de entrada	Nuevas entradas
1905-1910	36
1910-1915	42
1915-1920	203
1920-1925	385
1925-1930	519
1930-1935	577
1935-1940	2084
1950-1960	570

Fuente: PLANET CONTRERAS, ANA. I. Melilla y Ceuta: espacios frontera hispano-marroquíes, Melilla, 1998 y Elaboración propia

Del contenido de la presente Tabla se deduce que el mayor porcentaje de incremento de la población musulmana que penetra en Ceuta lo hace finalizada la Guerra Civil Española y tras la devolución de España al protectorado de Marruecos en el año 1956, por los musulmanes que no desean permanecer bajo el gobierno alauita.

No obstante, esta entrada de marroquíes se normaliza cuantitativamente hasta llegar a la promulgación de la primera ley de Extranjería en España, donde el número de musulmanes censados en Ceuta era de 12.177 y en Melilla en la misma fecha su número alcanzaba 17.027. Además el problema se acrecenta, con el hecho de que más de la mitad de esta población se encuentra desempleada siendo las actividades fundamentales de éstos el servicio doméstico y el comercio, dedicándose casi el resto de la población sin actividad a la economía sumergida, venta ambulante o trabajo temporal. Estas circunstancias, unidas al hecho de que la Ley 7/85 sobre Extranjería, previa un tratamiento singularizado para aquellos grupos de inmigrantes vinculados histórica y culturalmente a España (iberoamericanos, filipinos, andorranos, sefardíes, originarios de Gibraltar y Ecuador) éstos según preveía la Ley tendrían un trato diferente en cuanto al procedimiento para conseguir la nacionalidad española, permiso de trabajo y de residencia. Sin embargo, se cometió el error histórico(a nuestro juicio) de omitir toda inclusión en este amplio espectro de los musulmanes que vivían en Melilla y Ceuta y cuya situación jurídica les situaba en un *limbo*, apareciendo como población de hecho pero no de derecho y a la que se la condenaba, en aras a una aplicación literal de la ley a la expulsión. De ahí las manifestaciones y revueltas por parte de este colectivo en ambas ciudades durante el año 1996 y a pesar del intento por parte del gobierno por paliar este error legislativo, fruto del cual fue la elaboración de un proceso extraordinario de nacionalizaciones, por el cual obtuvieron la

nacionalidad española 5.580 musulmanes en Ceuta y algo más de 6.000 en Melilla. Fue el acuerdo entre el ejecutivo español y la comunidad musulmana de Melilla de febrero de 1986, el que abrió el camino para una generosa concesión de la nacionalidad española entre esa fecha y la de 1989. Un hecho que, sin duda, marcó un punto de inflexión en la situación de la comunidad musulmana en ambas ciudades, pues multiplicó por tres, el número de los musulmanes con nacionalidad española. Un estatus que ha permitido a los miembros de dicha comunidad que lo obtuvieron, no solo el acceso a los servicios públicos sino también a los cargos públicos, propiciando así la creación de un partido que los agrupara. A lo que se une que su obtención les facilitaba la emigración dentro de la Comunidad europea, al tiempo que, como ocurre con muchos de los “fronterizos”, podían mantener, si así lo querían, sus vínculos con el país de origen⁸⁸⁷ .

Podemos establecer cuatro periodos claramente diferenciados en la historia de la inmigración marroquí:

Primer periodo 1912-1956: la época del protectorado⁸⁸⁸ español sobre Marruecos, se caracteriza por la penetración constante de inmigrantes hacia Ceuta y Melilla, además de los reclutados por el ejército franquista con motivo de la guerra civil.

Segundo periodo 1956-1975: fase de la mayor emigración española hacia el centro y norte de Europa, se constata el ingreso de trabajadores marroquíes que se empleaban en obras de construcción

Tercer periodo 1975-1986: el cierre de las fronteras de los países de la Comunidad Europea⁸⁸⁹ no logra frenar la inmigración marroquí hacia la península y los archipiélagos

⁸⁸⁷ En cualquier de los casos es imposible contabilizar la población real musulmana que se asienta en ambas ciudades debido a que por parte del INE y del Padrón Municipal se excluye de recuento (por la imposibilidad real de realizarlo) a los “fronterizos” que trabajan en ambas ciudades y pernoctan en Marruecos que según fuentes del INEN en 1986 eran unas 13.000 personas. A estos habría que sumar una cifra significativa, pero no precisa, de clandestinos, que residen permanente en estas ciudades y eluden toda forma de registro administrativo.

⁸⁸⁸ Es necesario puntualizar que estos musulmanes que penetran en un primer momento en Ceuta y Melilla, lo hacen motivados por actividades comerciales con los habitantes de Melilla y Ceuta y sobre todo centrandose su actividad en el abastecimiento de ambas ciudades, ya que debido al problema de las comunicaciones que tradicionalmente han venido padeciendo, los productos de primera necesidad eran abastecidos por las *Kabilas* y posteriormente provincias colindantes con la ambas ciudades, cuya prosperidad actual es coetánea y simultánea a la que se ha ido desarrollando a lo largo de la historia en ambas ciudades.

⁸⁸⁹ Recordemos que España solicitó el ingreso en la CEE, el 29 de Noviembre de 1978 y esta se produjo finalmente el 12 de Junio de 1985 y uno de los pilares en que se fundamenta la política Europea es la movilidad laboral de los ciudadanos de los Estados miembros y el control de fronteras exteriores a la Comunidad, en relación con la mano de obra externa a la misma.

Cuarto periodo 1986-1991: la adopción de una nueva y restrictiva legislación de extranjeros unida a un limitado y fallido primer intento de regularización, estabilizó una importante "bolsa de irregularidad" entre los magrebíes. ¿Pero cuándo se produce la presión migratoria subsahariana en Ceuta?

Primera etapa (1991-1994) Estos flujos migratorios no llegan a materializarse hasta comienzos de los años noventa, sus orígenes eran migrantes procedentes de África Central (Senegal, Malí, Mauritania, Nigeria y Marruecos) y de Argelia⁸⁹⁰. Durante el periodo 92-94, por parte de la Administración central se realizan Programas de acogida puntuales, destacando durante el presente periodo la suscripción por parte de España y Marruecos del *Acuerdo relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente*⁸⁹¹. En dicho Acuerdo, se aprueba la readmisión de emigrantes *de terceros Estados* estipulándose de forma inequívoca en su art. 1 que “*Las autoridades fronterizas del Estado requerido readmitirán en su territorio, a petición formal de las autoridades fronterizas del Estado requirente, a los nacionales de países terceros que hubieren entrado ilegalmente en el territorio de este último procedente del de Estado requerido*”. Pues bien, es un hecho notorio que Marruecos⁸⁹² hasta finales del año 2005 no ha llevado a la práctica el citado Acuerdo. A esto hay que añadir, el problema de los emigrantes ilegales marroquíes, existe la práctica de readmisión de los mismos por parte de Marruecos sólo si son detenidos de forma inmediata. Sin embargo, una vez que han traspasado la frontera ya no existe posibilidad legal de devolución.

Retomando el problema en Ceuta en el periodo analizado, se aprecia que durante el año 1994, existe un conato de solucionar el problema del acogimiento temporal de los inmigrantes en la ciudad, mientras se solventa su situación administrativa pero no se llevó a la práctica por insuficiencia financiera. Mientras tanto, se siguen trasladando a la península subsaharianos y no a los argelinos, este hecho unido a la deficiencia de las instalaciones donde son acogidas provoca revueltas en *las Murallas* donde los inmigrantes se encontraban hacinados.

⁸⁹⁰ A principios de los años noventa ni en Ceuta ni en Melilla existía un control de frontera propiamente dicho, penetrando los inmigrantes como comerciantes si tenían similitud étnica con los musulmanes o por vías clandestinas, si su color era diferente. Política que no varía hasta el año 1994, donde se comienza a modernizar la frontera de Tarajal.

⁸⁹¹ Acuerdo de 13 de Febrero de 1992 sobre readmisión de extranjeros entre España y Marruecos Publicado en el BOE 25-4-1992

⁸⁹² Recordemos que tampoco se han hecho efectivos los acuerdos con otros países africanos hasta el año 2005-2006. Entre otros se encuentra el *Protocolo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular sobre circulación de personas* hecho ad referendum en Argel el 31 de Julio de 2002, la aplicación provisional del *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guinea Bissau en materia de inmigración*, hecho en Madrid el 7 de Febrero de 2003 y con Mauritania *Acuerdo entre el Reino de España y la Republica Islámica de Mauritania en materia de inmigración* de 1 de Julio del 2003.

Segunda etapa (1995) .Se caracteriza por la entrada en vigor de los *Acuerdos de Shengen*⁸⁹³ para ambas ciudades autónomas, que se tradujo en el plano práctico en la obligación de efectuar controles sobre personas y mercancías procedentes de esos destinos antes de entrar en territorio comunitario⁸⁹⁴, con ello, lo que se pretende es evitar la entrada de migración extracomunitaria. Además, a esta situación hay que añadir que cuantitativamente el número de inmigrantes seguía aumentando, siendo mayoritariamente estos subsaharianos y argelinos, a los que se unen en este año un número importante de inmigrantes procedentes de Kurdistan, Estalla de nuevo la población inmigrante en Ceuta, ante el traslado de los kurdos a la península (si bien estos y los inmigrantes que se encontraban en Ceuta creían que era para quedarse en la península y no con el realidad se hizo para proceder a su repatriación)fruto de estas revueltas, es la cesión por parte de la ciudad autónoma del “*Campamento de Calamocarro*” a los inmigrantes para su estancia temporal en la ciudad, también se aprueba el proyecto de impermeabilización de fronteras, que no se finaliza hasta después del año 2000. Asimismo se procede al traslado de más de los 520 inmigrantes⁸⁹⁵ asentados en la ciudad hacia la península, el procedimiento a seguir en este caso, es siempre que alguna ONG’s se hiciera cargo del mismo en la península, se le otorgaba una Cedula de Inscripción, de conformidad con lo señalado en el Art. 63 del Reglamento ,siendo trasladados únicamente a parte de los kurdos los subsaharianos(se les otorgaba por parte de la Dirección General de Migraciones una autorización para trabajar de un año sólo a estos últimos)dejando de nuevo sin trasladar a los argelinos con los que se acrecenta el malestar de éstos en la ciudad.

Tercera etapa (periodo 1996-1997).A pesar del incremento en el número de traslados que se realizaron durante el periodo anterior, a mediados de 1996 existían⁸⁹⁶ ya en cuenta una bolsa de inmigrantes de 500 personas, hecho que supera la capacidad del centro de Calamocarro cuyas

⁸⁹³ En el acta final de dicho acuerdo, de 14/6/85, en su punto III, párrafo 1,e) al referirse a las ciudades de Ceuta y Melilla, se especifica la obligación de realizar por parte de las autoridades un doble control en puertos y aeropuertos para comprobar que los pasajeros cumplen con los requisitos enumerados en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de las cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior. “*España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por trasbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado Parte del Convenio*”.

⁸⁹⁴ Esta duplicidad de control se realiza no solo a los inmigrantes sino a todos los habitantes ambas ciudades e se vean obligados a desplazarse al resto de España o a cualquier país europeo y que continúa practicándose en la actualidad.(control que desde nuestro punto de vista resulta discriminatorio en base 139.2 de la Constitución Española que prohíbe expresamente que cualquier autoridad pueda adoptar medidas que directa o indirectamente puedan obstaculizar la libre circulación de personas y de bienes en el interior del territorio nacional).

⁸⁹⁵ Fuente de datos procedentes de la Delegación del Gobierno de Ceuta.

⁸⁹⁶ Fuente Comisaría General de Extranjería y Documentación año 1996.

plazas eran 150(carente de estatutos internos las normas la fijaban los propios inmigrantes), por lo que su infraestructura se muestra insuficiente para acoger a más inmigrantes. Para paliar esta situación, se pone en marcha al igual que en Melilla el *Programa de Acogida y Acceso Laboral para los inmigrantes subsaharianos* procedentes de ambas ciudades. Si bien, se comete de nuevo el mismo error y sólo se aplica de forma exclusiva a los subsaharianos que son trasladados con carácter preferente a la península tutelados por la Administración en la búsqueda de empleo. Volviendo a repetirse el olvido por parte del Estado, de los inmigrantes argelinos Asimismo existe una mayor cooperación por parte de las autoridades marroquíes en las repatriaciones. Destaca la labor en especial durante el presente periodo de las siguientes ONG's: Cruz Roja, Andalucía Acoge, FAIN, CEAR, CEPAIN.

Cuarta etapa (periodo 1997-1998). Destaca durante este periodo, el incremento de la población argelina en Ceuta, unido al hecho de escaso numero de traslado de los inmigrantes procedentes de esta nacionalidad, existiendo una población de 300 inmigrantes de esta nacionalidad⁸⁹⁷ a finales de 1998, de los que solamente durante el citado periodo fueron trasladados 33. Aumentan la cifra de llegadas de subsaharianos a más de 1500 durante es año, debido al Programa de Acogida que se implantó para éstos durante el periodo anterior, pero el problema quedaba sin solucionar, ya que estos al llegar a la península, bajo la tutela de las ONG's por delegación del Ejecutivo, tenían cuatro meses para normalizar su situación jurídica y encontrar trabajo, pasado dicho plazo, eran abandonados a su suerte por parte de las organizaciones no gubernamentales. A ello, se une el problema de acogida para las CCAA donde son trasladados estos inmigrantes que previamente no son informadas de las llegadas ni del número de personas que se van a asentar en su territorio con el consiguiente malestar.

Y a pesar de estos continuos flujos migratorios se consigue disminuir en más de un 70% el número de migrantes en Ceuta. Pero ante la llegada constante de nuevos inmigrantes se procede a la construcción de un nuevo centro de acogida.

Quinta etapa (1999-2000) A principios del año 1999, se encontraban ubicados en el Campamento de Calamocarro 1.459 subsaharianos y 88 argelinos, además de migrantes procedentes de otras nacionalidades⁸⁹⁸. No obstante, a pesar de proceder a traslados de los mismos, la bolsa de inmigrantes⁸⁹⁹ procedía de nuevo a ser desorbitada, ello obliga a la

⁸⁹⁷ Fuente Delegación de Gobierno de Ceuta.

⁸⁹⁸ Según la respuesta dada a por el gobierno a la pregunta nº 184/023539, a ello hay que unir un número que oscilaba entre 1.000-3.000 personas que se encontraban en las proximidades de la ciudad, en espera de poder franquear las fronteras.

⁸⁹⁹ Según fuentes de la Delegación del Gobierno de Ceuta a finales del año 1999 fueron trasladados a la península 7.498 subsaharianos y 249 argelinos.

inauguración del CETI en Ceuta, coincidiendo con la finalización de los trabajos de impermeabilización de las fronteras marítimas y terrestres de la Ciudad. Destaca asimismo durante el presente periodo la llegada de una nueva inmigración la asiática.

¿Cómo se produce la llegada de inmigrantes argelinos a nuestro país y en particular a Ceuta y Melilla? Existen dos vías: legalidad y clandestinidad.

En relación con la primera, el procedimiento a seguir es:

A).- Obtención de un visado o una carta de invitación en el Consulado español. Siendo la modalidad más utilizada es intentar la obtención de un visado de turista. Sin embargo, el Consulado es, reticente en la concesión de los mismos (se deniegan entorno al 50%), en proporción indirecta al número de solicitudes que reciben, que es creciente (entorno al centenar semanal).

B).- Carta de invitación conlleva la expedición, por parte de un residente legal en nuestro país, de un documento en el cual el invitante se compromete a costear todos los gastos de estancia de la persona invitada durante su estancia, que ha de ser necesariamente por un periodo limitado.

Sin embargo, un número creciente de peticiones individual, que permite una estancia máxima de 3 meses en nuestro país) y cuyos requisitos complementarios son los siguientes:

1.-La presentación de un seguro médico (que cubra la eventualidad de un episodio de enfermedad en nuestro país) y el pago de unos 300 euros en concepto de coste de tramitación. Otro método es a través del reagrupamiento familiar. La tramitación que siguen estas peticiones es radicalmente diferente de la de un visado ordinario, ya que en este caso la demanda se realiza desde España. Aquellos que obtienen el visado que les autoriza para entrar legalmente en nuestro país, lo hacen como turistas en su inmensa mayoría- utilizan fundamentalmente dos medios de transporte:

a) El avión, existe una línea regular aérea que comunica ambos países, sin escalas, en terceros que es *Air Argelie*, empresa con participación estatal que realiza habitualmente tres viajes semanales entre España y Argelia. Este medio es escogido, mayoritariamente cuando el varón ya se encuentra en nuestro país y son la esposa y los hijos los que se desplazan, bien por reagrupamiento familiar o bien para pasar las vacaciones estivales en Argelia.

b) El barco, mediante una línea regular que recorre Marsella, Barcelona, Alicante, Orán y Argel. El trayecto dura unas 16 horas desde Barcelona a Argel y resulta mucho más económico que el anterior.

En relación con la segunda (de forma clandestina). Este mecanismo es utilizado debido a las dificultades crecientes para obtener la autorización del Consulado Español, el método utilizado es el siguiente:

- Cruzar la frontera con Marruecos por Oujda (aunque oficialmente está cerrada entre ambos países) atravesando el desierto –vía que habitualmente utilizan los subsaharianos procedentes de Malí o Nigeria, que realizan trayectos a pie de más de 2000 Km. atravesando Argelia- vía terrestre, previo pago de una cuantiosa suma en metálico (la cuantía oscila entre 1000 y 3000 euros) y una vez allí, llegar a Ceuta y Melilla.
- Viajar hasta Túnez y tomar allí un barco que realiza la línea regular con Italia y de Italia a España.
- Obtener un visado de turistas o de tránsito en embajadas consideradas más proclives – como Italia, Grecia o Portugal- que les permite “*transitar*” por éstos e instalarse después en España.(En la práctica el procedimiento más utilizado es esta vía).

En cualquiera de los casos la connotación más sobresaliente de esta migración la constituye, sin género de dudas, la inestabilidad política que atraviesa Argelia, su guerra civil no declarada y los constantes atentados que sufre. Como consecuencia, de estos hechos el rasgo más destacado que presenta su población migratoria es su naturaleza dual: por una parte, son migrantes económicos (la mayoría con escaso nivel cultural o analfabetos) y de otra parte, muchos de ellos, huyen de las constantes guerrillas que azotan al país.

En efecto, no es ningún secreto que existe un acentuado temor en la Administración española y europea, a que una apertura hacia este colectivo podría provocar un aluvión de peticiones, o una vía de escape de sus flujos migratorios. También es cierto, que la práctica totalidad de los argelinos que llegan a Melilla solicitan asilo. Sin embargo, el número de concesiones es muy escaso, las razones son entre otras a nuestro juicio las siguientes:

➤ Situación geoestratégica de Melilla, donde se ha convertido en la frontera sur de Europa.

➤ Constatación estadística de que el 8,5 de la población española es extranjera, algo más de 3.7000.000 personas.

En conclusión, si tomamos como punto de partida el artículo 10,1 de la Constitución Española, que constituye la clave de bóveda sobre el que descansa nuestro sistema (Contiene los derechos personales del sujeto).Articulándolos en el Art. 3,1 del mismo Texto, los extranjeros

tienen los derechos que les reconocen las Leyes y los Tratados. Los dos vectores sobre los que descansa la extranjería en nuestro país son:

° La emigración. Condición socio-económica (nadie emigra de forma gratuita)

° El asilo. Necesidad de protección internacional del sujeto por los motivos recogidos en la Convención de Ginebra.

Pero sin lugar a dudas, uno de los colectivos que más solicitan y a los que se más se les deniega el asilo en nuestro país, es sin lugar a dudas a los argelinos. En este sentido, conviene recordar que la configuración legal del asilo lo da el artículo 13,4 d de la Ley 9/94, donde se define como la protección dispensada por España para que se le reconozca la condición de refugiado inmigrante que ha entrado ilegalmente en España no es causa suficiente para su expulsión inmediata del país. Asimismo existe una prohibición de devolución de refugiados a excepción de por razones de seguridad o sean condenados por sentencia firme. El artículo 1, f de la Convención de Ginebra excluye a determinados sujetos de la condición de refugiados⁹⁰⁰. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos (suscrita por España) se señala que “*En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país*” (artículo 14.2). Todo ello, obliga a la necesidad de una armonización del contenido del concepto de <refugiado⁹⁰¹> y de <asilado>. Ya que este es objeto de interpretación *suis generis* por cada Estado que le dota de un contenido diferente. La actual definición la realiza el artículo 1 de la Convención de Ginebra, que sólo considera inserto en este término aquellas personas que teman ser perseguidas por el Estado.⁹⁰² En el mismo sentido se pronuncia la Declaración Universal de los Derechos Humanos (suscrita por España) se dice: “*Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*” (artículo 13.2) . De modo, que si el sujeto es objeto de persecución por parte de una organización extremista queda

⁹⁰⁰ Coherentemente con las indicaciones de Tampere y del Tratado, la Comisión Europea a través de una Comunicación asume como elemento base la Convención de Ginebra del 1951, y reconoce el estatuto de refugiado y el Protocolo de 1967, definiendo el concepto de refugiado como aquel que tenga razones para temer “*ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social o por sus opiniones políticas*”, pero subraya la importancia también de otras normas internacionales (Convención contra la tortura, Convención sobre los derechos de los niños) así como de las disposiciones contenidas en las Constituciones de diversos países, que hacen más amplio el cuadro de aplicación y permiten que se supere el concepto de persecución individual enunciado por la Convención de Ginebra.

⁹⁰¹ Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de Abril de 2004, no siendo exigible su obligatoriedad hasta el 10 de Octubre de 2006.

⁹⁰² De modo, que en la actualidad cada Estado, de conformidad con lo que establezca su legislación decide de forma unilateral si son merecedores de protección e insertos en el concepto de refugiado a los sujetos que son perseguidos por grupos extremistas.

excluido de protección. Mientras que por el contrario, estos mismos miembros extremistas si gozan de protección de refugiados si la represión que sufren proviene del Estado. Asimismo existe una prohibición de devolución de refugiados a excepción de por razones de seguridad o sean condenados por sentencia firme. El artículo 1,f) de la Convención de Ginebra excluye a determinados sujetos de la condición de refugiados.

Es por ello, por lo que la legislación debe contemplar la necesidad de que en cualquier procedimiento de expulsión de un extranjero que haya solicitado asilo, debe tener en cuenta las circunstancias individuales del sujeto, para ello, los responsables de las decisiones deben tener una información completa sobre la situación en los países de origen y en particular sobre si en éstos se violan los derechos humanos. De otra parte, el sistema ha sido dotado de mayor grado de transparencia al formar parte de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugiado (que es la que adopta las decisiones sobre la concesión o denegación de asilo), estén representados la Oficina de Derechos humanos, (si bien respetando la información personal del solicitante, pero haciendo constar la nacionalidad del mismo, para ello se admite la participación de ACNUR con voz pero sin voto). Esto ha proporcionado al sistema mayor legitimidad, al incluirse el deber de que todas las resoluciones adoptadas en torno al asilo contengan de forma individualizada los motivos por los que se admite o deniega la petición⁹⁰³.

➤El procedimiento a seguir en caso de solicitud de asilo en España es el siguiente:

- Admisión a trámite.
- Informe favorable de la Comisión Interministerial donde se otorga la condición de de asilado. El procedimiento dura 14 meses se dan prioridad a las solicitudes fundadas especialmente vulnerables.
- La asistencia letrada es el gran agujero del asilo, si el mundo jurídico de la extranjería es amplio, el del asilo lo más característico es su carácter mutable.
- En nuestro país se focaliza la entrada de inmigrantes en: Madrid, Barcelona, Valencia, Ceuta, Melilla⁹⁰⁴ y Canarias), la nota característica del asilo en España, es que nuestro país no es un país receptor de Refugiados y analizamos la entrada de éstos en el resto de Europa se observa

⁹⁰³ Recordemos que en la actualidad las resoluciones se ajustan a unos formularios que contienen causas genéricas sobre la denegación. No obstante, desde nuestro punto de vista la denegación debe contener las causas concretas de la denegación en ese caso particular que se presenta, debiendo acomodarse la ley al caso concreto y no al contrario como en la práctica se viene llevando a cabo.

⁹⁰⁴ En el Informe del Colegio de Abogados de Melilla dirigido al Consejo Superior de la Abogacía del año 2010, se recoge que el número de peticiones de asilo en Melilla durante el año 2008, fue de 136 y las correspondientes al periodo Enero-Mayo de 2009, fueron 51, lo que pone de manifiesto la escasa utilización de este método por parte de los inmigrantes para regularizar su situación en España.

una tendencia a la baja, en el año 2005 pidieron asilo 5086 personas mientras que en el año 2006 lo han solicitado 45 personas menos. Lo más importante desde nuestro punto, es garantizar la protección del refugiado real, de los 1000 subsaharianos que entraron en el año 2006 en Canarias, en el mes de Abril solo 65 pidieron asilo. (Pero otro problema adicional con el que nos encontramos es que los subsaharianos no conocen un Estado Social de Derecho) por ello, muchos cuando llegan a España no se atreven a pedir asistencia letrada para solicitar asilo.

Otro problema lo plantean las solicitudes *manifiestamente infundadas*, que la ley obliga a admitir⁹⁰⁵ a trámite cuando estas se produzcan en frontera o en territorio nacional. En este sentido, una de las causas más profusamente alegadas por la Administración, es el *cajón de sastre* de datos o alegaciones manifiestamente infundadas, lo cual supone, realizar una valoración *a priori* sobre el fondo del asunto, prejuzgando al sujeto, sin que éste tenga la posibilidad de obtener las suficientes garantías procesales,(alegaciones, asistencia letrada, etc.).Además este procedimiento previsto de *<no admisión a trámite>* disuade de su utilización a muchos de los posibles solicitantes.

Otro punto de controversia que la Ley no aclara, es el *principio de no devolución*, ya que el artículo 17 de la Ley, señala que incluso en los casos de denegación de asilo debe cumplirse de forma taxativa este principio, de conformidad con lo que fija el Art. 33 de la Convención de Ginebra sobre la condición de refugiado. Además, este principio también lo recoge el Acuerdo Schengen, donde el Estado español se compromete que en el caso de devolución de un solicitante de asilo a un tercer país, debe verificar en todo caso, que este país va a examinar a fondo la solicitud presentada y el refugiado no va a ser devuelto a su país de origen.(Esto conlleva a España como país integrante de la UE a examinar la política que el país a donde se remite el solicitante de asilo tiene como el país de origen de éste antes de proceder a remitírselo ,en este sentido, conviene recordar que los derechos valen lo que valen sus garantías)

➤El problema europeo en torno al asilo gira sobre la progresiva comunarización del derecho de asilo y esto plantea dos problemas específicos:

- Necesidad de armonizar el derecho de asilo(los auténticos refugiados quedaban sin protección) porque no habían pedido solicitud de asilo y quedaban en un limbo jurídico.
- O por el contrario, lo pedían en diferentes países y como consecuencia de ello, ninguno de ellos se lo concedía.

⁹⁰⁵ Artículo 6 y 10 de la Ley 12/2009, de 30 de Octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Establece las causas necesarias para poder admitir a trámite las solicitudes de asilo presentadas.

Un avance en la materia ha supuesto la definición de los motivos de discriminación: definir que es la religión, la raza, pero en cambio son se han definido otros conceptos como: malos tratos o identidad de género, debido entre otras razones a que el derecho va siempre detrás de la realidad. La solución desde nuestro punto de vista, pasa por fijar unas cuotas de solidaridad, en aquellos países donde existan situaciones prioritarias. Otra solución pasa por aplicar programas de reasentamiento, es decir traerlos del país de origen un cupo determinado.

➤ Asimismo un problema importante, lo constituyen la solicitud de asilo en frontera, donde debido a la celeridad de la situación el solicitante puede quedar privado del derecho asistencia letrada, lo que provocaría un claro caso de indefensión, ya que éste en la mayoría de los casos desconoce sus derechos. Este hecho se agrava por la inexistencia en España de puntos de información sobre las ONG's, que deberían tener acceso a zonas fronterizas (puertos, aeropuertos) con el fin de proporcionar al solicitante el asesoramiento necesario sobre sus derechos y obligaciones en el país solicitante de asilo como actividad complementaria a la asistencia jurídica.

➤ El solicitante de asilo debe permanecer⁹⁰⁶ en todos los casos en el país hasta que se haya resuelto el recurso interpuesto. La actual ley señala que si se interpone recurso no se suspende la actuación de la Administración, salvo que se trate de asilo y exista un informe favorable del ACNUR que permita valorar cual es la situación más acorde con el caso. La ley fija la apelación contra una resolución denegatoria sea examinada por un órgano judicial diferente al que adopto la primera resolución. En los temas de asilo en frontera, existe un equívoco en la Administración, sobre todo en la Audiencia Nacional, ya que conocen los jueces de lo contencioso-administrativo, la doctrina aplicable por la Audiencia es errónea, cuando se alega una persecución debe aportar datos sobre la certeza de estos hechos. Pero para la admisión a trámite no debe aportarse estas pruebas, sino que basta como que se describa una persecución y que esta sea verosímil (en este caso se le debe permitir permanecer en el país hasta que se resuelva por la Administración).

En conclusión, emigración y asilo, tienen unas diferencias orgánicas sustanciales, siendo diferentes en cuanto a su ámbito jurídico como político, a pesar de constituir parcelas diferenciadas y específicas no son compartimentos estancos. Estando condicionada la primera por el proceso de los flujos migratorios. Mientras que el asilo, solo se ha incorporado a la UE

⁹⁰⁶ De otro lado, no debe confundirse el asilo como la permanencia en el país por razones humanitarias, contempladas en el artículo 17,2 de la Ley de Asilo, donde se permite a los solicitantes la permanencia en el país por razones humanitarias aunque se trate de circunstancias que no den lugar al derecho de asilo. Esto no es más que la protección subsidiaria aplicada por nuestro sistema modificado por el Reglamento de Extranjería, relativo a la aplicación de protección por motivos humanitarios, pero que no quedan subsumidos dentro del tipo fijado para el asilado.

desde que se suscribió por parte de los países europeos el Acta Única Europea. En la actualidad, existen políticas comunes de inmigración y asilo, existiendo una tendencia hacia una progresiva comunicación de ambos conceptos pero que hasta que no se consigna la unión política no se espera que cristalicen.

En cualquiera de los casos, se está estudiando por la Comisión Europea la fijación de unas normas mínimas que los Estados miembros deben aplicar independientemente de donde se encuentre el sujeto objeto de protección, siempre y cuando a estos se les conceda protección internacional. El objetivo de la propuesta (*doc. 13620/01*) es establecer el marco del régimen de protección internacional, basado en las obligaciones internacionales y comunitarias existentes y la práctica actual de los Estados miembros, y dividirlos en dos categorías complementarias de protección a los refugiados y protección subsidiaria. La propuesta incluye disposiciones sobre los derechos y beneficios mínimos de los que gozarán los beneficiarios del estatuto de refugiado y del estatuto de protección subsidiaria, respectivamente. Y mientras que existe consenso sobre derechos que se han de conceder a los beneficiarios del estatuto de refugiado, no ocurre lo mismo, respecto al alcance de los derechos que se han de conceder a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria.

El punto de partida lo constituye el derecho de reagrupación familiar, que se ha convertido en el primer instrumento jurídico adoptado por la Comunidad en el ámbito de la inmigración legal. El objetivo de la Directiva, es fijar las condiciones en las que los familiares de un nacional de un tercer país que resida legalmente en el territorio de un Estado miembro y tenga una perspectiva fundada de obtener el derecho a la residencia permanente, pueden entrar y residir en ese Estado miembro a fin de mantener la unidad familiar, independientemente de que hayan contraído el vínculo familiar antes o después de la entrada del residente.

Según el texto acordado, los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia de los siguientes miembros de la familia:

- El cónyuge del reagrupante.
- Los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos en virtud de una decisión adoptada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una decisión ejecutoria de pleno derecho en virtud de las obligaciones internacionales de dicho Estado o que debe reconocerse en virtud de dichas obligaciones.
- Los hijos menores, incluidos los adoptivos, del reagrupante, cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los

hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.

- Los hijos menores, incluidos los hijos adoptivos del cónyuge, cuando éste tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.

En cualquiera de los casos, los hijos menores citados en el presente artículo, deberán tener una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión y no estar casados.

Excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la presente Directiva, podrá verificar si cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de la aplicación de la Directiva.

Los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia de los siguientes miembros de la familia:

- los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen;
- los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no puedan subvenir objetivamente a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

En consecuencia, los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia del conviviente no casado nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación duradera debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una unión estable en pareja registrada, y de los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, de estas personas, así como de los hijos mayores solteros de estas personas, cuando no puedan subvenir objetivamente a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

A fin de asegurar una mejor integración, los Estados miembros podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge tengan una edad mínima, y como máximo la edad de 21 años, antes de que el cónyuge pueda reagruparse con el reagrupante.

Excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación familiar de hijos menores tengan que presentarse a la edad de 15 años, como se prevé en su derecho vigente en la fecha de aplicación de la presente Directiva. Si la solicitud se presenta después de la edad de 15 años, los Estados miembros que decidan aplicar esta

excepción autorizarán la entrada y la residencia de tales hijos con motivos distintos de la reagrupación familiar.

Sin embargo, a pesar de esta Directiva aún no está aprobada debido a la reticencia de alguno de los Estados miembros en su aplicación y por considerar que la materia migratoria no es competencia de la UE, sino que es competencia de cada uno de los Estados miembros que continúan regulándola de forma aislada sin permitir la intromisión de la UE en la materia.

En definitiva, las propuestas de la UE en materia sobre migración y asilo pretenden dar unas directrices comunes a los Estados de la UE para que a medio plazo estas competencias exclusivas en esta materia de los mismos sean trasvasadas a la Unión. En este sentido, el Tratado CE, modificado por el Tratado de Ámsterdam, define en el título IV, artículos 61,62, y 63, los ámbitos de intervención para construir un espacio común de libertad, justicia y seguridad, así como los objetivos que habrá que alcanzar antes del 2004 en materia de inmigración y asilo.

Siendo las conclusiones de Tampere, el punto de partida para toda la producción política y legislativa que está llevando a cabo en materia de inmigración y asilo. Estas permisas definen la política a seguir en materia de inmigración y asilo así como procede a volver a recordar algunos principios fundamentales, como son la libertad (pero recuerda que esta no constituye en modo alguno un privilegio europeo sino que es participativa de todo persona incluidas las inmigrantes). Asimismo señala los pilares sobre los que a su juicio debe descansar una política comunitaria en materia de inmigración u asilo y que pueden sintetizarse en los siguientes:

1. Colaboración con los países de origen.
2. Régimen común en materia de asilo.
3. Trato justo de los ciudadanos de terceros países.
4. Gestión más eficaz de los flujos migratorios.

Además toda esta política migratoria es supervisada para comprobar si se están cumpliendo los objetivos dentro de los plazos fijados a través de un marcador (denominado *scoreboard*)

Es en momento actual, cuando se ha comenzado a plantear en ámbitos políticos (Comisión, Consejo, Estados miembros) si las vigentes políticas migratorias, están basadas en la restricción de las entradas a categorías limitadas de personas y donde sólo se admite la entrada de personas fundamentadas en razones humanitarias estos postulados no parecen ser compatibles con las exigencias de la Europa que se esta perfilando a principios del siglo XXI.

En este sentido, se observa como muchos países están experimentando procesos de fuerte crecimiento económico, que traen consigo crecientes presiones por parte del mundo de la economía para que se vuelva a abrir unos canales legales de inmigración. Países como Alemania, Holanda, Irlanda, Italia, España y el Reino Unido, ya están preparando programas de admisión de trabajadores extranjeros para cubrir las necesidades de ciertos sectores que se encuentran afectados por la falta de mano de obra.

Todo ello, está obligando a un cambio orientativo en la política migratoria, donde se reconozca que una inmigración ordenada puede aportar beneficios a Europa, a los propios emigrantes, y también a sus países de origen. En cualquier caso, para aportar estos beneficios, la emigración debería ser vista como un proceso flexible de movimiento entre países en lugar de un flujo unidireccional. En un escenario de estas características, los movimientos migratorios pueden cambiar de dirección, aumentar o disminuir según la evolución de las condiciones económicas y demográficas, tanto en los países de acogida como en los de emigración. Con el fin de gobernar y gestionar los flujos con éxito y acabar con la emigración ilegal, la Unión Europea debe adoptar un acercamiento coordinado con los países de origen.

Los beneficios de una política más abierta y más flexible combinada con la coordinación de las políticas llamadas a reducir los factores que provocan la presión migratoria en los países de origen y a reforzar los controles de las fronteras, también tendrían el efecto positivo de reducir la inmigración ilegal. La disponibilidad de canales legales adicionales para la inmigración podría, entre otras cosas, llevar a una reducción de la presión sobre el sistema de asilo, beneficiando a los casos que realmente tienen necesidad de protección.

Ello obliga a que la política europea sobre el tema deba ser integral. Debiendo estudiarse en un contexto globalizado factores diversos como: económicos, sociales, políticos y humanitarios que se producen en fenómeno migratorio y por consiguiente, exponga la necesidad de una coordinación fuerte entre la labor de los gobiernos, colaboradores sociales y las autoridades locales y regionales.

En este sentido la nueva orientación política sobre la materia gira en torno a cinco pilares básicos:

1. Creación de nuevos canales para la inmigración legal. Una inmigración seleccionada, bien sea de mano de obra cualificada o no, que vaya dirigida a cubrir las necesidades económicas se practica ya en muchos países. Teniendo en cuenta la actual situación del mercado laboral y de la contingencia económica, la UE estima necesario revisar sus necesidades a largo plazo en su conjunto, para hacer una estimación de la capacidad de absorción de los recursos actuales y de definir una política que permita la entrada de ciudadanos extracomunitarios, para

que se les facilite el acceso al empleo principalmente en aquellos sectores que necesitan mano de obra.

Además, esto constituye una oportunidad para reforzar las políticas ya existentes que combaten formas de trabajo irregulares, de acuerdo con las normas que regulan las relaciones entre trabajadores de terceros países y quienes les proporcionan el trabajo.

Son numerosos los puntos importantes de este acercamiento que requieren una resolución en el ámbito europeo: establecer o no cuotas para sectores específicos y determinar los criterios para el proceso de selección⁹⁰⁷ (a cargo de los gobiernos nacionales o de las fuerzas económicas); discutir el estatuto que hay que conceder a los inmigrantes según la duración de su estancia (a diferentes periodos de permanencia debe corresponder un tipo diferente de permiso, para permitir que los inmigrantes sigan manteniendo contactos con su país de origen); crear instrumentos para mitigar los efectos que esta política puede producir en los países de origen (especialmente en cuanto a la pérdida de personal altamente cualificado) y asegurar que los beneficios se mantengan a largo plazo.

2. Combatir la inmigración ilegal. Las consecuencias más mediatas de conseguir una inmigración legal, es entre otros evitar recurrir en masa a la modalidad de petición de asilo (actualmente el principal canal de entrada legal) y reducirá las presiones que alimentan la inmigración ilegal, el tráfico de seres humanos, la entrada clandestina y la explotación económica de los inmigrantes.

Una colaboración más estrecha entre los Estados miembros con el fin de realizar, por un lado, un control exhaustivo de las fronteras externas de la Unión y por otro, la armonización de la legislación penal y la lucha contra las organizaciones criminales, contribuiría a reducir la inmigración ilegal.

3. Trato justo de los ciudadanos extracomunitarios y políticas de integración
El principio de trato justo, a pesar de quedar plasmado en el artículo 13 del Tratado CE y también en la Directiva 2000/43, que establece el principio del trato justo y en la Directiva 2000/78, que establece un cuadro para la eliminación de la discriminación en el mercado laboral y programas de acción contra las discriminaciones. Sin embargo, en la práctica estas Directivas

⁹⁰⁷ Según el profesor RAMÓN TAMAMES en www.mgar.net/africa/patera.htm Cuestiones migratorias (2002) una medida a considerar es la creación de “*un visado europeo*” para los países emigratoriamente más activos. De manera que entrar en la UE como turistas o similares no sea tan fácil. a lo cual debería de agregarse el requisito que toda permanencia por espacio de tiempo muy reducido, se debe vincular a la disponibilidad de un contrato de trabajo efectivo, con compromiso de retorno una vez finalizado. A estas medidas, podrían sumarse un sistema diplomático único a escala de toda la Unión encargado de la gestión migratoria y una policía federal europea para la vigilancia de las fronteras más problemáticas.

no son aplicadas en la mayoría de los Estados de la Unión. Y a pesar, de la adopción de un Marcador (*scoreboard*) comprometido y respetado hasta el momento, ha sido, sin duda, un paso importante. Sin embargo, parecen estar todavía lejanas, en especial para algunos de los países miembros, medidas fundamentales como una Directiva sobre la reagrupación familiar y sobre las solicitudes de asilo; y especialmente sobre los derechos de los residentes de larga duración y sobre los derechos de los nacionales de terceros países que no respetan las normas de entrada y permanencia.

4. Colaboración con los países de origen. En la actualidad la política europea sobre este punto, se ha limitado a reducir los factores que empujan hacia la emigración en los países de origen, fundamentándose sobre todo en el desarrollo económico⁹⁰⁸.

Un avance en la materia se ha dado con el nuevo acercamiento integrado establecido por la labor del Grupo de alto nivel "*Asilo y Migración*" que ha elaborado seis planes de acción para países o regiones específicas, basados en un enfoque coherente que incluye tanto el diálogo con los países afectados, como la cooperación y el codesarrollo.

El codesarrollo es una idea innovadora que configura un desarrollo paralelo y sinérgico del país de origen y del de destino. Por lo tanto, se debe dar una definición más clara de codesarrollo para poderlo valorar correctamente.

5. Admisión por razones humanitarias. A pesar del reconocimiento europeo al derecho a solicitar asilo⁹⁰⁹, este debe ser tutelado. Según lo establecido en el Consejo de Tampere, el objetivo del sistema de política de asilo común, debe ser la plena aplicación de la Convención

⁹⁰⁸ A nuestro juicio hay que evitar reconducir el problema migratorio a una cuestión económica ya que la aplicación de esta premisa nos llevaría al olvido de los derechos humanos y a la disminución de ayuda a los inmigrantes y a sus países quedando la cuestión relegada aun factor económico sin otras connotaciones.

⁹⁰⁹ Los puntos 13-15 de las conclusiones de Tampere establecen los objetivos de fondo que debe tener la futura regulación del derecho al asilo en los estados miembros de la Unión. El Punto 13 establece: "*El Consejo europeo reitera la importancia que la Unión y los Estados miembros conceden al respeto absoluto del derecho a solicitar asilo*". Esto ha llevado a trabajar con vistas a la creación de un sistema europeo común de asilo, basado en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra; de este modo, se logrará que ninguna persona sea repatriada a un país en que sufre persecución, lo que quiere decir que se mantendrá el principio de no devolución.

Punto 14: "*A corto plazo, dicho sistema debería incluir la determinación clara y viable del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes de asilo, y la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado. Debería también completarse con medidas relativas a formas de protección subsidiarias que ofrezcan un estatuto adecuado a toda persona que necesite esa protección. Para ello, se insta al Consejo a que adopte, basándose en propuestas de la Comisión, las decisiones necesarias, con arreglo al calendario establecido en el Tratado de Ámsterdam y en el Plan de Acción de Viena. El Consejo Europeo destaca la importancia de consultar al ACNUR y a otras organizaciones internacionales.*"

Punto 15: "*A largo plazo, las normas comunitarias deberían dar lugar a un procedimiento de asilo común y a un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se concede asilo*"

de Ginebra y, a largo plazo, la creación de un procedimiento de asilo común y de un estatuto uniforme en toda la Unión.

La Comisión Europea ha presentado una propuesta para un régimen de protección temporal de los desplazados y los prófugos que necesiten una protección internacional. Por otra parte, el Consejo está discutiendo la propuesta de la Comisión, para establecer un Fondo Europeo para los refugiados y promover un equilibrio de los esfuerzos entre los Estados miembros a la hora de recibir refugiados y prófugos.

En las directrices en la materia viene fijadas en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo [COM (2003) 336 final] - no publicada en el Diario Oficial]. Su misión consistía, en formular propuestas detalladas que tengan como objeto, la ejecución de una política europea común en materia de asilo e inmigración. Hasta el momento, se han realizado propuestas concretas en tres de los cuatro ámbitos identificados en Tampere (colaboración con los países de origen, sistema común de asilo en Europa y gestión de los flujos migratorios).

En este sentido y en particular en la materia de asilo objeto de análisis se desprende que número de solicitantes de asilo, que había disminuido considerablemente después de haber tocado techo en los años 1992 y 1993 (claramente ligado al conflicto bélico en la ex Yugoslavia), ha ido aumentando nuevamente a partir de la segunda mitad de 1996. Por el contrario, en lo que se refiere al número de las solicitudes⁹¹⁰ aceptadas se constata una disminución relativa en el transcurso de los últimos años. Esta tendencia puede explicarse, por las medidas adoptadas en el ámbito de la Unión y de algunos Estados miembros partidarios de disuadir la propia presentación de las peticiones⁹¹¹, mediante un aumento de los rechazos de las mismas como consecuencia del fenómeno de una migración económica disimulada bajo la forma de una petición de asilo y, finalmente, por una creciente falta de adecuación entre la naturaleza de las peticiones y los criterios de aceptación basados en la interpretación del concepto de persecución individual según la Convención de Ginebra. Los dramáticos acontecimientos que se producen cada vez con mayor frecuencia en la situación política y

⁹¹⁰ En la actualidad, el procedimiento de admisión de asilo es competencia estatal, para lo cual se fija un sistema flexible de cifras objetivas en lugar de la cuota y un método de informes periódicos para presentar a la Comisión, que debería de extraer de ellos elementos de síntesis útiles para establecer las políticas en materia de asilo para periodos sucesivos.

⁹¹¹ A este respecto con el fin de evitar las peticiones infundadas, frente a recursos insuficientes para dar protección a quien sí tiene derecho y necesidad. Existen 3 vías posibles: creación de condiciones de seguridad y protección en las regiones vecinas de los países de origen (como le ha ocurrido a una gran parte de los refugiados de Kosovo); facilitación del acceso a los *refugiados genuinos* (a través, por ejemplo, de la presentación de las peticiones en regiones vecinas a los países de origen y programas de reasentamiento); y disuasión activa para quien no tenga derecho.

económica mundial provocan, por una parte, flujos migratorios de personas originados por contextos de guerra civil o étnica, con un uso generalizado de la violencia en todos los ámbitos y, por otra, desplazamientos de personas determinados por situaciones que no se caracterizan por el uso sistemático de la violencia física sino por las caídas y los colapsos de regímenes anteriores. De cualquier modo, las circunstancias que se derivan de todo esto, se caracterizan por una sensación de inseguridad general, con reiteradas y extendidas violaciones de los derechos humanos. Para hacer frente a estas situaciones, se han elaborado diferentes formas de protección en varios Estados de la Unión, que se sitúan en un nivel de tutela inferior con respecto al asilo según la Convención de Ginebra, dando origen al concepto de *protección temporal* o *asilo humanitario*. Estas formas de protección, indicadas por la Comisión como formas de protección *complementarias* o *subsidiarias*, están asumiendo un papel cada vez más relevante.

Llegándose a la conclusión de que es necesario encontrar un equilibrio entre el respeto absoluto de la especificidad de la admisión por razones humanitarias y los objetivos legítimos de prevención y lucha contra la emigración clandestina, hace esencial que los procedimientos comunes se inserten en una política común de inmigración que tengan en consideración todas las dimensiones del fenómeno. Asimismo es preciso buscar mecanismos para evitar los actuales abusos del sistema de asilo, utilizado como máscara de una inmigración económica, para lo que es necesario elaborar una política eficaz para gestionar la inmigración que suponga el abandono definitivo de las vigentes políticas excesivamente restrictivas que llevan a cabo la mayoría de los Estados miembros de la UE.

Para ello, la solución propuesta es que en una primera fase el Estado miembro, continúe teniendo competencia en primera instancia del procedimiento de asilo, para pasar con posterioridad a una segunda fase, donde esta competencia sería transferida casi en exclusividad a la Comisión. Otra solución propuesta es, la posibilidad de que el estudio de todos los niveles de protección (ya sea el basado en la Convención de Ginebra, o el establecido por las protecciones subsidiarias) se efectúe en una única instancia. El tema es bastante delicado y tiene unas consecuencias prácticas muy importantes: si es en efecto indudable que, teóricamente una decisión única sobre todos los tipos de protección es la más adecuada (por ejemplo, el solicitante podría no cumplir los requisitos para la obtener el asilo según la Convención de Ginebra, pero podría cumplirlos en relación con formas subsidiarias de protección temporal), también es cierto que la decisión en única instancia, podría llevar consigo el riesgo de una devaluación de la principal petición de asilo según lo establecido por la Convención, con la consiguiente bajada de nivel en la calidad del estudio. Pero cualquiera de estas propuestas, plantea problemas de difícil solución ¿Cuál es un país tercero seguro para trasladar allí a los solicitantes de asilo? ¿Qué ocurre si la petición de asilo se realiza desde un país no

perteneciente⁹¹² a la UE y los inmigrantes se convierten en víctimas de las redes de inmigración ilegal? Todo ello, obliga a buscar nuevas formulas para armonizar la legislación comunitaria en materia de asilo, donde no debe obviarse el problema del alejamiento y de retorno a los países de origen, dando evidente prioridad a los retornos voluntarios.

Sin embargo, este proceso de armonización no puede llevarse a la practica si cada Estado no regula otras formas de protección subsidiaria, para lo que se reclama un *estatuto único*⁹¹³ que equipare los derechos a las personas reconocidas como refugiadas según la Convención de Ginebra y a aquellas que se beneficien de una protección subsidiaria, con el fin de lograr una simplificación en su concesión y estudio. Y ello, nos reconduce al reconocimiento de derechos sociales a los inmigrantes, para de este modo, conseguir armonizar las condiciones de residencia en los diferentes Estados miembros, con especial hincapié en los derechos fundamentales para acceder al trabajo, a los derechos sociales, a la educación y a la sanidad. Que constituyen el primer paso, para con posteridad, se les conceda la nacionalidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Convención de Ginebra, donde se señala expresamente la necesidad de que los Estados faciliten a los asilados, la nacionalidad en un primer Estado, para pasar acto seguido, a la *ciudadanía cívica* basada en el Tratado CE, inspirada en la Carta de los Derechos Fundamentales y constituida por un conjunto de derechos y obligaciones válido para los nacionales de terceros países.

No obstante, todas estas propuestas precisan un apoyo político por parte de los Estados de la Unión, que en la actualidad parece que no están dispuestos a dispensar, ejemplo de lo expuesto lo constituye las dilaciones que se están produciendo en la aprobación de las directivas sobre la reagrupación familiar y los procedimientos de asilo, así como la directiva sobre los derechos de los residentes de larga duración⁹¹⁴. A ello, hay que unir el hecho de que las políticas migratorias nacionales deberán competir para llevar a cabo el acercamiento integrado (a lo que parece no renunciar en el presente) .El único elemento a favor parece ser la labor de las ONG's

⁹¹² Estas solicitudes de asilo desde territorio externo a la UE y la armonización de las condiciones de acogida, podrían ser anuladas debido a las debilidades operativas existentes, ya sea en los Estados miembros y como consecuencia de corrientes negativas de la opinión pública, o bien en el ámbito comunitario, por ejemplo en los instrumentos de la Política exterior común.

⁹¹³ La voluntad de creación de un estatuto único, podría traducirse en una *dilución* del estatuto de refugiado previsto por la Convención de Ginebra, reduciendo su nivel de protección.

⁹¹⁴ La creación de un estatuto para los residentes de larga duración, suponen un avance hacia la ciudadanía civil y constituye uno de los desafíos, que ha creado Tampere sobre la base legal de los artículos 63.3 y 63.4 del Tratado. En el mismo se establece, la equiparación de trato con los ciudadanos europeos sobre algunos derechos fundamentales (trabajo, seguridad y asistencia social, enseñanza obligatoria y derecho de asociación), la consecuencia más importante que se deriva de todo ello, es el derecho de libre circulación y de residencia en otro Estado miembro. Asimismo en algunos Estados de la UE, se les comienza a reconocer el derecho político al voto en las elecciones municipales.

en la materia que están propiciando una presión pública notable, que esta afectando a la inaplicación de de artículos contenidos en las leyes de Extranjería de los Estados miembros.

Asimismo hay que recordar que la financiación la acogida y repatriación voluntaria en caso de afluencia masiva de refugiados y personas desplazadas corre a cargo de un fondo europeo⁹¹⁵

En conclusión el actual intento de derecho europeo de Asilo gira en torno a 4 Ejes:

- a) Lucha contra la inmigración ilegal.
- b) Control integral de flujos.
- c) Codesarrollo.
- d) Cooperación con los países emisores de inmigración.

En relación con el primer punto, las consecuencias de la clandestinidad han obligado al Ejecutivo a adoptar las siguientes medidas:

- Control judicial de fronteras⁹¹⁶.(En el año 2005 se han desarticulado 313 redes relacionadas con la inmigración ilegal según fuentes del Ministerio del Interior)
- Repatriación de los inmigrantes. Pero con pleno respeto al ordenamiento jurídico y Convenios Internacionales (La Convención de Ginebra recoge la fórmula de “*Devolución de personas a sus países de origen*” .Si bien, no es el único mecanismo que existe ya que este

⁹¹⁵ A través de la Decisión 2000/596/CE del Consejo de 28 Septiembre 2000 por la que se crea un Fondo Europeo para los Refugiados, que fue creado para cinco años (2000-2004), establece un sistema de redistribución financiera para equilibrar las cargas asumidas por los Estados miembros. Su finalidad es atenuar las desigualdades entre los mecanismos de acogida de los refugiados y desplazados, ya que suponen desequilibrios en la Unión en cuanto a carga financiera y organizativa. Los desplazados se dirigen hacia el país que les parece más favorable, trasladándose a veces de un Estado miembro a otro con este fin, aumentando con estos desplazamientos la carga de los Estados. Este apoyo financiero comunitario, también supone un incentivo para los Estados miembros que lo precisen, para mejorar su sistema de acogida y establecer procedimientos de asilos equitativos y eficaces. Además, la ayuda comunitaria tiene por objeto facilitar la adaptación de los mecanismos de los países que experimentan importantes variaciones en el volumen o la naturaleza de los flujos de refugiados. Este fondo ha sido renovado para el periodo 2005-2010, por la Decisión del Consejo de 2 de diciembre de 2004 por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2005-2010 [Diario Oficial L 381 de 28.12.2004]. Esta decisión establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período del 1 de Enero de 2005 al 31 de Diciembre de 2010. Fundamentalmente este Fondo se destina a apoyar medidas de los Estados miembros destinadas a acoger a refugiados y desplazados, cofinanciar la mejora de las condiciones de recepción y los procedimientos de asilo, la integración de las personas cuya estancia en el Estado miembro es duradera y estable, el retorno voluntario de las personas no admitidas que no abandonaron el territorio del Estado miembro. Las acciones en los Estados miembros, se aplican en dos períodos de programación plurianual (2005-2007 y 2008-2010). El importe para el período de 1 de Enero de 2005 al 31 de Diciembre de 2006 asciende a 114 millones de euros.

⁹¹⁶En el año 2005 se han desarticulado 313 redes relacionadas con la inmigración ilegal según fuentes del Ministerio del Interior.

sistema en la actualidad se combina su utilización con “*La repatriación hacia los países de origen*”⁹¹⁷.

- Negociación de cupos para poder permitir generar empleo en los países de origen.
- Necesidad de cooperación con los países emisores de la inmigración (⁹¹⁸Plan África 2008(Malí, Sudan, Etiopía) se aprobaron 60 medidas por la conferencia africana para la emigración.
 - Despliegue diplomático emprendido en África subsahariana para que los inmigrantes no abandonen su país sin garantías de empleo arriesgando sus vidas.
 - Implicación de Europa para el control de las fronteras de las fronteras de la UE.
 - En concreto en nuestro país, se ha procedido a la reforma del Código Penal, que suprimirá las repatriaciones automáticas de inmigrantes ilegales que cometan delitos. De modo que, la actividad criminal de los inmigrantes que no puedan ser repatriados, éstos podrán obtener un puesto de trabajo temporal como medio de regularizar su situación. Consiguiendo de esta forma que se equiparen inmigrantes legales e ilegales, una medida desde nuestro punto de vista, injusta que hará que las mafias redoblen su ingenio para introducir clandestinamente más inmigrantes en las costas españolas, así como apertura de las mafias hacia mercados de inmigrantes que no puedan ser repatriados, bien por no existir convenios, bien por las trabas impuestas por esos países a su aplicación, con el fin de garantizar que los nuevos inmigrantes que transportan puedan quedarse en España después del plazo legal de retención.
 - Creación de un Ministerio de Inmigración, para centralizar de una forma permanente, la coordinación de todos los recursos de los distintos ministerios con competencias en la materia y corregir la dispersión de las responsabilidades sobre el fenómeno de la inmigración.
 - Los inmigrantes ilegales que queden en libertad después del plazo de retención fijado por la Ley de Extranjería y no pueda o no quiera acogerse a la protección de su país, así como quienes carezcan de nacionalidad (apartidas).

La cuestión que se suscita es ¿Qué medidas coetáneas esta imponiendo la UE para combatir la inmigración ilegal? Este problema no es novedoso, y ya fue abordado por primera vez, en El *Plan de acción de Viena*, donde se destacó la necesidad de mejorar la lucha contra la inmigración ilegal. Además en la *Cumbre de Tampere*⁹¹⁹ (Octubre de 1999), el Consejo precisó

⁹¹⁷ Recordemos que en la UE en la actualidad esta llevando a cabo el Plan ARGOS para el cual en el año 2006 cuenta con una financiación de 2,7 millones de euros

⁹¹⁸ Ejemplo de esta cooperación con los países emisores de inmigración lo constituyen Plan África 2008(Malí, Sudan, Etiopía) donde se aprobaron 60 medidas por la Conferencia Africana para la Emigración.

⁹¹⁹ En dicho Consejo, los Estados miembros se comprometieron a combatir en su origen la inmigración clandestina, con el fin de establecer una gestión más eficaz de los flujos migratorios en estrecha

que era necesario garantizar una gestión más eficaz de los flujos migratorios y combatir la inmigración ilegal en su origen. En noviembre de 2001, la Comisión adoptó una comunicación relativa a una política común de inmigración ilegal⁹²⁰. Además, de la mejora del intercambio de información y estadísticas, se menciona la intensificación de la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación económica de los emigrantes, así como la cooperación con los países de origen y el establecimiento de una política comunitaria de readmisión y de retorno. Por su parte, el Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001, pidió que se elaborase un plan de acción basado en esta comunicación de la Comisión sobre la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. El plan fue aprobado por el Consejo de Justicia e Interior de 28 de febrero de 2002. Fruto del cual nace el *Plan de acción de prevención y lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos dentro de la Unión Europea* y que tiene por objeto definir un enfoque común e integrado de la inmigración. En el mismo, se prevé medidas y acciones en siete ámbitos: política de visados, intercambios de información, política de readmisión y repatriación, control de las fronteras, medidas que deben adoptarse en el cruce de fronteras, Europol y sanciones, etc.

Debemos de aclarar antes de proseguir este estudio que la UE, jamás ha tenido vocación de regular materias diferentes a la económica y por tanto, la materia migratoria como la social o política, siempre han sido tratadas de forma subsidiaria y transversal. De modo, que desde que esta política es tomada en consideración, su objetivo se centraba en tratar de conseguir reunir en un marco coherente los elementos clave de una política común en materia de inmigración; exponer las futuras medidas y formas de cooperación con el fin de establecer una política estructurada de prevención y lucha contra la inmigración ilegal.

En relación con el vigente Plan integral de acción y lucha contra la inmigración ilegal analizaremos cada uno de los puntos en los que se sustenta:

1.- Política de visados.- Se pretende con ella conseguir la libre circulación de personas, así como contribuir eficazmente a la prevención de la inmigración ilegal. La futura política armonizada en este ámbito permitirá evitar la entrada en el territorio de los Estados miembros de personas no autorizadas. Sus medidas fundamentales serán:

colaboración con los países de origen y tránsito (puntos nº 22 y 23 de las conclusiones del Consejo de Tampere).

⁹²⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal [COM (2001) 672 final - no publicado en el Diario Oficial] cuyos objetivos son reunir en un marco coherente los elementos clave de una política común en materia de inmigración; exponer las futuras medidas y formas de cooperación con el fin de establecer una política estructurada de prevención y lucha contra la inmigración ilegal.

- Normas uniformes en materia de visados para mejorar la seguridad de utilización del visado y el permiso de residencia con la ayuda de las nuevas tecnologías y posible introducción de los datos biométricos del solicitante.

- Creación de estructuras administrativas comunes que refuercen la cooperación entre los Consulados de la UE en los terceros países (apertura de oficinas comunes para la expedición de visados, asistencia mutua en la formación del personal, etc.).

- Implementación de un sistema europeo de identificación de visados que permita utilizar las posibilidades ofrecidas por las tecnologías informáticas y de comunicación modernas e instaurar un sistema común de identificación de visados.

2.- Intercambio y análisis de información.- Para tener una imagen precisa del fenómeno de la inmigración clandestina a nivel europeo, los Estados miembros deben proceder a un análisis comparativo de los datos que vienen de los distintos países.

- *Estadísticas:* A través de la puesta a disposición de los Estados miembros de datos estadísticos fiables que faciliten un análisis periódico tanto de los flujos migratorios legales como de la inmigración ilegal.

- *Recopilación de información, informes y análisis:* Mejorar el intercambio de datos estadísticos, realizar un estudio de viabilidad con el fin de instaurar un sistema europeo de intercambio de información sobre el asilo, la inmigración y los países de origen.

- *Desarrollo del sistema de alerta:* Acondicionar la infraestructura administrativa y técnica del sistema actual y transformarlo en un sitio Intranet seguro accesible en Internet⁹²¹.

- 3.-Medidas previas al cruce de fronteras.- En la actualidad, se encuadran en el Programa ARGO, cuyo tiempo de aplicación se extiende del 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2006, en el cual se pretende conseguir la cooperación administrativa y eventualmente la creación de una "agencia permanente de apoyo técnico" que garantizará la coherencia y la eficacia de la cooperación. Esta agencia podrá realizar tres funciones principales:

⁹²¹ A este respecto la Decisión 2005/267/CE del Consejo, de 16 de Marzo de 2005, por la que se crea en Internet una red segura de información y coordinación para los servicios de gestión de la migración de los Estados miembros [Diario Oficial L 83 de 1 de Abril de 2005], así como sobre migración irregular, entrada y la inmigración ilegales y la repatriación de residentes ilegales, con el fin de combatir mejor la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. Los elementos destinados al intercambio de información incluyen, por lo menos, los siguientes aspectos: un sistema de alerta rápida relativo a la inmigración ilegal y a las redes de intermediarios; una red de funcionarios de enlace encargados de la inmigración; información sobre el uso de visados, fronteras y documentos de viaje en el marco de la inmigración ilegal; aspectos relacionados con la repatriación.

- Recogida, almacenamiento y difusión de la información (información procedente del observatorio europeo de las migraciones, del sistema de alerta rápida, etc.).
- Coordinación de la cooperación administrativa (órgano colegiado europeo de los guardias de frontera⁹²², formación, etc.);
- Gestión de los sistemas (SIS, Eurodac, etc.) que recogen la información en materia de flujos migratorios).

Las medidas que en la actualidad se están llevando a cabo para evitar el cruce de fronteras de trabajadores inmigrantes son las siguientes:

- Apoyo y asesoramiento por funcionarios de enlace: reforzar la red de funcionarios de enlace en el ámbito de la inmigración y el transporte aéreo (intercambio de información, formación común, elaboración de los informes en común);
- Asistencia técnica y financiera a las acciones realizadas en terceros países: puesta en marcha de los planes de acción elaborados por el Grupo de expertos «Asilo y migración»;
- Campañas de sensibilización: aplicar en los países de origen las medidas destinadas a frenar la inmigración ilegal.

4.-Medidas de gestión de fronteras- Que se están llevando a cabo son:

- Gestión de las fronteras desde la perspectiva de un espacio común, mediante la aplicación de un sistema de evaluación de riesgos.

⁹²² Se pretende la creación de un cuerpo europeo de guardias de frontera (diversos estudios exploratorios son financiados en el marco del programa ODYSSEUS regulándose la inmigración (artículo 8): La admisión de los nacionales de terceros países y, en particular, las condiciones de entrada, las condiciones de circulación en el interior de la Unión Europea, las normas aplicables a la estancia, la reagrupación familiar y el acceso al empleo, a la actividad asalariada independiente y a las actividades no asalariadas. La lucha contra la inmigración ilegal y, en particular, la lucha contra la entrada, la estancia y el empleo ilegales y la organización de la expulsión y repatriación de las personas cuya situación sea irregular, así como la lucha contra el tráfico de seres humanos y quienes lo organizan. Y en materia de en el ámbito del cruce de las fronteras exteriores (artículo 9):

Los proyectos destinados a establecer las normas de aplicación de este control, incluidos los aspectos relativos a la seguridad de los documentos de identidad. Se dará particular preferencia al planteamiento que permita tratar estas normas de aplicación de manera temática (en particular, según el tipo de frontera o con arreglo a un criterio geográfico). Quizás desde nuestro punto de vista, lo más interesante es resaltar que el presupuesto comunitario en la materia es del 60% pudiendo alcanzar hasta el 80% ,concediéndose éste ,sólo cuando existan al menos dos países europeos implicados y debiendo financiarse el resto del presupuesto por los países implicados ¿ entonces si un país es fronterizo y no comunitario no puede recibir estos fondos? .Y ¿Qué ocurre si son los dos países comunitarios pero uno de ellos decide no gastar sus medios financieros en el control de fronteras e inmigración?¿Es qué acaso la política comunitaria es sólo cuestión de los países fronterizos?.

De otra parte, en relación con los métodos de formación de los guardias de frontera (se han desarrollado diversos proyectos piloto en la Escuela Europea de policía) No obstante, a largo plazo, sería deseable crear un verdadero órgano colegiado europeo de guardias de frontera; así como mejorar la cooperación entre los recursos administrativos a través de un intercambio de funcionarios de conexión.

- Maximizar el control de las fronteras marítimas, para lo que se ha está realizando en la actualidad la elaboración de un estudio de viabilidad de la mejora de estos controles.

- Programa de estudios y formación comunes, a través de la armonización de la formación de los funcionarios de guardia de fronteras, examen de la posible participación de la Escuela Europea de Policía (CEPOL), creación de una red de organizaciones de formación nacionales.

- Gestión integral de las fronteras, basada en la cooperación y trabajos en común, estudio de viabilidad de un servicio común de fronteras exteriores y la intensificación de la cooperación entre los servicios operativos de los Estados miembros.

5. Política de readmisión y repatriación-La actual política de UE de repatriación se está basada en los siguientes objetivos:

- Establecimiento de un enfoque común y cooperación entre los Estados miembros de cara a la ejecución de las medidas de repatriación, para ello, se pretende la mejora de la cooperación administrativa entre los Estados miembros y el análisis de acciones y medidas que deben adoptarse sobre la base del Libro Verde aprobado sobre esta materia por la Comisión.

6.-La Oficina Europea de Policía Europea EUROPOL. Es un organismo de la UE, creado para la lucha contra la criminalidad en Europa, contribuyendo al mejoramiento de la cooperación entre oficiales de enlace Europol (OEE) desprendidos cerca de la oficina por los Estados miembros, por la transmisión simple y directa de la información necesaria a las investigaciones (simplificación de procesos de investigación, reducción de obstáculos jurídicos o burocráticos, etc.).Destacando entre sus objetivos el tráfico de seres humanos y por inclusión la inmigración ilegal de de personas. Todo ello, obliga a aplicar en su totalidad el artículo 30 del Tratado de la Unión Europea⁹²³ para dotar a Europol de los medios precisos en el ámbito de las investigaciones realizadas por las autoridades competentes de los Estados sobre repatriación (por ejemplo, la instauración de un instrumento financiero).

- Acuerdos de readmisión, mediante la negociación y conclusión de nuevos acuerdos de readmisión y adopción de acciones comunes que garanticen el respeto de estos países de la

⁹²³ A nuestro juicio, la puesta en practica del servicio de Europol es ineficaz, si no se dota de medios financieros y técnicos a los países fronterizos con menos capacidad económica y además, si no se les dota a éstos funcionarios de poder coercitivo sobre sus acciones, éstos instrumentos no son efectivos, si en realidad lo que se pretende es evitar la trata de seres humanos de conformidad con lo establecido en el articulo 30 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea en su 1a que señala” *Que la acción en común en el ámbito de la cooperación policial incluirá:*

a) la cooperación operativa entre las autoridades competentes, incluidos los servicios de policía, de aduanas y otros servicios especializados de los Estados miembros con funciones coercitivas, en relación con la prevención, localización e investigación de hechos delictivos...”

obligación de readmisión de sus nacionales, según las normas vigentes de Derecho internacional.

- Tránsito de extranjeros repatriados, para lo que es exigible la elaboración de normas sobre el tránsito de los extranjeros repatriados (tanto a escala de la UE como con terceros países).

- Elaboración de normas comunes para procedimientos de repatriación, que incluyan definición de las normas comunes para los procedimientos de repatriación. miembros sobre las redes de inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos, en el apoyo a los Estados miembros y en la participación en el cotejo e intercambio de información en posesión de los cuerpos y fuerzas de seguridad.

Y por último no que obviar el tema de las sanciones y las actuales imperfecciones que a nuestro juicio adolecen:

- El tráfico de seres humanos, exige una aplicación de los nuevos instrumentos comunitarios en el sector y no solo a limitar su aplicación a las actividades económicas tal y como en la actualidad se configura la UE.

- Asimismo este tráfico humano obliga a clarificar el estatuto de víctima de la trata a nivel europeo, para determinar la posibilidad de conceder indemnizaciones o asistencia especial a quienes la padecen.

- Es preceptivo la elaboración de un estudio sobre la legislación de los Estados miembros en materia de empleo ilegal para poder tipificar los delitos que cometan en la materia.

- Necesidad de aprobación y aplicación de disposiciones sobre la incautación de las ganancias económicas producto de las actividades delictivas relativas a la inmigración ilegal así como sobre la confiscación de los medios de transporte y que los bienes incautados reviertan en medios para combatir la inmigración ilegal y no se destinen a otros fines.

- Responsabilidad del transportista. Se fija un seguimiento de la transposición y la aplicación de la Directiva relativa a la responsabilidad de los transportistas luchar contra la inmigración ilegal, estableciendo una armonización de las sanciones pecuniarias previstas por los Estados miembros, en caso de violación de las obligaciones que incumben a los transportistas. De este modo, esta Directiva completa el artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, relativo a la responsabilidad del transportista, definiendo la aplicación de esta disposición como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal. En virtud de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, los transportistas deben garantizar que los nacionales de países terceros que desean entrar en el territorio de los países miembros, cuenten con un documento de viaje o, en su caso, con un visado.

Por lo que respecta a las sanciones aplicables, los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que:

- bien el importe máximo de las sanciones no sea inferior a 5000 euros,
- bien el importe máximo de las sanciones no sea inferior a 3000 euros,
- bien el importe máximo de la sanción aplicada a tanto alzado a cada infracción no sea inferior a 500.000 euros.

En cualquiera de los casos, la fijación de estos importes no excluye la posibilidad de que los Estados miembros puedan fijar sanciones pecuniarias más altas o sanciones de otro tipo (como la confiscación del vehículo)

- La presente Directiva prevé las obligaciones que incumben al transportista⁹²⁴ cuando se rechace la entrada de un nacional de un tercer país. Generalmente el transportista debe encontrar el modo de conducir y hacerse cargo de los gastos de estancia y retorno de los nacionales de terceros países.

- Las sanciones pecuniarias, se aplicarán sin perjuicio de las obligaciones de cada Estado miembro en el caso de que un nacional de un tercer país busque protección internacional.

Desde 2005, distintas comunicaciones y conclusiones de los Consejos Europeos han ido reafirmando la importancia creciente de las migraciones para la Unión Europea y sus Estados miembros, y su papel clave en las relaciones con los países terceros, especialmente en las áreas vecinas. De este modo, los países del Partenariado euro-mediterráneo, los países africanos o los países enmarcados en la Política de Vecindad se han convertido en regiones prioritarias en las que desarrollar el diálogo, la cooperación y los planes de acción UE en materia de inmigración.⁹²⁵

⁹²⁴ Por su parte, el gobierno marroquí ha promulgado una nueva Ley, que sanciona con penas de cárcel, entre 2 y 5 años de reclusión y multas de unos 6.200 euros a los propietarios de las pateras detenidos. Los candidatos a la inmigración irregular también pueden ser condenados a prisión. Desde nuestro punto de vista, no estamos en contra de que se detenga a los patronos de las pateras, pero constato que Marruecos actúa siempre en función de las presiones que recibe y de la compensación económica que se le otorga por su ayuda.

⁹²⁵ BARBÉ E., (COORD.) (2008). *España en Europa 2004-2008*, Monografías del Observatorio de Política Exterior Europea, núm. 4, Febrero, Bellaterra (Barcelona): Institut Universitari d' Estudis Europeus, págs. 1-6.

2.9.-MIGRACIÓN MARROQUÍ

2.9.1.-INTRODUCCIÓN

El mayor crecimiento de Ceuta es en la época del Protectorado Español sobre el norte de Marruecos en los años 1906 a 1956. Este colectivo ha crecido debido a las necesidades económicas que tienen en su ciudad de origen, por lo que se trasladaron a Ceuta buscando mejorar su calidad de vida, ganar dinero a través del trabajo. *“En comparación con Melilla, se detecta en Ceuta una menor discriminación hacia los musulmanes, al menos desde el punto de vista subjetivo de la gente. Esto puede explicar que los movimientos asociativos sean más débiles y tengan menos capacidad de convocatoria. Además de la “Comunidad Musulmana de Ceuta”, liderada por Ahmed Mohamedi y de carácter religioso, está la “Asociación Musulmana”, liderada por Mohamed Alí. De todos modos, el corrimiento de la problemática socioeconómica y política entre los colectivos musulmanes de Ceuta y Melilla nos parece inevitable ya que es mucho más lo que les une que lo que les separa.”*⁹²⁶

En Marruecos, existe un índice alto de natalidad y muchos problemas económicos que incitan a los jóvenes emigrar hacia España, la mayoría se instalan en Ceuta o Melilla. Gran parte de la actividad económica de Ceuta depende primordialmente del comercio con Marruecos.

En este apartado se analizan las etapas de la migración marroquí en esta ciudad española ubicada al norte de África y también se estudian las consecuencias jurídicas de estos flujos migratorios.

2.9.2.-ETAPAS

I. Etapa.- Periodo 1912-1956, coincidente con el protectorado español sobre Marruecos y el flujo constante y alentado por parte del Estado español de favorecer la inmigración de los marroquíes “*amigos*” a las ciudades de Ceuta y Melilla.

II. Etapa.- Periodo 1956-1975, se produce un “*proceso de empuje*”, la población española que vive en Ceuta se desplaza hacia la Península y centro Europa, y por el contrario, la población marroquí que vive próxima a Ceuta se penetra lentamente en la Ciudad, en una primera fase al igual que en Melilla, a través de la actividad de la construcción y posteriormente implantándose su residencia definitiva en dichas ciudades.

⁹²⁶ COLECTIVO IOE (2002). Los inmigrantes en España. *Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*, pág. 234

III. Etapa.- Periodo1975-1986, cambio de la política migratoria en España, primer intento de frenar esta migración, consecuencia de la Adhesión de España a la CEE y a la promulgación de la primera Ley de Extranjería en nuestro país.

IV. Etapa.-Periodo1986-1991, la aplicación de la ley 7/85 provoca crisis social y política en Ceuta y tuvo entre otros efectos, la aparición del primer proceso extraordinario de regularización en 1985, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de dicha Ley.

V. Etapa.- En base, a dispuesto en el en el art 31.4 de la LO 4/2000, donde se introduce el concepto de “*arraigo*”, se produce el otorgamiento de nacionalidad española a los marroquíes que lo cumpliendo los requisitos exigidos deseen adoptar la nacionalidad española.

2.10.-MIGRACIÓN SUBSAHARIANA

2.10.1.1-INTRODUCCIÓN

La presión migratoria subsahariana en Ceuta comenzó a principio de los años 90. El ingreso en la ciudad se hacía a través de la frontera con Marruecos, ya que no existía un apropiado control de sus fronteras. Inicialmente, eran pequeños grupos de inmigrantes provenientes del África que utilizaban a Ceuta como un puente para acceder a la Península.

En principio, los inmigrantes llegados a nuestras costas se alojaron en una zona dentro de las antiguas murallas reales portuguesas, monumento emblemático de la ciudad. Desde el 11 de octubre de 1995, fecha crucial en el análisis del flujo migratorio hacia la ciudad de Ceuta, el Gobierno español y la Administración Local se centraron mayoritariamente en los problemas migratorios de nuestra población, al considerar el impacto que a nivel nacional e internacional suscitó la revuelta de los africanos.

“En Ceuta, el fenómeno de la inmigración tiene dos caras. Por una parte, el flujo con raíces proveniente del África subsahariana y del Magreb, países muy alejados que utilizan nuestra ciudad como territorio de paso. Se trata de individuos, la mayor parte hombres, procedentes de Senegal, Malí, Mauritania, Nigeria, Ghana y Argelia. Por otra parte, el movimiento constante que se produce en la población residente del vecino reino de Marruecos.”⁹²⁷

En este apartado también se estudian las etapas de la migración subsahariana con la finalidad de conocer su desarrollo histórico en la ciudad de Ceuta.

⁹²⁷ DEU DEL OLMO, M. (2004). *Ceuta: inmigración, interculturalidad y convivencia.*, Ciudad Autónoma de Ceuta, pág. 6

2.10.2.- ETAPAS

I. Etapa.- Periodo 1991-1994, inicio de esta migración, programas esporádicos de acogida. Surgen problemas de acogimiento temporal y se establece una discriminación positiva hacia este colectivo, al que se le dota “*de hecho*” una preferencia para su traslado a la península.

II. Etapa.- Se inicia en el año 1995, lo más destacable es la entrada en vigor de en vigor de los *Acuerdos de Shengen* para ambas ciudades autónomas

III. Etapa.- Periodo 1996-1997, creación del “*Programa de Acogida y Acceso Laboral para los inmigrantes subsaharianos*”, continúa produciéndose el traslado casi completo de los que logran penetrar en la ciudad a la península.

IV. Etapa.- Periodo 1997-1998, aumento significativo del número de subsaharianos que llega la ciudad, continúan siendo trasladados de forma preferente a la península y como consecuencia, se produce el desbordamiento de la capacidad de estos centros.

V. Etapa.- Periodo 1999-2000, continúa la llegada de inmigrantes, sobre todo subsaharianos lo que obliga a apertura de un nuevo centro de acogimiento temporal en Ceuta.

2.11.-MIGRACIÓN ARGELINA

2.11.1.- INTRODUCCIÓN

La migración argelina se produce por la crisis económica que sufrió en el año 1988, lo cual generó problemas en las instituciones del Estado y desde ese año ha estado en constante situación de emergencia, descontrol, deficiente calidad de vida, guerra civil, corrupción, entre otros conflictos que hacen más factible la migración de sus ciudadanos a países donde puedan estar mejor. “*La influencia de Argelia en el conjunto de España es poco relevante con respecto a la de otros vecinos y a lo que cabría esperar del pasado histórico, de su proximidad física y de las similitudes que hay entre las regiones mediterráneas de ambos países. La mayor parte de las relaciones humanas, socioeconómicas y migratorias de España con el Magreb están acaparadas por Marruecos, mientras que Argelia ha estado desde su independencia extraordinariamente polarizada por Francia, la antigua metrópoli. A pesar de esta realidad no hay que olvidar los estrechos contactos que desde hace casi dos siglos Argelia, y en particular su región más occidental: el Oranesado, viene manteniendo con el sureste de la Península Ibérica.*”⁹²⁸

⁹²⁸ LÓPEZ, B. (2004) .*Los argelinos en España*. Atlas de la inmigración marroquí en España, pág. 457

En este apartado se analizan las etapas y las consecuencias jurídicas de la migración argelina en la ciudad de Ceuta. En los últimos años se ha venido incrementando la inmigración de subsaharianos y argelinos los cuales son retenidos en el campamento de Calamocarro, en Ceuta.

2.11.2 ETAPAS

Etapa.- Periodo 1991-1995, primeros llegadas significativas de argelinos a Ceuta.

II. Etapa.-Periodo 1997-1998, aumento cuantitativo registrado en las entradas de argelinos.

III. Etapa.- Año 2000 continua existiendo un importante numero de inmigrantes de esta nacionalidad que se encuentran asentados en la ciudad, sufriendo estos una discriminación negativa en relación con los traslados ,por problemas de enfrentamientos con el resto de los migrantes.

2.12.- ANÁLISIS JURÍDICO DE COMPETENCIAS DE CEUTA Y MELILLA EN MATERIA MIGRATORIA

2.12.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.

La inmigración genera una serie de problemas de carácter transversal que afectan tanto al país en transito como al de destino: desde la entrada, el alojamiento, la asistencia sanitaria, el transporte posterior a la península, el abastecimiento de alimentos y utensilios básicos de primera necesidad, etc., y cuyo carácter interdisciplinar no se agota en las indicaciones anteriores ya que hay que insistir en la importancia que tiene la planificación de los servicios sociales, la tutela de derechos y la distribución competencial de quienes deben acoger y sufragar los gastos que ocasionan la llegada de estos trabajadores carentes de recursos.

Por otro lado la organización político-administrativa ha dado lugar a la existencia de tres ámbitos competenciales: Estado, Comunidades Autónomas y Administración local; que en el caso de las Ciudades Autónomas de Melilla y Ceuta se queda en uno sólo, debido al carácter local y autonómico de estos entes singulares.

La multiplicidad de normas y la pluralidad de Administraciones públicas con títulos competenciales sobre migración, da lugar a una dispersión competencial en la materia, produciéndose una pluriconcurrencia de competencias, sobre una pluralidad de materias y sectores que han generado distintas fricciones, como consecuencia de la dificultad de coordinar

y relacionar materias tan dispares sobre las que ejercen competencias diversas las distintas Administraciones Públicas.

En este estudio, vamos a hacer una breve referencia a las competencias de la Ciudad Autónoma de Melilla y Ceuta en materia migratoria, las medidas adoptadas para afrontar el problema en concreto, al traspaso de competencias realizadas a su favor por parte del Estado, a las competencias que se reserva el Estado en la materia y por ultimo a la situación de incertidumbre jurídica en la que se encuentran los inmigrantes que llegan a ambas ciudades autónomas.

En primer lugar, hay que destacar que pese a que el Estado tiene competencia exclusiva en las materias que componen este artículo, también es cierto que en los apartados 1º, 2º y 3º, del art 149 CE, que fija como obligación de de los poderes públicos regular entre otras materias, las relativas a inmigración, emigración, derecho de asilo y relaciones internacionales, así como el deber de garantizar y promover las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles sobre las materias anteriormente expuestas.

Asimismo en base a lo dispuesto en el título VIII de nuestro Texto Constitucional relativo a la “Organización Territorial del Estado” y en concreto al contenido de su artículo 148, se señalan las competencias que las CCAA pueden asumir en virtud de su correspondiente Estatuto de Autonomía o por transferencias del Estado. Sin embargo, a tenor literal de este artículo, no aparece expresamente referencia alguna a la inmigración, emigración o asilo⁹²⁹.

⁹²⁹ El artículo 148 de la Constitución española dispone:

1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:
 - 1.ª Organización de sus instituciones de autogobierno.
 - 2.ª Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local.
 - 3.ª Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.
 - 4.ª Las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio.
 - 5.ª Los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable.
 - 6.ª Los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales.
 - 7.ª La agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía.
 - 8.ª Los montes y aprovechamientos forestales.
 - 9.ª La gestión en materia de protección del medio ambiente.
 - 10.ª Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales.
 - 11.ª La pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial.
 - 12.ª Ferias interiores.
 - 13.ª El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional.
 - 14.ª La artesanía.
 - 15.ª Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma.

Esta omisión, desde nuestro punto de vista, obedece a la voluntad del el legislador no *puede a través de la legislación básica, dejar sin contenido la competencia en la materia de la Comunidad Autónoma*⁹³⁰. Si en cambio, puede y debe ejercer un control sobre la misma, pero sin vulnerar la competencia asumida como propia (por establecerlo en virtud de su Estatuto de Autonomía o por haber sido transferida la materia relativa a las mismas) por la CCAA. Si bien, este artículo hay que ponerlo en concordancia con el traspaso de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas y también a las Ciudades Autónomas. Este se produjo en el caso de Ceuta por traspaso competencial en la materia que nos ocupa en virtud del Real Decreto 1411/1995 de 13 de Marzo. De conformidad con lo establecido por el Estatuto de autonomía de dicha ciudad autónoma en su artículo 21.1.18, relativo a la asistencia social. No obstante, la competencia de la ciudad de autónoma se limita a las facultades de administración, inspección y sanción, puesto que esta al igual que Melilla carece de competencia normativa.⁹³¹

No obstante, ello no es óbice para que surjan como consecuencia de esta difuminación de línea divisoria en la materia conflictos que podemos agrupar en tres fundamentalmente:

- Descoordinación de las actuaciones y actuaciones llevadas a cabo por cada Administración.
- Duplicidad competencial y resultados no satisfactorios por esta conflictividad administrativa.
- Dejación de responsabilidad y de actuación, a la espera que la solución la de la otra Administración implicada en la regulación de la inmigración dentro de su territorio(en la práctica es lo que esta sucediendo en los territorios aislados y los perjudicados por desidia son al fin y al cabo los inmigrantes)

16. ^a Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.

17. ^a El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma.

18. ^a Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.

19. ^a Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio.

20. ^a Asistencia social.

1. ^a Sanidad e higiene.

22. ^a La vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.

⁹³⁰ Por su parte, el TC señala que “ el establecimiento por parte del Estado de las bases de la ordenación no puede llegar a tal grado que no pueda regular los aspectos esenciales de esa materia básica, pues ello equivaldría a incidir en el núcleo de la misma”(STC 28 de Julio de 1981)

⁹³¹ En virtud del Real Decreto 30/1999 de 15 de Enero por el que se fijan las facultades de la Administración de Ceuta.

De este modo, cuando el Estado normativiza el derecho de extranjería⁹³² fijando la obtención del permiso de trabajo y de residencia, la reagrupación, la regulación, etc. Es a partir de esta regulación inicial, cuando las Comunidades Autónomas y los entes territoriales fijan los programas a desarrollar por las organizaciones no gubernamentales, las subvenciones, en definitiva fija su política laboral y de asistencia social para la población inmigrante que llegue a su territorio. El problema es que no existe coordinación en las políticas de las Comunidades Autónomas y de los Entes Territoriales en ninguna materia y por supuesto, tampoco en materia de extranjería. Por todo ello, los avatares legislativos de la ley de extranjería en España unida a la política fijada por Europa en (Tampere, Sevilla y Barcelona) inciden de tal manera en la política migratoria autonómica, que obligan a un cambio en las relaciones entre las diferentes administraciones. Un paso importante ha supuesto que a finales de 2007, la Comisión planteó una Comunicación en la que reconocía la existencia del trabajo irregular como uno de los factores de atracción más determinantes para explicar la inmigración clandestina en la Unión Europea, por lo que consideraba vital luchar contra aquellos que contrataban a trabajadores de manera irregular⁹³³. En esta línea, el ejecutivo español se encuentra en la búsqueda de la necesidad de fortalecer los mecanismos de cooperación europeos en la protección de las fronteras exteriores de la Unión, especialmente a través de las acciones FRONTEX. A la vez que estimulaba la cooperación multilateral en estos ámbitos, utilizando el mecanismo diplomático para construir un nuevo marco con los países subsaharianos, prestando una mayor y necesaria atención hasta la fecha limitada a los países del Magreb e incorporando en las negociaciones una mayor atención a los instrumentos de desarrollo. Añadiéndose en la actualidad por parte de España un nuevo elemento para reforzar las relaciones bilaterales con los países de origen y tránsito migratorio, y que no es otro que el de la cooperación técnica con los países terceros. Sin embargo, se ha cometido el error desde nuestro punto de vista de la no introducción del principio de la *'condicionalidad negativa'* (menos ayudas al desarrollo para aquellos países que no cumplan con las exigencias de las políticas migratorias en relación con acuerdos de readmisión o control de flujos). En cualquiera de los casos, es un reto que tiene Europa la consecución de la creación de una política europea de migración orientada fundamentalmente a África y este plano es en el que se debe trabajar para obtener resultados positivos en esta materia.

⁹³² La actual concepción de nuestra Administración es que los actos relacionados con la extranjería, son actos de soberanía y cuyo control esta subordinado a su plena eficacia. de ahí, que innumerables ocasiones, se desconozca la realidad del Estado autonómico y las competencias de las CCAA en trabajo, sanidad, educación, asistencia social, vivienda, etc.

⁹³³ Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen sanciones aplicables a los empresarios de residentes ilegales nacionales de terceros países* COM (2007) pág 249.

Esta mejora propuesta en las relaciones intergubernamentales en la materia que nos ocupa, no debe en consecuencia limitarse a la participación conjunta de estas en la fijación del contingente⁹³⁴, a las Comisiones bilaterales⁹³⁵ suscritas entre el Estado y las CCAA, a las Subcomisiones⁹³⁶ de Cooperación de la Disposición Adicional 2ª de la Ley 4/2000, y a las conferencias sectoriales en las que las CCAA sean uno de los participantes. De modo, que su papel en la práctica queda relegado a ser un órgano de actuación consultivo y asesor carente de poder de decisión, siendo a nuestro juicio necesario en esta materia una mayor coordinación entre ambas administraciones, plasmadas en Convenios como los que en la actualidad viene desarrollando el Consejo Superior de Política de Inmigración⁹³⁷.

En relación con el citado Decreto 507/2002 de 10 de Junio, en el mismo se establece la composición del Consejo Superior de Política de Inmigración, donde se dice que esta será tripartita: Estado (departamentos ministeriales), Comunidades Autónomas (a través de las Consejerías, en Ceuta y Melilla designaran un representante siempre que tengan competencia en materia migratoria) y Entidades Locales (Asociación de Entidades Locales de ámbito estatal que tengan mayor implantación).

Asimismo se señala como objetivo del mismo fijar una política global en materia de integración social y laboral de los inmigrantes; intercambiar información y asistencia; así como formular propuestas. No obstante, en la práctica su función primordial queda reducida a servir de cauce necesario de comunicación y colaboración entre las diferentes administraciones públicas y la de emitir informe con carecer previo a que el Gobierno fije anualmente el contingente de mano de obra necesaria para el país. Si bien, esta actuación resulta ineficaz, sino se tienen en cuenta las propuestas de las Comunidades Autónomas y de los Entes locales, a la hora de fijar los contingentes. Siendo sólo oídos por este órgano cuando éstos recaban información de los agentes sociales y económicos que intervienen en el proceso migratorio.

⁹³⁴ Artículo 39 de la ley 4/2000 en concordancia con el artículo 7 de la ley 30/1992 de 26 de Noviembre, relativo a la participación de las Comunidades Autónomas.

⁹³⁵ Disposición Adicional 2ª de la Ley 4/2000.

⁹³⁶ Estas subcomisiones tienen la misma naturaleza jurídica que las comisiones bilaterales que existen entre el Estado y las CCAA y sus competencias vienen fijadas en atención a las que se reconozcan en los Estatutos de Autonomía en materia específica laboral y asistencial, si bien, al no ser objeto de aprobación parlamentaria del Estado normalmente se suele hacer un abuso de su uso por escapar de dicho control parlamentario.

⁹³⁷ Real Decreto 344/2001 de 4 de Abril, Real Decreto 507/2002 de 10 de Junio, que lo desarrollan reglamentariamente, y su regulación normativa regulada por el artículo 68 de la Ley 4/2000.

De otra parte no debemos de obviar que en España la política de integración⁹³⁸, es en su mayor parte responsabilidad de los Municipios y Comunidades Autónomas ya que muchos Entes Locales carecen de medios financieros y de infraestructura necesaria y suficiente para acometer la inmigración. Este hecho, junto con el aumento cuantitativo del número de inmigrantes en nuestro país, ha provocado que a mediados de los noventa se aprobara el Plan Nacional para la Integración Social de los Inmigrantes y el que se pusiera a su vez en marcha el Foro para la Integración social de los Inmigrantes, que debían ofrecer medidas de integración planificadas. Sin embargo, a partir del año 2000, se ha desvirtuado claramente la política de integración social en nuestro país, hasta el punto que las unidades administrativas que se encargan de ella dependen orgánicamente del Ministerio del Interior, desvirtuándose la naturaleza de dicho Foro, (Recordemos que la actuación del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes se creó para constituir el instrumento jurídico necesario para ofrecer un cauce de participación y diálogo que permita canalizar las demandas de los distintos actores implicados en la integración de inmigrantes entre ellos las Comunidades Autónomas y los entes locales) al tiempo que sea un espacio de encuentro e interlocución en el que se generen los consensos en esta materia. Pero en ningún momento, se recogía entre sus funciones (sólo la literalidad lingüística) su papel integrador que le ha sido conferido actualmente⁹³⁹. Además se consigue con esta norma que se dote también al Foro de autonomía a la hora de informar sobre propuestas, planes y programas, *“no sólo cuando le sean requeridos por la Administración del Estado, sino también por iniciativa propia”*, y a la hora cooperar con otros órganos análogos, para buscar una mayor y mejor coordinación que redunde en beneficio de la integración de las personas inmigrantes. Siendo especialmente importante a nuestro juicio, la inclusión de la consulta preceptiva al Foro por parte de la Administración General del Estado cuando se trate de disposiciones normativas y de planes y programas de ámbito estatal que afecten a la integración social de las personas inmigrantes .Ello obliga a una necesaria cooperación en materia de extranjería entre las diferentes administraciones públicas y no como se está haciendo actualmente de forma limitada como es el caso de la planificación conjunta en la determinación del contingente⁹⁴⁰.

⁹³⁸ En nuestro país desde el periodo 2000-2004, la prioridad del legislativo en materia migratoria es dar preferencia a los aspectos de orden público y de control .Y por ello, se hizo una adscripción orgánica de la materia al Ministerio del Interior, quedando relegadas a un papel subsidiario las políticas de integración social.

⁹³⁹ Real Decreto 3/2006 de 16 de Enero se le amplían competencias, redefine algunas de las funciones que ya venía desarrollando, e incorpora otras nuevas referidas a la posibilidad de promover iniciativas relacionadas con la integración social de inmigrantes.

⁹⁴⁰ Artículo 7 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 39 de la Ley 4/2000) sobre Extranjería.

En definitiva, existen competencias concurrentes en materia de extranjería coetáneas con políticas estatales⁹⁴¹ que la complementan, como es el caso de la gestión llevada a cabo por el IMSERSO a través de los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI). Si bien, desde nuestro punto de vista las CCAA y los Entes Locales, no pueden desarrollar las funciones asignadas en materia autonómica sino se otorga en la gestión de la inmigración, a los mismos más financiación e información sobre los traslados⁹⁴² que se van a recibir en un breve periodo de tiempo para poder dotar de medios materiales y humanos a los inmigrantes que son trasladados. Así como crear una estructura estable de acogida, para evitar los hacinamientos que se están llevando a cabo en los centros donde son enviados los inmigrantes que en la actualidad son insuficientes.

Otra cuestión a plantear es ¿Qué ocurre si se produce la llega de inmigrantes a Melilla a través de su puerto deportivo? .En virtud del art 21.4 (referente a competencias de la Ciudad Autónoma) del Estatuto de Autonomía de Melilla, sus competencias se limitan a las facultades de administración, inspección y sanción, y, en los términos que establezca la legislación general del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria. La LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en su artículo 12.1, realiza una distribución de competencias entre los distintos cuerpos de seguridad, de tal forma que las competencias sobre control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros, así como aquellas otras funciones previstas en la legislación sobre extranjería, asilo, extradición, expulsión, etc., corresponden al Cuerpo Nacional de Policía, mientras que las competencias de custodia de las vías de comunicación terrestres, costas, fronteras, puertos y aeropuertos, etc., corresponden a la Guardia Civil.

En el mismo sentido el RD 1599/2004 por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio del Interior establece que corresponde a la Comisaría General de Extranjería y

⁹⁴¹ El Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y de la Inmigración (GRECO) de 30 de Marzo del 2001, en su apartado IV de acciones previstas señala la coordinación de las distintas Administraciones Publicas que puedan suministrar datos sobre inmigración, para el establecimiento de mecanismos de coordinación y comunicación en todas las Administraciones Publicas con competencia en materia que afecten a los inmigrantes.

⁹⁴² Según el *periódico el Día* de Santa Cruz de Tenerife de 12 de Septiembre de 2006 Las Comunidades autónomas ofrecen, según el programa de acogida humanitaria, un total de 2.340 plazas, pero, según los datos hechos públicos por el Ejecutivo, más del 80 por ciento de los 11.826 inmigrantes trasladados este año a la Península han sido acogidos por las ONG's. En concreto, la Asociación Comisión Católica Española de Migraciones ha recibido a 2.755 extranjeros; Cruz Roja Española a 2.742; el Consorcio de Entidades para la Acción Integral de Inmigrantes a 2.241; la Comisión Española de Ayuda al Refugiado a 2.148 y el MPDL a 699. La Comunidad Valenciana acogió al mayor grupo de los 2.189 inmigrantes alojados en plazas temporales de las Comunidades autónomas, con un total de 444 extranjeros, seguida de Aragón (280), Extremadura (263), Andalucía (261), Murcia (236), Asturias (213), Castilla-La Mancha (163), Galicia (130), Madrid (120), Cantabria (28), Navarra (27) y Cataluña (24).

Documentación la organización y gestión de los servicios de expedición del DNI, de los pasaportes y de las tarjetas de extranjeros, así como el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros, en general el régimen policial de extranjería, refugio, asilo e inmigración. También establece que, por otra parte, Por su parte, la Orden Interior /2103/2005 de 1 de Julio, por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los servicios centrales y periféricos de la Dirección General de la Policía establece que las unidades de extranjería y documentación del Cuerpo Nacional de Policía asumen las funciones policiales en materia de extranjería y documentación y, particularmente, la ejecución de controles móviles en las zonas fronterizas. Así el servicio de fronteras y extranjeros se encarga del despacho de los buques, tanto mercantes, de pasajeros y de recreo; realizan el control fronterizo, de entradas y salidas de pasajeros; realizan el control de las tripulaciones que llegan a puerto, embarques y desembarques; realizan los controles móviles y dispositivos de control de inmigración dentro del puerto; expiden visados en tránsito a todos aquellos marineros que tienen que desembarcar, (por cambios de tripulaciones, vacaciones, finalización de contratos, cambios de barco, etc.), control de dicho tránsito y expedición y control de las declaraciones de entradas de marineros por otros puertos de la Comunidad Autónoma no habilitados como frontera; control de bajadas a tierra de marineros mientras el buque se encuentra en puerto y control de incomparencias de estos antes de zarpar; y finalmente, *control de los las personas en los puertos deportivos*. Pero además, el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, dispone que los extranjeros que pretendan entrar en territorio español deberán hacerlo por los puestos habilitados al efecto. De modo que, en aquellos puertos en los que no se dé ese reconocimiento como frontera Schengen no existirán controles fijos de entrada y salida por no ser puestos habilitados para la entrada y salida de personas del territorio nacional. Este es el caso de los puertos deportivos. Por su parte, la Constitución Española atribuye la competencia sobre puertos, en sus arts. 148.1.6 y 149.1.20, bien al Estado, bien a las Comunidades Autónomas, pero en el caso de ciudades autónomas, en virtud de lo expuesto anteriormente solo pueden administrar, inspeccionar y sancionar, por lo que en el caso del puerto deportivo de Melilla, al carecer de policía de puerto realiza esta función, al tener encomendadas las funciones de control de los puestos fronterizos simultáneamente con la policía local cuyo cometido es velar por el mantenimiento del orden dentro del puerto deportivo.

De otro lado, en la actualidad para conseguir la integración social de los inmigrantes dentro del ámbito autonómico se están llevado a cabo los *Planes autonómicos*. No obstante, los mecanismos de concesión de permisos de trabajo y residencia, que determinan las posibilidades de estancia y trabajo de manera regular para las personas inmigrantes, son un ámbito de competencia estatal que condiciona en muchos aspectos el alcance de las medidas

autonómicas para su integración social y así es explícitamente reconocido en la mayor parte de los planes. Existen algunos casos, en los que además se hace una llamada de atención para realizar cambios en la política estatal que favorezcan el proceso de integración social de las personas inmigrantes. Es cierto, no obstante, que la descentralización de competencias abre cierto margen de maniobra, que los Gobiernos regionales podrían explorar en mayor medida, para ampliar la cobertura de los servicios a un sector de la población inmigrante que quedaría excluida de muchos de ellos, como es el caso de los inmigrantes en situación irregular, encuadrándolos en la definición de los servicios básicos y especializados de los Servicios Sociales.

Sin embargo, resulta paradójico que la mayoría de las CCAA que tienen planes de integración, no tengan en cambio una dotación presupuestaria para su puesta en práctica, lo cual pone en entredicho la voluntad real de aplicación de este tipo de políticas por parte de algunas Administraciones autonómicas. Asimismo destaca el hecho de que en los planes existentes las áreas más importantes son la de servicios, recursos sociales y educación, quedando desplazada a un segundo ámbito el área de empleo y formación, lo que a nuestro juicio es un error, ya que lo primero que les preocupa al inmigrante es conseguir un trabajo. De otro lado, se presta una mayor atención desde los planes a la coordinación interna que a la externa, utilizando como mecanismo fundamental las Comisiones Interdepartamentales. En lo que respecta a la coordinación externa, no siempre se definen los mecanismos concretos en relación a la Administración estatal y local y, sobre todo, en lo que respecta a la coordinación con los agentes, organizaciones y entidades sociales implicadas en los planes, pero en cambio se da lugar a la participación de otros niveles de la Administración, fundamentalmente la local, así como a las organizaciones y agentes sociales. Sin embargo, el excesivo papel dado a algunas ONG's y otras entidades sociales, sin atender a su representatividad, en detrimento de los agentes sociales, interfiriendo las ONG's en funciones propias sindicales, como son el empleo, la formación, etc. La mayor parte de los planes incorporan medidas de fomento del autoempleo, la economía social y otras medidas de apoyo a la empresa, así como de realización de estudios sobre la inmigración y mercado de trabajo lo que adquiere una mayor importancia en ámbitos como el empleo.

Además, dentro de las medidas sobre control de las condiciones de trabajo, resultan escasas las destinadas a incidir de manera específica en los sectores con una importante irregularidad en el empleo, en donde, con frecuencia, trabajan los inmigrantes. La atención por parte de los planes que abordan esta cuestión está centrada principalmente en la agricultura (ordenación de las campañas agrícolas) y, en menor grado, en el servicio doméstico. Las medidas cuyo objetivo es señalar la necesidad de reformar los Regímenes Especiales de la

Seguridad Social -de competencia estatal- como elemento fundamental para la regulación de estos dos sectores, especialmente del servicio doméstico, o plantear incentivos para la contratación regular con alta en la Seguridad Social tienen un carácter excepcional en los planes a nivel cuantitativo.

Como reflexión final cabe comentar que, si bien los planes autonómicos están enmarcados en un contexto estatal y europeo (caracterizado por una política restrictiva) tienen, por un lado, una gran potencialidad para desarrollar medidas de integración en el marco de la descentralización de competencias existentes en España, así como para movilizar a la sociedad en relación con los cambios necesarios con el objetivo de mejorar el proceso de integración social de las personas inmigrantes. Por otro lado, el ámbito regional debería constituir el marco, en el que se encuadrasen las acciones a nivel local -especialmente importante teniendo en cuenta el proceso de segunda descentralización- siendo, por tanto, fundamental el papel del marco autonómico en la coordinación y coherencia de las políticas para la integración de las personas inmigrantes. Si bien, a nuestro juicio, no se da la suficiente participación a la Administración local en la elaboración del Plan que son en definitiva las que lo van a ejecutar, ni tampoco a los agentes sociales y a los inmigrantes que son en al fin y al cabo sus destinatarios finales.

En la actualidad las Comunidades Autónomas que tienen Planes propios de integración para los inmigrantes son las siguientes:

Andalucía: I Plan de integración de Inmigrantes 2001-2004 y en la actualidad se encuentra vigente el II Plan para el periodo 2005-2009.

Aragón: Plan Integral para Inmigrantes 2004.

Baleares: I Plan Integral para Inmigrantes 2001.

Canarias: Plan Canario para la Inmigración 2002-2004 y 2005-2006.

Cantabria: Plan de Interculturalidad 2005.

Castilla y León: Plan Integral de Inmigración 2005-2009.

Castilla-La Mancha: Plan Regional para la Integración Laboral de Inmigrantes en

Cataluña: I Pla interdepartamental d'immigració 1993-2000.

II Pla interdepartamental d'immigració 2001-2004 y Pla de ciudadanía i immigració 2005-2008.

Madrid: Plan Regional para la Inmigración de la Comunidad de Madrid

2001-2003 y II Plan Regional para la Inmigración de la Comunidad de Madrid

2005-2008.

Murcia: Plan para la Integración Social de los Inmigrantes en la Región de Murcia 2002-2004 y el II Plan de Integración Social de los Inmigrantes en la Región de

Murcia 2005-2007.

Por último a través de las entidades locales, el Estado pretende incentivar con subvenciones⁹⁴³ a los municipios que realicen políticas de integración para los inmigrantes. Si bien, se exige como requisito para ser partícipes de dichas ayudas los ayuntamientos deben tener más de 5.000 inmigrantes empadronados que supongan el 5,5 % o más del total del Padrón municipal, y que presenten programas innovadores entendiendo por tales los que desarrollen las siguientes líneas de actuación:

- a) Desarrollo intercultural a través de la promoción del conocimiento de las distintas culturas que conviven en el municipio.
- b) Acomodación de los procesos de gestión de los espacios públicos a las nuevas demandas de su uso.
- c) Gestión de la diversidad en la prestación de los servicios municipales.
- d) Conocimiento y modificación de hábitos laborales mediante procesos informativos de orientación y participación socio-laboral con la implicación de las organizaciones sociales, empresariales y sindicales del Municipio.
- e) Promoción y facilitación del acceso de los inmigrantes a los servicios públicos municipales normalizados.
- f) Promoción de integración de inmigrantes en el entorno rural.

No obstante, el principal problema con que cuenta las Corporaciones Locales para llevar a cabo la integración de los inmigrantes, es sin lugar a dudas, la escasez de recursos con la cuenta para acometer estas actuaciones, además de la falta de apoyo institucional no sólo del Estado sino también en demasiadas ocasiones de la propia CCAA a la que pertenecen.

Además en el plano supranacional la UE interviene en la integración de los inmigrantes, como uno de los puntos a desarrollar en la política comunitaria de empleo, tal y como se recoge en las directrices fijadas por el Consejo Europeo de Lisboa⁹⁴⁴, en el cual se acordaron una serie de actuaciones relevantes tales como la definición de una estrategia global para el crecimiento económico a largo plazo, el pleno empleo, la cohesión social y el desarrollo sostenible en una sociedad basada en el conocimiento, que se ha venido denominando en el marco comunitario con el título de Estrategia de Lisboa. Dentro de ésta hay que realizar una especial mención a la denominada Estrategia Europea de Empleo. Este enfoque sobre el empleo en el ámbito de la

⁹⁴³ Orden TAS/3441/2005, de 2 Noviembre.

⁹⁴⁴ Celebrado los días 23 y 24 de Marzo del año 2000 en Luxemburgo.

Unión Europea, intenta hacer una reordenación y ampliación de las diversas directrices para el empleo que se habían configurado como principios informadores para la política comunitaria, completándose con una serie de objetivos de tipo cuantitativo a diez años. Para la instrumentación de esta Estrategia Europea de Empleo, se definieron cuatro grandes pilares, en los que cada año se establecerían diversas directrices, debiendo ser desarrolladas éstas por los países miembros de la Unión Europea en políticas concretas, dentro de los sucesivos programas nacionales para el empleo con un período anual de actuaciones. En concreto, los cuatro grandes pilares son:

1. Mejora de la capacidad de inserción profesional.
2. Desarrollo del espíritu de empresa.
3. Fomento de la capacidad de adaptación de los trabajadores y las empresas.
4. Refuerzo de las políticas de igualdad de oportunidades en el mercado laboral.

Asimismo, podemos vislumbrar que en el actual marco comunitario, uno de los efectos más clarificadores de la filosofía que encierra la Estrategia de Lisboa, es el de destacar el papel tan relevante que deben tomar las políticas activas de empleo en los países miembros de la Unión Europea. De acuerdo con la Estrategia Europea para el Empleo, los Estados han ido elaborando cada año programas nacionales de acción para el empleo. Conviene mencionar que la actuación encaminada a la mejora de la capacidad de inserción profesional de los trabajadores, es la que concentra la mayor parte de las políticas activas del mercado de trabajo. A pesar que ese objetivo se haya dirigido en mayor proporción a la ordenación de programas y actuaciones ya existentes que para el diseño y la puesta en marcha de otros nuevos, sí es preciso mencionar que sobre dicho objetivo se han establecido las bases para el arranque de distintas medidas que tienen un reflejo en los denominados Planes Nacionales de Acción para el Empleo de nuestro país. Tres de los fines de estos Planes se han enfocado a la incentivación de la participación en el mercado de trabajo, la potenciación de la búsqueda de empleo y la promoción de la igualdad de oportunidades.

En el diseño de este artículo interesa especialmente la directriz 7, destinada a la promoción activa y decidida de la integración de todos aquellos colectivos desfavorecidos por distintas causas en el mercado de trabajo y a enfrentarse de una manera eficaz a la discriminación. Por ello, las acciones a favor de la integración de los colectivos desfavorecidos se destinan a actuaciones concretas en el campo de la educación y formación de jóvenes y adultos, personas discapacitadas e inmigrantes. En el caso concreto que ocupa la atención de este artículo, o sea, el colectivo inmigrante, existen diferentes actuaciones para luchar contra su discriminación, que pasan por la elaboración de itinerarios integrados de inserción laboral que

contemplan sus potencialidades y posibilidades de empleo de forma individualizada; por la formación de profesionales en el campo de la inmigración y por la regularización de la situación laboral de los inmigrantes que acrediten el desempeño de un trabajo durante al menos el período de un año.

En la atención particular al colectivo inmigrante son tres medidas específicas las que están previstas en el denominado Programa Operativo “*Lucha contra la discriminación*”, cofinanciado por el Fondo Social Europeo, a saber:

1ª) *Itinerarios integrados de inserción laboral para inmigrantes*. (Donde se tienen en cuenta las características personales y laborales de los inmigrantes, con el objetivo de intentar el descubrimiento y la potenciación de las posibilidades de acceso al empleo

2ª) *Formación de profesionales con dedicación exclusiva enfocada al colectivo inmigrante*. Se trata de impulsar medidas eficaces para dotar de una preparación teórica y práctica en materia de extranjería y recursos sociales existentes en las diferentes Administraciones Públicas de ámbito territorial estatal, autonómico o local, destinada a todos aquellos profesionales de los diversos organismos e instituciones públicas y privadas que trabajan directamente con los inmigrantes, con el objetivo esencial de su inserción en el mercado laboral.

3ª) *Sensibilización, estudios y seminarios sobre el colectivo inmigrante*.

Bajando al terreno concreto de las distintas Comunidades Autónomas, la materialización de esta directriz 7 se concreta en las siguientes actuaciones:

-Aragón:

* Ayudas a la contratación de trabajadores en riesgo de exclusión en Empresas de Inserción Laboral.

* Información, atención especializada y asesoramiento individualizado acorde a inmigrantes.

* Participación en la iniciativa comunitaria EQUAL potenciando la formación e integración de colectivos desfavorecidos.

* Ayudas a los empresarios para facilitar el alojamiento de trabajadores temporales e inmigrantes.

* Convenios con asociaciones de agricultores y cooperativas para la contratación de trabajadores temporales e inmigrantes.

* Convenios con entidades para la intermediación laboral con personas inmigrantes y sensibilización de las empresas.

-Asturias:

* Plan de Formación para personas con discapacidad y amenazados de exclusión.

-Canarias:

* Acciones para la integración de colectivos en riesgo de exclusión del mercado de trabajo.

* Inserción laboral de inmigrantes.

-Cataluña:

* Proponer oportunidades de integración a los colectivos con riesgo de exclusión del mercado de trabajo.

* Subvención global.

-Comunidad Valenciana:

* Programa de Talleres de Formación e Inserción Laboral.

* Plan Integral de empleo para personas con riesgo de exclusión social.

-Galicia:

* Incentivos a la contratación temporal e indefinida de desempleados en riesgo de exclusión social.

-Madrid:

* Ayudas a empresas de promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social.

-Navarra:

* Formación e inserción de inmigrantes.

-La Rioja:

*Ayudas a la contratación estable, mínimo de un año, de trabajadores desempleados en riesgo de exclusión social.

Por último, en el marco de la Unión Europea, conviene hacer una especial mención a la conocida como iniciativa comunitaria EQUAL⁹⁴⁵, que tiene como objetivo la cooperación transnacional para la promoción de una nueva metodología de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de todo tipo existentes en relación con el mercado de trabajo

Pero a pesar de este tratamiento colateral, también hay que destacar que la Unión Europea tiene escasas competencias que ahora se abren en este ámbito: política de visados, negociación con los países de origen, tránsito de los inmigrantes y ayudas puntuales para atender situaciones de urgencia humanitaria. Unida a esta falta de competencias, se encuentra la

⁹⁴⁵ Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), de 5 de Mayo de 2000.

escasez de recursos financieros⁹⁴⁶. De otra parte, las dificultades actuales del proyecto europeo afectan también a la necesidad de abordar la inmigración de modo cohesionado por las instituciones europeas y los Estados miembros. Además conviene no olvidar que éstos últimos conservan la mayor parte de las competencias sobre la materia, y en algunos casos la posible excepción a la aplicabilidad de eventuales actuaciones de la UE. A pesar de que el Parlamento Europeo va a aumentar sus poderes en este campo. Las políticas de asilo pasan a ser materia de codecisión, esto es, la posición del Parlamento será tan importante como la de los Estados reunidos en el Consejo. Asimismo el Parlamento estableció que los centros de internamiento para inmigrantes deben ser un último recurso. Quizás uno de los logros más importantes, aunque aún no se ha aprobado es la incorporación de la aprobación inicial de un *Libro verde* preparatorio para una futura Directiva sobre la emigración económica en Europa, donde se estudia la posibilidad de una "tarjeta verde" (un visado de búsqueda de empleo) para intentar evitar que Europa se convierta en una fortaleza y para que el mercado de trabajo contribuya al máximo a establecer cuántos inmigrantes puede acoger nuestro sistema económico y social.

En relación con el tratamiento institucional del Estado de la integración, hay que hacer referencia al *Plan para la Integración Social de los Inmigrantes de 1994*, donde el Estado, fijaba un marco de actuaciones con propuestas a seguir por las CCAA, las Corporaciones Locales y por el mismo. Para el funcionamiento de sus objetivos se crearon dos órganos: el Foro para la Integración de los Inmigrantes y el Observatorio para la Integración de los Inmigrantes (que ya hemos analizado). En el año 2004, se creó el La Dirección General de Integración para los Inmigrantes así como está en estudio elaboración de una Agencia Publica de Inmigración e Emigración. Además, se espera la aprobación del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración, en el que se pretende participación de las comunidades autónomas, los ayuntamientos, los agentes sociales, las asociaciones de inmigrantes y las organizaciones no gubernamentales y para el que se prende destinar un presupuesto de 2.000 millones de euros para el periodo 2006-2009.

Dicho presupuesto se distribuirá de la siguiente forma: 465,3 millones en 2006; 488,6 en 2007; 513 en 2008 y 538,7 en 2009. Aparte de su financiación, los objetivos del plan parecen todavía difusos, consta de 12 áreas, con sus correspondientes "acciones prioritarias". Entre las

⁹⁴⁶ En el año 1999 cuando Alemania pidió ayuda a la UE para sufragar los costes de los refugiados procedentes de la antigua Yugoslavia, no recibió apoyo comunitario. España ha solicitado estas ayudas que le han sido concedidas para el periodo 2007-2013, incorporación de nuevas partidas presupuestarias destinadas a financiar políticas de inmigración, no solo al control de fronteras sino también el incremento de la aportación comunitaria para ayuda humanitaria y acogida temporal en situaciones de crisis humanitaria.

facetas primordiales que se señalan en el plan especial de integración de inmigrantes destacan las siguientes:

▶ Acogida. Dotar a los inmigrantes de los conocimientos y habilidades necesarias para desenvolverse en la sociedad de acogida.

▶ Educación. Fomento de medidas contra la segregación escolar, programas de acogida educativa, formación de profesores...

▶ Empleo. Fomento de la iniciativa empresarial, el autoempleo, las empresas de economía social, medidas contra la discriminación...

▶ Vivienda. Refuerzo de los programas de intermediación y lucha contra la discriminación en el mercado de la vivienda, prevenir las infraviviendas y el hacinamiento...

▶ Servicios sociales. Adecuarlos a la diversidad de la población y reforzar la formación de los profesionales.

▶ Salud. Adecuar el sistema a la diversidad de la población atendida, promover programas de prevención y educación para la salud.

▶ Infancia y juventud. Favorecer el acceso normalizado de los niños y niñas y jóvenes de origen inmigrante a los programas de infancia y juventud.

▶ Igualdad de trato. Programa integral de atención a las víctimas de discriminación.

▶ Mujer inmigrante. Incorporar la perspectiva de género en el diseño, desarrollo y evolución de las políticas y programas de integración.

▶ Participación. Ampliar el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, a través de la celebración de tratados bilaterales de reciprocidad.

▶ Sensibilización. Mejorar la imagen pública de la inmigración.

▶ Codesarrollo. Identificar y promover las oportunidades de desarrollo de los países de origen de la inmigración.

¿Tienen Ceuta o Melilla Plan Autonómico para la integración de los inmigrantes? la respuesta es negativa, la competencia de ambas comunidades en materia migratoria se realizó en virtud de Real Decreto 30/1999 de 15 de Enero, donde se produjo el traspaso competencial del Estado a la Ciudad Autónoma de Ceuta en materia de asistencia social. Por su parte, la ciudad de Melilla, también tiene reconocida el traspaso de funciones en materia de servicios sociales, en virtud del Real Decreto 1387/97 de 29 de Agosto. Desarrollando ambas ciudades actuaciones relacionadas con la acogida e integración social de las personas inmigrantes y refugiados que se hallan en su territorio. Si bien, ante los incesantes flujos migratorios acaecidos en ambos territorios durante el año 2005, el Consejo de Ministros, en su reunión de 30 de Septiembre de

2005, aprobó medidas especiales para atender las nuevas necesidades⁹⁴⁷ generadas, para las que las ciudades no disponen de los servicios adecuados. Dentro de estas medidas⁹⁴⁸ se incluía una dotación de 3.000.000 de euros, (la mitad para cada ciudad autónoma) destinados a actuaciones para la mejora y ampliación de los servicios públicos básicos y cubrir carencias detectadas que fueron abonados en un solo acto. Pero nos olvidamos que ni Ceuta ni Melilla, pueden legislar sobre la materia, cuya competencia es estatal, sino que se limitan a ejecutarlas, a ser el muro de contención de África con Europa, a cambio de nada, ya que las partidas que se destinan para sufragar los gastos de la inmigración, son costeadas por mitad entre el Estado y la Comunidad Autónoma, a cambio, se generan problemas sanitarios, de alojamiento, de manutención, de traslados, de mala imagen, a cambio de nada. En ambas ciudades existe una migración constante marroquí por su proximidad geográfica, pero que en pocas ocasiones logra llegar a la península, pero junto a esta migración de forma paralela se esta dando una nueva migración procedente de otros países africanos que es constante e imparable y que no se queda en la Ciudad sino que se le traslada a la península.

En ambos casos, la respuesta de Europa es mirar hacia otro lado, porque ven el problema lejano no como algo propio ¿problema local o en su defecto estatal? Pero eso si, que se solucione en el origen, que se pidan menos partidas para estos gastos indeseables y que sigamos actuando como contención, a pesar de una de las Comunidades Autónomas con mas índice de desempleo, con más problema de vivienda, de nivel cultural, de integración y haberse reducido la financiación de los fondos europeos para el periodo 2007-2012 porque se ha dejado de ser Objetivo I. ¿Ahora bien el problema que plantea la inmigración Europa⁹⁴⁹ se desentiende con que se sufraga? ¿Y no es acaso, los Municipios, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas las encargadas de prestar en primera instancia los servicios básicos a los inmigrantes? ¿Si las ciudades autónomas destinan a las partidas de inmigración los gastos de la

⁹⁴⁷ Resolución de 11 de Enero de 2006, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad al Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Consejería de Bienestar Social y Sanidad de la Ciudad de Melilla, para el desarrollo de programas de integración social y mantenimiento de servicios públicos básicos en relación con la inmigración. Las actuaciones aprobadas a desarrollar en ambas ciudades, se centrarán en la atención de necesidades básicas; el refuerzo de los servicios sociales, en especial en aquellas zonas con mayor presencia de personas inmigrantes; el apoyo a las ONG?s que colaboran con ambas ciudades autónomas así y las actuaciones encaminadas a favorecer la integración entre la población inmigrante y la población autóctona.

⁹⁴⁸ En virtud del Real Decreto 1199/ 2005, de 10 de Octubre, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se regula la concesión de una subvención directa a las Ciudades de Ceuta y Melilla para programas de integración social y mantenimiento de servicios públicos básicos en relación con la inmigración

⁹⁴⁹ A mi juicio, para paliar estos problemas una de las soluciones *in extremis* a adoptar para llamar la atención del gobierno central, es fletar vuelos charter y enviar a los inmigrantes a Bruselas, así el problema sería de todos y la empatía de los europeos ante la migración se verían desde nuevos puntos de vista como lo ha hecho en diversas ocasiones la Comunidad Canaria

inmigración no se da un perjuicio evidente hacia otros colectivos objeto de exclusión social como mujeres, reclusos, minusválidos? ¿que incidencia económica va a tener el recorte presupuestario acordado por la Resolución de 27 de Mayo de 2010, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público cuando actualmente los gastos de inmigración son financiados conjuntamente por el Estado y las CCAA?. ¿Si las ciudades autónomas no tienen Planes propios de integración, entonces es el Estado quién lo fija y este verdaderamente conoce las necesidades de la migración en ambos territorios? ¿Por qué éstas no elaboran sus propios planes de integración? ¿No es más cierto que las políticas de integración toman como pauta al mercado sin tener en cuenta la participación de los inmigrantes y además se centran en la integración ocupacional sin tener en cuenta la social?

2.13. CONCLUSIÓN

Con respecto a la inmigración en los territorios aislados, hay que diferenciar la musulmana y el resto de migraciones. Con respecto a la primera, hay que denotar desde el principio su carácter beligerante con la población de presidio que existía en ambas ciudades y que continúa manifestándose a lo largo de los siglos debido principalmente a la situación geográfica en la que sitúan estos territorios aislados. Estando sometida a un control férreo hasta que se proclama el Protectorado español sobre Marruecos (1927-1956) donde desaparecen las fronteras entre ambos Estados. Al finalizar el protectorado en existe un control sobre las fronteras pero solo a efectos estadísticos. Pero cuando verdaderamente comienza aflorar el problema es cuando se dicta en nuestro país la primera ley de Extranjería en 1985 y no donde se establece un trato de favor para determinados extranjeros provenientes algunos países de Sudamérica, Andorra, Filipinas y Portugal y en cambio no se establece ningún trato de favor para los marroquíes que se encontraban asentados en ambas ciudades, lo cual provoco conflicto social y recelo por parte de este colectivo de forma fundada ante la legislación que les situaba en muchas ocasiones como sujetos de ninguna parte, ya que muchos de los habían nacido en territorio español y no encontraban empadronados. La solución dada por el legislador de DNI provisionales a parte de los mismos no cubrió las expectativas de éstos, problema que se agrava por el imparable asentamiento de nuevos inmigrantes marroquíes en dichas ciudades ya que hasta la promulgación del RD R.D. 2393/2004 de 30 de diciembre, bastaba la mera presentación del Documento de Identidad Marroquí (NECUA) para poder acceder a dichos territorios, sin que existiera un control posterior sobre el regreso al país de origen, lo que en la mayoría de las ocasiones no se producía, la mera presentación del pasaporte en los controles fronterizos les habilita su entrada .El problema se agrava ya que junto a este colectivo, existe otro provisto de *Tarjeta de Estadística*, existiendo una dicotomía entra la Ley de Extranjería y su Reglamento de desarrollo que no les exige estar en posesión de permiso de trabajo si son poseedores e dichas

Tarjetas y la Inspección de trabajo y a pesar del pronunciamiento del Tribunal Constitucional a favor estos marroquíes ,el malestar social no desaparición y dio lugar a que se obligara al legislador a dictar la primera regularización en nuestro país.

Además no hay que olvidar que España tiene suscrito un acuerdo con Marruecos de readmisión (de sus nacionales que se encuentren en situación irregular en nuestro país) y otro de establecimiento de un cupo de empleos temporales para inmigrantes. Pero no se ve ninguna perspectiva de extender a estos países esa política a otros países africanos debido a la situación de inestabilidad política que atraviesan.

Igualmente hay que recordar como la legislación en materia de inmigración era obsoleta correspondientes al periodo del protectorado español Ley de 1913 y de 1949, siendo derogadas por la vigente norma reguladora de la materia Ley nº 02-03 relativa a la entrada y residencia de extranjeros en Marruecos, a la emigración e inmigración irregulares y cuya entrada en vigor se produjo el mismo día de su publicación 20 de Noviembre del mismo año.(Boletín Oficial núm. 516 de 20 de Noviembre del 2003),y entre cuyos defectos desde nuestro punto de vista, sobresale la confusión legislativa y terminológica que utiliza el legislador al tratar el tema de la inmigración y mezclarlo con el de terrorismo⁹⁵⁰. Y como factor positivo, la superación del anacronismo reiterado fruto de la colonización española y francesa de los textos precedentes enumerados así como la incorporación las de las normas internacionales relativas a derechos humanos recogidas en un texto jurídico, así como el tratamiento severo contra los traficantes de inmigrantes. Siendo criticable el castigo que se realiza al inmigrante irregulares arrestados en Marruecos y los que intentan emigrar únicamente hacia Europa. Utilizando erráticamente el concepto jurídico indeterminado de *disturbio de orden público* para justificar muchas medidas represivas: rechazo de entrada a un extranjero en Marruecos, rechazo de expedición de un permiso de residencia, retirada de este permiso, retención de extranjeros en zona de espera antes de la devolución a la frontera, expulsión del territorio sin acompañamiento del derecho a la tutela efectiva de abogados y tribunales. Existiendo una clara dicotomía entre lo que Marruecos pide para sus migrantes en el extranjero en términos de protección y de asistencia y el tratamiento que ofrece a los migrantes extranjeros bajo su jurisdicción y que no tienen su correlativa protección para los ciudadanos marroquíes que habitan en su territorio del cual son nacionales no son objeto del respeto debido a los derechos humanos fundamentales para el desarrollo de la dignidad nacional de la que en la actualidad se adolece.

⁹⁵⁰ BELGUENDOZ, A. (2004). *La nueva ley marroquí de inmigración. Atlas de la inmigración marroquí en España*. Editado por el Observatorio sobre Migración, págs. 104-106.

En relación con el resto de las migraciones, comenzaremos destacando de la inmigración judía se inicia en el siglo IVX, alcanzando su punto álgido seis siglos más tarde, el tratamiento jurídico por parte del legislador español ha sido más favorable que con respecto a los musulmanes, muestra de ello son las facilidades que se les otorgan poder adquirir la nacionalidad español, recordemos que ejemplo de ello, es que el RD. Real Decreto de 6 de Noviembre de 1916 permite a este colectivo acceder a la nacionalidad española sin que para ello, sea necesario encontrarse en España.

Posteriormente a lo largo del tiempo siempre ha existido un trato de favor para que los judíos que soliciten la nacionalidad española se les otorgue debido a la integración plena de este colectivo en la sociedad de acogida hecho que además se ve favorecido dada la actividad económica que estos despliegan cualquiera que sea el territorio donde se asientan. Sin embargo, a partir de los años noventa se produce el fenómeno inverso, es decir, la emigración de este colectivo hacia otros territorios de más actividad comercial como Gibraltar o Hispanoamérica, tendencia que se sigue manteniendo hoy día y cuyo número en la ciudad es poco significativo.

De otra parte, en referencia a la inmigración hindú en las ciudades de Ceuta y Melilla ha sido y continúa siendo cuantitativamente de poca importancia. Denotándose desde el año 2003 y en especial en el año 2007 y 2008, un incremento de la misma pero estos migrantes económicos no tienen vocación de instalarse en estas ciudades, sino que estas constituyen un corredor para otros destinos europeos.

Otras migraciones también poco significativas numéricamente son la argelina y la asiática, la primera aprovecha sus características étnicas similares a los marroquíes para poder penetrar por las fronteras de ambas ciudades, (comprando una NECUA u oculto en el interior de los vehículos previo pago de este servicio) y a pesar de gran número de inmigraciones se producen por motivos políticos, son escasos el número de peticiones por esta causa que se presentan siendo mayoritariamente este colectivo el que más utiliza este mecanismo sobre todo la solicitud de asilo en frontera, a pesar de ello tiene innumerables defectos entre el los que destaca la indefensión letrada del sujeto debido a la celeridad de la situación y el desconocimiento y desconfianza que este procedimiento produce en los peticionarios del mismo. En relación con los primeros destaca sus dificultades de integración y la gran conflictividad social que provocan en estos territorios. En cuanto a los segundos, es una inmigración lenta pero constante, cada vez en mayor aumento, el principal problema que plantea es la ausencia de acuerdos bilaterales de repatriación con los países de orígenes lo que imposibilita su retorno una vez que éstos han penetrado en territorio español.

Con respecto a la emigración subsahariana destaca su vocación de no permanencia a diferencia de las anteriormente analizadas, destaca su penetración tardía en esta diáspora de territorio, siendo utilizado únicamente como vía de acceso especialmente a Europa. Su penetración tradicionalmente ha sido pacífica, sin embargo, se aprecia un cambio de tendencia desde los años 2005 hasta la actualidad, donde existe un cambio de actitud de este colectivo motivado presuntamente por el incremento de dificultades en el perímetro fronterizo. Otro dato a subrayar es la constante afluencia de inmigrantes de este colectivo, que tradicionalmente ha sido objeto de una discriminación positiva por la Administración y de las ONG's en relación con el resto de inmigrantes. Algunos como los procedentes de Congo y Camerún son solicitantes de Asilo, y aunque se les informa de sus derechos y procedimiento a seguir, ante la tardanza y dificultades para lograrlo, renuncian a la protección que otorga esta condición y pronto cambian e intentan conseguir el estatuto de inmigrante económico, acogiéndose a las facilidades para ser documentados con mayor rapidez al llegar a la Península. Aunque el flujo migratorio de países africanos no ha sido excesivo, se ha observado que las administraciones públicas no estaban preparadas ante tal situación, viéndose desbordadas, en algunas ocasiones, sin poder atender adecuadamente a los inmigrantes. Desde nuestro punto de vista el problema pendiente que tiene la administración en general y en particular con este colectivo, es la necesidad de una intervención bien meditada y planificada por parte de la Administración Central que aborde el problema en su globalidad. Esta inmigración se caracteriza por ser la mayoría son jóvenes y varones, sin cualificación. Diferenciando por sectores de actividad la agricultura, construcción y servicios, fundamentalmente comercio ambulante y servicio doméstico son los que absorben más mano de obra inmigrante subsahariana; subsectores caracterizados por la ausencia de oferta de trabajo autóctona, en los distintos momentos de las campañas agrícolas y el auge de la construcción tras la reactivación económica. Se trata de actividades de bajos salarios y de peores condiciones de trabajo. Esta dedicación implica su concentración en los lugares geográficos que mayor oportunidades de empleo ofrecen y provoca una desigual distribución geográfica dando lugar a una falsa percepción de la inmigración, siendo todavía muy escasa en el conjunto del territorio como se desprende de las tasas de extranjería, mientras en determinados lugares puede parecer y en ocasiones lo es excesiva en relación a la población local. En cualquiera de los casos, los flujos migratorios procedentes de África, no van a cesar en tanto no cambien radicalmente las inhumanas condiciones de vida de sus países de origen, por el contrario van a seguir incrementándose alimentados además por el empuje de las mafias, las cuales a medida que se ordenen las migraciones originarias del Magreb desplazarán su área de acción hacia el Sur.

Sin embargo, hay que hacer referencia obligada que la causa de que estos inmigrantes utilicen estas ciudades como puente de acceso a Europa, obedece desde nuestro punto de vista a que al comenzar la llegada de esos en el año 1990 existía una casi total permeabilidad de la frontera y permisividad por parte de las autoridades españolas y complicada por parte de las fuerzas de seguridad marroquí⁹⁵¹ que alentaban este proceso y cuando España intentó frenar este flujo en 13 de Noviembre de 1992 suscribiendo el *Convenio sobre circulación y extranjeros entrados ilegalmente*, se encontró con la oposición de Marruecos que rechaza incluso actualmente la aplicabilidad del mismo Para solventar esta situación España puso en aplicación el Convenio de Schengen sobre fronteras en Europa de 21 de Marzo, que a pesar de que las ciudades de Ceuta y Melilla se encuentran dentro de dicho espacio, en el Acta Tercera se tienen en cuenta sus especiales características flexibilizando su aplicación.⁹⁵²

Si bien, a partir de los problemas que se plantearon a partir de los años 1995 en Ceuta y 1996 en Melilla debidos a la afluencia masiva de estos inmigrantes, son dos fundamentalmente: a) Las instalaciones dispuestas como centros de acogida no reúnen en muchos casos las condiciones de habitabilidad necesarias para tener una adecuada calidad de vida para su posterior integración social unido al hecho de que éstos centros generalmente se encuentran desbordados o al límite de su capacidad. En cuanto a la atención sanitaria, muchos inmigrantes se encuentran con el problema de que, a pesar de haber solicitado, aunque no obtenido aún, la tarjeta sanitaria no tienen derecho a ser recetados, y por tanto a recibir medicación; b) Marruecos esporádicamente admite a estos inmigrantes a cambio de traspaso de partidas presupuestarias medida esta combinada con la realización un mayor control en las fronteras y dotación de mejoras en los centros de acogida ubicados en ambas ciudades, observándose como también algunas CCAA además del estado español están creando centros de acogida en Marruecos (para desplazar la inmigración que le envía el gobierno central sin preaviso) pero desde nuestro punto de vista no se logra solventar el problema hasta que la política de

⁹⁵¹ Es preciso una mayor colaboración por parte de las autoridades marroquíes tal y como figuran en el citado acuerdo, hecho que queda constando en la *Respuesta del gobierno* nº 184/005580 publicada en el BOCG serie D, nº 177, pág. 359.

⁹⁵² En el Acuerdo Schengen se incluye en su punto III, apartado I, la declaración relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla donde se recogen el trato especial dispensado a los ciudadanos marroquíes de Nador y Tetuán. En el subapartado A, se afirma “*que siguieran aplicándose por parte de España los controles actualmente existentes para mercancías y viajeros precedentes de las ciudades de Ceuta y Melilla previos a su introducción en el territorio aduanero de la CEE*” Y en el apartado B, especifica concretamente “*...que continuaran igualmente aplicándose el régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo entre Ceuta y Melilla y las provincias marroquíes de Tetuán y Nador.*” Finalmente en el apartado C, aclara el tema de los ciudadanos marroquíes no pertenecientes a estas provincias. En consecuencia, en base a lo expuesto desde mi punto de vista queda aclarado que tanto Ceuta como Melilla, con sus especiales circunstancias, entran de lleno en el acuerdo Schengen.

inmigración ilegal en Melilla y Ceuta se conjugue con la política global de la UE, siempre teniendo en cuenta las especiales características de ambas ciudades⁹⁵³.

De otra parte, no debemos de olvidar que el problema de la migración subsahariana es la que ofrece más dificultad para lograr regularizar su situación, ya que «*no hay cauces para legalizarlos*», debido a que para apelar al arraigo -estar más de tres años residiendo en España- necesitan una documentación «*imposible de conseguir*», como un certificado de antecedentes penales dada la situación política en su país o las características que presenta su legislación que les obliga a personarse en su país para solicitar la documentación.

En conclusión, la transformación del proceso migratorio debe hacerse favoreciendo la dimensión multilateral europea para gestionar los flujos migratorios y el control de fronteras, y apostando por establecer mayores vínculos con los países de origen y tránsito de la inmigración. ¿Cuál es la solución que pueden adoptar las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla ante este problema? Teniendo en cuenta la escasez de medios financieros, humanos y legislativos que tienen dichas ciudades, desde nuestro punto de vista ello no es óbice para que estas puedan suscribir *Acuerdos de Vecindad* con los países de origen sobre todo Marruecos, de carácter económico y asistencial (Recordemos que es competencia estatal la gestión de flujos laborales) y de este modo conseguir un desarrollo económico y sanitario de Marruecos, que supondría una descongestión de las actividades asistenciales y sanitarias por ambas ciudades, para lo cual el Estado, la UE y la propia CCAA debe detraer fondos para acometer esta actuación. Entre las posibles soluciones destacan desde nuestro punto de vista las siguientes:

- 1) Mejorar la formación de los agentes fronterizos marroquíes.
- 2) Elaboración de programas de lucha contra la trata de seres humanos y su compromiso de aplicación efectiva por parte de Maruecos, que incumple reiteradamente los derechos humanos básicos. Creando redes de información en los países de origen de los inmigrantes y logrando la lealtad de los Gobiernos de dichos países.
- 3) Habilitar mecanismos para que los servicios de inteligencia de la UE y Marruecos intercambien información, y realizar análisis de riesgos de los fenómenos migratorios.
- 4) Organizar dependencias adecuadas donde los inmigrantes puedan realizar los trámites de su documentación en dichas ciudades donde no existe viéndose obligados los inmigrantes a ser atendidos por las ONG's.

⁹⁵³ GARCÍA FLORES, D., (1999). *Ceuta y Melilla cuestión de Estado*, edit. Conserjería de Cultura, Educación, Juventud y Deportes de Melilla., Abril, págs. 223-226

5) Realización de campañas de concienciación a nivel europeo, para que los miembros de la cámara comprendan que esto es un problema comunitario y no sólo de los países fronterizos de Europa como es el caso de los territorios aislados de Ceuta y Melilla.

6) El incumplimiento de los acuerdos firmados con Marruecos debe iniciar cuanto antes una colaboración con los países de origen de la inmigración mediante acuerdos de readmisión y repatriación, haciendo partícipe a la UE del problema generado en las fronteras africanas.

7) Aumentar los recursos materiales y recursos humanos, sin tener que esperar a que se genere el problema como sucedió con el centro de estancia temporal, sin plazas o con la atención sanitaria del único Hospital existente en Melilla, colapsado durante los días de la crisis.

8) Construir centros de acogida y de refugiados, en diversos países del Norte de África, supervisado por autoridades internacionales.

9) La fijación de cuotas de empleo para inmigrantes de estos países africanos mediante acuerdos intergubernamentales, como medida de discriminación positiva en consideración a la situación creada y la concesión de microcréditos en los países de origen subvencionado parcialmente por Europa y España.

10) El establecimiento de flujos temporales, premiando el retorno, ofreciendo formación profesional y dando préstamos u otro tipo de ayudas materiales que permitan a los retornados establecerse en su país como ha realizado España en Junio del 2008, con los inmigrantes que tengan derecho al cobro del desempleo que estos lo perciba en dos plazos y con el compromiso de pérdida de permiso de residencia y trabajo a nuestro país durante tres años o aquellos inmigrantes en situación administrativa regular y que no ven futuro en su proyecto migratorio, y que deseen retornar de nuevo a su país de origen junto con su familia pagarles el viaje de ida junto a una cantidad que oscila entre 8.000 y 10.000 euros.

11) Necesidad de cambio en nuestra política de asilo, al margen de las relaciones intergubernamentales, que obligue a analizar con detenimiento la situación de origen de quienes emigran y llegan a nuestras fronteras provenientes de África y a aplicar sin restricciones el estatuto de asilado conforme a la situación real de los países de los que proceden.

12) Elaboración de políticas financieras que incentiven planes de ayuda para el desarrollo de la periferia inmediata europea, es decir, de los países, como es el caso de Marruecos, frontera de Europa, con un gran diferencial de riqueza. Lo que se llama países tapón y que pueden servir para jugar con el volumen de inmigración que precise en cada momento Europa.

Por último considero inviable la creación de un Plan Autonómico para Ceuta y Melilla, dado la ausencia de competencia normativa de estas ciudades, todo ello sin perjuicio de introducir otros mecanismos análogos (siempre que se tenga competencia legislativa para ello) para de este modo conseguir desarrollar medidas de integración en el marco de la descentralización de competencias entre el Estado y las ciudades autónomas ya que estas constituyen la sociedad de primera acogida para estos inmigrantes que a pesar de no poder ser absorbidos por el mercado laboral, van a ser trasladados a corto plazo a la península y la mejor forma de integración conocida hasta la fecha es la laboral. Así como la ausencia en el Programa de Cooperación Transfronteriza de Vecindad entre España y Marruecos (2007-2014) de fijar como únicos actores intervinientes a la Administración Central (tanto por parte española como marroquí). Obviando el papel que la participación de entidades territoriales como Ceuta-Tetuán y Melilla-Nador deben desempeñar, ya que estos van a ser finalmente los destinatarios de dichos programas y los mayores concededores de la realidad económica y social de dichos territorios.

Entre las soluciones posibles para paliar el problema migratorio en nuestro país se encontraría el “*Plan de retorno voluntario de inmigrantes desempleados*” que entrara en vigor en Noviembre del 2008 (aprobado por Real Decreto el 19 de Septiembre de 2008) y cuyos efectos se extienden a los países con los que España tiene suscrito acuerdo en materia de Seguridad Social y cuya característica más sobresaliente es su carácter voluntario, y la obligación del inmigrante de renunciar a su permiso de residencia y trabajo así como adquirir el compromiso de no volver a España durante un periodo de tres años transcurrido el mismo, puede volver a solicitar la entrada para trabajar, pero el Gobierno no garantiza en ningún caso ese regreso. Si la petición se produce a los cinco años de haberse acogido a este retorno, el Ejecutivo se compromete a darle prioridad en los programas de contratación en origen. En tal caso, además, podrá recuperar la condición administrativa que tenía antes de su repatriación. Si cuando se fue tenía residencia permanente, al volver no recibirá un permiso inicial, sino permanente con el se pretende disminuir las cifras del paro de los inmigrantes sobre todo en la construcción⁹⁵⁴.

- Mejorar la formación de los agentes fronterizos marroquíes.
- Desarrollar programas de lucha contra la trata de seres humanos
- Habilitar mecanismos para que los servicios de inteligencia de la UE y Marruecos intercambien información, y realizar análisis de riesgos de los fenómenos migratorios.

⁹⁵⁴ Periódico el País de 19 de Septiembre de 2008.

-Organizar dependencias adecuadas donde los inmigrantes puedan realizar los trámites de su documentación en dichas ciudades donde no existe viéndose obligados los inmigrantes a ser atendidos por las ONG's.

-El incumplimiento de los acuerdos firmados con Marruecos debe iniciar cuanto antes una colaboración con los países de origen de la inmigración mediante acuerdos de readmisión y repatriación, haciendo partícipe a la UE del problema generado en las fronteras africanas.

-Aumentar los recursos materiales y recursos humanos, sin tener que esperar a que se genere el problema como sucedió con el centro de estancia temporal, sin plazas o con la atención sanitaria del único Hospital existente en Melilla, colapsado durante los días de la crisis.

Por último hay que tener en cuenta que, la inmigración marroquí que proviene de diferentes zonas de Marruecos y que toma como destino migratorio nuestro país, necesita atención urgente en cuanto a los hijos de estos inmigrantes, la reagrupación familiar, la integración y costumbres. Por lo que existen discusiones en cuanto a los derechos y deberes de estos ciudadanos, debido a las diferencias sociales, culturales, religiosas y educativas entre ambos países.

“Los gobernantes de nuestro país se ven obligados a respetar las particularidades lingüísticas, religiosas y culturales de estas personas inmigrantes, y por ende, deberán adaptar la legislación existente en materia de salud, educación, asistencia social, etc., en el respeto a los derechos fundamentales de las personas y a la igualdad de oportunidades; de este modo el capítulo que viene a continuación pretende ilustrar los cambios y las novedades legislativas que en los últimos años se han ido produciendo en España con la llegada de personas inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados”⁹⁵⁵

⁹⁵⁵ MADRID, M., (1999) *Inmigrantes Magrebíes residentes en el Campo de Cartagena: propuestas de intervención socio-educativa desde el ámbito municipal*, Tesis Doctoral. Universidad de Murcia, pág. 118.

BIBLIOGRAFÍA.

-ALCARAZ CANOVAS I., (1999). *Entre España y Marruecos: testimonios de una época 1923-1975*, edit Catriel. Madrid

-ALJARO, I. (2001) .Melilla una ciudad en armonía. *Revista Destino Sur*.

-BARBÉ E., (COORD.) (2008). *España en Europa 2004-2008*. Monografías del Observatorio de Política Exterior Europea, núm. 4, Febrero, Bellaterra (Barcelona): Institut Universitari d'Estudis Europeus.

-BELGUENDOZ A., (2004). *La nueva ley marroquí de inmigración*, Atlas de la Inmigración Marroquí en España, editado por el Observatorio sobre Migración.

-BERMÚDEZ, M., (2004) .Migraciones y relaciones internacionales entre España y Asia. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, número 68.

-BORDERIAS URIBEONDO, M. P., (1987). *Estructura de la población de Ceuta y Melilla; su evolución a partir de 1960*, en I Congreso Internacional del Estrecho de Gibraltar. UNED, Madrid.

-CAGNE J., (1979). *Sebta du Vème: au IXème siècles*. Edit CURS Rabat (1979), Revue *Al Baht al Ilmi*.

CARBONEL PEREZ Y (1987) *El origen geográfico de la población Ceuta*. Congreso Internacional el Estrecho de Gibraltar. Ceuta.

-CHOURAGUI A (1985) *Histoire des jufsen afrique du Nord*. Hachette. Paris.

-COLECTIVO IOE (2002). Los inmigrantes en España. *Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*, núm. 66, Barcelona.

-COMBALIA, Z., (1996). Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: aproximación al estudio de los derechos humanos en las declaraciones islámicas, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*.

-COMBALIA, Z., (2001a) .Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial - islámico, en *Aequalitas* nº 6

-COMBALIA Z., (2001b) *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Pamplona.

-CONRING, H. T., (2001). Der Islam und das Menxhenrecht der Religionsfreiheit, en *Kirche und Recht Zeitschrift fur kirchliche und staatliche Praxis*, num. 1, y ss.

-DEL PINO D., (1983) *La última guerra con Marruecos: Ceuta y Melilla*, edit Argos y Vergara, Barcelona.

-DEU DEL OLMO, M., (2004). *Ceuta: inmigración, interculturalidad y convivencia*, Ciudad Autónoma de Ceuta.

-FERRER, X., (2008) *Acrobacias fronterizas en Ceuta y Melilla. Explorando la gestión de los perímetros terrestres de la Unión Europea en el continente africano*. Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona.

-GALBAN JIMÉNEZ M., (1965). *España en África. La pacificación de Marruecos*, Imprenta del servicio geográfico del ejército, Madrid.

-GARCIA FLORES D., (1999) *Ceuta y Melilla cuestión de Estado*, Edit Conserjería de Cultura, Educación, Juventud y Deportes de Melilla.

-GARCÍA RODRIGUEZ I.,(1999). *Las ciudades de soberanía española: Respuesta de una sociedad multicultural (Melilla 6-9 de Abril de 1999)*.Cursos Internacionales de la Ciudad Autónoma de Melilla y la Universidad de Alcalá. Dirigido por JIMÉNEZ PIERNAS C Editado por los Servicios de publicaciones de la Universidad de Alcalá.

-GONZALO RODRÍGUEZ, G. Documentos de función. *Revista África* 1927-1928. (Último número se publicó en 1932), Sucesora de las Antiguas Revistas de la Esfera.

-GORDILLO M., (1987). *El poblamiento en la zona del Estrecho de Gibraltar en su itinerario marítimo*. En I Congreso Internacional del Estrecho de Gibraltar., UNED, Madrid.

-GRECO (2001) El Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y de la Inmigración, aprobado por Resolución de 17 de Abril de 2001.

-HART D.M., (1976). *The Aits Waryaghar of the Moroccan Rif: An Ethnography and History*. Tucson. Universidad of Arizona Press.

-ISRAEL BEN M., (1987). *Esperanza de Israel*. H. MECHOULAN y G. NAHON (eds) edit en Heperi6n, Madrid.

-INSTITUTO DE ESTUDIOS CEUTÍES. *Monografía de los cursos de verano de la Universidad de Granada en Ceuta*. Ceuta, España: Instituto de Estudios Ceutíes-Universidad de Granada.

-LARZRAK R., (1974). *Le contentieux territorial entre le Maroc et l'Espagne*. Dar el Kitab Casablanca.

- LISBONA. J., (1996).*La especificidad de las migraciones judías de Marruecos a España (1956-1970)* <http://www.uam.es>.

-LÓPEZ, B. J. M., (2004). *Los argelinos en España*, Atlas de la inmigración marroquí en España.

-LOPEZ-BUENO J. M., (2008). *Melilla una oportunidad perdida para las relaciones hispano-marroquíes*, publicado .Ediciones Académicas S.A., UNED, Madrid.

-LÓPEZ GARCÍA B., (1991) *Entre Europe et Afrique, Ceuta et Melilla*. En Revue du monde musulmán et de la méditerranée n° 59-60.

-LORCA, A., TORRES R., Y ESCRIBANO G., (2005) *Las inversiones extranjeras en la región mediterránea. Seminario activo, las inversiones en el área Euromed*. Comisión Europea y Carta Mediterránea. 16 y 17 de Noviembre 2005.

-LOURIDO DIAZ R (1970). El sultanato de Sidi Mohamed Ben Abdalah (1757-1790) *Cuadernos de Historia del Islam, Publicaciones del Seminario de la Universidad de Granada*, Serie Monográfica - Islámica Occidentalia - n° 2.

-MANDRIA, B., PÉREZ, P. Y LÓPEZ, B., (2000). *Visados y presión migratoria*. [Transcripción en línea] Disponible en: <http://www.uam.es/otroscentros>.

-MARTÍN LISBONA, J. A., (1996). *La especificidad de las migraciones judías de Marruecos a España (1956-1970)* Atlas de la inmigración magrebí en España, Universidad Autónoma de Madrid y Ministerio de Asuntos Sociales.

-MARTÍN MUÑOZ G., (1996). *Causas políticas y socio-económicas de la emigración Argelina. Atlas de la inmigración magrebí en España* Atlas, Universidad Autónoma de Madrid y Ministerio de Asuntos Sociales

-MAYORAL DEL AMO, J., (2001). *J. El mosaico de Melilla*. [Transcripción en línea] Disponible en: <http://www.stes.es/melilla/revista/inter/3.pdf>.

-MILLOT L., (1934). L' éxode saisonnier des rifains vers l'Algérie. En *Bulletin Economique du Maroc*.

-MORCELLO J., (1999). Análisis de las migraciones subsaharianas en el Magreb. Conferencia de Rabat sobre migraciones subsaharianas en el Magreb, *Rev. Entre Culturas* nº 36, Madrid, Junio.

-PLANET. A. (1998). *Melilla y Ceuta: espacios frontera hispano-marroquíes*. Melilla: Ciudades Autónomas de Melilla y Ceuta, UNED, Melilla.

-PLANET A. I. (1996a). *Melilla y las migraciones magrebíes*. Atlas de la inmigración magrebí en España Atlas. Universidad Autónoma de Madrid y Ministerio de Asuntos Sociales.

-PLANET A .I., (1996b) *Ceuta y las migraciones marroquíes*. Atlas de la inmigración magrebí en España .Atlas. Universidad Autónoma de Madrid y Ministerio de Asuntos Sociales

-PLANET CONTRERAS A. I., (1996c) *Melilla y Ceuta como regiones de destino migratorio*, Atlas de la inmigración marroquí en España, edit Observatorio de Inmigración marroquí en España.

-PIETRO, S., (2006) .*Ceuta y Melilla: gestión fronteriza, derechos humanos y seguridad*, Instituto Europeo del Mediterráneo, Barcelona.

-RAMOS GALLARÍN J. A. YBAZAGA FERNÁNDEZ, E I., (2002). *Gestión intergubernamental y política de inmigración en España: el caso de los procesos de regularización de inmigrantes* publicada en el VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct..

-RAPARAZ RODRIGUEZ G. Documentos de función, *Revista África* 1928-1933, Ceuta.

-ROA VENEGAS JM ^a, (2006). *Rendimiento escolar y "situación diglosica" en una muestra de escolares de educación primaria en Ceuta*. 1 Junio, Universidad Autónoma de Baja California. http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-32100795_ITM

-RODRIGUEZ DE SILVA J. A., (1997). *Os judeus na expansão portuguesa em Marrocos durante o século XVI*. Edições APPACDM Distrital de Braga.

-RUIZ ALBENIZ V., (1910). *La verdad de la guerra, establecimientos tipográficos y editorial*. Boletín de la biblioteca del ateneo científico, literario y artístico. nº 3, Mayo. págs. 9-10.

-SALAFRANCA ORTEGA J. (1990) *La población judía en Melilla (1874-1936)*, editado por Sefarad judaica inc, Caracas, Venezuela.

-SALAFRANCA ORTEGA J., (1992). Los orígenes de la comunidad judía de Melilla. Editores Sefarad Madrid. *Revista Raíces* Nº 12.

-SANDELL, R., (2006). *¿Saltaron o les empujaron? El aumento de la inmigración subsahariana*. Real Instituto Alcano.

-SANTOS J. M., (1995). *La dinámica de la población Ceutí (1970-1986)*, Actas del Estrecho de Gibraltar, Ceuta.

-SARO GANDARILLAS, F., (1987). *Notas para el estudio del crecimiento y expansión urbana de Melilla*, Actas del I Congreso Hispano-africano de las culturas mediterráneas Fernández de los Ríos Urruti, 11-16 de Junio de 1986, Melilla.

-SODDU P., (2002). *Inmigración extracomunitaria en Europa: El caso de Ceuta y Melilla*. Edit Conserjería de Educación y Cultura de la Ciudad Autónoma de Ceuta.

-TRONCOSO DE CASTRO. A., (1979). *Ceuta y Melilla 20 siglos de España*. Editado por Vassallo de Mumbert 2º Edición. Madrid, Revista África 1927-1928.

-WASSERMANN, H., (1994). Islam und Menschenrechte im Zusammenprall der zivilisationen. *Recht und Politi*.

-ZAMFRANI, H., (1994). *Los judíos del occidente musulmán Al-Andalus y el Magreb*. Edit MAPFRE, Madrid.

TEXTOS INTERNACIONALES

-*Tratado de Marraquech* de 1.893.

-Convención de Ginebra de 21 de Julio de 1951, hecho en Ginebra el 28 de Julio de 1951, Aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128 15 de Diciembre ,BOE de 21 de Octubre de 1978.

-Libro Blanco sobre el mercado único europeo. COM (85)310 final. Comunicación de la Comisión al Consejo de 7 de Marzo de 1985, COM (85)48 final, rubricado “Completing the Internat Market: Wite paper from the Comision to the European Council”

-Convenio de Schengen sobre fronteras en Europa de 21 de Marzo 1985, DOL N° L 239 de 22 de Septiembre de /2000.

-Resolución del Consejo de 16 de Julio de 1985 sobre las orientaciones de la Comisión acerca de una política comunitaria de migraciones, DO. C. 186, de 26 de Julio de 1985.

-Acta de Adhesión a la CEE el 1 de Enero de 1986, BOE núm.1, instrumento de ratificación del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de Junio de 1985.

-Informe de los ministros responsables de Inmigración y asilo en el Consejo Europeo de Maastricht sobre la política de Inmigración y de Asilo”, SN 4038/91 WGI 930. De 3 de Diciembre de 1991.

-Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de Febrero de 1992 (BOE núm. 100, de 25 de Abril y núm. 130, de 30 de Mayo).

-Tratado de amistad, buena vecindad y cooperación entre España y Marruecos, firmado el 4 de Julio de 1991, BOE 26 de Febrero de 1993.

- Aplicación provisional del Acuerdo en materia de permisos de residencia y trabajo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado "ad referéndum" en Rabat el 6 de Febrero de 1996 (BOE núm. 129, de 28 de Mayo). Entrada en vigor el 7 de Marzo de 1997, BOE núm. 211, de 3 de Septiembre.

-Cumbre de Tampere Octubre de 1999, de 15 y 16 de Octubre de 1999, DOC 19 de 23 de enero de 1999-

-Iniciativa comunitaria EQUAL, que tiene como objetivo la cooperación transnacional para la promoción de una nueva metodología de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de todo tipo existentes en relación con el mercado de trabajo. Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), de 5 de Mayo de 2000.

-Decisión 2000/596/CE del Consejo de 28 Septiembre 2000 por la que se crea el Fondo Europeo para los refugiados a fin de reunir en un único instrumento las medidas de integración y las relativas a la acogida y repatriación voluntaria en caso de afluencia masiva de refugiados y personas desplazadas.

-Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal [COM (2001) 672.

-Protocolo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular sobre circulación de personas hecho ad referéndum en Argel el 31 de Julio de 2002, BOE núm. 37 de 12 de Febrero de 2004.

-Consejo Europeo de Maastricht de 24 de Diciembre del 2002, Diario Oficial de las Comunidades Europeas C325/5.

-Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guinea Bissau en materia de inmigración, hecho en Madrid el 7 de Febrero de 2003, BOE 74/2003 de 27-03-2003.

-Acuerdo entre el Reino de España y la Republica Islámica de Mauritania en materia de inmigración de 1 de Julio del 2003, BOE núm. núm. 267, 8 de Noviembre de 2006.

-Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo [COM (2003) 336 final]

-Ley nº 02-03 relativa a la entrada y residencia de extranjeros en Marruecos, a la emigración e inmigración irregulares, Boletín Oficial núm. 516 de 20 de Noviembre del 2003. En Marruecos Boletín Oficial nº 5162 de 25 Ramadán 1424 ,20 de Noviembre de 2003.El texto en árabe ha sido publicado en la edición general del Boletín Oficial nº 5160 de 18 Ramadán 1424 de 13 de Noviembre de 2003.

-Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de Abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, DOL 304 /12.

-Decisión del Consejo de 2 de Diciembre de 2004, sobre acuerdo de la Comunidad Europea y el Principado de Andorra relativo al establecimiento de medidas en materia de fiscalidad, DOUE de 4 de Diciembre de 2004.

-Decisión 2005/267/CE del Consejo, de 16 de Marzo de 2005, por la que se crea en Internet una red segura de información y coordinación para los servicios de gestión de la migración de los Estados miembros [Diario Oficial L 83 de 1.4.2005].

-*Plan África* aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de Mayo de 2006, el último vigente es de 2009-2012.

-Comisión Europea, *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen sanciones aplicables a los empresarios de residentes ilegales nacionales de terceros países* COM (2007) 249.

TEXTOS NACIONALES

-El Libro de Ciudadanía, ley de 17 de Abril de 1870, que se materializo el 6 de Noviembre de 1916

-Orden de la Comandancia General de Melilla DE 1904 por la que se creó un campamento para atender a los refugiados beréberes.

-Real Decreto de 6 de Noviembre de 1916 Gaceta de Madrid 342, autorizando al Presidente del Consejo de Ministros para presentar a las Cortes un proyecto de ley modificando los artículos 159, 160 y 161 del Código de Justicia Militar y estableciendo Tribunales de la Jurisdicción ordinaria en Ceuta y Melilla. TIFF (Referencia 1916/05842) (*Gaceta de Madrid* nº 319, de 14 de Noviembre de 1916)

-Real Decreto de 20 de Diciembre de 1924 de 22 de Diciembre de 1921, facultando a los Comandantes generales de Ceuta y Melilla para que en las actuaciones seguidas contra indígenas, en lugar de hacer insertar las requisitorias en la GACETA y Boletines Oficiales, las remita a la Oficina Central de Asuntos Indígenas. TIFF (Referencia 1921/08154) (*Gaceta de Madrid* nº 356, de 21 de Diciembre de 1924)

-R.D. 20 de Diciembre de 1924, por el que se otorgaba la ciudadanía española a los sefardíes y a sus descendientes pertenecientes a familias de origen español que en alguna ocasión han sido inscritos en los Registros españoles ,publicado en nº 120 de la *Gaceta de Madrid* el 30 de Abril de 1931.

-Real Orden de 20 de Octubre de 1927, normativa que justifica la inaplicación de la normativa de protectorado sobre el territorio de las plazas de soberanía de Ceuta y Melilla.

-Decreto de 5 de Junio de 1933, por el que se dota de carácter jurídico al protectorado

-Orden de 5 de Julio de 1933, que exige autorización para entrar en la zona del protectorado.

-Decreto de 4 de Octubre de 1935, que obliga a la presentación de pasaporte para entrada en la zona de protectorado.

-Decreto de 31 de Diciembre de 1935 por el que se crea la Dirección General de Marruecos. Competencia exclusiva sobre el protectorado. Permanencia al margen de su ámbito funcional de las plazas de soberanía

-Decreto de 10 de Abril de 1958, por el que se creó la Tarjeta de Residencia solo para los extranjeros transfronterizos en Ceuta y Melilla.

-Constitución española 27 de Diciembre de 1978, BOE núm.311 de 29 de Diciembre.

-Orden de Permisos de Trabajo de 10 de Octubre de 1979, por la que se regulan los permisos de validez restringida, BOE núm.241 de 8 de Octubre de 1979.

-STC 31/1981, 28 de Julio de 1981, que reconoce a la presunción de inocencia el valor de derecho fundamental.

-Ley 7/1985 de de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, BOE núm.158 de 3 de Julio de 1985.

-LO 2/1986 de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

-Reglamento de Ejecución de1119/86 de 26 de Mayo de la Ley 7/1985 de de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, BOE núm. 140 de 12 de Junio de 1986.

- Real Decreto 1199/ 2005, de 10 de Octubre, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se regula la concesión de una subvención directa a las Ciudades de Ceuta y Melilla para programas de integración social y mantenimiento de servicios públicos básicos en relación con la inmigración.

Instrucciones conjuntas de la Subsecretaria de los Ministerios de Interior y Trabajo de 2 de Julio de 1986, por las que se autoriza a trabajar a los marroquíes provistos de la tarjeta de residencia preferente o permiso de trabajo, en Ceuta y Melilla sin necesidad de obtener previamente permiso de trabajo.

-Acuerdo de 13 de Febrero de 1992 sobre readmisión de extranjeros entre España y Marruecos publicado en el BOE 25 de Abril de 1992.

-Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ley de Asilo 9/94 de 19 de Mayo, de modificación de la ley 5/1984, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado

Ley 12/2009, de 30 de Octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

-Real Decreto 1411/1995 de 13 de Marzo por el que se acuerda el traspaso de competencias en materia migratoria.

-Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 44, Comisiones, VI legislatura Justicia e Interior. Celebrada el lunes 29 de Junio de 1996, en sesión extraordinaria Nº 6ª Comparecencia del Ministro del Interior (Mayor Oreja)

-Real Decreto 1387/97 de 29 de Agosto por el que se acuerda el traspaso de servicios sociales a la Ciudad autónoma de Melilla.

-Real Decreto 30/1999 de 15 de Enero por el que se fijan las facultades de la Administración de Ceuta, BOCE núm.4300 de 2 de Marzo.

-LO 4/2000 de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

-LO 8/2000 de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 307 de 23 de Diciembre.

-Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y de la Inmigración (GRECO) de 30 de Marzo del 2001

-Real Decreto 344/2001 de 4 de Abril por el que se crea el Consejo Superior de Política de Inmigración en su redacción dada por el RD 507/2002, de 10 de Junio, BOE núm.143 de 15 de Junio de 2002.

-Decreto 507/2002 de 10 de Junio, por el que se modifica el Real Decreto 344/2001, de 4 de abril, por el que se crea el Consejo Superior de Política de Inmigración, BOE número 143 de 15 de Junio de 2002.

-RD 1599/2004 por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio del Interior establece que corresponde a la Comisaría General de Extranjería, BOE núm.160 de 3 de Julio de 2004.

-Orden Interior /2103/2005 de 1 de Julio, por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los servicios centrales y periféricos de la Dirección General de la Policía, BOE núm 224 de 15 de Julio de 2005.

-Real Decreto 1199/ 2005, de 10 de Octubre, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se regula la concesión de una subvención directa a las Ciudades de Ceuta y Melilla para programas de integración social y mantenimiento de servicios públicos básicos en relación con la inmigración

-Orden TAS/3441/2005, de 2 Noviembre, BOE núm. 264 de 4 de Noviembre de 2005.

-Resolución de 11 de Enero de 2006, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad al Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Consejería de Bienestar Social y Sanidad de la Ciudad de Melilla, para el desarrollo de programas de integración social y mantenimiento de servicios públicos básicos en relación con la inmigración

-Real Decreto 3/2006 de 16 de Enero para Melilla por el que se le amplían competencias, redefine algunas de las funciones que ya venía desarrollando, e incorpora otras nuevas referidas a la posibilidad de promover iniciativas relacionadas con la integración social de inmigrantes

-Respuesta del Gobierno nº 184/005580 publicada en el BOCG serie D, nº 177.

PRENSA

-ARCHIVO HISTÓRICO DE MELILLA.

-COMISARÍA GENERAL DE EXTRANJERÍA Y DOCUMENTACIÓN. (1999) Unidad Central de Fronteras.

-DIARIO 16 (1995). *Ceuta: muralla inexpugnable de Europa*, 15 de Octubre de 1995.

-DIARIO SUR (1985). *Los orígenes de la población actual de Melilla* de Saro Gandarillas, 30 de Septiembre.

-EL DÍA de Santa Cruz de Tenerife (2006) de 12 de Septiembre.

-EL FARO DE CEUTA (2005) de 13 de Agosto.

-EL PAÍS: Diciembre de 1997 de 2 Febrero 1999.

-EL PERIÓDICO (2006). Rachis Benmojtat Benbdela, (Presidente de la Universidad al Ajawayn de Ifrane-Marruecos) Barcelona. Mayo; Mayo2006

-EL PUEBLO DE CEUTA (1995). *Alambradas ¿para qué?* 2 de Noviembre.

-EL TELEGRAMA DEL RIF: 10 de Noviembre de 1903; 10 de Septiembre de 1981; 12 de Septiembre de 1981; 7 de Noviembre de 1981;

-EUROPA PRESS (2008). Sobre Ceuta publicado el 15 según los datos ofrecidos por el delegado del Gobierno, Jenaro García Arreciado, tras hacer balance de las actuaciones de la Guardia Civil de Ceuta en el 2007.

-GACETA DE MADRID: nº 319, de 14 de Noviembre de 1916; nº 356 de 21 de Diciembre de 1924; nº 140, de 20 de Mayo de 1863

-IL MANIFIESTO (2000) *L' Africa in prigione*, 9 de Febrero 2000.

-InfoMelilla.com (periódico digital) de 21 de Febrero y 10 de Noviembre de 2007.

.INTERVIÚ (1995) *El muro de Ceuta no frenará a los africanos*. Núm. 1018 Octubre 1995 Pags. 14-17.

-MELILLA (1982) Septiembre-Octubre.

-MELILLA HOY (2007) . *Interior retira la concertina de la sirga casi un año después de lo prometido*, del sábado 6 de Octubre.

-MUNDO (2000). *Cambian Ceuta y melilla por Canarias* 22 de Junio.

-PERIÓDICO DE MELILLA (1986) . Artículo de Saro Garandillas, F., publicado en de 16 de Abril.

-TIEMPO (1995) .*Una alambrada contra África de*. 30 de Octubre.

-TIEMPO (1995). *Ceuta: los argelinos pueden ser el próximo polvorín* 30 de Octubre.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

Comisaría General de Extranjería y Documentación.

Delegación del Gobierno de Ceuta.

Delegación del Gobierno de Melilla.

Colegio de Abogados de Melilla.

INTERNET

www.mgar.net/africa/patera.htm

Competencias locales en materia de inmigración. [Transcripción en línea] Disponible en:
<http://www.diba.cat/diversitat/fitxers/>. P. 1.

CAPÍTULO III.

3.- MENORES NO ACOMPAÑADOS

3.1. INTRODUCCIÓN GENERAL.

A mitad de los años 90, se presenta en España un nuevo colectivo de inmigrantes, los menores no acompañados. Es un proceso migratorio que abarca varios países europeos y ha sido tema de interés para el establecimiento de acuerdos, normas y políticas destinadas a evitar estas situaciones pero es importante garantizar los derechos de los menores.

La llegada de pateras cargadas de niños y adolescentes a las costas españolas, han endurecido las condiciones de la migración de menores a través de medidas institucionales que no protegen el interés del menor, como por ejemplo la Instrucción del Fiscal General del Estado 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo.⁹⁵⁶ Adicionalmente, existió un Memorándum de entendimiento entre España y Marruecos, que posibilitaba la repatriación de los menores marroquíes no acompañados que se encuentran en España. Por lo que surge la interrogante: ¿Las políticas de inmigración sólo se interesan por el control de fronteras o también se preocupan por los derechos humanos y el interés superior del niño?

España ha firmado otros acuerdos bilaterales con Estados africanos que permiten regular la inmigración ilegal de menores no acompañados y garantizar sus derechos. Estos instrumentos son:

Acuerdo con Rumania de 15 de Diciembre de 2005⁹⁵⁷ rubricado “Acuerdo sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos “;Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y

⁹⁵⁶ Instrucción del Fiscal General del Estado 3/2003, que posibilita el retorno en 48 horas a los menores que tengan más de 16 años derogada expresamente por la Instrucción 2/2006 de 27 de Julio, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados, que restaura los criterios de interpretación recogidos en el apartado IV de la Circular 3/2001 de 21 de Diciembre y que se refieran a en caso de dudas sobre al determinación de la edad, no se puede incoar expediente sancionador por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular, aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o a la medida cautelar de internamiento, contra el sujeto respecto del cual, no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad; y, de establecerse su minoría de edad, debe proporcionarles las medidas de protección y asistencia previstas en la ley española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero.

⁹⁵⁷ Entrada en vigor el 19 de Agosto de 2006, BOE núm.195 de 16 de Agosto de 2006.

reinserción, hecho en Dakar el 5 de diciembre de 2006⁹⁵⁸; y, el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007⁹⁵⁹, Este último Acuerdo anula y reemplaza al Memorándum de entendimiento sobre la repatriación destinada a menores no acompañados entre España y Marruecos, firmado en Madrid el 23 de Diciembre de 2003.⁹⁶⁰

En tal sentido, en el presente Capítulo se examina la situación de los hijos de inmigrantes nacionales españoles o extranjeros reagrupados. Además, se estudia la evolución de las políticas comunitarias aplicadas en materia de menores y los derechos de los menores y los mecanismos de protección previstos por nuestra legislación. Surge otra interrogante: ¿Están equiparados los derechos de los menores inmigrantes ilegales con el resto de los menores españoles?

En cuanto al derecho de asilo y refugio de los menores, se analiza el contenido de la Ley 12/2009, de 30 de Octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria que establece los derechos de los menores no acompañados protegiéndolos de manera especial. Al respecto, el Preámbulo de esta Ley establece:

“Se ha considerado oportuno dedicar un título, el Título V, a los menores y a otras personas vulnerables necesitadas de cualquiera de las dos modalidades de protección internacional que regula la Ley. La inclusión de este Título y el tratamiento que en él se otorga a las personas a que se refiere constituyen otra novedad, que viene a subsanar la falta de referencias explícitas a ellas, en especial a los menores, y más en concreto a los no acompañados, en nuestra legislación de asilo.”

Por tanto, se garantiza el interés superior del menor, se evitan las discriminaciones por razón de género y en general alcanza a todos los ámbitos del sistema de asilo.

Adicionalmente, se analizan el tratamiento supranacional e interno, el procedimiento de tramitación y resolución y las consecuencias jurídicas que presentan estas situaciones en el país. Actualmente, existe el problema de aquellos menores que ahora han alcanzado la mayoría de edad sin estar legalizados en España y sin tener un trabajo. Estos jóvenes tienen que decidir entre insertarse en el mercado de forma ilegal o antes de cumplir la mayoría de edad ser reagrupados con sus familias en sus respectivos países de origen, situación que se considera un fracaso para el joven y su familia, al no poder legalizar su situación en España.

⁹⁵⁸ BOE, núm. 371, de 20 de Abril de 2007

⁹⁵⁹ BOE, núm. 429, de 14 de Septiembre de 2007.

⁹⁶⁰ Destaca el estudio de este Memorándun realizado por ASÍN, M. (2008). Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular, Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 10, Julio-Diciembre, pág. 167

“Las razones principales por los que emigran estos menores son multifactoriales por más que según la posición geográfica de cada Estado puedan resultar prevalentes causas individualizadas, específicas y determinadas. En el caso específico de España y Francia, las causas de esta emigración obedecen fundamentalmente búsqueda de mejores oportunidades económicas, en especial tratándose de menores magrebíes y subsaharianos. Concretamente, a España llegan menores cuyas ideas principales son conseguir “papeles” y trabajar, y las mantienen durante su estancia en los centros de protección”.⁹⁶¹

El aspecto laboral es de importancia debido a que la mayoría de los menores no acompañados vienen de Marruecos con el objetivo de encontrar un trabajo y poniendo en peligro sus vidas.

También se analizan los derechos de menores no acompañados y su protección, describiendo la problemática que plantea la labor asistencial de las organizaciones no gubernamentales en la actualidad.

Se analiza la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la finalidad de conocer los artículos aplicables a los menores inmigrantes no acompañados que llegan a España y describir el procedimiento seguido en el retorno de menores extranjeros a sus países de origen.

“La legislación migratoria prevalece por encima de la legislación internacional. Concretamente, en el caso de los Menores inmigrantes no acompañados, nos encontramos con un choque legislativo. Por ser menor y por ser inmigrante ilegal.”⁹⁶²

Es necesario conocer las situaciones en las que se encuentra el menor cuando entra en España ilegalmente y analizar el panorama general de los derechos y obligaciones de los mismos. Aunado a los problemas que plantea los menores no acompañados a la Administración Autonómica. ¿Cuál es el problema entre el menor extranjero no acompañado y la Administración que tiene atribuida la tutela *ex lege*?

Adicionalmente, en el presente Capítulo se analizan los problemas emergentes que plantea la situación legal de estos menores en los territorios aislados, partiendo de la evolución de la inmigración de menores en Ceuta y Melilla. Por lo que surge la interrogante: ¿Cuál es el interés de los menores que ingresan a España de modo ilegal y no acompañados de un adulto?

⁹⁶¹ GALLEGO, V., MARTÍNEZ, J. y otros (2000). La integración social de los Menores Inmigrantes No Acompañados: nuevos retos en la Comunidad de Madrid. Unizar.es. pág. 12.

⁹⁶² GALLEGO, V., MARTÍNEZ, J. y otros (2000). La integración social de los Menores Inmigrantes No Acompañados: nuevos retos en la Comunidad de Madrid, op, cit, pág 2 (pág 15)

¿Cuáles son los problemas que ha dejado atrás y los que deben enfrentar en España el menor inmigrante no acompañado?

Para dar respuesta a estas interrogantes se describen los problemas que plantea la inserción de estos menores en los territorios aislados de Ceuta y Melilla.

Venimos observando a lo largo de los últimos años, tanto en el marco institucional como en el social, el uso indiscriminado y a menudo erróneo, de apelativos tales como “niños inmigrantes”, “segunda generación de inmigrantes”, “menores extranjeros”, “hijos de inmigrantes”, “niños ilegales”, etc⁹⁶³. Esta falta de homogeneidad en el término, ha provocado una multiplicidad conceptual de contenidos diferentes y que en función de la acepción que tome cada ordenamiento jurídico, los menores ostentaran unos derechos de mayor o menor amplitud y un tratamiento singularizado específico de diferente espectro de protección. De modo que, esta falta de unicidad, sumada a la subordinación de la conceptualización al status jurídico del menor, agrava aun más el problema de cuantificar numérica y cualitativamente los menores que son subsumibles en cada una de las categorías anteriormente enumeradas.

Encontrándonos ante una variable de extranjería compleja, ya que a pesar de estar sujeta a un tratamiento jurídico protector por parte del Estado, presenta en la práctica múltiples disfunciones por la conjunción de la función sistema de protección y de extranjería⁹⁶⁴, cuya convivencia no siempre es pacífica⁹⁶⁵. La primera cuestión que se nos plantea es dotar de contenido en al concepto de “menor”, para ello, tomamos como punto de partida, la normativa internacional contenida en la Convención de Derechos del Niño⁹⁶⁶ que en su art 1 lo define del siguiente modo” *Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser*

⁹⁶³ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a B, (2007). El desamparo y la protección de los inmigrantes, ed. Aranzadi, Pamplona, págs 156-157.

⁹⁶⁴Sobre el estudio de la condición dual de menor destaca, ADAM MUÑOZ, M^a D., (2009). El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados, en Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería, núm 20, págs 18 y ss; MASSON, M., (2007). In enfant n'est pas un étranger comme les auteurs, en Revue Trimestrielle de Droit de l'Homme, núm. 824; y, MUNZY, P., (2007). Une contribution majeure en faveur de la protection des mineurs étrangers isolés, en Recueil Dallo, núm.11, págs 773 y ss entre otros.

⁹⁶⁵ Esta contraposición entre la condición de extranjería y de menor, en la mayoría de las ocasiones son resueltas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sirva de ejemplo la sentencia de 12 de Octubre de 2006(131778/03) Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra el Estado de Bélgica en la que llego a las siguientes conclusiones:1) Se tomo en consideración la condición de menor extranjera no acompañada de la interesada, por encima de su condición de inmigrante irregular; 2) Se considera a la menor miembro extremadamente vulnerable de la sociedad, a la que el Estado belga debe proteger en cumplimiento de las obligaciones dimanantes del art 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y, 3)Las restricciones impuestas por un Estado para el control de los flujos migratorios no pueden privar a los extranjeros de los derechos fundamentales de los que son titulares, especialmente en el caso de los menores extranjeros no acompañados.

⁹⁶⁶ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 44/25 de 20 de Noviembre de 1989 y ratificada por España 30 de Noviembre de 1990.

humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”Es decir, el elemento diferenciador para pertenecer a esta categoría lo conforma la edad. Asimismo otro rasgo distintivo que se desprende del citado instrumento es que este no aborda el tema migratorio como un tema específico para el niño. Sin embargo, señala en el artículo 9 del citado Texto que :“(…) los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. Por lo tanto, se puede afirmar que la Convención utiliza el concepto de niño separado para denotar la situación de vulnerabilidad que pueden vivir los niños al momento de adoptar este tipo de medidas⁹⁶⁷.

Artículo que debe ser puesto en concordancia con la legislación estatal española materializada en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁹⁶⁸ (en adelante LOPJM) que en su art 1 lo define como” todos los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado la mayoría de edad”
Apreciándose como existe un contenido similar en ambas normativas. Para a renglón seguido, definir el concepto de “no acompañamiento” siendo de nuevo el primer instrumento internacional que realiza un tratamiento jurídico del mismo, es el Comité de Derechos del Niño, recordemos que el Comité ayuda a los Estados al cumplimiento de los objetivos del Tratado y se controla su cumplimiento y a través del mismo, para ello, emite documentos denominados ”Observaciones Generales” en el año 2005, elaboró la Observación General núm. 6, Regla 7, donde se define que se entiende por “niños no acompañados”(llamados también “menores no acompañados”) de acuerdo con el concepto utilizado por el art 1 del mismo Texto que los define como” *menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad*”⁹⁶⁹Por su parte, en el citado instrumento en la Regla 8, se conceptúa de forma diferenciada a los niños separados del resto de menores del siguiente modo:” los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes”. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia. De lo que se desprende que, el Comité de Derechos de los Niños utiliza en la Observación General, el

⁹⁶⁷ conocimientoabierto.flacso.edu.mx/medios/tesis/gonzalez_a.pdf

⁹⁶⁸ BOE núm. 15 de Enero de 1996.

⁹⁶⁹ Rubricada “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño, 39 periodos de sesiones, 17 de Mayo a 3 de Junio de 2005, CRC/GC/2005/6 numeral 7. Esta definición ha sido acogida por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación CM/Rec (2007) 9, a los Estados miembros sobre los proyectos de vida a favor de los menores inmigrantes no acompañados de 12 de Julio de 2007.

concepto de niño como sinónimo de menor para encarar la situación de los menores no acompañados y separados de su familia y que se encuentran fuera de su país de nacionalidad aunque considera que los principios de la Observación General se aplican por igual a los menores no acompañados y a los separados de sus familias.

Apreciándose como la primera definición internacional que existe sobre menores no acompañados es la realizada por un documento conjunto del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y de la organización “Save the Children”, documento que es una declaración de buenas prácticas (Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Menores No Acompañados en Europa)⁹⁷⁰, y en el que se les define como “niños y niñas menores de 18 años que están fuera de su país de origen y separados de sus padres o cuidador habitual”. Esta definición es completada por el propio Consejo de Europa, por la Resolución del Consejo de la UE de 26 de Junio de 1997 que en su art 1.1 encuadrándolos como *menores no acompañados naciones de terceros países*⁹⁷¹ a los que define como ” niños y adolescentes menores de 18 años, nacionales de terceros países, que se encuentran en el país receptor sin la protección de ningún familiar o adulto responsable de los que habitualmente se hacen cargo de su cuidado, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, así como a aquellos menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos” y cuya consecuencia mediata ha sido el reconocimiento del estatuto de protección a dicha categoría de menores, si bien, conviene tener en cuenta, que esta es una norma de mínimos, esto es, que todo lo en ella previsto se entiende si perjuicio de las disposiciones más favorables del derecho nacional. Mas tarde, este contenido integro ha sido recogido posteriormente en el apartado “normas mínimas para personas desplazadas” correspondientes a la Directiva⁹⁷² 2001/55/CE del Consejo de 20 de Julio del 2001; Directiva⁹⁷³ 2003/9/CE art 2h); y por la Directiva⁹⁷⁴ 2003/86/CE del Consejo de 22 de Septiembre de 2003, que en su art 2f) al efectuar el tratamiento sobre el derecho de reagrupación familiar, define a los menores extranjeros no acompañados como “nacional de un tercer país o el apátrida menor

⁹⁷⁰ El Programa Europeo de Menores No acompañados, Declaración de Buenas Prácticas, Octubre 2000. Véase:<http://www.separated-children-europe-programme.org/spanish/Global/goodpractice.htm>. La Declaración de Buenas Prácticas se basa esencialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por España y vinculante especialmente en relación con los artículos 39.4 de la Constitución Española y 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor .

⁹⁷¹ Diario Oficial num. C 221 de 19 de Julio de 1997, págs 23-27.

⁹⁷² Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 212 de 7 Agosto 2001.

⁹⁷³ Diario de la Unión Europea L 31 de 6 Febrero 2003

⁹⁷⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 251 de 3 Octubre 2003

de 18 años que llegue al territorio de los estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de el, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los estados miembros” , además en las citadas Directivas se incorporan la referencia a los apátridas. En la línea con lo anteriormente expresado, será entendido en el derecho español un menor extranjero no acompañado como el menor nacional de un país no miembro de la Unión Europea o el apátrida (aquel que carece de nacionalidad reconocida) menor de 18 años que, al entrar en el territorio español, no está acompañado de un adulto o el que, tras haber entrado acompañado, se encuentre solo.

Junto a este factor, hay que añadir la disyuntiva que provoca en el actual marco jurídico europeo y nacional el tratamiento singularizado que de estos menores se efectúa, siendo etiquetados como “infractores del ordenamiento jurídico administrativo” debido al presunto incumplimiento de las formalidades administrativas vulneradas por éstos al incumplir las condiciones exigidas a los extranjeros de realizar de forma legalizada la entrada y estancia en cualquier país de la UE. Hecho que se agrava en todas estas legislaciones al “encuadrar en la misma categoría a extranjeros y menores”,por tanto, delimitar las diferencias sustanciales entre ambos conceptos, variara en función del Estado en el que nos situemos, lo cual, obliga a fijar una discriminación positiva a favor de estos últimos para establecer unos mínimos de protección frente al anterior grupo y que queda plasmada en el caso concreto de nuestra legislación, en el concepto jurídico indeterminado de “interés del menor”⁹⁷⁵

Por lo tanto, el primer problema que se suscita en torno a estos menores, es tal y como señala FERNANDEZ ROZAS, J.C., Y SANCHEZ LORENZO S. (2004)⁹⁷⁶ es “su conceptualización, debido a la falta de univocidad que presenta el término” Por su parte, la utilización que origina esta identificación proviene no solo de la ausencia de contenido, sino del valor que dicha acepción otorga a estos menores una “*ciudadanía transferida*” dotada de un nivel de protección por debajo del administrado nacional, lo que aun provoca una mayor inseguridad su catalogación. (Solo se le permite el goce de derechos de naturaleza prestacional y un grupo reducido y recortado de derechos fundamentales que posteriormente procederemos a analizar) Por tanto, existe una clara dicotomía entre –sujetos de protección y sujetos de control-

⁹⁷⁵ Informe Menores no acompañados en Andalucía”.ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA. Junio del 2006.

⁹⁷⁶ Derecho Internacional Privado. Tomson-Civitas. Madrid.3ª Edición. 2004, págs. 315-320, especialmente pág 315.

lo cual provoca profundas contradicciones en un sistema normativo que los protege y los expulsa a la vez⁹⁷⁷

Es por ello, por lo que matizamos que el término que utilizaremos en el presente trabajo es el de *menores*⁹⁷⁸ presunción *iuris tantum* de que es menor todo español o extranjero que no ha cumplido los 18 años .Entendiéndose la edad⁹⁷⁹ como el tiempo que transcurre desde el nacimiento de un individuo hasta un momento determinado de computo, dependiente de la madurez que este tenga. Por tanto, son mayores de edad de conformidad con lo regulado por el RD33/1978 de 16 de Noviembre⁹⁸⁰ anterior a la promulgación de la CE (actualmente derogado que disponía que esta se alcanzaba a los veintiún años) los que exceden de dicha edad⁹⁸¹. De conformidad con lo expuesto, nuestro ordenamiento interno dispone que la “*mayoría de edad empieza para todos los españoles a los dieciocho años cumplidos*” contenido recogido en el art 12 de la CE y con el art 315 del Cc, destacando la circunstancia de que en un primer momento se abogo por el legislador español por mantener diferentes edades capacitatorias para reducir la mayoría de edad tal y como sostiene (LASARTE ÁLVAREZ, 2000)⁹⁸². Además no debemos olvidar que el termino” minoría de edad” tal y como lo define claramente KARL ENGISCH(2001)⁹⁸³ :”*es un concepto jurídico indeterminado dotado de un carácter “normativo” y “descriptivo” ya que el primero, proviene de distinguirse claramente el concepto biológico de la edad, mientras que el segundo, es consecuencia de que los datos que contienen*

⁹⁷⁷ Aspecto este destacado por ROJO TORRECILLAS, E., en AAVV (2009). La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la Inmigración (coord) por F. CAMAS RODAS, edit por Bosch, Barcelona, pág 297, el cual destaca la importancia de la integración y el respeto de la normativa internacional y comunitaria y su conjunción con los mecanismos de control y seguridad que figuran en toda política de inmigración.

⁹⁷⁸ Vid., respecto de la regulación referente a menores a lo largo de la historia y los antecedentes en el derecho comparado, DE CASTRO BRAVO, F (1984). Derecho Civil de España, I. Ed. Facsimilar de la 1ª de 1949, Civitas, Madrid, págs 148-150,155-163; GOMEZ MORAN, L., (1947). La posición jurídica del menor en el derecho comparado, Instituto Editorial Reus, Madrid, págs 171 y ss; y, RICO PEREZ, F., (1980). La protección de los menores en la Constitución y el derecho Civil, Montecorvo, Madrid, págs 23 y ss, entre otros.

⁹⁷⁹ Esta conceptualización consuetudinaria de la edad, queda recogida en nuestro Cc en su art 315 del siguiente modo:” Para el computo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”.

⁹⁸⁰ BOE núm. 275 de 17 de Diciembre de 1978.

⁹⁸¹ Destaca el estudio sobre la dimensión específica de la fijación de diferentes edades por parte de nuestro derecho histórico para fijar la mayoría de edad, realizado por MORENO TRUJILLO, E (1997). Actuaciones de protección del menor, en Protección jurídica del menor, edit por Comares, Granada, pág 49.

⁹⁸² En Principios de Derecho Civil. Tomo 1º,7 Ed .Editado por Trivium. Madrid, págs. 252-253.

⁹⁸³ Introducción al pensamiento jurídico, (traduc) de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, edit por MONEREO PÉREZ, J.L. Comares, Granada, págs 127-160, especialmente pág 132.

son perceptibles y están descritos de forma bastante exacta por el legislador, ya que cabe su reductibilidad a determinadas connotaciones descriptivas como son el las derivadas del hecho de no haber cumplido los dieciocho años”.

A lo expuesto, hay que unir el factor de la condición o *origen extranjero*⁹⁸⁴, con el que pretendemos dar cuenta, del hecho de que todos ellos comparten un rasgo que les diferencian de otros menores: la vinculación por nacimiento o por sus progenitores con otro referente nacional y cultural, exceptuamos de esta conceptualización, a pesar de concurrir en ellos los presupuestos materiales que integran este concepto a los: menores extranjeros que a pesar de no reencontrarse acompañados ,se encuentran en España cursando sus estudios y los menores extranjeros desplazados a España por programas promovidos y financiados por las Administraciones Públicas, asociaciones, sin ánimo lucro o personas ajenas a quienes ejercen su patria potestad o tutela, para estancias temporales con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones supuestos comprendidos en el art 93 del Reglamento de 2004, que permite incluso que estos puedan estar acogidos por familias o personas individuales(art 95.4 del citado Reglamento)⁹⁸⁵.

Además debemos añadir que cuando el legislador de extranjería utiliza el término “extranjero” excluye a los menores nacionales de Estados miembros de la UE, que se regulan por el RD 178/2003 de 14 de Febrero⁹⁸⁶, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁹⁸⁷, puesto que, el art 1.3 de la LOEXTR los excluye expresamente de su ámbito de aplicación tal y como establece la dicción literal del citado precepto: “*Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables*”. Por tanto,

⁹⁸⁴ Según la tesis mayoritaria encabezada entre otros por Heredia Puente, M. y Fabrega Ruiz, C. F. (1995): Problemas y paradojas del derecho de extranjería, (con especial referencia a los menores extranjeros, en Revista Poder Judicial núm. 39, págs 389-399 (especialmente página 397). En ningún caso, debe primar la condición de extranjería sobre la de menor de edad, pues de lo contrario, se estaría contraviniendo los Convenios Internacionales y lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico sobre protección de la infancia.

⁹⁸⁵ www.acoge.org/?section=content-view&content=118

⁹⁸⁶ BOE núm. 46 de 22 de Febrero de 2003, que sustituye al RD 766/1992 de 26 de Junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas y otros Estados partes en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo(BOE núm.156 de 30 de Junio de 1992)

⁹⁸⁷ Están encuadrados por tanto los Estados que integran la UE, exceptuando del régimen establecido en la ley de Extranjería a los nacionales de Liechtenstein, Islandia y Noruega. También hay que tener presente el acuerdo sobre libre circulación de personas entre las Comunidad Europeas y sus Estados miembros y la Confederación Suiza (DO L 114,30 /4/2002, págs 6-72).que determina la inclusión de los nacionales suizos en el régimen del RD 178/2003.

cuando nos encontramos ante un menor indocumentado⁹⁸⁸ extranjero, hasta que, se realice su identificación por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, siempre que este se encuentre solos en nuestro país, en principio le debe ser aplicado el régimen de extranjería que el que rige tanto para los extranjeros comunitarios como extracomunitarios, si bien, una vez verificado que este es ciudadano comunitario la normativa aplicable en este caso será el RD 178/2003 de 14 de Febrero de 2003.

Nuestro estudio lo vamos a centrar en la categoría descrita de menores no acompañados, si bien, atendiendo a tres circunstancias distintas:

- La de los hijos⁹⁸⁹ e hijas de inmigrantes: nacionales españoles o extranjeros (cada vez son más los niños y niñas españoles nacidos de madre extranjera); extranjeros nacidos en España o reagrupados (de hecho o por derecho).

- La de los hijos e hijas de refugiados. Como puede verse, tan sólo a los menores no acompañados, podría denominárseles, en todo caso, “niños inmigrantes”.

- La de los menores extranjeros no acompañados que llegan al territorio español, sin la compañía de un adulto que se responsabilice de cuidado, con la intención de buscar un trabajo (motivos económicos) o para pedir asilo.

En este sentido se pronuncia nuestro derecho interno, en concreto, en el art 1 de la LO 1/1996 de 15 de Enero, que establece que su ámbito de aplicación es el de menores de dieciocho años que se encuentran en España, salvo que en virtud de su ley personal se haya alcanzado la mayoría de edad anteriormente. Por tanto, la mayoría de edad del extranjero viene determinada por la aplicación de su propia ley nacional(art 9.1Cc),correspondiendo probar y demostrar la vigencia del derecho extranjero al que lo invoca(art 12.6 Cc) .En base a lo expuesto se aprecia como esta definición es similar que la que figura en el art 1 de la Convención de las Naciones Unidas de Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989.Encontrándonos de nuevo con otra controversia terminológica, ya que el citado instrumento internacional se refiere a “niño” mientras que nuestra ley se refiere a “menor”, sin que se defina dicho concepto, lo cual provoca problema a la hora de proceder a delimitar el ámbito subjetivo de esta norma.

⁹⁸⁸ Destaca el estudio sobre los problemas que plantea la identificación del menor realizado por ESPALDA RAMOS, M. L. (2001). Residencia de apatridas, indocumentados y refugiados (art 34), en Moya Escudero, M (coord), en Comentario sistemático a la Ley de Extranjería, Comares, Granada, pág 115.

⁹⁸⁹ Las únicas alusiones que realizadas en nuestra Constitución al termino hijo, figuran en el art. 39.3, donde se contempla el deber de los padres de prestar protección a sus hijos durante la minoría de edad. Y en el mismo articulo en su apartado 4, el legislador utiliza el termino menor, como equivalente a hijo, apareciendo una superposición de conceptos, que si bien, están relacionados entre si, no coinciden ambos términos, ya que el niño por definición es menor y niños y menores reúnen la cualidad de hijos.

3.2. HIJOS DE INMIGRANTES NACIONALES ESPAÑOLES O EXTRANJEROS REAGRUPADOS

3.2.1-Introducción menores no acompañados

Los inmigrantes residentes en España que tengan más de un año de estancia legal pueden reagrupar a sus hijos menores de 18 años o mayores con discapacidad⁹⁹⁰. En el caso de los hijos mayores de 16 años, automáticamente tienen el permiso de trabajo de acuerdo con lo establecido en 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.⁹⁹¹

En el sistema de derechos europeo, la reagrupación familiar es un derecho activo que permite al extranjero reunir consigo a sus hijos menores o discapacitados, su cónyuge y sus padres de acuerdo con los requisitos fijados en la ley. Por tanto, el Estado debe reconocer a estos ciudadanos siempre que cumplan con las normativas legales vigentes en el país, el derecho a reagrupar consigo a sus familiares. Reconocimiento que se efectúa en los tratados internacionales, suscrito por España y que defienden la protección de la familia y por ende la reagrupación familiar.

En el presente apartado se realiza el análisis de los derechos que tienen los hijos de inmigrantes nacionales españoles o extranjeros reagrupados.

La Constitución Española reconoce en el artículo 39 la importancia de las relaciones familiares, el contacto de los padres con sus hijos menores y de la familia en general con el propósito de garantizar el bienestar de los menores. El derecho a la reagrupación familiar es la vía más utilizada para la entrada de inmigrantes en España y Europa.

Reconocimiento efectuado en el plano internacional entre otros instrumentos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece en el artículo 12 lo siguiente “nadie será objeto de injerencias arbitrarias a su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques”. Adicionalmente, el Pacto Internacional

⁹⁹⁰ Artículo 17. 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

⁹⁹¹ Artículo 19.1. 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. Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales. 1. La autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo.

de los Derechos Civiles y Políticos, la Carta Social Europea y otros instrumentos internacionales reconocen el derecho a la reagrupación familiar.

Entrando ya a la caracterización del colectivo de referencia, precisemos tres puntos de partida: que ante todo son niños, que como colectivo comparten unas características propias y que, en contra de lo que generalmente se cree, conforman un colectivo diverso y heterogéneo.

A continuación, procederemos al análisis de cada una de las categorías enunciadas, centraremos nuestro estudio en primer lugar en relación con el primer grupo, la de los hijos e hijas de inmigrantes extranjeros nacidos en España o reagrupados. Observándose a la hora de verificar la protección jurídica que le asiste al menor, como la ley diferencia dos tipos de menores en función de la situación jurídico-administrativa en la que se encuentren sus progenitores. En definitiva, estar en situación regular o estar en situación irregular, es decir, su estatus de derechos se encuentra subordinado a la situación administrativa de sus padres. De modo que, si sus padres⁹⁹² se encuentran en situación legal, sus hijos tienen idénticos derechos a los españoles y la ley les reconoce el acceso a los servicios y prestaciones sociales básicas y complementarias.

3.3.- LOS DERECHOS DE LOS MENORES MECANISMOS DE PROTECCIÓN

El primer tratamiento efectuado por nuestro legislador de extranjería en materia de menores, se realizó en virtud del RD 1119/1986 de 26 de Mayo, por el que se aprobaba el Reglamento de Ejecución de la LO, que contenía alguna escasa referencia a los menores inmigrantes, en concreto, esta se producía en su Preámbulo, en el que se subrayaba que este texto, es nada más que un Reglamento ordenador del proceso de entrada, permanencia, trabajo y afincamiento de los extranjeros en España.

Posteriormente, el RD 155/1986 de 2 de Febrero, por el que se aprobó un nuevo Reglamento de ejecución sobre la misma ley orgánica 7/1985, introduce como novedad, una Sección especial dedicada a los menores inmigrantes, a los que se les otorgan determinados derechos⁹⁹³, a

⁹⁹² Pero también dentro de los regulares hay situaciones muy diferentes: si llevan cinco años y tienen el permiso permanente, prácticamente están en condiciones de igualdad con los nacionales, salvo el derecho del voto, pero si llevan uno o dos años están sometidos a la renovación de permisos, y se arriesgan a perder el permiso, porque en el momento de renovarlo no tienen trabajo... aunque la igualdad jurídica es prácticamente la misma tienen una situación de precariedad muy superior, porque pueden caer en situación irregular si no obtienen la renovación. Incluso entre los irregulares hay situaciones muy distintas. La más dramática de todas, que exigiría una solución legal, es la del extranjero que recibe una orden de expulsión, que luego no se lleva a la práctica.

⁹⁹³ En concreto en su art 10.3 dispone lo siguiente: los menores extranjeros que reencuentren en España tienen derecho a educación, asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos, los menores que extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la administración pública competen, aun cuando no residan legalmente en España”

diferencia a la que desarrolla, no establece distinciones en función de la situación administrativa del menor, sino que su tratamiento debe efectuarse de conformidad con las directrices marcadas por la Convención de los Derechos del Niño.

Más tarde, el tratamiento de menores no vuelve a realizarse hasta que se aprueba el RD 864/2001, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LOE, en donde se realiza un tratamiento singularizado de los menores indocumentados que se localicen en el territorio español, estableciendo obligación por parte del Ministerio Fiscal de realizar las pruebas necesarias para determinar su edad y establecer cual es su situación. Una vez establecido su estatus se les pone a disposición de los servicios de protección de de menores, y tras estudiar su caso, vertebrado sobre el principio de reagrupación familiar, se le puede devolver a su país de origen, o decidir que permanezca en España. De modo que, los menores que son tutelados por la Administración Pública gozan de una situación de residencia regular denominada “silencio administrativo sobre el visado”⁹⁹⁴. A los pocos meses, entra en vigor la LOEX ,que si bien refuerza algunos derechos de los menores, como por ejemplo ocurre con la educación, que pasa de ser únicamente en derecho para convertirse en derecho-obligación, sin embargo se exige para su ejercicio el requisito de residencia ,cuya finalidad última parece ser que en dotar de facilidades a los inmigrantes legales que quieran que sus hijos mediante el reconocimiento de determinados derechos se integran social en nuestro país. Seguidamente al año siguiente, se dicta el Reglamento de ejecución de esta ley, RD 864/2001 de 20 de Julio, que deroga al anterior de 1996, y cuyo tratamiento de menores se efectúa en el Capítulo segundo(se refiere a la estancia, la prórroga de estancia, la situación de residencia, el registro general de extranjeros, estudiantes extranjeros y los indocumentados) ,en concreto, el tratamiento de menores se materializa en dos artículos concretos 62 – 63.En el primero, se trata el tema de los niños inmigrantes en situación de desamparo; y el segundo, regulada determinadas cuestiones relativas a los programas de desplazamiento temporal de los menores extranjeros. Lo mas peculiar de este nuevo Reglamento y que lo diferencia del anterior, es que desaparece la disposición que encabeza la sección dedicada a los menores extranjeros, esto es, el art 12 de la ley orgánica de 1996, cuyo precepto introducía una explícita remisión del tratamiento de los menores a la normativa de apartado de la infancia del ordenamiento español según la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño(1989) y la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor⁹⁹⁵. Asimismo, el Reglamento previsto en el RD 2393/2004 de 30 de Diciembre, que desarrolla la LOEXT de 20 de Noviembre, se

⁹⁹⁴ ONANA ATOUBA, P. P., (2006). Discriminación, multiculturalidad e interculturalidad, en España: Un análisis desde al escolarización de la infancia subsahariana, edit por Iepala, Madrid, págs 26-54

⁹⁹⁵ Vid, VARELA GARCÍA, C., (1997). Comentarios a la LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto, AC, XII, 1997-1, págs. 261-282.

diferencia del anterior, en que se respeta al pie de la letra los compromisos internacionales asumidos por España en esta materia y donde la referencia a menores de edad es escasa, en concreto, se efectúa en los arts 92-94. El primero, se refiere al protocolo que debe seguirse por parte de diferentes agentes implicados: Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, Ministerio Fiscal, centros sanitarios y autoridad gubernativa, cuando se localiza a un menor extranjero no acompañado en territorio español; el segundo, relativo al desplazamiento temporal de menores extranjeros a España, con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones y ; en tercer y último lugar, la situación de residencia en que se encuentra en España el hijo de residente legal.

Finalmente, la irrupción el ordenamiento jurídico interno español de 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, continua realizando un tratamiento fragmentado de este colectivo, en concreto, se efectúa en dos apartados: El primero, ubicado en la parte expositiva de la ley, específicamente en el Preámbulo apartado VII relativo al régimen jurídico de los menores no acompañados, en el que destaca la preocupación por parte del legislador de extranjería de conseguir la integración de los mismos como objetivo expreso que debe figurar en todas las políticas públicas que se lleven a cabo las diferentes Administraciones Públicas españolas, apuntando como primera solución, siempre que sea posible la repatriación del menor a su país de origen o cuando esta no resulte aconsejable, asegurar la plena integración de éstos en la sociedad española. En segundo lugar, en el art 35 de su parte dispositiva, rubricado "Menores no acompañados" y cuyo objetivo fundamentalmente se vertebra en tratar de conseguir siempre que sea posible la reunificación familiar o en su defecto, el retorno a su país de origen esto se materializa en los apartados 1 y 2 del citado artículo. En el apartado primero, se establece el deber de promoción de estas actuaciones reside en el Gobierno que se efectuara a través de los acuerdos de colaboración con los países de origen que deben contemplar, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Mientras que el apartado 2, se les permite a las Comunidades Autónomas puedan celebrar por sí solas acuerdos con los países de origen pero circunscribiendo esta competencia al colectivo de menores de edad no acompañados (no a inmigración en general ni tampoco en relación con otros colectivos desfavorecidos) con la finalidad básica de conseguir su integración en dicho país, debiendo estas responsabilizarse de garantizar la protección del interés del menor así como la fijación de seguimiento sobre los mismos para velar el cumplimiento de este objetivo hasta que estos alcancen la mayoría de edad.

3.3.1.-EL DERECHO A LA EDUCACIÓN, ASISTENCIA SANITARIA Y SERVICIOS SOCIALES

En relación con los primeros, dentro del apartado de derechos prestacionales debemos destacar tres fundamentalmente: el derecho a la educación, a la asistencia sanitaria y servicios sociales. Con respecto al primero, constituye un derecho de “toda persona” consagrado en la mayoría de los instrumentos internacionales⁹⁹⁶, entre los que destacan: la DUDH en su art 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos de 1966 en su art 13; art 2 del Protocolo Adicional de 20 de Marzo de 1952 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁹⁹⁷ de 1950 ; y, artículo 28 Convención de Derechos del Niño, donde se reconoce el derecho únicamente en condiciones de igualdad con respecto a la enseñanza primaria obligatoria y gratuita, pero no con respecto a la enseñanza secundaria y profesional donde solo existe un deber de fomentarla pero no se le dota de carácter obligatorio. En conclusión, los textos internacionales reconocen este derecho a toda persona y establecen el deber de que la enseñanza primaria sea obligatoria y gratuita, la secundaria sea generalizada y el acceso a la superior sea igualitario y según los méritos

Produciéndose la traslación de este derecho social a la Constitución Española en el art 27, donde se consagra como derecho y deber a la educación, que tienen todos los extranjeros menores de dieciocho años en las mismas condiciones que los españoles, que comprende además la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas. En cuanto al tratamiento infraconstitucional de este derecho en las diferentes leyes de extranjería, ha sido objeto de una importante evolución (analizada en el Capítulo I, epígrafe 1.3 “derechos sociales”, pág 58) y cuya configuración actual es fruto de la reforma producida por la STC 236/2007 de 7 de Noviembre de 2007, que declaró inconstitucional el art 9.3 de la LOEX en su redacción dada por la LOE, por el que se impedía a los extranjeros menores de dieciochos años que no estuvieran provistos de autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, puesto que se exigía para acceder a esta ultima, la condición de ser “residente”,es decir, hasta ese momento existía una diferenciación entre el contenido del derecho a la educación constitucionalmente garantizado en su dimensión prestacional, esto es, distinguiendo entre el contenido del derecho en sí, por un lado, y el alcance de las obligaciones de los poderes públicos en relación al mismo, por otro. Sin embargo, a partir de la citada sentencia, se declaró inconstitucional el citado inciso de residencia, argumentando su razonamiento en que el derecho de acceso a la educación no

⁹⁹⁶ Vid, GARCÍA MÁZ, F.J., (1998). El menor ante el Derecho comunitario, AC, 1998-IV, págs. 923-938.

⁹⁹⁷ BOE de 12 de Enero de 1991.

obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación y que su contenido puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor. (Fj 8). Además en base a la citada sentencia ,el legislador de extranjería ha dado un nuevo matiz al derecho a la educación en el actual régimen vigente establecido en la LOEXTR, que diferencia en relación a la titularidad de este derecho tres grupos: a) menores de 16 años, a los que se les reconoce el derecho y el deber de la enseñanza básica ,gratuita y obligatoria; b) a los mayores de 16 años pero menores de 18 años, que tienen derecho a la enseñanza posobligatoria; y, c) a los mayores de 18 años, a los que su reconocimiento se subordina a situación jurídico administrativa que ostenten.

Lo expuesto, nos lleva a plantearnos cuales han sido, las razones que han motivado la omisión por parte del legislador de extranjería de regulación de la educación infantil y cuales van a ser los requisitos exigidos para su titularidad por parte de los menores extranjeros. En primer lugar, se observa como el primer reconocimiento de esta etapa educativa se realizo en la LOE en su art 9.2, reconociéndose este derecho a los extranjeros independiente de su situación regular o no, “en las mismas condiciones que los españoles”, para posteriormente en la LOEX dotarla de un carácter voluntario por parte de la Administración, a la que únicamente se obligaba a garantizar un numero de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicitara, es decir, no se hacia referencia alguna a la condición administrativa del extranjero, lo cual, planteo dudas sobre la supresión de su vocación de universalidad de este derecho social por parte del legislador español. Sin embargo, a pesar de la exclusión de su tratamiento por parte del legislador de extranjería, en la actual redacción de la LOEXTR, del análisis del contenido de la SCT 236/2007, se desprende que el derecho a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad, forma parte del contenido del derecho a la educación y que esta no se limita a la educación básica, sino que se extiende a los niveles superiores y por razones de coherencia analógica tambien abarca al nivel inferior, la educación infantil, máxime cuando lo que se pretende es conseguir la integración de estos menores en la sociedad española y una de estos objetivos apuntados por el art 2 ter ,es favorecer la incorporación al sistema educativo, lo que sin duda será más eficaz si esta adaptación se realiza a la edad mas temprana posible para que su asimilación sea mas fácil, y conseguir de este modo, uno de los propósitos fijados por el constituyente español en el art 27.1” La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Actualmente las medidas estatales promulgadas de forma específica para favorecer la integración de los alumnos extranjeros, aparecen recogidas en las siguientes disposiciones: en primer lugar, en la LOGSE⁹⁹⁸

⁹⁹⁸ Artículos 63 a 67, Ley Orgánica 1/1990, de 3 de Octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, BOE núm. 238, de 4 de Octubre de 1990

que establece con carácter más general el establecimiento de acciones de educación compensatoria para eliminar las desigualdades, que en el caso de los menores reagrupados, tienen su causa fundamentalmente en el origen geográfico de los mismos ;en segundo lugar, en la Ley Orgánica de Calidad de la Educación⁹⁹⁹, que en su art 42 ,es el único de la sección que se dedica a la integración de alumnos extranjeros dentro del capítulo relativo a la “atención a los alumnos con necesidades educativas específicas” concretamente, establece que :“para los alumnos que desconozcan la lengua y cultura españolas, o que presenten graves carencias en conocimientos básicos, las Administraciones educativas desarrollarán programas específicos de aprendizaje con la finalidad de facilitar su integración en el nivel correspondiente” ; y, finalmente, en el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010¹⁰⁰⁰ en su Objetivo 5, en relación con la necesidad de facilitar el acceso del alumnado inmigrante a las etapas no obligatorias dispone lo siguiente:” La adopción de medidas que favorezcan el acceso del alumnado inmigrante a la educación infantil adquiere especial relevancia, ya que esta etapa se configura como un periodo decisivo para la adquisición de los cimientos educativos que permitirán tanto los posteriores aprendizajes como la integración social efectiva”(conviene recordar que dicho plan es potestativo para la CCAA y Entidades Locales, tal y como dispone el punto tercero del citado Acuerdo del Consejo de Ministros)

Evidentemente para poder materializar este derecho surge el deber correlativo de la Administración de proveer plazas y del extranjero de comunicar que tiene menores a su cargo, en concreto, la plasmación legislativa de esta obligación se recoge en la LOEXTR en los arts 9.4 y 18.3.En el primero, el nuevo apartado 4 del art 9 ,conmina a los extranjeros que vayan a renovar su autorización de residencia en nuestro país, a comunicar que tienen a su cargo a menores de edad ,con la finalidad de que la Administración tenga en cuenta este factor con el fin de evitar la falta de escolarización de los mismos (sobre todo para las etapas infantil, básica y posobligatoria) y cuya dicción literal del citado precepto es la siguiente” *Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración.*”En el segundo, referente al derecho a la educación¹⁰⁰¹ de los

⁹⁹⁹ Ley Orgánica 10/2002 de 23 Diciembre de Calidad de la Educación ,BOE núm. 307, de 24 de Diciembre de 2002

¹⁰⁰⁰ Aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de Febrero de 2007.

¹⁰⁰¹ Además de los textos internacionales referenciados que reconocen el derecho a la educación de todos los menores en España y a pesar de que existe un reconocimiento específico de este derecho a los menores reagrupados por parte de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares(Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de Diciembre de 1990, nuestro país aun no lo ha ratificado) en particular, en el art 30 cuyo contenido es el siguiente “Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho

hijos cuyos padres solicitan la reagrupación¹⁰⁰² cuya regulación es la siguiente:” Cuando los familiares a reagrupar sean menores en edad de escolarización obligatoria, la Administración receptora de las solicitudes deberá comunicar a las autoridades educativas competentes una previsión sobre los procedimientos iniciados de reagrupación familiar, a los efectos de habilitar las plazas necesarias en los centros escolares correspondientes”.

También debemos hacer referencia al derecho a la educación de los menores internos bajo una medida judicial, derecho que es reconocido en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, aprobado por RD 1774/2004 de 30 de Julio¹⁰⁰³, en concreto en su art 37.1 dispone “ La obligación de la entidad pública y el organismo competente en materia educativa de adoptar las medias oportunas para garantizar el derecho de los menores internados a recibir la enseñanza básica obligatoria que legalmente le corresponda, cualquiera que sea su situación en el centro”. Asimismo el parrafo 3 del mismo artículo, recoge la obligación de los organismos competentes de facilitar a los menores internos el acceso a otros niveles previstos en el sistema educativo ,así como a otras enseñanzas no regladas que contribuyan a su desarrollo personal y se adecuen a sus circunstancias.

En relación con el derecho a la sanidad, tal y como señala D. T. KAHALE CARRILLO(2007)¹⁰⁰⁴:” *es una obligación de cada Estado, que a través de los poderes públicos está llamado a garantizar la asistencia médica de sus ciudadanos y también a la de los extranjeros, poniendo a disposición de éstos sujetos los medios que faciliten la mejor atención posible de la salud. Constituyendo un derecho de medios, y no de resultados*”. Hay que tener presente que la protección de la salud como garantía institucional no impide, al tiempo, su

fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo”

¹⁰⁰² MURILLAS ESCUDERO, J. M. (2002). Menores inmigrantes: aspectos jurídicos, en Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 19, disponible en <<http://www.westlaw.es>>. Destaca que, la extensión del derecho a la educación obligatoria y posobligatoria de los hijos reagrupados, favorece la integración de los mismos y es concordante con el deber de promoción que encomienda a los poderes públicos el art 9.4 de la LOEXTR a la enseñanza. (En este sentido, conviene recordar que la legislación anterior limitaba el derecho a la enseñanza posobligatoria únicamente a los extranjeros que fueran residentes legales)

¹⁰⁰³ BOE núm.209 de 30 de Agosto de 2004.

¹⁰⁰⁴ La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España, en Revista Derecho Social, Vol. 15, núm. 1, Enero - Junio 2007, pág 102.

consideración como derecho fundamental¹⁰⁰⁵. Pero además circunscribiéndonos al ámbito específico de menores, dada su situación de especial vulnerabilidad, éstos gozan de un estatuto de derechos universales indisponibles que derivan de su condición de minoría de edad y que son por tanto, independientes de su situación administrativa entre los que se encuentra entre otros, el derecho a la salud(STC 141/2000, de 29 de Mayo Fj 5).De modo que, el menor extranjero que se encuentre en España, no precisa ningún tipo de requisito formal para ejercitar este derecho.¹⁰⁰⁶Y en este sentido, es contemplado este derecho en el art 12.3 de la LOEXTR que dispone lo siguiente” *Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.*” Derecho que es reconocido al menor en idénticas condiciones desde que se promulgo la LOE y es acorde con los instrumentos internacionales suscritos por España, entre los que destacan: DUDH en su art. 25.2 incluye en la misma, el derecho a una ayuda y asistencia especiales a la maternidad y a la infancia .Mas específico es el reconocimiento de este derecho al menor realizado por la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰⁰⁷ de 20 de Noviembre de 1989 ,que en su art 24.1 dispone lo siguiente” Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades, así como su rehabilitación, la cual los Estados partes asegurarán que ningún niño pueda ser privado de su derecho a la asistencia sanitaria” y en el art 25, referido específicamente a menores internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que se encuentre sometido y del resto de circunstancias relacionadas a su internación, en cualquiera de los casos, este instrumento tuvo el mérito de introducir la conciencia de que los derechos de los menores merecen una doble consideración. Por una parte, como derechos que a todo ser humano corresponden por el hecho de serlo, y por otra, como sujetos acreedores de una especial protección, cuya justificación deriva de su especial vulnerabilidad o de su dependencia de otros. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 10 .3 estipula lo siguiente “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: (...) Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños y adolescentes(...)”.y en el mismo texto, en el art 12.2 establece que las medidas que debe adoptar

¹⁰⁰⁵ Las Sentencias TC 26/1987 de 27 de Febrero de 1987 y TC 95/2000, de 10 de Abril, reconocen entre otras sin paliativos el derecho la tutela de la salud. Entendiendo que los extranjeros gozan del derecho a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes.

¹⁰⁰⁶ Tesis sostenida entre otros por AA.VV. (2001). Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000), (coord.) CAMPO CABAL, J., edit Civitas, Madrid, págs. 114; AA.VV. (2000). Comentarios a la Ley de Extranjería; (dir). ASENSI SABATER, J., edit por Edijus, Zaragoza, pág. 89; AGUELO NAVARRO, P. Y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., (2001). Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería, edit por Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 41.

¹⁰⁰⁷ Ratificada por el Parlamento español el 30 de Diciembre de 1990

los Estados estas para hacer efectivas este derecho, deben ir dirigidas específicamente a la reducción de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños(...).”De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge en su art 24, el derecho que tiene el niño por su condición de menor, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. En el mismo sentido, se pronuncia la Carta Social Europea, en su Principio 17, de la I Parte al establecer lo siguiente” la madre y el niño, independientemente de la situación matrimonial y de las relaciones de familia, tienen derecho a una adecuada protección social y económica”. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Union Europea, en su art 24.1, no reconoce de forma expresa el derecho a la salud del menor ,limitándose a señalar que “ tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar” pero en cambio, si lo hace el art 35 del mismo Texto, si lo hace de forma tajante como derecho de toda persona, incluyendo tambien el derecho a la prevención sanitaria y a la prestación de la atención sanitaria en las condiciones que fijen las legislaciones del los Estados, que si bien, como observamos constituye una mera declaración, al remitirse a lo dispuesto en la legislación nacional, pero que puede servir de inspiración en la interpretación de la misma por la vía del artículo 10.2 CE. Desde una perspectiva más sectorial, cabe destacar la Resolución A3-0172/92 del Parlamento Europeo sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño, en la que se solicitaba a los Estados miembros que nombren un Defensor del Menor. En conclusión, al hilo de loa regulación contenida en los instrumentos internacionales descritos, todo niño tiene derecho a ser atendido y cuidado, con independencia de que no sean protegidos en sus países de procedencia.

De otro lado, en cuanto al tratamiento que de este derecho se efectúa los menores por parte del constituyente español¹⁰⁰⁸, este aparece recogido en el art 39.4 de nuestra carta magna cuya dicción literal es la siguiente:” los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”,Es decir, la CE no diferencia entre menores españoles y extranjeros, puesto que los textos internacionales relativos a los derechos de los menores expresamente impiden la posibilidad de que se produzca ningún tipo de discriminación. Tampoco permiten estos textos las producidas en razón de la nacionalidad, que es la circunstancia introducida como elemento diferenciador o discriminador en la legislación de extranjería. Por tanto, las autoridades españolas tienen la obligación negativa de no adoptar ninguna medida que pueda poner en peligro su integridad física o moral y la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para su adecuada protección y promoción¹⁰⁰⁹.La traslación de

¹⁰⁰⁸ Vid, ALAEZ CORRAL, B (2003). “Minoría de edad y derechos fundamentales”, Tecnos, Madrid, pag 161. Defiende el carácter acumulativo y no subsidiario de las obligaciones de protección del Estado con respecto a los padres o tutores.

¹⁰⁰⁹ KAHALE CARRILLO, D. T (2007). La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España, op, cit, pág 11.(pág 109)

este derecho al plano infraconstitucional en nuestro derecho interno se realiza en la LOPJM cuyo art 10.3 dispone lo siguiente:” Los menores extranjeros que se encuentren en España tiene derecho a la educación.

Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos, los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residan legalmente en España” Del contenido de este artículo se desprende que, el legislador al no incluir en este precepto a los menores extranjeros que no tengan residencia legal y a los que no se les considere su situación de riesgo, y aquéllos menores que no se encuentran bajo la guarda de la Administración pública ,los excluye de la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria .Siendo este defecto subsanado por la LOE¹⁰¹⁰ en su art 12.3 que regulo este derecho en su vertiente prestacional y que ha sido asimilado por la vigente LOEXTR ,sin establecer modificación técnica ni material alguna.

Sin embargo, surge el problema de que si estos se encuentran en situación irregular acudan a los servicios médicos ante el temor de su posible repatriación, y a pesar de que, éstos tienen garantizado el acceso a urgencias siendo este gratuito para todos, siempre que se encuentren enfermos de gravedad o tengan accidentes en las mismas condiciones que los nacionales tal y como lo recoge el art 12 de la LOEXTR existen tal y como señala BIOCCHI LUCA Y LEVOY, MICHELE ¹⁰¹¹(2008): “problemas coyunturales al acceso a dicha protección sanitaria, además de las barreras lingüísticas y la ausencia de mediación en numerosas ocasiones, está el problema añadido de la salud mental, los menores no acompañados, particularmente aquellos en situación irregular, son particularmente vulnerables a problemas de salud mental existiendo entonces el problema de determinar en qué casos se debe aplicar la definición de urgencia”

Al igual que lo que ocurre en educación y en materia de servicios sociales, el menor extranjero interno en un centro de internamiento como consecuencia de una medida judicial, tiene derecho a la asistencia sanitaria y así, se recoge expresamente en el art 38 del Reglamento

¹⁰¹⁰ Anteriormente a su promulgación, en virtud del RD 155/1996, de 2 de Febrero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, dictado en desarrollo de la Ley Orgánica 7/1985 ,en su art 2.1 disponía : “Los extranjeros tienen plenamente garantizados en el territorio español, en igualdad de condiciones que los españoles, los derechos que son inherentes a las personas”, dentro de los cuales, , se encontraría la asistencia sanitaria a menores y mujeres embarazadas y la de urgencia por alteración grave de la salud; por otro lado, el artículo 9 del mismo cuerpo normativo establecía que “Los extranjeros podrán acceder a las prestaciones y servicios organizados por los poderes públicos para la protección de la salud, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación específica sobre la materia”. Es decir, este último artículo citado reconocía expresamente el derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria.

¹⁰¹¹ Los niños indocumentados en Europa: Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración, Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Migrantes Indocumentados, Bruselas, pág 68.

regulador de la responsabilidad penal del menor previsto en RD 1774/2004 de 30 de Julio¹⁰¹², donde se establece la obligación por parte de las entidades publicas competentes a adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho de los menores internados a la asistencia sanitaria gratuita reconocida por el art 12 de la LOEXTR a todos los menores de dieciocho años que se encuentren en España en idénticas condiciones que los españoles.

3.3.2.- EL PROBLEMA DE LA MINORÍA DE EDAD DEL MENOR

En línea con lo expuesto, procederemos a analizar uno de los principales problemas con que se enfrenta nuestro derecho de extranjería en materia de menores no acompañados en España, la determinación de su minoría de edad¹⁰¹³, de modo que, si existen dudas sobre la misma, es preciso realizar las pruebas pertinentes para su determinación, ya que sino en caso contrario, serán tratados como inmigrantes irregulares, salvo que se prueba, su identidad, por medio de un documento identificativo, normalmente el pasaporte u otro documento válido, aunque en el caso de la acreditación de la edad por parte de los menores se acepta cualquier documento identificativo al que la legislación nacional del extranjero otorgue eficacia en este sentido y que permita conocer la edad del menor de forma fehaciente. Cuando esto no sucede la Circular 2/2006 de 27 de Julio, establece competente a la Fiscalía para determinar la edad de los menores extranjeros no acompañados, que debe dicta al respecto resolución motivada sobre esta cuestión. Por tanto, si situamos el interés del menor por encima de cualesquiera otro criterio, sería necesario aplicar un criterio restrictivo a la realización de las pruebas oseométricas, limitando las mismas a los casos en que existan dudas sobre la minoría de edad del inmigrante o la determinación exacta y precisa de la edad resulte imprescindible para el correcto ejercicio de algún derecho por parte del menor y no sea posible o aconsejable esperar a conseguir una identificación plena del inmigrante y de su edad por medios documentales¹⁰¹⁴.

¿Pero que ocurre si el menor se niega a su realización? ¿Seria el Ministerio Fiscal competente para autorizar u ordenar las pruebas radiológicas? ¿Y si lo hace qué recursos podrá interponer el menor contra esta actuación? y finalmente ¿Que ocurre si como resultado de

¹⁰¹² BOE núm. 209 de 30 de Agosto de 2004.

¹⁰¹³ Destaca la importancia de la edad entre otros RUIZ HUIDOBRO Y DE CARLOS J. M., (2002). El menor en el Derecho. Sistema normativo y principios rectores del Derecho de los menores”, en LAZARO GONZALEZ, I. Los menores en el Derecho español, Tecnos, Madrid, págs 33-34. En su opinión, la edad de los dieciocho años tiene importancia cualitativa y cuantitativa en la situación legal de las personas porque supone el reconocimiento general e ilimitado desde el punto de vista jurídico, de la capacidad de autogobierno del menor que no coincide con la de la emancipación que es más tardía.

¹⁰¹⁴ DURÁN RUIZ, F. J (2007) .Las Administraciones Públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección, en Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada www.refdugr.com, pág 17

dichas pruebas se le declara mayor de edad¹⁰¹⁵? a juicio de FÁBREGA RUIZ, C. F. (2001)¹⁰¹⁶: “Al Ministerio Fiscal solo le corresponde en este aspecto el conocimiento de la localización de un supuesto menor inmigrante pero la competencia para adoptar medidas que puedan afectar a derechos fundamentales, como sería la utilización de la compulsión física para la realización de las radiografías, le corresponde al Juez de Instrucción que debe ponderar los intereses en conflicto” Por lo tanto, habrá que verificar el grado de madurez que tiene el menor. De modo que, si se aprecia que tiene la suficiente madurez, al tratarse del ejercicio de derechos relativos a la personalidad del menor, no será necesario que actúe la representación legal del mismo (art. 163.1 Cc y art. 2.2 LOPJM), siendo de aplicación analógica la doctrina del Tribunal Supremo relativa a las pruebas biológicas de paternidad. Siguiendo este criterio, si el menor posee suficiente madurez, es previamente informado, y se niega a que se le practiquen las radiografías, una vez que el juez ordene de forma motivada la realización de las mismas, puede arriesgarse a una declaración de mayoría de edad que le sería perjudicial. Pero si por el contrario, carece del suficiente grado de madurez, el juez podría ordenar el sometimiento a la prueba a petición de la entidad pública, que tiene encomendada la tutela del menor.

Al hilo de lo expuesto, si como resultado de dichas pruebas se le declara mayor de edad, al carecer de asistencia letrada en el proceso, y porque es la propia entidad tutelar quien, por orden de la Fiscalía, les acompaña en el mismo, en la mayoría de los casos el menor no puede recurrir la decisión, que en demasiadas ocasiones le sitúa fuera del sistema de protección porque se determina su mayoría de edad.¹⁰¹⁷

De otro lado, con respecto a los demandantes de asilo en general, la Ley 12/2009 de 30 de Octubre, reguladora del asilo y de la protección subsidiaria reconoce de forma expresa en su art 16, el derecho de los extranjeros no comunitarios y los apátridas que se encuentren en territorio español que soliciten asilo o protección internacional, el derecho a la prestación de la asistencia sanitaria, reiterando este reconocimiento el citado texto en su art 18, como uno de los derechos que tienen los solicitantes de protección internacional. Además si se reconoce la condición de protección internacional, automáticamente se hace acreedor entre otros derechos, el acceso a la asistencia sanitaria, a la asistencia social y a los servicios sociales (art 36. f). De modo que, si el demandante de la citada protección es menor de edad, además del reconocimiento expreso por

¹⁰¹⁵ Se ha comprobado por ejemplo en Andalucía, que un 50% de los que habían alegado ser menores de edad eran en realidad mayores, entre otros, SÁNCHEZ BURSÓN, J .M, (2001). La atención de los menores extranjeros no acompañados en Andalucía, en Menores extranjeros no acompañados, Ponencias del Seminario Europeo desarrollado por UNAF, en Madrid, los días 30 de Noviembre y 1 de Diciembre de 2001, UNAF, Madrid, pág 9).

¹⁰¹⁶ Protección jurídica del menor inmigrante, edit por Colex, Madrid, págs. 119-122.

¹⁰¹⁷ www.diagonalperiodico.net/Rayos-X-para-quitarse-a-los.html .En línea sábado 6 de Junio de 2009. núm. 103

la citadas normas también tiene el específico derivado de su condición de minoría de edad regulado en los instrumentos internacionales suscritos por España, reconocidos en la CE y en las normas infraconstitucionales de nuestro derecho interno anteriormente analizadas.

En resumen, la protección sanitaria en el caso específico de menores, puede verse ampliada o tutelada cuando este se encuentre sin sus padres o, no esté acompañado de un adulto, pues la legislación especial de los menores les concede unos derechos específicos regulados de forma general (como menores) o especial (como menores extranjeros). En consecuencia, el menor de edad extranjero tiene el derecho a la expedición de la respectiva tarjeta sanitaria por sí mismo o a través de sus representantes legales (si se encuentra tutelado) Para ello, debe cumplimentar el formulario que debe estar disponible en todos los Centros de Salud de atención primaria, y lo presentará en los Centros de su residencia para que ejercite su derecho a la elección de facultativo, con el único requisito de acreditar su minoría de edad, con copia del documento donde se comprueba su identidad y hacer una declaración sobre la escasez de recursos económicos. Una vez cumplida su mayoría de edad, continuará disfrutando de la asistencia sanitaria como persona sin recursos, condicionada al empadronamiento si desea continuar disfrutando de este derecho en las mismas condiciones que los españoles (art 12.1 LOEXTR)

Por su parte, en relación con el derecho a los servicios sociales por parte del menor, su reconocimiento genérico se efectúa en Declaración Universal de Derechos Humanos que en su art 22 establece lo siguiente:” “Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Mientras que el específico relativo al menor se contempla en la Declaración de los Derechos del Niño¹⁰¹⁸ Principio 4, cuyo contenido es el siguiente:” “El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social...” De otra parte, la Constitución española en el art 148.1.20, habilita a las CCAA a asumir competencias en materia “asistencia social” y al amparo de esta competencia pueden regular la protección pública de los menores, lo cual, puede provocar trato discriminatorio en función del lugar¹⁰¹⁹ donde se encuentre el menor de edad¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁸ Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de Diciembre de 1959 por Resolución núm.1386, Doc. A/4354.

¹⁰¹⁹ Preocupación recogida por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, tras examinar el segundo Informe periódico de España en 1988, y que le llevo, a la aprobación de una serie de observaciones finales sobre este punto contenida en la CRC/C/15/Add, 185, de 7 de Junio de 2002.

¹⁰²⁰ Vid, estudio realizado sobre la asistencia social por parte de la Administraciones autonómicas por VALDUEZA BLANCO, M. D. (2008). El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España, edit por Lex Nova, Valladolid, págs 350 y ss.

De ahí, que el Estado español, se viera obligado a fijar unos estándares mínimos para garantizar que todos los niños tengan acceso al mismo tipo de servicios sociales, independientemente de donde vivan para lo cual, e debería de fijar el establecimiento de un marco jurídico de alcance general en materia de asistencia y protección pública para menores, materialización que se produce con la promulgación de la LOPJM, que en su art 3 señala lo siguiente” Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social”. Si bien, el tratamiento sectorial de la asistencia al colectivo de menores es realizado en el art 10 del citado Texto dispone lo siguiente” los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas la protección y asistencia necesaria para garantizarles el respeto de sus derechos y el desarrollo de su personalidad”. Afirmación ésta que ha sido ratificada por la STC 141/2000, de 29 de Mayo, FJ 5, cuando afirma “la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño conforman junto con la LO 1/1996 de 15 de Enero de protección jurídica del menor, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 39 de la CE, y en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes público”. Por tanto, la protección pública tiene alcance general a todos los menores que se encuentren en territorio español, cualquiera que sea su origen o condición, art. 1 de la LOPJM. De modo que, el ordenamiento jurídico español con esta política legislativa garantiza los derechos de los menores extranjeros en las mismas condiciones que si se tratará de un menor de nacionalidad española, sin embargo, es preciso señalar que no son ciudadanos españoles, estando, igualmente, sometidos a las disposiciones establecidas en la ley de extranjería, LO 4/2000 de 11 de Enero¹⁰²¹ sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por la LO 8/2000, de 22 de Diciembre y por la LO 14/2003 y actualmente por la LO 2/2009 de 11 de Diciembre¹⁰²², de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y

¹⁰²¹ Según SENOVILLA HERNÁNDEZ D. (2004). Estatuto jurídico de los menores no acompañados en el Derecho Francés y español en Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería, núm 6, págs. 55-80. El menor irregular si encontraba en España con sus padres, pero no se encontraba en situación de riesgo o bajo tutela, quedaba excluido del goce de estos derechos derecho a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales, y esta situación perduró hasta la entrada en vigor de la LO 8/2000 de 22 de Diciembre, es decir, cuatro años después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 1996.

¹⁰²² BOE núm. 299 de 18 de Diciembre de 2009.

libertades de los extranjeros en España y su integración social. Y en el supuesto de que solicitasen asilo, se les aplicaría la Ley 12/2009, de 30 de Octubre reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria¹⁰²³.

En este sentido, se observa como la LOE ha venido a determinar y modificar, en determinados casos, las condiciones de acceso a los servicios sociales de los inmigrantes en general y a pesar de que, la LOEX reformó de forma bastante restrictiva el marco de derechos establecido, en lo que se refiere a servicios sociales, se mantiene el articulado en su redacción inicial.

Así el artículo 14 hace una puntualización importante al distinguir entre:

a) Los extranjeros residentes (con permiso de residencia) que tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles (art. 14.2)

b) Los extranjeros, sea cual sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. (art.14.3)

Como podemos observar el artículo plantea dos grandes distinciones: una primera en cuanto al sujeto de derecho: documentado o indocumentado; una segunda en cuanto al objeto de derecho: servicios básicos o específicos.

Extrapolado lo expuesto al marco de menores, el legislador diferencia entre los que se encuentran acompañados de un adulto y los que se encuentran solos. A los primeros, anteriormente a la promulgación de la LOEXTR, solo les reconocía el legislador de extranjería el derecho a los servicios sociales básicos¹⁰²⁴ no a los específicos, mientras que los segundos, al estar bajo la tutela de una institución pública el art 35.4 de la LOE y considerar regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública, tendrían derecho a los servicios sociales en igualdad de condiciones que los españoles, es decir, tanto a los básicos como a los específicos¹⁰²⁵.Centrando nuestro análisis en los primeros, la configuración de este derecho a los menores no acompañados se transforma tras la entrada en vigor de la LOEXTR, al añadirse un inciso final art 14.2 que dispone lo siguiente” En cualquier

¹⁰²³ BOE núm. 263 de 31 de Octubre de 2009.

¹⁰²⁴ Vid, estudio sobre su vinculación al estado de necesidad realizado por TORRES PÉREZ, F., (2001). Intervención social e inmigración, Integración, modelos de intervención y servicios sociales”. Colección Servicios Sociales, Serie Debate nº 6 DGSS, Logroño, págs 84-85

¹⁰²⁵ Actualmente, la nueva redacción realizada por la LOEXTR en el art 35.7, ha realizado una ampliación de la protección, considerándose también regular la residencia de menores no acompañados que por decisión judicial le haya sido concedido a otra entidad, en consecuencia éstos mientras que estén tutelados por la CCAA o por otra entidad que el juez estime, tendrán derecho tanto a las prestaciones básicas como a las específicas, hasta alcanzar la mayoría de edad.

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” .Así pues, los extranjeros con discapacidad menor de 18 años, con el único requisito de tener su domicilio habitual en España, tienen derecho a recibir los servicios sociales y tratamientos especializados y propios de las personas con discapacidad, sin que dicho derecho esté condicionado estrictamente a la residencia del menor. Entendemos que esta fórmula legal permite, además, el acceso de estos menores al reconocimiento del grado de discapacidad por el organismo competente, a pesar de no establecerse explícitamente en la Ley esta posibilidad, sólo reservada hasta ahora a los extranjeros con discapacidad residentes.

Apreciándose como la LOEXTR realiza la modificación técnica de sustitución del término “incapacitado”, por el de “extranjero con discapacidad “,termino que figuraba en la LOE (por ej en el art 17 .1.c ,al referirse a la reagrupación de familiares) por el de persona, hijo o mayor "con discapacidad".La justificación de esta reforma obedece desde un punto de vista jurídico, a que el término “incapacitado” tiene una significación confusa, lo que contribuía a la inseguridad jurídica, ya que en nuestro ordenamiento jurídico existe “la incapacitación judicial”, como institución asentada y claramente regulada; pero de la lectura de la LOE no parecía que se utilizara el término “incapacitado”, en el sentido de persona declarada incapaz en virtud de un procedimiento judicial con todas las garantías, incapacitación que puede venir por causa de discapacidad o por otras causas muy distintas (prodigalidad, por ejemplo).Además el termino “persona con discapacidad”, es un concepto aceptado por nuestro derecho tras la promulgación de la Ley 51/2003, de 2 de Diciembre¹⁰²⁶, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y ratificada por la Convención de la ONU de 2006.

En este sentido, la fórmula empleada, en tres artículos de la Ley, es común y añade la mención a que la persona con discapacidad no sea objetivamente capaz de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

Así, el art 17 de la LOEXTR, considera familiares reagrupables del extranjero residente los "hijos (de éste) y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud(...)"Tambien, el mismo articulo en su apartado 3, dispone la posibilidad excepcional del ascendiente reagrupado de ejercer el derecho de reagrupación, sin necesidad de haber adquirido la residencia de larga duración, cuando tenga a su cargo uno o más hijos menores de edad, o hijos con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud .Y finalmente, el art

¹⁰²⁶ BOE núm. 289 de 3 de Diciembre de 2003

57 del mismo cuerpo normativo, contempla que no se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones previstas legalmente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo.

Por tanto, esta universalización de los servicios sociales a los menores extranjeros con alguna discapacidad, independientemente de la dicotomía mal denominada como legal/ilegal de sus progenitores les va a permitir el acceso al sistema de servicios sociales en igualdad de condiciones que los españoles y limar al menos en este plano la exclusión social de la que son objeto. En conclusión, los menores tienen derecho a los servicios sociales que ofrece el Estado y además a todos aquellos otros adicionales que le puedan prestar las CCAA en donde se encuentren, estos últimos parecen regulados por leyes autonómicas creándose en innumerables ocasiones el consiguiente conflicto competencial en la materia con el Estado. Para ello, la actuación autonómica, se centraliza habitualmente a través de las Conserjerías de Asuntos Sociales, que suelen convocar ayudas para que las asociaciones y ONG's sin ánimo de lucro, para que elaboren *programas marco* destinados a estos menores, si bien, una de las problemáticas que plantea es el tema financiero ya que éstas al estar mayoritariamente subvencionadas por el Estado, la concesión de ayudas suele ser tardía, y, en ocasiones solapadas con otras de ámbito estatal o supranacional, todo ello unido, a la descoordinación del contenido de los programas hacen que la mayoría de los casos, dichos programas estén avocados al fracaso desde su nacimiento.

3.3.3.- ESTATUTO DE DERECHOS COMUNES A LOS MENORES INDEPENDIENTEMENTE DE QUE SE ENCUENTREN O NO ACOMPAÑADOS

Junto a estos derechos específicos analizados que tienen los extranjeros menores de edad no acompañados, hay un estatuto de derechos que le son comunes a todos los menores independientemente de encontrarse solos o acompañados por un adulto en nuestro país, estos aparecen regulados en la LOPJM¹⁰²⁷ y que obedecen a la necesidad universal de autonomía que

¹⁰²⁷ El objetivo de esta Ley no es el reconocimiento de los derechos del menor, ya que esta función se venía realizando por la Constitución y los Instrumentos Internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico según afirma el art 10.2 de la CE, sino como una forma de regular algunas especificidades necesarias para que el derecho quede plenamente garantizado también en los menores de edad. Así se hizo constar en los trabajos parlamentarios de la LOPJM que, si bien reconoce que los menores son titulares de los derechos fundamentales, en relación a alguno de ellos es conveniente hacer una regulación detallada acorde con las necesidades particulares del menor (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, V Legislatura, 1995, nº 172)

recoge la Convención (CDN) ha inspirado en España la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor que recoge en su Exposición de Motivos el siguiente texto :

“El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección u las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantía social y jurídicamente la protección a los niños es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto de todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de protección a las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección.”

Nuestro estudio lo vamos a focalizar en los arts 3-9 y que a continuación brevemente pasare a desarrollar. En primer lugar, el legislador de menores en el art 3, se refiere conjuntamente al los derechos: al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Con respecto al honor, se considera tal y como lo refleja la STS de 7 de Febrero de 1962 (Fj 1) “como la estimación y el respeto que la persona se profese a sí misma y que le reconozca la comunidad en que se desenvuelve. Se considera que abarca todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona”. Por tanto, este debe ser sobreprotegido cuando nos encontramos ante un menor, debido a su situación de especial vulnerabilidad pero además estos derechos comprenden: inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones, pero incluso va más allá, en el apartado 2 del citado artículo, siendo perseguible, si se llega a utilizar su imagen o su nombre en los medios de comunicación, si ello, implica menoscabo de su honra o reputación, o es contraria a sus intereses, incluso a pesar de haberse producido el consentimiento del menor o de sus representantes legales, se exigirá la intervención del Ministerio Fiscal ,que puede actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública(apartado 4). Por tanto, la novedad que presenta este artículo, es que introduce de forma expresa el interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en el honor, intimidad y propia imagen ,es decir, la protección del libre desarrollo de la personalidad del menor y de sus bienes jurídicos fundamentales¹⁰²⁸. Lo expuesto, tiene gran trascendencia hoy día, debido a la lesión producida

¹⁰²⁸ PLAZA PENADÉS, J., (1966): El derecho al honor y la libertad de expresión, edit por Tirant Lo Blanch, Valencia, págs 132-133, sostiene que cuando la ley se refiere a las intromisiones ilegítimas en los citados derechos fundamentales ,el legislador se refiere a criterios personales y patrimoniales. Desde mi punto de vista, esta intromisión únicamente se refiere al primer aspecto. Sin perjuicio de que, el elemento patrimonial deba tenerse en cuenta a otros efectos como por ejemplo ,en la valoración del Ministerio Fiscal en relación a la posición o a la prestación del consentimiento de los representantes legales en contratos sobre la imagen que impliquen la realización de una prestación personal.

por el abuso que se hace en muchas ocasiones a través de otros ámbitos: Internet¹⁰²⁹, telefonía móvil¹⁰³⁰, etc.

De modo que, según el art 13 del RD 1720/2007, de 21 de Diciembre,¹⁰³¹ por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 15/1999, de 13 de Diciembre¹⁰³² de protección de datos de carácter personal ,solo podrá procederse a difundir datos sobre menores en la red informática “cuando el tratamiento de los datos se refiera a mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos ,en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”. De la lectura del citado precepto, se reputa en definitiva como la norma distingue entre mayores y menores de catorce años, considerando que los primeros reúnen suficientes condiciones de madurez para consentir el tratamiento de sus datos, salvo en aquellos supuestos en los que la Ley disponga lo contrario y requiera del consentimiento de los padres o tutores del menor.

En segundo lugar, en cuanto al derecho a la información, aparece regulado en el art 5 de la LOPJM, el menor debe tener derecho a ser informado sobre cualquier actuación que le afecte, debiendo ser esta información prestada de forma adecuada a sus posibilidades de comprensión (principio de proporcionalidad) siendo los padres y tutores los encargados de que esta información que reciba el menor sea veraz , siendo conveniente recordar que esta libertad de información y expresión del menor, que recoge el constituyente español en el art 20.4, según M. C, LLAMAZARES CALZADILLA¹⁰³³ (1999): “se encuentra limitada por todos los derechos fundamentales, y entre ellos, de especial forma por el derecho al honor, a la intimidad

¹⁰²⁹ El art 8 de la Ley 34/2002 de 11 de Julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12 de Julio de 2002) dispone que” podrán adoptarse las medias necesarias para que se interrumpa el servicio o se retiren determinados datos del mismo cuando su contenido sea contrario a una serie de principios entre los que se encuentra el orden público, el respeto a la dignidad de la persona y la protección de la infancia...”

¹⁰³⁰ Que al incorporar en la generalidad de los teléfonos móviles cámaras incorporadas, facilitan que se tomen imágenes no consentidas de menores y que estas se distribuyan por este medio o por Internet lesionándose el derecho al honor y a la imagen del menor.

¹⁰³¹ BOE núm. 17 de 19 de Enero de 2008.

¹⁰³² BOE núm. 298 de 14 de Diciembre de 1999

¹⁰³³ Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, en Civitas, Madrid, págs 275 y ss. También sobre este tema GONZÁLEZ PÉREZ, J., (1993). La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información) edit por Civitas, Madrid, pág 37 y ss; LÓPEZ DÍAZ, E, (1966). El derecho al honor y a la intimidad: Jurisprudencia y doctrina, Dykinson, Madrid, pág 51; VIDAL MARTÍN, T., (2000). El derecho al honor y su protección desde la Constitución española, en Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs 156-157; y CUCHI DENIA, J .M., (1996).La libertad de información versus el derecho al honor ¿De la técnica de la ponderación a la prevalencia de la primera? en RGD, núm. 619, Abril 1996, págs.3489 - 3504(especialmente págs 3494 y ss)

y la imagen encontrándose el fundamento de esta garantía recogida en el art 10.1 del mismo Texto , que consagra que la protección de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad son fundamentos del orden político y de la paz social y contribuyen a la formación libre de la conciencia del menor dentro del pluralismo democrático”.

También en el mismo apartado en el inciso final del art 5.2, señala que esta información suministrada por los padres y tutores debe ser plural y respetuosa con los principios democráticos, la justificación a mi juicio, de esta aclaración por parte del legislador de la infancia, obedece a que este derecho uno de los más vulnerados por la publicidad, los contenidos televisivos y videojuegos. Las administraciones públicas deben velar para que los medios de comunicación promuevan en sus mensajes dirigidos a menores los valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista. Al hilo de lo expuesto, con respecto a la necesidad de que la información que se le trasmite al menor sea veraz, es posible que la información no sea verdadera pero si que exista un deber de diligencia en la razonable comprobación de la verdad de los hechos (STC 15/1993 de 18 de Enero y STC 6/1988 de 21 de Enero, entre otras)

De otro lado, el apartado 3, hace referencia a la publicidad dirigida a menores, reconociéndose que esta podrá ser regulada por normas especiales para garantizar que los mensajes dirigidos a los menores no les perjudiquen moral o físicamente. A su vez, centrada en el ámbito publicitario la Ley 22/1999 de 7 de Junio¹⁰³⁴, de modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, concreta lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Constitución y señala que la publicidad no contendrá imágenes o mensajes que puedan perjudicar moral o físicamente a los menores debiendo respetar los siguientes principios:

a) No deberá incitar directamente a tales menores a la compra de un producto o un servicio explotando su inexperiencia o su credulidad, ni a que persuadan a sus padres o tutores, o a los padres o tutores de terceros, para que compren los productos o servicios de que se trate¹⁰³⁵.

¹⁰³⁴ BOE núm.136 de 8 de Junio de 1999.

¹⁰³⁵ Vid, Los menores y su influencia en el consumo familiar Perales Albert, A. y Pérez Chica, A.: Los menores ante la publicidad, publicado en [http:// www.auc.es/docum/menores.pdf](http://www.auc.es/docum/menores.pdf).

b) En ningún caso se deberá explotar la especial confianza de los niños en sus padres, en profesores, o en otras personas tales como profesionales de programas infantiles o, eventualmente, personajes de ficción.

c) No podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas.

d) En el caso de publicidad o tele-venta de juguetes, éstas no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizar dichos juguetes sin producir daños para sí o para terceros.

Finalmente en relación con la obligación de protección por parte de los poderes públicos y del Ministerio Fiscal con respecto a la publicidad ilícita, es contemplada en el apartado 5 del art 5 de la LOPJM, lo que sin lugar a dudas ha supuesto un avance importante en esta materia, es la promulgación de la Ley General de la Comunicación Audiovisual 7/2010 de 30 de Marzo¹⁰³⁶, que pretende establecer un marco legal estable para el desarrollo del nuevo marco televisivo en la era digital y que por primera vez, se ocupa de la protección de menores ante este medio, prohibición de la emisión en abierto de los contenidos de pornografía y violencia gratuita; la obligatoriedad de calificar los contenidos por edades con un identificador digital y criterios homologados; el reconocimiento legal, dentro del horario de protección del menor, de las franjas de protección reforzada, hasta ahora recogidas en el Código de Autorregulación de las cadenas. Sin embargo, la presente norma no ha respetado lo señalado por la Directiva de Servicios de Medios Audiovisuales, que obliga a que los contenidos de pornografía y violencia gratuita sean difundidos sólo a petición, es decir, mediante el sistema de video bajo demanda y fuera de las parrillas de programación, y sólo a través de acceso condicional. Sin embargo, a pesar de que el Foro Técnico de la TDT, ha estado trabajando en estos años en el establecimiento de un estándar para la utilización del control parental asociado a los programas esta obligación no ha sido recogida por la ley.

En tercer lugar, en relación con las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión, su tratamiento por parte tanto del legislador internacional como del nacional es realizado con una unidad normativa, pretendido protegerse directamente a la persona, reconociendo esta triple actividad del menor, y este sentido, es contemplado en el art 18 de la DUDH cuya dicción literal es la siguiente:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de

¹⁰³⁶ BOE núm. 79 de 1 de Abril de 2010.

manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

Contenido que vuelve a ser recogido por el 9.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950, como derecho reconocido a toda persona y donde se vuelven a recoger a su vez, las diferentes manifestaciones del mismo, para a renglón seguido en el párrafo siguiente, permitir únicamente su restricción por motivos de seguridad pública, protección del orden, salud moral públicas, o protección de los derechos o las libertades de los demás. Por su parte, el art 19 del mismo instrumento internacional, recoge el derecho de todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión. Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹⁰³⁷ en su art 5.d.vii) dispone lo siguiente: “(...) los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona (...).El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (...)”. En el mismo sentido, se vuelve a pronunciar el art 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de Diciembre de 1996.Su manifestación sectorial en el ámbito de menores se realiza en el art 14 de la Convención de los Derechos del Niño, en la que los Estados Partes se comprometen al respeto de esta libertad hacia el niño, para lo cual, los padres y tutores deberán guiar al menor conforme a su grado de madurez dentro del estatuto que fijen los Estados Partes que suscriben este Convenio. Posteriormente, la Carta Europea de Derechos Fundamentales recoge estas libertades en su art.10, pero a diferencia de los instrumentos anteriores expuestos no recoge limitaciones en cuanto a su ejercicio. La traslación al plano constitucional en particular de la libertad religiosa, se ha producido en nuestro derecho en el art. 16.1 de la CE cuando establece: "Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades...". Este precepto se encuentra dentro de los denominados derechos fundamentales y garantizará tanto una "autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual" (STC 177/1995 de 11 de Diciembre, Fj único) entendido como la facultad de los ciudadanos de actuar con arreglo a sus propias creencias. Sin embargo, la libertad religiosa no es un derecho absoluto, posee límites, por lo que no puede ser entendida como un espacio sin marco; el artículo 16.1 continúa su redacción del siguiente modo: "...sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley".Al hilo de lo expuesto, la STC núm. 154/2002, de 18 de Julio de 2002 en sus Fjs núm. 6 y 7 ,hace clara referencia al derecho de libertad religiosa que queda recogido en los siguientes preceptos. En primer lugar, en el art. 16.1 CE, con su doble dimensión tanto interna "garantiza la existencia de un claustro

¹⁰³⁷ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de Diciembre de 1965, si bien su entrada en vigor no se produjo hasta el 4 de Enero de 1969.

íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual", como externa, facultad de los ciudadanos de actuar conforme a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros. Por tanto, es una libertad que tiene toda persona independiente de su edad, tal y lo recoge expresamente el art 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de Julio¹⁰³⁸ de libertad religiosa, que además de reconocer este derecho a toda persona regula el citado apartado las diferentes manifestaciones de dicha libertad. Finalmente, en de su tratamiento sectorial por parte del legislador de la LOPJM, se realiza en el en el art 6, sin establecer ninguna novedad y reiterar el contenido contemplado en el art 14 de la Carta de Derechos Fundamentales de Derechos del Niño. El principal problema que se plantea en relación a este derecho es su colisión con otros derechos (por ej. el derecho a la integridad física de menor de edad testigo de Jehová que se niega el y sus progenitores a ser trasfundido a pesar de que ello le ocasione la muerte)

Haciendo una breve reseña la libertad de expresión del menor, esta aparece recogida en el art 20 de la CE, tiendo como limite específico la protección de la intimidad e imagen del propio menor. Además de los límites impuestos al resto de derechos: protección de la seguridad, salud, moral, orden publico, respeto de derechos a los demás (arts 8.1 y 3 en relación con el art 4 de la LOPJM) Asimismo, el legislador recuerda en el citado art 8 en su parrafo 2, que su contenido objetivo es el siguiente: publicación y difusión de opiniones, edición y producción de medios de difusión y el acceso a las ayudas que establezca la Administración.

En cuarto lugar, analizaremos los derechos de participación, asociación y reunión de los menores y cuyo tratamiento internacional se efectúa en los siguientes instrumentos internacionales que a continuación analizaremos. DUDH en su art. 20.1 dispone lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas" estableciendo en el parrafo 2 del citado artículo, la obligación negativa de que nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación, de otra parte, en cuanto al derecho de participación, tambien aparece recogido en el citado Texto, que recoge este derecho en el art 21, reconociendo este derecho a toda persona a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos(y, de forma similar, se reconoce el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, la as funciones públicas de su país),sin embargo, a mi juicio, la identificación de "su país" con el de "su nacionalidad" determinan que los extranjeros en principio quedan excluidos de estos derechos, postura fundamentada en el contenido del parrafo 3 del mismo articulo, cuya dicción literal es la siguiente: "La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto". Por su parte, el Pacto

¹⁰³⁸ BOE núm. 177 de 24 de 7 de 1980.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art 25, reconoce este derecho de participación a “todos los ciudadanos” lo que en la practica supone una exclusión de los extranjeros, debido a la tradicional vinculación entre la nacionalidad y la ciudadanía y lo hace en los siguientes términos:” Todos los ciudadanos gozaran, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el art 2 y sin restricciones indebidas de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas pro sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” y en relación con el derecho de reunión, este aparece recogido en el mismo Texto en su art 22, que proclama el derecho de asociación incluso de fundar sindicatos y de afiliarse a los mismos.

De otra parte, el art 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, establece en su apartado 1 lo siguiente:” Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacificas y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otros, sindicatos y de afiliarse a los mismos en defensa de sus intereses, para en el apartado siguiente, prohibir restricciones en su ejercicio salvo las debidas a :orden publico, prevención de delitos, protección de la salud o la moral o protección de los derechos y libertades ajenas. Por su parte, el derecho de participación es regulado por el Consejo de Europa, en su ar 11, reconoce el derecho de reunión y asociación, articulo que debe ser contemplado en concordancia con el 14 del mismo Texto, que prohíbe toda discriminación y que debe ser interpretada como prohibición de los Estados partes de imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros. De otro lado, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas¹⁰³⁹ en su art 2 apartado 4 y 5, recoge estos derechos a las minorías. En este sentido, en cuanto al derecho de asociación, se recoge en el apartado 4 en los siguientes términos:” "Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de establecer y mantener sus propias asociaciones”. Reconociéndose a renglón seguido, en apartado siguiente (parrafo 5) el derecho de las minorías a ejercitar el derecho de reunión disponiendo su dicción literal lo siguiente: "Las personas pertenecientes a minorías tendrán derecho a establecer y mantener, sin discriminación de ninguno tipo, contactos libres y pacíficos con otros miembros de su grupo y con personas pertenecientes a otras minorías, así como contactos transfronterizos con ciudadanos de otros Estados con los que estén relacionados por vínculos nacionales o

¹⁰³⁹ Resolución 47/135 del 18 de Diciembre de 1992 aprobada por la asamblea General de la ONU.

étnicos, religiosos o lingüísticos”. También aparecen reconocidos estos derechos en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁰⁴⁰ en sus arts 10, en relación con el derecho de asociación del siguiente modo” 1. Todo individuo tendrá derecho a la libre asociación, siempre que cumpla con la ley. 2. De conformidad con la obligación de solidaridad contemplada en el artículo 29, nadie puede ser obligado a formar parte de una asociación, y con respecto al derecho de reunión, también se consagra en el artículo siguiente: “Todo individuo tendrá derecho a reunirse libremente con otros.

El ejercicio de este derecho estará sujeto solamente a las necesarias restricciones estipuladas por la ley, en especial las decretadas en interés de la seguridad nacional, la seguridad personal, la salud, la ética y los derechos y libertades de los otros” recogiendo también el derecho de participación en su art 13, en idénticos términos que los instrumentos internacionales anteriormente analizados. Finalmente, el art 12 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, reconoce el derecho de asociación a “toda persona en todos los niveles, especialmente en los ámbitos políticos, sindical y cívico.” De otra parte, circunscribiéndonos al ámbito sectorial de menores, el art 15.1 de la Convención de Derechos del Niño establece lo siguiente: “Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas”. De lo expuesto en los instrumentos internacionales analizados, se desprende que los tres derechos objeto de análisis, constituyen derechos inherentes a la persona humana reconocidos por instrumentos internacionales que lo protegen, en este sentido recordar lo expuesto por PIERRE PESCATORE (1981)¹⁰⁴¹ sobre la irreversibilidad de los compromisos comunitarios, quien sostiene que: “*Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad*”.

De otro lado, la traslación de estos derechos al plano constitucional español, se produce en los arts 21 para el derecho de reunión, art. 22 para el de asociación y el art. 23 para el derecho de participación política, siendo el denominar común de los dos primeros, la utilización por parte del constituyente español de la fórmula impersonal “se reconoce”, lo que permite incluir a los extranjeros en la titularidad de ambos derechos, al constituir el derecho de reunión, tal y como señala la STC 38/2009: “manifestación colectiva de la libertad de expresión que se materializa a través de una asociación temporal de personas, siendo un derecho individual en

¹⁰⁴⁰ Aprobada el 27 de Julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya, conocida comúnmente como “Carta de Banjul”.

¹⁰⁴¹ Aspectos judiciales del acervo comunitario, Revista de Instituciones Europeas, Madrid, 1981, págs. 331 y ss., especialmente pág. 336.

cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio.” Mientras que el segundo, el derecho de asociación, es reconocido directamente a los extranjeros y tal y como sostiene la STC 67/1985 de 24 de Mayo: “este reconocimiento supone la superación del recelo con el que el Estado liberal contemplo el fenómeno asociativo, de ahí que, en su vertiente positiva, garantice la posibilidad de los individuos de unirse para el logro de todos los fines de la vida humana y de estructurarse y funcionar el grupo así formado libre de toda indebida interferencia estatal” .En cambio, con respecto al derecho de participación política, el legislador constitucional no ha sido tan generoso en su tratamiento para los extranjeros, limitando el reconocimiento de este derecho al igual que lo hizo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, únicamente a los ciudadanos(art 23CE) y no de forma genérica “a toda persona” .

Por su parte, el desarrollo infraconstitucional de estos derechos en el ámbito específico que nos ocupa, menores, es llevado a cabo por la LOPJM en su art 7, donde de nuevo el legislador realiza un tratamiento normativo conjunto de estos tres derechos en el art 7 de la LOPJM, en ellos, se garantiza la actuación por parte del menor hacia el exterior. Con respecto al primero, nos encontramos ante un derecho de proyección social, donde su manifestación se concretiza en la participación plena en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa¹⁰⁴². Por tanto, nos encontramos ante un derecho amplio y abstracto, que hay que completarlo con leyes laborales, ley de la propiedad intelectual y derecho civil, debido a su vinculación con la capacidad profesional de menor. En cambio los derechos de asociación y reunión, tienen un carácter mas público y político, estableciendo las vías para que el menor que tenga vocación política los utilice y pueda participar en la vida publica, siempre que las reuniones a las que asista tengan el carácter de ser pacíficas, legales, publicas y con el consentimiento de sus padres o tutores. En concreto, en relación con el derecho de asociación, el legislador especifica la forma que esta debe adoptar: asociaciones juveniles de partidos políticos y sindicatos, promover asociaciones juveniles y e inscribirlas poder formar parte de sus órganos directivos. Tambien se obliga a nombrar un representante legal con capacidad plena para obligarse. En este sentido, con la finalidad de proteger al menor, el Ministerio Fiscal, deberá promover las medidas necesarias a instancias de “cualquier interesado, persona física o jurídica o entidad pública” para evitar que el ejercicio de este derecho pueda conllevar perjuicios para el desarrollo integral de menor (art 7.2 *in fine*)

En quinto lugar, procederemos a analizar la libertad de expresión, cuyo tratamiento internacional ha sido el siguiente: DUDH, garantiza de forma general este derecho a toda

¹⁰⁴² Vid, estudio de SÁNCHEZ MORÓN, M. (1980). La participación del ciudadano en la Administración pública, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 126 y ss., quien explica que los intereses colectivos se concretan en asociaciones o intereses de grupo.

persona y fija su contenido en su art 19 cuya dicción es la siguiente” Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.Mas tarde, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se elabora sobre los principios descritos en la DUDH y es jurídicamente vinculante para todos los Estados que han firmado y ratificado sus provisiones, en concreto, recoge este derecho en su art . 19.2 en idénticos términos, subrayándose como esta libertad se agotaba en el derecho del sujeto emisor. Por su parte, la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art 10.1, tambien reconoce este derecho a toda persona y fija su contenido al igual que los dos instrumentos internacionales anteriormente descritos, si bien, establece como novedad en el inciso final de este apartado, la posibilidad de que el Estado pueda exigir autorización previa cuando se trate de empresas sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía ,es decir, extiende el reconocimiento de este derecho al sujeto transmisor de la información, de modo que, a partir de este momento el reconocimiento subjetivo de estos derechos, lo tienen ambos sujetos, el transmisor y el difusor¹⁰⁴³.A lo expuesto, hay que añadir la fijación de limites para este derecho que son recogidos en el apartado 2 del mismo artículo y que se sintetizan en los siguientes extremos: seguridad nacional, integridad territorial o seguridad pública, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud o de la moral, protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Tambien aplicables a las áreas de educación, salud y prevención del delito. Las violaciones a estos derechos pueden ser llevadas ante el Comité de los Derechos del Niño, cuando sus destinatarios sean los menores. Por su parte, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos en su art 9, recoge esta libertad cuyo ámbito subjetivo se extiende a los países que la han suscrito y que junto a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos,(esta es la encargada de vigilar la observancia y la implementación de la Carta Africana) llevo a que ambas instituciones conjuntamente en Noviembre de 2000, adoptaran una declaración remarcando la importancia de la libertad de expresión, y la protección limitada otorgada a este importante derecho, hecho que provoco que dos años mas tarde, se aprobara la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión ,circunscrita al espacio africano. De nuevo, circunscribiéndonos al espacio europeo, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art 10, protege la libertad de expresión y ha sido objeto de tratamiento pormenorizado en diferentes casos que se han planteado ante el Tribunal Superior de Justicia de la Union Europea,

¹⁰⁴³FERREIRA, M. (1999). Derecho a la libertad de expresión, en VVAA. , (direc) Agustín Gordillo, Fundación de Derecho administrativo, 5ª Edición, Buenos Aires, pág 5.

estableciendo importantes precedentes que limitan el poder de los Estados de restringir la libertad de expresión; particularmente en las áreas de prensa y libertad de transmisión, expresión política, difamación, privacidad, seguridad nacional y manifestaciones. Sin embargo, algunas decisiones de este Alto Tribunal, han sido ampliamente criticadas por fallar en la observancia del derecho a la libertad de expresión. Finalmente, la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 11.1, recoge este derecho en idénticos términos a los expresados en la DUDH, para a renglón seguido en el apartado siguiente, ir más allá y extender el reconocimiento de este derecho a los medios de comunicación en general, (no solo a los audiovisuales y radiofónicos como lo hacía la Convención Europea de Derechos Humanos) y además se reconoce su pluralismo, es decir, se está reconociendo el derecho social a la información. La materialización de este derecho en el ámbito sectorial de menores, se produce en la Convención de Derechos del Niño en su art 13, en el se garantiza el derecho del niño a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, siempre que ello no vaya en menoscabo del derecho de otros, materializándose en los siguientes términos: “1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones¹⁰⁴⁴, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás;

b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas”.

Es decir, este Tratado establece, claramente, no sólo los derechos de los niños a la libertad de expresión, sino también sus derechos a que sus opiniones sean escuchadas y que sean ponderadas en los asuntos que les conciernen, para ello, de ahí, que los Estados deban tomar medidas positivas que aseguren que los niños reciben oportunidades efectivas para proveer contribuciones a las decisiones públicas que les afecten, por ejemplo en las áreas de educación, salud y prevención del delito. De modo que, de producirse violaciones a estos derechos pueden ser llevadas al Comité de los Derechos del Niño.

¹⁰⁴⁴ FISS, O, (1997). Libertad de Expresión y Estructura Social, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara S. A., México D. F., pág. 27., analiza los condicionantes negativos de la aplicación de este derecho humano: edad, condición social, inteligencia, etc y además sostiene que este derecho ya no puede ser confinado a los individuos, abarcando asimismo a las organizaciones, ya que “el punto de vista de una organización no es reducible a las opiniones de algún individuo particular, sino que es el producto de una compleja interacción entre personalidades individuales, estructuras organizativas internas, el medioambiente en el cual opera la organización, etc” (pág.25).

En cuanto al tratamiento del constituyente español de este derecho, es realizado en el art 20 y cuyo contenido comprende particularmente las siguientes actuaciones:

- a) expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción;
- b) producción y creación literaria, artística, científica y técnica;
- c) libertad de cátedra;
- d) comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

De su lectura se extraen las siguientes conclusiones: En primer lugar, este precepto contiene dos libertades: de expresión e información (párrafo 1, apartados a) y d), respectivamente), libertades no siempre fácilmente diferenciadas pero que es necesario matizar para hacer plenamente operativos los mandatos constitucionales. De esta forma, la libertad de expresión hace referencia a la libertad para comunicar pensamientos, ideas, opiniones por cualquier medio de difusión ya sea de carácter general o más restringido, aunque se garantice una especial protección en el primer caso. Por su parte, la libertad de información, se refiere a la comunicación de hechos mediante cualquier medio de difusión general, es decir, la libertad de expresión conlleva un matiz subjetivo, mientras que libertad de la información contiene un significado que pretende ser objetivo. Evidentemente, expresión e información con frecuencia no se dan separados, sino por el contrario, vinculados, puesto que, con las noticias es frecuente intercalar opiniones propias del informador. De esta forma, se considerará que nos enfrentamos a una manifestación de la libertad de expresión o, por el contrario, de la de información, de acuerdo con el carácter predominante del mensaje (entre otras muchas, STC160/2003 de 15 de Septiembre, relativas a las críticas políticas producidas en rueda de prensa). Al hilo de lo expuesto, debido a la interconexión entre ambas libertades, frecuentemente se produce colisión con los derechos al honor, a la intimidad y la propia imagen, que aparecen como límite expresamente reconocido en el precepto constitucional.

La solución adoptada por el operador jurídico en estos casos, es la aplicación de la correspondiente ponderación de bienes, teniendo que analizar en cada caso, cada una de las circunstancias concurrentes, de forma tal que, cada caso necesitará de un examen particularizado sin que sea posible la aplicación automática de reglas generales. No obstante, existen unas pautas, puestas de relieve en especial por la jurisprudencia, que será necesario tener presentes a la hora de analizar cualquier conflicto entre los derechos del artículo 18.1 y los del artículo 20 y que son las siguientes: a) En ningún caso resultará admisible el insulto o las calificaciones claramente difamatorias (entre otras, STC 204/2001 de 15 de Octubre y 20/2002 de 28 de Enero, en este caso el supuesto se refiere a intromisión ilegítima en el honor en un programa de radio); b) El cargo u ocupación de la persona afectada será un factor a analizar,

teniendo en cuenta que los cargos públicos o las personas que por su profesión se ven expuestas al público tendrán que soportar un grado mayor de crítica o de afectación a su intimidad que las personas que no cuenten con esa exposición al público (STC 101/2003 de 2 de Junio, sobre intromisión ilegítima al honor ajeno, debido aun carácter vejatorio e injustificado realizadas en un Pleno municipal, contra el jefe de de servicios de infraestructura del ayuntamiento por dos rotativos locales); c) Las expresiones o informaciones habrán de contrastarse con los usos sociales, de forma tal que, por ejemplo, expresiones en el pasado consideradas injuriosas pueden haber perdido ese carácter o determinadas informaciones que antes pudieran haberse considerado atentatorias del honor o la intimidad ahora resultan inocuas; d) No se desvelarán innecesariamente aspectos de la vida privada o de la intimidad que no resulten relevantes para la información (STC 185/2002 de 14 de Octubre y 127/2003 de 30 de Junio). Sin embargo, más allá de estos aspectos de carácter subjetivo, el Tribunal Constitucional ha destacado el carácter prevalente o preferente de la libertad de información por su capacidad para formar una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 21/2000 de 31 de Enero Fj 3, fundamentando su fallo en que “el derecho al honor se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, requiriéndolo así el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”). No obstante, es necesario tener presente que esa prevalencia no juega de forma automática sino sólo en supuestos en los que no concurren otros factores, como pueda ser la presunción de inocencia (STC 219/1992 de 3 de Diciembre, Fj 5 *in fine*, en este supuesto el Alto Tribunal desestimó el amparo en el derecho a la libertad de información para justificar la lesión del derecho al honor en un periódico, justificando este pronunciamiento en que el único acto que puede quebrar la presunción de inocencia del acusado en nuestro ordenamiento es la Sentencia del Tribunal que declara la autoría del delito), en los que la ponderación lleve a primar intimidad, honor o propia imagen sobre las libertades de expresión o, en particular, de información (STC158/2003 de 15 de Septiembre).

En segundo lugar, en cuanto a las libertades de producción y creación artística, científica y técnica, están asociadas por dos normas fundamentalmente: el derecho a la propiedad intelectual, desarrollado por la ley de propiedad intelectual¹⁰⁴⁵ y por la Ley 11/1986 de 20 de Marzo de patentes¹⁰⁴⁶. Con este derecho, se requiere reconocer la libertad en este campo sin más

¹⁰⁴⁵ Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE núm. 97, de 22de Abril de 1996)

¹⁰⁴⁶ BOE núm. 73 de 26 de Marzo de 1986.

límites que los impuestos por el ordenamiento, en particular en defensa de otros derechos fundamentales como pueda ser el derecho a la vida (art. 15 CE) o a la intimidad (art. 18.1).

En tercer lugar, en relación con la libertad de cátedra, esta es definida por STC 217/1992 de 1 de Diciembre Fj 2 parrafo 3, como “una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función. Consiste, por tanto, en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza, presentando de este modo un contenido, no exclusivamente pero sí predominantemente negativo”. Además esta libertad es distinta de la de enseñanza consagrada en el art 27 de la CE, ya que esta última es un derecho reconocido “a cualquier persona”, en cambio la libertad de cátedra solo pueden tenerla los ciudadanos que a esa calidad unen la de la profesionalidad en la docencia. Además su ámbito subjetivo no se circunscribe exclusivamente los catedráticos de universidad o de instituto, como sería lógico deducir de una interpretación literal y restrictiva del enunciado del derecho, sino que su titularidad y ejercicio alcanza a todos y cada uno de los profesores, sea cual sea su nivel de docencia, pertenezcan al sector público o al privado y en esta dirección se pronuncia la STC 5/1981 de 13 de Febrero Fj 9 parrafo 2, cuando dispone lo siguiente:

“Aunque tradicionalmente por libertad de cátedra, se ha entendido una libertad propia sólo de los docentes en la enseñanza superior, resulta evidente que el constituyente de 1978, ha querido atribuir esta libertad a todos los docentes, sea cual sea el nivel de enseñanza en que actúen”. Sin embargo, tal y como acertadamente señala J. A. SOUTO PAZ (1997)¹⁰⁴⁷: “en la práctica el TC hace depender su amplitud de dos factores: nivel educativo que corresponda el puesto del profesor y el carácter público o privado del centro, de manera que el contenido más amplio se dará en las Universidades Públicas y el menor en los centros docentes no universitarios de carácter privado”, tesis avalada por la STC 179/1996 de 12 de Noviembre que se pronuncia en los siguientes términos: “Se reconoce esta libertad de cátedra en todos los niveles de la enseñanza, aunque con mayor amplitud a medida que el nivel sea superior teniendo su máxima expresión en la enseñanza universitaria. Estará condicionada por los planes de estudio, de manera que en los niveles inferiores de enseñanza en que la concreción dichos planes es mayor lógicamente la libertad del enseñante disminuirá, mientras que aumentará en los niveles superiores en los que los planes sólo ofrecen unas directrices en cada asignatura permitiendo un grado mayor de configuración por parte del profesorado”. Otro factor que habrá que tener en cuenta, es si la enseñanza se imparte en un centro público y, como tal, sin ideario o si, por el contrario, se trata de un centro privado que puede contar con un ideario. En el primer

¹⁰⁴⁷ Libertad ideológica en la jurisprudencia constitucional, en VVAA., .Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardia, Universidad Complutense de Madrid-Universidad de Navarra, Edersa, Madrid, págs 518-519.

caso, el grado de libertad será también mayor, teniendo en cuenta, no obstante, que la enseñanza en los centros públicos ha de ser aconfesional e ideológicamente neutral, mientras que los centros privados pueden tener un ideario y, por tanto, los profesores habrán de respetar ese ideario, sin que eso lleve a vaciar por completo de contenido la libertad de cátedra (STC 47/1985 de 27 de Marzo), desde mi punto de vista, el docente puede manifestar su disconformidad al ideario del centro pero siempre fuera del ámbito académico, si bien es cierto que, a este respecto el tribunal constitucional hasta ahora se ha manifestado en sentidos contrapuestos¹⁰⁴⁸.

En cuarto lugar, con respecto a la veracidad de la información, este último mandato contenido en el precepto constitucional debe ser interpretado como necesidad de veracidad subjetiva, es decir que, el informante haya actuado con diligencia, haya contrastado la información de forma adecuada a las características de la noticia y a los medios disponibles (STC entre otras, 6/1988, de 21 de Enero, 240/1992, de 21 de Diciembre; 47/2002, de 25 de Febrero; 75/2002, de 8 de Abril, entre otras), puesto que, de exigirse una verdad objetiva eso haría imposible o dificultaría en extremo el ejercicio de la libertad de información. Y en supuesto específico que nos ocupa, se le reconocen a estas libertades una serie de límites, que afecta en general a las libertades contempladas en el Capítulo II del Título I de la CE y específicamente a los derechos al honor, la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. De lo que se deduce que, el artículo 20 de la CE, que establece la libertad de expresión y de información, hace una restricción muy clara de la protección a la infancia, cuya responsabilidad de protección recae no solo en los padres sino también a la Fiscalía¹⁰⁴⁹.

A lo expuesto hay que adicionar uno de los problemas actuales que plantea el derecho de menores a la libertad de expresión, es cuando se produce su colisión con el derecho de otro menor a su imagen, el cual le causa daños de forma deliberada y continuada a otro igual a través del uso de las tecnologías de la información, delito conocido como "ciberbullyng". En estos casos, para encuadrar esta acción como delito, el juez penal deberá valorar los siguientes elementos que deben ser concurrentes:

¹⁰⁴⁸ REGUEIRO GARCÍA, M^a. T (1994). La libertad de cátedra en el ordenamiento español, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm.6, Madrid, págs 181-209, especialmente 197 en adelante.

¹⁰⁴⁹ Sirva de ejemplo la publicación por el periódico inglés "Daily Mail" el 26 de Octubre de 2010, de la fotografía y el nombre completo de la menor de 10 años, que ha tenido un hijo en Jerez de la Frontera (Cádiz) y que ha llevado a la Fiscalía de Sevilla a plantear una demanda al rotativo inglés sustentada en que existe una violación de los códigos deontológicos en lo referente al tratamiento de noticias de menores conculcando los derechos de esta menor a su intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de su personalidad, obstaculizando además el trabajo de los servicios sociales en su cometido de proteger a la niña.

- a) Edades entre acosador y victima sean similares;
- b) Desigualdad de fuerzas, aspecto este que puede deducirse tanto de las condiciones psíquicas de los implicados, como de los conocimientos técnicos de uno y otro;
- c) Intencionalidad del acosador, se debe pretender hacer daño, humillar, ya sea de forma activa (agresión emocional o psicológica) o de forma pasiva (exclusión social);
- d) El agresor puede actuar bajo una personalidad virtual que lo disfrace);
- e) La agresión debe ser individual o en grupo;
- f) Pertenencia a entornos físicos cercanos, generalmente el centro escolar; y finalmente,
- g) La acción o acciones lesivas deben ser prolongadas en el tiempo y en el espacio, es posible que una sola acción genere consecuencias lo suficiente graves como para poder hablar de acoso, (por ejemplo, la difusión ilimitada de una imagen vejatoria) aunque si bien, lo habitual es que el empleo conjunto de todas o de varias de esas modalidades.

De otra parte, en cuanto al tratamiento infraconstitucional realizado por nuestro derecho para el ámbito específico de menores de la libertad de expresión, figura en la LOPJM en el art 8 cuyo contenido según dispone el apartado 2 del mismo lo conforma: la publicación y difusión de opiniones, la edición y producción de medios de difusión y el acceso a las ayudas que establezca la Administración. También dispone el legislador la posibilidad de imponer límites al ejercicio de este derecho en su apartado 4, para garantizar el respeto a los derechos de los demás o la protección de la seguridad, salud, moral u orden publico.

Por ultimo, analizaremos el derecho a ser oído que tiene el menor, para ello tomaremos como punto de partida la DUDH que en su art 10 establece lo siguiente” Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”,es decir, se considera este derecho humano como derecho de “toda persona ”.Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extiende el ámbito de este derecho, también a la esfera civil, declarando como regla general la publicidad de las sentencias ,si bien, excepcionalmente se admite su privacidad en el citado apartado en su inciso final, cuando el interés de menores de edad lo exija o cuando se trate de acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. Mas tarde, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, recoge este derecho con idéntico contenido en su art 6.1, sin embargo, no adopta la excepción anteriormente señalada respecto a menores. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Union Europea, en su art 23.1 dispone lo siguiente:” Los menores (...) podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su

madurez.”Por su parte, el art 33.1.b) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias¹⁰⁵⁰ contempla el derecho del menor, como derecho derivado del trabajador migratorio, a ser informado de cualquier cuestión que les afecte, sintetizándose en los siguientes términos: “Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a que el Estado de origen, el Estado de empleo o el Estado de tránsito, según corresponda, les proporcione información acerca de(...) los requisitos establecidos para su admisión, sus derechos y obligaciones con arreglo a la ley y la práctica del Estado interesado y cualesquiera otras cuestiones que les permitan cumplir formalidades administrativas o de otra índole en dicho Estado”.

Circunscribiéndonos al ámbito sectorial de menores, el reconocimiento de este derecho se efectúa en la Convención de Derechos del Niño en su art 12.1 Niño, que establece la obligatoriedad para los Estados Parte de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten y de tenerla debidamente en cuenta en función de su edad y madurez, completado por el apartado 2 del mismo artículo, que precisa que se dará al niño la oportunidad de ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea por sí o por medio de un representante legal o de un órgano apropiado, todo ello, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional, contemplando la propia Convención el reenvío al derecho interno para que establezca la forma en que se oirá al niño. Por su parte, el Manual de Buenas Practicas del ACNUR de 2004 en su Principio 3, expresamente se refiere al ejercicio de este derecho por parte de los menores no acompañados en los siguientes términos “*las opiniones y deseos de los niños no acompañados deberán ser tomados en cuenta cuando se trate de decisiones que les afecten. Las medidas adoptas se encaminaran a facilitar su participación, teniendo en cuenta su edad y madurez*”, que debe ser completado con el art 8.15 de la Carta Europea de Derechos del Niño¹⁰⁵¹ que recoge este derecho en los siguientes términos: “Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guardia y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de

¹⁰⁵⁰ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de Diciembre de 1990

¹⁰⁵¹ DOCE núm. C 241, de 21 de Septiembre de 1992.

reinserción social. A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño”.Articulo que, debe ser puesto en concordancia con la Observación General 6 del Comité de Derechos del Niño, relativa específicamente a menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, que en su párrafo 30 establece lo siguiente: “Los menores no acompañados deberán ser debidamente informados sobre el proceso, debiéndose tomar en cuenta sus opiniones. En los casos en los que resulte indicado, los encargados del bienestar del menor deberán facilitar una comunicación regular entre el menor y su familia”.

Al hilo de lo expuesto, su traslación al ordenamiento jurídico interno español en materia específica de menores es realizada en el en el art 9 de la LOPJM que recoge este derecho en los siguientes términos:”

1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.”

De lo expuesto se desprende que, el menor tiene derecho a ser oído en la esfera familiar ,en el ámbito judicial y en el administrativo, subordinando este derecho al principio de supremacía del interés del menor tal y como se constata en el apartado 2 del citado articulo, que expresamente establece”(...) cuando no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes(...)”.Si bien, este principio implica tanto el derecho del menor a expresar su opinión en todos los asuntos que le atañen como la correlativa obligación de tomar en consideración esta opinión de acuerdo con su desarrollo

evolutivo¹⁰⁵². De este modo, se observa como para el legislador de menores, el hecho de oír al menor, se configura como un deber de los poderes públicos, que conlleva la correlativa obligación de escuchar al menor en cualquier procedimiento que le afecte, sin embargo, conviene aclarar, que lo que el menor opine, no tiene coincidir con ser lo mas beneficioso par él. De modo que, en caso de incumplimiento de esta obligación, sus consecuencias jurídicas son de diferente alcance: nulidad de las actuaciones¹⁰⁵³ si se produce en un procedimiento administrativo, o vulneración del derecho a la tutela efectiva si el procedimiento es contencioso¹⁰⁵⁴. Añadiendo que, cuando esto no sea posible o conveniente para el menor, podrá conceder su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que estos no tengan intereses contrapuestos o por otras personas que por su profesión o por su relación de confianza con el, puedan transmitirla objetivamente (art 9 de la LOPJM)ejemplo de lo expuesto, es el art 92.5 del RD 2393/2004 de extranjería, en el que se reconoce el derecho de este por sí mismo o a través de su abogado de poder solicitar información o conocer el estado en el que se encuentran su solicitud de autorización de residencia o trabajo primer lugar, en el caso de realización de pruebas sobre la edad. En cualquiera de los casos, conviene precisar tal y señala PALMA DE TESO, A (2006)¹⁰⁵⁵ “que la LPJM no establece (como si en cambio lo hace el Cc) un limite mínimo de edad ni de madurez para el ejercicio del derecho del menor a ser escuchado”, si bien, para conseguir que este sea efectivo se exige el cumplimiento de unas mínimas garantías, entre las que destaca que el menor debe contar con la información necesaria para opinar con fundamento y que esta sea prestada ante profesiones con formación específica en el tema de menores¹⁰⁵⁶.

Otra cuestión que surge al hilo de este derecho, es si son titulares de este derecho los menores no acompañados cuando se va a proceder a realizar las pruebas de edad, surgiendo la disyuntiva si en este caso, es posible valorarse el resultado de estas pruebas en combinación con

¹⁰⁵² ALÁEZ CORRAL, B., (2003). Minoría de edad y derechos fundamentales, en Tecnos, págs 60 y ss, Considera que la capacidad del menor aumenta proporcionalmente a sus posibilidades de autoprotección y ejercicio de sus derechos, de modo que si existe heteroproteccion por parte de la Administración, esta capacidad del menor se vera gradualmente limitada.

¹⁰⁵³ Entre otras Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de Abril de 2002(JUR 2002/185690) y STC 221/2002 de 25 de Noviembre Fj 5.

¹⁰⁵⁴ STC 152/2005 de 6 de Junio Fj3 y STC 221/2002 de 25 de Noviembre, Fj5 entre otras.

¹⁰⁵⁵ Administraciones publicas y protección de la infancia: En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados, INAP, Madrid, pág 119

¹⁰⁵⁶ ALONSO SANZ, L, (2009). El derecho al Asilo de menores no acompañados: Una propuesta de regulación más segura, Revista de Derecho Político de la UNED núm 74,enero-Abril 2009,págs 215-260(especialmente pág 239)

la información facilitada por el menor, así como con cualquier documento que éste pudiera presentar.

Observándose como este extremo, ha sido omitido por el legislador de extranjería , creando una situación discriminatoria con respecto a los menores españoles, de ahí, que a mi juicio el legislador debería de haber sido mas ecuánime y garantista con los primeros, y debería de haber tenido en cuenta las siguientes consideraciones: a) Informar adecuadamente por un representante del Ministerio Fiscal de forma comprensible para su edad y madurez y en su idioma de las pruebas que se le van a realizar; b) escuchar al menor siempre que este tenga la suficiente madurez psicológica; c) proporcionarle asistencia jurídica antes de que se les someta a la prueba de edad; y, d) finalmente, si el menor estuviera disconforme con los resultados de la prueba de edad, se le debería ofrecer la opción de realizar una segunda prueba.(Defectos que deberían ser solventados por el futuro Reglamento de desarrollo de esta ley).En cualquiera de los casos, actualmente el art 35.3 de la LOEXTR, establece claramente que el competente para determinar o no la minoría de edad del menor es el Ministerio Fiscal, ya que como señala SONIA ADROHER BIOSCA(2003)¹⁰⁵⁷:"es este el que dispone la prueba de la edad, arrojando luz sobre la cuestión tras una época de incertidumbre en la que tal iniciativa se había reconocido en unos caso a la Entidad Publica de protección de menores y en otros casos a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado".

En base a lo expuesto, se extrae como conclusión que los derechos del artículo 20 CE al encontrarse en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución están sometidos a reserva de ley orgánica (art. 81 CE), que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, y vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE), y, entre las garantías jurisdiccionales podrá recabarse la tutela de los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, subsidiariamente, la tutela del Tribunal Constitucional mediante un recurso de amparo (art. 53.2 CE), y en el caso específico que nos ocupa, menores, debido a la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran, deben ser objeto de una sobreprotección, sin embargo, en lugar de acometer esta actuación ,el legislador ha optado por reconducir su situación jurídica a la situación de extranjería, en lugar de hacer prevalecer su connotación más determinante objeto de protección, su "minoría de edad"¹⁰⁵⁸ y a pesar del carácter eminente tuitivo que caracteriza la legislación de menores ,cuando nos encontramos ante "menores no acompañados" existe una especie de relajación por parte del legislador,

¹⁰⁵⁷ Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración, en Jornadas sobre Derecho de los Menores, en LÁZARO GONZALES I Y MAYORAL NARROS, I, V. (coord), Universidad de Comillas, Madrid, pág 265.

¹⁰⁵⁸ Vid, MOLINA NAVARRETE, C., (2001): Comentarios al art 35, en Monereo Pérez, J. L, y Molina Navarrete, C., (direc) Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social (LO4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001), edit por Comares, Granada, págs 540 y ss.

vulnerándose el principio de igualdad de trato, cuando en realidad el único principio que tanto los instrumentos internacionales analizados como la legislación interna reiteran es el de “interés superior del niño” circunstancia que exige que las decisiones que lo involucran no se tomen a sus espaldas, ya que su condición de sujeto de derecho debe ser obstáculo que impidan que éstos puedan ser objeto de marginación. Existe pues una absoluta correspondencia ente ese interés y los derechos fundamentales del niño- en especial, el derecho a ser oído-pues eses superior es en realidad el principio integral que impregna el resto de derechos de los que son titulares¹⁰⁵⁹.

En conclusión, el principio de igualdad es un criterio interpretativo que es reconocido en términos generales por el constituyente español en materia de derechos y libertades a” toda persona” adecuándose a lo dispuesto por el derecho internacional en esta materia tal y como se refleja entre otros: el art 13.1 de la CE, que reconoce el derecho de los extranjeros a las libertades públicas que garantiza dicho Texto, en los términos fijados por los Tratados y las Leyes; en el art 14 de la misma norma , que recoge el principio de "igualdad formal",prohibiendo además toda discriminación¹⁰⁶⁰ por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, etc.; pero además reconoce la “cláusula de transformación igualdad social" (art. 9.2) y que obliga a los poderes públicos a crear las condiciones para que las personas y los grupos en que se integran tengan una auténtica igualdad de oportunidades, eliminando los obstáculos económicos, culturales y sociales que se opongan o dificulten su plenitud¹⁰⁶¹. Este principio de igualdad social, concede un amplio margen a los poderes públicos para su desarrollo concreto, pues todas las instituciones deben considerar su aplicación en las situaciones en que existan obstáculos que impidan o dificulten la igualdad de los individuos y los grupos. Articulado, que debe ser puesto en relación con el at 96.1CE, que se remite a la eficacia de los tratados celebrados por nuestro país, dotándolos de un marcado carácter hermenéutico (ya que su modificación, derogación o suspensión solo puede ser realizado de conformidad con la formula prevista en el propio Tratado (STC 36/1991 de 14 de Febrero Fj 5)

¹⁰⁵⁹Vid, RAPALLINI, LILIANA ETEL (2004). El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio constitucional del interés del menor ,en Revista del Derecho de Familia, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs. 97 y ss.

¹⁰⁶⁰ De conformidad con el art. 2.1 de la Convención de Naciones Unidas, en la que se establece ”que los Estados Partes respetaran los derechos enunciados en la presente Convención y aseguraran su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna ,independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico, o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

¹⁰⁶¹ Sobre su dimensión específica en el area de menores, Vid, Elías Méndez, C (2002): La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, pág 41.

Adicionalmente, también este artículo debe ser puesto en relación con el art 10.2 CE¹⁰⁶², que establece un “reenvío recepticio de carácter interpretativo”¹⁰⁶³ que hace que cuando el titular de derechos que se vayan a interpretar sea un menor, sea de aplicación la Convención del Derechos del Niño y los demás instrumentos internacionales suscritos por España. A lo que debe adicionarse los principios jurídicos que son de aplicación en materia de protección internacional, entre los que destaca “ el interés superior del menor” que se encuentra positivado tanto a nivel internacional¹⁰⁶⁴ como interno, si bien, su formulación teórica no ofrece dudas, ocurre al contrario con la aplicación práctica del mismo debido a que nos situamos ante un concepto jurídico indeterminado, cuya indefinición es soslayada procurando que el menor desarrolle libremente su personalidad y se le permita decidir sobre lo que es capaz de hacer adecuándolo lo mas posible a cada situación concreta y dotar al mismo de la necesaria seguridad jurídica .A lo expuesto hay que añadir, que para que la Administración pueda cumplir este principio y hacer que se cumpla el estatuto de derechos del menor consagrados en nuestro ordenamiento jurídico interno específico de la LOPJM, es preciso que, exista una intervención por parte de los poderes públicos, que puede desempeñarse en diferentes niveles: a) general y abstracto¹⁰⁶⁵; b) subsidiaria¹⁰⁶⁶ a la obligación de los padres y tutores; y, finalmente c) directo ,en el caso de menores no acompañados, debido a apreciarse un plus tuitivo por parte del Estado,

¹⁰⁶² SAINZ ARNAIZ, A (1999). La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art 10.2 de la Constitución Española, en Rev Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pág 66, A juicio de este autor, el citado artículo constitucional implica que el Convenio de Derechos del Niño, sea directamente aplicable cuando el titular de los derechos objeto de interpretación es un menor, ya que el art 10.2 contiene un cano hermenéutico de los derechos fundamentales constitucionales.

¹⁰⁶³ FERNANDEZ TOMAS, A. E., (1993). La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española, en Pérez González, M (coord.) Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Diez Velasco, edit por Tecnos, Madrid, pág 341-360, especialmente pág.354.

¹⁰⁶⁴ Convención de Derechos del Niño, en los arts 3.1 y 8.14; Carta de Derechos Fundamentales, art 23.2; LOPJM art 2 y el art 154 del Cc. En este sentido el Tribunal Constitucional ha declarado que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño y la LO 1/1996, de 15 de Enero, de protección Jurídica del Menor, constituye” el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art.39 de la CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público de inexcusable observancia para todos los poderes públicos” (STC 141/2000, de 29 de Mayo, Fj .5) Sin embargo, como defecto más destacado se sobresale su falta de positivación por parte del constitucionalista español.

¹⁰⁶⁵ Vid, PALMA DE TESO, A (2006). Administraciones públicas y protección de la infancia: En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados, op, cit, pág 43(especialmente pág 109)

¹⁰⁶⁶ ALÁEZ CORRAL, B (2003). Minoría de edad y derechos fundamentales, op., cit, pag 48 (especialmente pág 60 y ss.)esta en contra de esta postura y por el contrario, considera que esta debe tener un carácter acumulativo y no subsidiario de las obligaciones de protección del Estado con respecto a las de los padres o tutores.

para este colectivo, debido a su situación de desamparo. Si bien, en la práctica este principio es constantemente vulnerado cuando nos encontramos ante menores no acompañados (tal y como queda constando en virtud de los arts 28 de la Convención de Derechos del Niño de 1989, los artículos 9 de la LO 8/2000 de 22 de Diciembre y el art. 39.4 de la CE y el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por España en 1977 y los arts 2 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948). Y cuyo reflejo se manifiesta en otros derechos como por ejemplo el derecho a la educación, donde al restringir el derecho a la educación superior al menor extranjero¹⁰⁶⁷ que se encuentra sólo o acompañado en nuestro país, se está vulnerando el principio de “interés del menor” tantas veces aludido.

Igual ocurre con respecto al principio “de no discriminación” su inserción el derecho internacional se contempla en la Convención de Derechos del Niño en su art 2, que en su apartado 1, recoge su contenido, como obligaciones negativas que no están permitidas en los siguientes términos:

” Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

Mientras que el apartado 2, conmina a los Estados Partes a que, adopten las medidas necesarias en caso de que se produzca la violación de este principio. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge el citado principio en su art en el art 24.1 al establecer lo siguiente:

“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. En el mismo sentido, se pronuncia el Pacto de Derechos Económicos y Sociales y Culturales en su art 10.3 que dispone expresamente lo siguiente“.

Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición” y en caso específico de menores no acompañados, se recoge en el Manual de Buenas Prácticas del ACNUR en su Principio 2, cuya dicción literal es la siguiente” Los niños no acompañados

¹⁰⁶⁷ MURILLAS ESCUDERO, J. M (2002). Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante. Diario la Ley Nº 5605, de 5 de Septiembre, págs. D-290, pág. 1807. Tomo 7. Sostiene en relación con respecto al acceso a la enseñanza superior del menor extranjero que alcanza la mayoría de edad, el facilitar esta igualdad, facilitaría la integración en nuestro país y no se rompería abruptamente su estancia y su integración por haber cumplido la mayoría de edad.

recibirán el mismo tratamiento y tienen los mismos derechos que los niños nacionales o residentes. Por encima de todo serán tratados como niños. Cualquier consideración sobre migración será secundaria”.Es decir, se recomienda por parte de ACNUR, que debe prevalecer la condición de minoría de edad sobre la de nacionalidad. Por su parte, de una interpretación de nuestra carta magna, se aprecia la prevalencia del interés superior del menor sobre cualquier otro bien, lo cual, implica tácitamente que se prohíba la diferencia de trato entre menores. En el mismo sentido, se recoge en el ordenamiento jurídico interno español relativo a menores, en concreto, en su art 3.1 de la LOPJM que dispone lo siguiente: “Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.”

En conclusión, existe una clara discriminación del menor en función de su origen , favoreciendo a los españoles en relación con los menores extranjeros , tal y como se contempla en el art. 12.4 de la CE donde se establece que “Los niños gozarán de la protección prevista en los Acuerdos Internacionales que velan por sus derechos”.En el citado artículo cuando el legislador se refiere a los niños, no diferencia a los españoles de los extranjeros, sin embargo en la práctica (Ley de Extranjería que tiene menor rango normativo) si se observa en cambio esta diferenciación, que es contraria a los Acuerdos Internacionales suscritos por nuestro país, por todo ello, debemos considerar la minoría de edad, como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección integral¹⁰⁶⁸ en el disfrute de sus derechos, precisando por tanto el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, en un primer nivel suministrados por los titulares de la patria potestad (art. 154 Cc) o por sus sustitutos (tutores, guardadores) y en un segundo nivel, en defecto o por insuficiencia del anterior, por las instituciones públicas (en especial, Entidades Públicas de Protección de Menores y Ministerio Fiscal)¹⁰⁶⁹.Debiendo

¹⁰⁶⁸ GOODWING GILL, G. S., (1969). Protecting the Human Rights of Refugee Children: Some Legal and Institutional Possibilities, in *Children on the Move: How to Implement their Right to Family Life*(eds) J. Doek, Van Loon, P.Vlaardingerbroek, Martinus Nijhoff, The Hague, pág 97,considera que el mandato de protección ,es un concepto amplio que debe reflejar el vasto espectro de todos los derechos humanos, en los que el Estado debe tener una posición activa identificando las necesidades, sobre todo debe existir una preferencia de actuación cuando ,el sujeto es un menor , debiendo evaluar en cada caso concreto , que circunstancias de la vida del menor suponen una amenaza para su bienestar y su adecuado desarrollo y buscar una solución duradera par el mismo, teniendo siempre en cuenta en principio prevalente de su interés.”

¹⁰⁶⁹ PANTOJA GARCÍA, F., (1997). Algunas notas y comentarios a la Ley 1/1996 de protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica, en *Colex*, Madrid, pág 47, señala que el Estado se debe auxiliar en una serie de instituciones para concretar su protección, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional.

extenderse estos mecanismos de protección a todos los niños que se encuentren en nuestro país. Siendo responsabilidad de los poderes públicos, a través de una intervención activa por parte de los mismos, que éstos puedan gozar plenamente de sus derechos, obligación reconocida en diferentes instrumentos internacionales entre los que destacamos: la Convención sobre Derechos del Niño en su art 3.2 de forma genérica y de forma diseminada en diferentes preceptos de su articulado (art 4,22, etc.)

También se infiere su contenido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Union Europea en su art 23.1 y de forma específica, en la Carta Europea de Derechos del Niño en su art 8.15. Y cuya traslación a nuestro texto constitucional, se realiza en los arts, 1.1, 9.2, 10.1 y 39.1. De modo que, esta especialidad de protección varía dependiendo del sujeto destinatario: menor con padre o tutor y menor no acompañado. En el primer caso, esta obligación es subsidiaria (solo se da en caso de incumplimiento del padre o tutor)¹⁰⁷⁰. Mientras que en el segundo caso, esta labor es aun más tuitiva dada la especial situación de desamparo en que se encuentran éstos menores.

En resumen, si existe un conflicto entre dos derechos o libertades o libertades públicas que colisionan, y uno de los sujetos titulares del mismo es un menor, debe primar la defensa o salvaguardia del “*interés superior de menor*”, el cual se ha configurado como un verdadero Principio General del Derecho¹⁰⁷¹, y así se ha recogido en diferentes instrumentos internacionales circunscritos al ámbito específico de menores entre los que destaca :La Convención de Derechos del Niño, en su art 3.1 que dispone lo siguiente: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Posteriormente, la Carta Europea de Derechos del Niño en su art 8.14 establece lo siguiente:

” Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de sus intereses”.

Además este principio tambien se recoge a niveles generales en la Carta de Derechos fundamentales, en su art 23.2 en relación con los menores en los siguientes términos:

¹⁰⁷⁰ ALÁEZ CORRAL, B (2003). Minoría de edad y derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, pág 161. Defiende el carácter acumulativo y no subsidiario de las obligaciones de protección del Estado con respecto a los padres o tutores.

El ATC 28/2001, de 1 de Febrero declara al respecto que el interés superior del menor se ha “elevado, en último término, en norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia en el ordenamiento jurídico español”.

“En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño configura una consideración primordial”.

Sin embargo, a pesar de este reconocimiento internacional, este principio no figura en nuestro texto constitucional, si bien, su contenido aparece diseminado en muchos de sus preceptos (por ej. el art 20.4 de la CE que establece como límite a la libertad de expresión la protección de la infancia). Omisión subsanada por el TC ,que lo considera incluido en el art 39 de la CE, en relación con la protección a la familia ,tal y como se recoge en la STC 141/2000 de 29 de Mayo Fj 5 que señala “ que en caso de surgir el conflicto, con los progenitores o guardadores, estos deberán ser ponderados teniendo siempre presente el *interés superior* de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE, en relación con el art. 39 CE.). Postura sostenida reiteradamente por nuestro Alto Tribunal entre otras sentencias STC 124/2002 de 20 de Mayo y 221/2002 de 25 de Noviembre, la primera contra recurso de amparo interpuesto por los padres acogedores preadoptivos para ser parte en un procedimiento de dos menores y el segundo referido a recurso de amparo concedido a la familia adoptiva de una menor, donde el Tribunal considera legitimados a los guardadores de hecho para recurrir en amparo una resolución judicial que consideran lesiva de los derechos fundamentales de la menor que tienen a su cargo. En el mismo sentido se encuentra la STS 415/2000, de 24 de Abril 548/1998, de 11 de Junio entre otras) y del TEDH (STEDH caso E.P. contra Italia de 16 de Noviembre de 1999 y caso Bronda contra Italia de 9 de Junio de 1998). No obstante, no debemos olvidarnos que tal y como señala JOHN EEKELAAR(1994)¹⁰⁷²:”al tratarse de un principio jurídico, tiene la connotación intrínseca de indeterminación, sin embargo, al ser positivado por el ordenamiento jurídico, obliga a que en temas que no tendría por que contemplarse de no existir aquel, como es por ejemplo, en el caso del proceso decisorio, este deba ser considerado y tenga que hacerse referencia a los intereses del menor a la hora de adoptar medidas que le conciernen”

3.4. EL MENOR ANTE EL DERECHO DE ASILO Y REFUGIO

El tema objeto de estudio es el de los menores no acompañados solicitantes de asilo, caracterizados por el escaso uso que hacen de este procedimiento y, en el caso de acudir a esta vía, el complejo procedimiento al que se ven sometidos, donde no se tiene en cuenta en general la vulnerabilidad de este colectivo, fruto de la intersección entre minoría de edad y situación de asilo¹⁰⁷³. A este respecto, es obligado hacer referencia al Programa de Menores No

¹⁰⁷² Interests of the Chile and the Child’s wishes: the role of Dynamic Self-Determination, en International Journal of Law and the Family, vol. 8, págs 42-61.

¹⁰⁷³ ALONSO SANZ, L, (2009). El derecho al asilo de menores no acompañados: una propuesta de regulación mas segura, edit Revista de Derecho Político, núm.74, Enero –Abril 2009, págs 215-260(especialmente pág 216)

Acompañados elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ACNUR) a través informes de evaluación de las políticas y prácticas realizadas con los menores no acompañados solicitantes de asilo en 17 países de Europa occidental, así como de informes que permitirán desarrollar estrategias para la defensa de este colectivo. En este sentido, es necesario hacer mención a la:

“Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Adoptada con la finalidad de adaptar nuestro ordenamiento a los desarrollos experimentados por la política europea de asilo, la nueva norma introduce mejoras incuestionables, en especial, la regulación del estatuto de protección subsidiaria y su práctica equiparación al derecho de asilo. La obsesión por preservar la seguridad y por evitar el uso del asilo con fines de inmigración irregular determina, sin embargo, que en el nuevo modelo subsistan unas veces y aparezcan ex novo otras, medidas que resultan discutibles cuando no difícilmente compatibles con la Convención de Ginebra”¹⁰⁷⁴.

¿Son eficaces las normativas legales que rigen el derecho de asilo y refugio de los menores no acompañados en la Unión Europea? En este apartado se analiza el tratamiento supranacional e interno. Adicionalmente, se describe el procedimiento de tramitación y resolución de asilo y refugio y se plantean las consecuencias jurídicas del asilo y refugio de los menores inmigrantes no acompañados.

Para ello, es necesario destacar las causas que estimulan a los menores a salir de sus países: pobreza, guerras, desestructuración familiar, desprotección institucional, entre otros. Algunos menores huyen por “miedo a la persecución, a sufrir las consecuencias de un conflicto armado o graves disturbios en su país de origen o a sufrir situaciones que impliquen violaciones de derechos humanos. En este sentido, existen algunas violaciones de derechos humanos específicamente dirigidas a los menores como son la explotación sexual o laboral, el reclutamiento forzoso, la ablación, el matrimonio forzoso u otras prácticas tradicionales perjudiciales. Estos menores, según indica el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, podrían tener la condición de refugiados y, por tanto, acceder a la protección especial que se deriva de la concesión de asilo”¹⁰⁷⁵.

Debido al incremento cuantitativo experimentado en los últimos años por el colectivo de menores no acompañados en el ámbito general de la Unión Europea y en el específico de nuestro país debido a su situación geopolítica, han provocado que España haya planteado la

¹⁰⁷⁴ SÁNCHEZ, A. (2009). Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de Asilo. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, número 18, pág. 1

¹⁰⁷⁵ ACNUR, Informe Los menores no acompañados y la protección de asilo (<http://www.acnur.org/index.php>).

importancia de incluir en el Programa de Estocolmo¹⁰⁷⁶ la protección y regulación de los menores no acompañados. Los menores que vienen de terceros países representan un grupo muy vulnerable y precisan atención especial y soluciones efectivas y que finalmente ha sido recogido en la aprobación por parte del Consejo de la Union Europea en una serie de conclusiones sobre los menores no acompañados que han sido aprobadas en Junio de 2010.

3.4.1.-TRATAMIENTO SUPRANACIONAL E INTERNO

En primer lugar, identificaremos los preceptos de derecho internacional europeo e interno que, si bien regulan la protección especial del menor, o por atender a la condición de solicitante de asilo¹⁰⁷⁷ o de extranjero deberán de aplicarse en el procedimiento de asilo de menores no acompañados. Para ello, tomaremos como punto de partida la definición realizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en 1997¹⁰⁷⁸, que califica los Menores No Acompañados como:

“Los niños y adolescentes menores de 18 años que se encuentran fuera de su país de origen y están separados de ambos padres o de la persona que por ley o costumbre les tuviera a su cargo.”

¹⁰⁷⁶ Rubricado “una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, aprobado por el Consejo de Europa, el 2 de Diciembre de 2009, [Diario Oficial nº C 115 de 4/5/2010].

¹⁰⁷⁷ Sobre el derecho de asilo en general puede verse, TRINIDAD GARCÍA, M. L., ROBLES ALMECIJA, J. M., FUENTES MAÑAS, J. B., (2001). Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Union, Comares, Granada.

¹⁰⁷⁸ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), según Resolución de la Union Europea 97/C/221/03 de 19 de Julio de 1997, Guía de políticas y procesos en la atención a niños sin acompañante solicitantes de asilo.

Algunos de estos menores están totalmente solos mientras que otros conviven con otros familiares. Los menores no acompañados pueden haber solicitado asilo por miedo a la persecución, a la falta de protección ante violaciones de derechos humanos, conflictos armados o graves disturbios en su país de origen. Algunos de ellos, pueden haber sido víctimas de tráfico u otro tipo de explotación o pueden haber viajado a Europa huyendo de situaciones de pobreza severa. Muchos de estos menores han vivido experiencias terribles y han sobrevivido a circunstancias de extrema dureza.”. El primer problema que plantean estos menores es su definición, siendo el denominador común de todos ellos, es que junto a la condición de minoría de edad, debe añadirse su situación de su migración, englobando en su definición a aquellos que acceden al territorio como inmigrantes irregulares y los que lo hacen como demandantes de asilo, en ambos casos, tienen la connotación común, de que realizan su proyecto migratorio solos, es decir, sin la compañía de un adulto que les acompañe ,si bien, las razones que les motivan a abandonar su país de origen son diferentes en ambos casos. Puesto que, mientras que los primeros, lo hace por motivos fundamentalmente económicos, los segundos, inician el proyecto migratorio, como consecuencia del miedo a persecución o por la falta de protección ante violaciones de los derechos humanos, conflictos o disturbios armados en su país. Pueden ser víctimas de tráfico sexual o de otro tipo de explotación, o haber viajado a Europa para escapar de condiciones de grandes penurias. En el ámbito europeo la terminología más difundida se ajusta a menor o niño no acompañado¹⁰⁷⁹ Otro punto relevante que contempla la citada Resolución, es la posibilidad de negar en la frontera el acceso a su territorio a menores no acompañados cuando éstos no estén en posesión de los documentos y autorizaciones exigidas.¹⁰⁸⁰ Sin embargo, cuando nos encontramos ante menores no acompañados solicitantes de asilo, es aplicable la Resolución sobre las garantías mínimas de los procedimientos de asilo, entre las cuales se incluye el principio de “non refoulement” o “no devolución” de los solicitantes de asilo, que impide cualquier medida de expulsión o alejamiento del territorio del país en que se encuentren.¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁹ Terminología apoyada entre otros por SPINDLER, WILLIAM., (2001). La situación de los niños separados en Europa Central y del Báltico, Informe Save the Children Denmark, Copenhagen, pág 78; AYOTTE, W., (1998). Apoyo a los niños no acompañados en el proceso de asilo, Colection Ayo Sup D 8, pág 78.; BARNEN, RÅDDA (2001). Conferencia Europea: Los niños en primer lugar - las políticas hacia la los niños separados en Europa, celebrada el 21 -22 Septiembre 2000 de Save the Children Suecia en cooperación con el ACNUR –Estocolmo, edit por colection DB5, pág 85, entre otros.

¹⁰⁸⁰ A este respecto, la resolución obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas adecuadas, con arreglo a su legislación nacional, para impedir la entrada irregular en su territorio de menores no acompañados y solicitar la cooperación interestatal para el cumplimiento de este fin.

¹⁰⁸¹ Vid, estudio realizado sobre este punto por CORTAZAR ROTAECHE, C. J (1997). Derecho de asilo y no rechazo del refugiado, Universidad Pontificia de Comillas y Dykinson, Madrid, págs 287-289.

En base a lo cual, jurídicamente podemos definir que es menor, todo aquel que no ha adquirido la mayoría de edad, en concordancia con lo dispuesto en la Observación General núm.6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen que define el termino “niño” como “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad “.A la luz de estas consideraciones sobre infancia y minoría de edad, entendemos que, conforman el concepto de menores migrantes extranjeros, aquellos procedentes de países terceros, es decir, no pertenecientes a ningún Estado de la Unión Europea, que llegan al espacio europeo sin adulto que se responsabilice de los mismos¹⁰⁸². Concepto jurídicamente diferente al de menores abandonados (no sometidos a patria potestad ni tutela), menores separados o acompañados de un guardador de hecho.

De otra parte, en cuanto a la protección específica de derecho de asilo de los menores en los instrumentos internacionales, tomaremos como punto de partida, la DUDH, que en su art 14.1 establece lo siguiente” “Todo niño tiene el derecho a buscar y disfrutar de asilo en otros países en caso de persecución”.Por su parte, la Convención sobre el Estatuto del Refugiado,¹⁰⁸³ en su art 1, no establece distinciones por razones de edad, de modo que, una persona de cualquier edad puede serle reconocida la condición de refugiado. De modo que, la citada Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, protege los derechos de los niños refugiados y solicitantes de asilo, a pesar de referirse específicamente a los niños refugiados en ese instrumento, sus disposiciones —incluido el artículo 22, que obliga a los Estados a conceder a los refugiados el mismo trato que a los nacionales en lo que respecta a la enseñanza— se aplican igualmente a la situación de los niños. También, con la finalidad de reducir los casos de apatrida el citado instrumento internacional dispone que los Estados deberán conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo, sería apátrida (art. 1) y prohíbe a los Estados privar de su nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida (art. 8).

Posteriormente, el Consejo de Europa¹⁰⁸⁴ aprobó varias Resoluciones en 30 de Noviembre de 1992 que afectan a este colectivo que son las siguientes: a) sobre las solicitudes

¹⁰⁸²Concepto que engloba al menor que carece de nacionalidad reconocida (apatrida) menor de 18 años que, al entrar en el territorio español, no está acompañado de un adulto o el que, tras haber entrado acompañado, termine solo.(DOCE L 212 de 7 de Agosto de 2001)

¹⁰⁸³ Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de Julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su Resolución 429 (V), del 14 de Diciembre de 1950, entrada en vigor el 22 de Abril de 1954.

¹⁰⁸⁴ En su Resolución del Consejo de 20 de Junio de 1995 sobre las garantías mínimas para los procedimientos de Asilo párrafos 26 y 27(Diario Oficial C 274 de 19 de Septiembre de 1996)

de asilo manifiestamente infundadas¹⁰⁸⁵ ;b) sobre un acercamiento armonizado a problemas relacionados con terceros países de acogida¹⁰⁸⁶ ; y, c) finalmente sobre las Conclusiones sobre países en que, por regla general, no existen serios riesgos de persecución. En todas ellas, se llega al idéntico resultado, de que niños separados, indiferentemente de la edad, no se les debe denegar nunca el acceso al procedimiento de asilo. De modo que, una vez que han sido admitidas a trámite su solicitud, estas seguirán los procedimientos normales y estarán exentos de los procedimientos alternativos, incluidos aquellos relacionados con un “tercer país seguro” (admisibilidad), “solicitudes manifiestamente infundadas” (procedimientos acelerados) y “país de origen seguro” y de cualquier suspensión en la consideración de su solicitud de asilo debido a que vienen de un “país en conflicto armado¹⁰⁸⁷”. Al año siguiente, se aprobó la Resolución sobre la armonización de las políticas nacionales en relación con la reunificación familiar¹⁰⁸⁸. También el citado instrumento comunitario dictó una Resolución sobre las garantías mínimas para los procedimientos de asilo en el año 1995, en el que se establecen unas garantías supletorias para dos colectivos especialmente vulnerables en los procedimientos de asilo: menores no acompañados y las mujeres, con respecto al primer grupo objeto de análisis, fija unos estándares adicionales cuando estos se encuentren solos, entre estas medidas destaca la obligación que se impone a los Estados miembros a que, entre el personal y las autoridades administrativas, cuenten con personal especialmente cualificado para resolver y atender adecuadamente los casos y expedientes de los menores de edad¹⁰⁸⁹ y donde además, se exige que en el examen de la solicitud cuando se trate de un menor no acompañado, hay que tener en cuenta el grado de madurez y desarrollo mental del mismo.

Seguidamente, el ACNUR elaboró unas directrices sobre las solicitudes de asilo de niños¹⁰⁹⁰ en base a lo dispuesto en los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y del

¹⁰⁸⁵ Resolución del Consejo de 20 de Junio de 1995(DOCE n° C 274 de 19 de Septiembre de 1996)

¹⁰⁸⁶ En base a esta Resolución se dictó la Directiva 2003/9/CE del Consejo (conocida como “Directiva sobre normas mínimas de acogida”), sin embargo, debido al amplio margen de discreción que otorgan a los Estados miembros varias de las disposiciones contenidas en dicha Directiva no se consigue el pretendido efecto de armonización deseado.(Ej. son las divergencias existentes en los Estados miembros en relación con las normas mínimas de las condiciones de acogida y en el acceso a la asistencia sanitaria)

¹⁰⁸⁷ En relación con la petición de asilo de los menores soldados, destaca el estudio de MORRIS, M. H (2008). Babies and Bathwater: Seeking an Appropriate Standard of Review for the Asylum Applications of Former Child Soldiers, en Harvard Human Rights Journal, vol.21, and págs 281-299.

¹⁰⁸⁸ Destaca el análisis de estas Resoluciones realizado por RUXTON, S., (2000). Separated Children Seeking Asylum in Europe: Programme, págs 24 y ss. Programa de Menores no acompañados en Europa. http://www.sce.gla.ac.uk/Global/Spainish/home_sp.htm

¹⁰⁸⁹ Documento núm. C274 de 19 de Septiembre de 1996, pág 13.

¹⁰⁹⁰ ACNUR, Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1 y 2 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y su Protocolo de 1967 de 7 Mayo de 2002 <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1753.pdf>, párrafos 2, 4.

Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados concretamente en el párrafo 4.1 ,en la que aclara que ,no todo solicitante de asilo que sea menor de edad tiene derecho automáticamente a la condición de refugiado, sino que este debe existir un fundado temor de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política. De ahí que, al igual que ocurre con el género, la edad es relevante para la definición de refugiado. Directrices que están en concordancia con lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, cuando establece la definición de refugiado:

“...debe interpretarse teniendo presentes la edad y el género y a la luz de los motivos concretos, las formas y manifestaciones de la persecución sufrida por los menores. La persecución por razones de parentesco, el reclutamiento de menores en las fuerzas armadas, el trato de menores con fines de prostitución, la explotación sexual de los menores o la mutilación genital de las hembras, constituyen todas ellas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, que pueden justificar la concesión de la condición de refugiado si esos actos son subsumibles en uno de los motivos estipulados en la Convención de 1951. Por consiguiente, en los procedimientos nacionales aplicables para la concesión de la condición de refugiado, los Estados deben prestar la máxima atención a estas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, así como a la violencia de género.¹⁰⁹¹”.

Al hilo de lo expuesto, hay que añadir que las formas de persecución de los niños no tienen porque coincidir con los adultos, sino que estas pueden adoptar unas formas específicas influenciadas por su edad, falta de madurez o vulnerabilidad. El hecho que la solicitud de asilo, sea hecha por un niño puede ser un factor central en el temor o daño infligido. Esto puede ser debido a que la presunta persecución solo se aplica o afecta de manera desproporcionada al niño o porque los derechos específicos de los niños se han infringido o porque se trate de una forma específica de persecución infantil¹⁰⁹². El Comité Ejecutivo del ACNUR, ha reconocido que

¹⁰⁹¹ Observación General N°. 6 (2005). Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, Septiembre 2005

¹⁰⁹² Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General N° 6, párrafo 74 señala: “Al examinar las solicitudes de asilo de los menores no acompañados o separados, los Estados tendrán en cuenta la evolución y la interrelación entre las normas internacionales en materia de derechos humanos y el derecho de los refugiados, con inclusión de las normas elaboradas por el ACNUR, con objeto de ejercer sus facultades supervisoras al amparo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. En particular, la definición de refugiado que figura en la misma debe interpretarse teniendo presentes la edad y el género y a la luz de los motivos concretos, las formas y manifestaciones de la persecución sufrida por los menores. La persecución por razones de parentesco, el reclutamiento de menores en las fuerzas armadas, el trato de menores con fines de prostitución, la explotación sexual de los menores o la mutilación genital de las hembras, constituyen todas ellas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, que pueden justificar la concesión de la condición de refugiado si esos actos son subsumibles en uno de los motivos estipulados en la Convención de 1951. Por consiguiente, en los procedimientos aplicables para la concesión de la condición de refugiado, los Estados deben prestar la máxima atención a estas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, así como a la violencia de género”.

existen formas específicas de persecución de niños entre las que se encuentran: el reclutamiento de menores, la trata de niños y la mutilación genital femenina¹⁰⁹³ (Otros ejemplos incluyen, pero no están limitados a, violencia doméstica o familiar, matrimonio forzado o de menores de edad¹⁰⁹⁴, trabajo infantil obligatorio o peligroso, trabajo forzado, prostitución forzada y pornografía infantil.¹⁰⁹⁵ De forma que, estas formas de persecución también incluyen violaciones a la supervivencia y derechos de desarrollo, así como discriminación grave a los niños nacidos fuera de las reglas estrictas de la planificación familiar¹⁰⁹⁶ y niños apátridas, como resultado de la pérdida de nacionalidad y derechos concomitantes (directriz 18 de ACNUR) También en el ámbito sectorial comunitario, destaca la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada el 18 de Julio de 1992 aprobada por Resolución del Parlamento Europeo¹⁰⁹⁷, en la que se recoge la petición expresa del Parlamento Europeo a los Estados miembros para ratificar sin reservas al Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y la sugerencia a la Comunidad Europea de adhesión al mismo, tan pronto como la hubiesen ratificado todos los Estados que la integran. En su contenido llama la atención la petición de un defensor de los derechos del niño tanto a nivel comunitario como de cada uno de los Estados miembros, y la demanda a la Comisión de propuestas para emprender acciones de política familiar y una Carta Comunitaria de los derechos de los niños.

¹⁰⁹³ Conclusión N.º 107, sobre los niños en situación de riesgo, 5 de Octubre de 2007, (LVIII), párrafo (g) (viii).

¹⁰⁹⁴ En este sentido se pronuncian los siguientes instrumentos internacionales: Comité de Derechos del Niño que en su art. 24.3 establece lo siguiente “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños”; art 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que contempla que el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre consentimiento de los contrayentes; el art 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales que prohíbe el trabajo infantil salvo circunstancias excepcionales ;y ,el art 16 de la Convención sobre Eliminación de todas formas de Discriminación en relación con la Mujer, que estipula como obligación de de los Estados partes eliminar todas formas de discriminación contra la mujer en materia de matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres en materia de derechos personales y patrimoniales.

¹⁰⁹⁵ El art 3 del Convenio 182 de la OIT, sobre las peores formas de trabajo infantil de 17 de Junio de 1999 ,aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 54/120 (ratificado el 14 de Marzo de 2001 por España, BOE número 118 de 17 de Mayo de 2001) incluye dentro de este concepto :la esclavitud la venta y la trata de niños, el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; en la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; así como la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes.

¹⁰⁹⁶ Véase, por ejemplo, “Xue Yun Zhang N.º. 01-71623, del Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos 26 de Mayo de 2005, de una mujer china que solicita asilo en la ciudad de los Ángeles, sustentando su petición en el sentir regresar a su país de origen, ya que su padre fue esterilizado por tener mas de dos hijos y cree que va a ser perseguida esta si regresa a su país por dicho motivo.

¹⁰⁹⁷ Resolución A3-0172/92, DO C 241 de 21 de Septiembre de 1992(pág. 67)

Y por último, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰⁹⁸, en sus artículos 18 y 19 consagran el derecho de asilo y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición, respectivamente. En consecuencia, deberán los Estados que la han suscrito respetar la Convención de Ginebra y su Protocolo, y se comprometen, por tanto, a respetar sus obligaciones cuando apliquen medidas de expulsión de personas que buscan protección internacional. Esta lectura es recogida expresamente por el artículo 19 de este Texto, según el cual: "1.- Se prohíben las expulsiones colectivas. 2.- Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". De este modo, el asilo se convierte en uno de los derechos fundamentales de la UE. En definitiva, la Carta hace que prevalezca la perspectiva humanitaria sobre la del mercado único. Circunscribiéndonos al derecho de los menores a solicitar asilo, este figura en la citada Carta en su art 24, rubricado "los derechos del menor", en los que destaca el derecho de los menores a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, su derecho a expresar libremente su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez, la supremacía del interés del menor que debe presidir toda actuación respecto a ellos por autoridades públicas o instituciones privadas, así como el derecho a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.

En resumen, la delimitación concreta del derecho de asilo para el supuesto específico de menores no acompañados en los instrumentos internacionales se puede comprimir en tres: Convención de Derechos del Niño ; Recomendaciones de ACNUR; y, Resolución de 1997 sobre menores no acompañados (anteriormente analizada). En cuanto a la primera, su plasmación se produce en el art 22, donde se recoge el derecho esta forma de protección humanitaria y la obligación del Estado cooperar con los organismos competentes para garantizar dicha protección y asistencia en los siguientes términos:"

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

¹⁰⁹⁸ DO C 364 de 18/12/2000, aprobada Proclamada solemnemente por el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo en Niza el 7 de diciembre de 2000. (págs.1-22)

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que, no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención”.

Es decir, se obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas adecuadas para que el niño solicitante de asilo o refugiados, tanto si se encuentra solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, reciba la protección y asistencia precisa para disfrutar de los derechos de la citada Convención.

En segundo lugar, destacan las directrices de ACNUR, que como señala LUCIA ALONSO SANZ (2009):¹⁰⁹⁹” a pesar de de no se instrumentos jurídicamente vinculantes, su aplicación es fruto de la fusión ampliada de la Convención de Ginebra y de la Derechos del Niño, (ambos textos jurídicamente vinculantes) por lo que constituyen fuentes desde el punto de vista material”

Y finalmente, en tercer y ultimo lugar, la regulación mas especifica en materia de menores solos solicitantes de asilo ,se encuentra en la Resolución relativa a menores no acompañados de terceros países ,cuya contribución fundamental es ser una disposición directa y exclusivamente dedicada, tal y como su nombre indica, al estatuto de menores que se encuentran solos fuera de su país de origen, para ello, se toma como punto de partida tal y como señala CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ (2002)¹¹⁰⁰ :“ de la presencia irregular en el territorio de los Estados miembros de menores no acompañados, que no tengan la consideración de refugiados, debe tener carácter provisional y que los Estados miembros deben procurar cooperar entre si y con los países terceros de procedencia, para devolver al menor a su país de origen o a un país tercero dispuesto a admitirlo, sin poner en riesgo la seguridad de menor, con el fin de encontrar, cuando sea posible, a las personas responsables del menor, y de reunirlo con dichas personas”.Además en la materia especifica objeto de análisis, regula las particularidades que debe presentar el procedimiento de asilo en el caso de menores no acompañados, reconociendo el derecho de éstos a solicitar asilo , la necesidad de que los Estados tramiten sus solicitudes por

¹⁰⁹⁹ El derecho al asilo de menores no acompañados: una propuesta de regulación mas segura, op.,cit, pag 50(pág 223)

¹¹⁰⁰ La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, págs 227-228.

un procedimiento de urgencia, así como de que las entrevistas a los niños las realicen funcionarios con experiencia y cualificación, considera importante que éstos últimos reciban previamente formación especial y establece también que se tenga en cuenta la posibilidad de que el conocimiento del niño de las condiciones imperantes en su país de origen sea limitado. En cualquier caso, la Resolución solo invita a los Estados Miembros a que tengan presente su contenido en el momento de acometer alguna modificación de la legislación interna sobre asilo, si bien, carece de fuerza jurídica vinculante.

En conclusión, esta norma constituye un estándar mínimo que propone unas directrices para el trato de los menores no acompañados por lo que respecta a su acogida, permanencia y retorno y, en el caso de los solicitantes de asilo, la realización de los trámites aplicables.¹¹⁰¹

De otra parte, también las siguientes Directivas y Reglamentos también hacen referencia directa al asilo de menores no acompañados:

a) Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de Enero de 2003¹¹⁰², por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, en la que se recogen una serie de disposiciones particulares para los menores no acompañados, haciendo una referencia particular a los que soliciten asilo en su art 19, disponiendo garantías en la representación del menor, se les indicando a los Estados donde se les debe alojar(permitiéndose únicamente el alojamiento en centro de acogida de solicitantes de asilo adultos, si tienen cumplidos los 16 años (apartado 2)) y remarcando el principio de interés superior del menor, cuando se trate de localizar a los miembros de su familia, debiendo hacerse la recogida de datos de forma confidencial, con el fin de no poner en peligro a su familiares si estos se encuentran en el país de origen ;

b) Directiva 2005//85/CE del Consejo de 1 de Diciembre de 2005¹¹⁰³, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, en cuyo articulado se realiza un tratamiento específico a los menores no acompañados solicitantes de asilo en el art 17, donde se vuelve a insistir en la necesidad de que éstos cuando realicen actuaciones la Administración deben ser asistidos por representante, asimismo se subraya la importancia de la audiencia personal , de la necesaria especialización del funcionario que les atienda en materia de menores, y sobre las pruebas medicas que se le han de practicar a éstos en caso de ser necesarias y las consecuencias de la

¹¹⁰¹ L 31/18 de 6 de febrero de 2003, Puntos 4 y 3 del art 1 de la Resolución del Consejo de 26 de Junio de 1997.

¹¹⁰³ DO L 326, 13 de Diciembre de 2005.

negativa a su no realización, además se vuelve a hacer referencia a que la aplicación de este artículo, regirá como principio rector del mismo el interés del menor;

c) Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo de 18 de Febrero de 2003¹¹⁰⁴, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, establecen, entre otras cosas, normas específicas de recepción y procedimiento aplicables a los menores no acompañados que solicitan asilo;

d) Normativa que debe ser completada con la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de Abril de 2004¹¹⁰⁵, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, establece normas específicas relativas a los menores no acompañados a quienes se ha concedido protección internacional; y, finalmente;

e) En caso de no proceder el reconocimiento de la condición de asilado, refugiado o demandante de protección internacional por parte del menor no acompañado, resulta de aplicación la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de Diciembre de 2008¹¹⁰⁶, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular constituye el marco jurídico aplicable en toda la UE para el retorno de los menores no acompañados que no pueden acogerse a la protección internacional ni a otras formas de protección y que se encuentran en situación irregular en el territorio de los Estados miembros.

También en materia de asilo también debe ser tenido en cuenta la aprobación del Reglamento de Eurodac¹¹⁰⁷, que ha supuesto como novedad la introducción de un registro central de datos personales, de los inmigrantes ilegales que tengan más de 14 años¹¹⁰⁸ y hayan sido detenidos en alguno de los países miembros dentro del respeto a las normas de protección de datos, al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a otros tratados internacionales. Donde

¹¹⁰⁴ DOCE núm. L 50/2003, de 25 de Febrero de 2003

¹¹⁰⁵ DO L 304, 30 de Septiembre de 2004

¹¹⁰⁶ L 348/98, publicado el 24 de Diciembre de 2008.

¹¹⁰⁷ Reglamento 2725/2000 del Consejo relativo a la creación del sistema Eurodac, DO núm. L 316 de 15 de Diciembre de 2000

¹¹⁰⁸ Surgiendo la controversia con respecto a la fijación de dicha edad de 14 años como el límite para proceder a la identificación de los menores se está vulnerándose diferentes instrumentos internacionales, como por ejemplo el art 16 de la Convención de Derechos del Niño que dispone lo siguiente: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”

además se incluyen las huellas dactilares de los solicitantes de asilo y otros extranjeros y entre cuyos objetivos estatales destaca el pretender reducir las demandas de asilo consideradas abusivas y controlar los flujos de demandantes y donde prevalece con toda nitidez la protección de sus derechos y que presenta como novedad el establecimiento de criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. También, es obligado hacer referencia a la creación a finales de Octubre de 2008 del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo¹¹⁰⁹, en el que se ha logrado consensuar las grandes líneas de las políticas de inmigración y asilo a nivel de la UE y cuya connotación mas destacada es que sin ser un documento con grandes innovaciones en su contenido, ya que recoge el acervo comunitario en la materia, si ha constituido una referencia a nivel político importante, al fijar las políticas comunes sobre las cuestiones de inmigración y asilo que se desarrollaran a corto plazo en Europa, en concreto, se refiere al asilo en su Objetivo 4 en los siguientes términos” el Pacto pretende que cualquier extranjero perseguido tenga derecho a obtener ayuda y protección en cualquier Estado de la Unión Europea. Para ello, se apela a la implantación de un régimen común de asilo europeo para evitar las discrepancias que se dan todavía hoy en la concesión del régimen de refugiado y sus consecuencias.”De ahí, que se haya rubricado” construir la Europa del asilo”, fijándose el plazo del año 2012, para instaurar un procedimiento único de asilo y homogeneizar la regulación de la condición de refugiado con la finalidad de que exista un estándar mínimo de garantías comunes en todos los países de la Union., si bien, la responsabilidad y el reconocimiento de la condición de protección internacional sigue siendo de cada Estado. Siguiendo la misma línea, el Consejo Europeo ha creado una “Oficina Europea de Apoyo al Asilo”¹¹¹⁰, cuya función es facilitar el intercambio de información, análisis y experiencias entre los Estados miembros, e intensificar cooperaciones concretas entre las administraciones encargadas del estudio de las solicitudes de asilo, sobre todo, en el ámbito procedimental .Y finalmente, se han aprobado una serie de Conclusiones del Consejo de la Union Europea relativas a los menores no acompañados¹¹¹¹, en las que se pretende garantizar unas normas adecuadas en materia de recepción y garantías procesales para todos los menores no acompañados, con independencia de que sean solicitantes de asilo, víctimas de la trata o migrantes ilegales, y de asegurar que los menores sean tratados como tales mientras no se demuestre que no lo son, para ello , se aboga por un planteamiento global y coherente de la

¹¹⁰⁹ Documento núm. 13189/08 ASIM 68.

¹¹¹⁰ Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 7 de Mayo de 2009, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo (COM(2009)0066 – C6-0071/2009 – 2009/0027(COD))

¹¹¹¹ Consejo Justicia y Asuntos de Interior de 3 de Junio de 2010.

situación de los menores no acompañados en su conjunto, reconociendo que los instrumentos legislativos y de financiación de que dispone actualmente la UE en materia de asilo, inmigración y trata de personas, a pesar de abordar el problema de este colectivo, adolece del defecto de no hacerlo de forma congruente, por ello, el citado Consejo Europeo en las citadas Conclusiones sobre menores no acompañados propone una serie de líneas de actuación entre las más importantes destacan a mi juicio las siguientes: a) creación de estadísticas comunitarias para poder cuantificar el número de menores que se encuentran no acompañados; b) fomentar la cooperación de los Estados en materia de menores; c) financiar programas para que estos menores no se vean obligados a inmigrar, promover actividades con los países de origen para la adopción de decisiones sobre este colectivo; d) formación específica de la policía de fronteras para facilitar la detección de estos menores especialmente de los de que presenten un perfil de elevado riesgo, como es el caso de las víctimas de trata de menores; e) alentar a los Estados miembros a que adopten una decisión sobre el futuro de cada menor no acompañado con la máxima celeridad, teniendo en cuenta la importancia de encontrar soluciones duraderas basadas en una evaluación individual del interés superior de cada niño, estas soluciones pueden consistir en el retorno y la reintegración en el país de origen o de retorno, o en la concesión de protección internacional o de otra situación jurídica en función de la legislación nacional de los Estados miembros. Recientemente, se ha aprobado la Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 de Abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, donde destina más de 1/3 de su articulado a los menores no acompañados, entre cuyas novedades se refieren a medidas de acogida y garantías procesales entre las que destacamos las siguientes: a) necesidad de que lo antes posible se le nombre un tutor o representante, con objeto de proteger los intereses del menor, debido a decidirse con la mayor inmediatez posible sobre su futuro para el cual ofrecen las siguientes soluciones como duraderas; el retorno y la reintegración al país de origen o al país de retorno; la integración en la sociedad de acogida; o la concesión del estatuto de protección internacional o la concesión de otro estatuto con arreglo al Derecho nacional del Estado miembro. También, se sugiere a los Estados miembros que tengan en cuenta, las especificidades relacionadas con el género y los derechos de los menores, se reitera la necesidad de formación específica para todo el personal que tenga que tener contacto con menores (agentes de policía, inspectores de trabajo, funcionarios de fronteras, personal sanitario, abogados, fiscales, etc). En caso de dudas sobre su minoría de edad, hay que inmediatamente prestarles asistencia, apoyo y protección, además de específica como han de ejecutarse estas medidas.

Al hilo de lo expuesto y debido a la reciente creación de estos instrumentos específicos sobre menores no acompañados en la Unión Europea, habrá que esperar a corto plazo su

desarrollo normativo y concreción, para verificar si tienen efectivamente vocación los países europeos de llevar a materializar estos objetivos .y de este modo, salvaguardar la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran estos menores, o si por el contrario ,lo único que se pretende es formular declaración de propósitos y contener la inmigración irregular que llega a Europa como hasta ahora se ha venido haciendo, sin respetar el derecho humano del menor a pedir la protección que legal y constitucionalmente le corresponde. Lo cierto, que en momento actual a nivel internacional no existe un Convenio específico aplicable a los niños refugiados. Por otro lado, el único Convenio Internacional de carácter general y ámbito universal sobre los derechos de los refugiados es la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra en 1951 que tan solo dedica una Recomendación en su Acta final, que exhortar a los Gobiernos a que tomen las medidas necesarias respecto a la familia del refugiado con vistas a una protección de los menores, en especial los no acompañados. Resulta también obligado hacer referencia que a pesar de que en materia de asilo y protección internacional, se constata la ausencia de una legislación basada en los principios y *standard* mínimos internacionales, en los últimos años se aprecia en algunos países de donde proceden estos menores como es el caso de Marruecos, la vocación de fijar dentro de su ordenamiento jurídico interno el objetivo de aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 y de su Protocolo de actuación, sobre todo en cuestiones tales como el principio de no devolución, la obtención y el mantenimiento del estatuto de refugiado o el tratamiento de las demandas de asilo manifiestamente infundadas¹¹¹².

Seguidamente procederemos a examinar el derecho constitucional de menor a solicitar asilo en España, y para ello, procederemos a determinar si las disposiciones que nuestra norma suprema contienen afectan a los menores de edad extranjeros no acompañados. Lo expuesto, nos obliga a tomar como punto de partida el art 39 de la CE¹¹¹³, que consagra la protección a la infancia, y en concreto, en su parrafo 4, dispone lo siguiente” *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*, es decir, este artículo dota de plena eficacia a los acuerdos internacionales ratificados por España en materia de menores, adquiriendo el mismo valor que el precepto al que se remite, de modo que, estos

¹¹¹² Rapport de Suivi Maroc 2008, SEC (2009), n° 520, de 23 de Abril de 2009, pág.15. Destaca los progresos en la aplicación de la PEV por Marruecos durante el periodo del 2008 en los siguientes términos: “Dans le domaine de l'asile et des réfugiés il n'y a pas eu des progrès majeurs. Malgré la signature en juillet 2007 (voir le dernier rapport) de l'accord de Siège avec le Hautcommissariat aux Réfugiés (HCR) des Nations Unies, le Maroc ne reconnaît toujours pas officiellement les réfugiés arrivés ces dernières années sur son territoire et ne leur fournit aucune assistance. De plus, aucune mesure significative n'a été prise pour créer un cadre législatif et réglementaire global concernant les réfugiés permettant, par exemple, l'établissement d'une instance de recours et l'élaboration d'une procédure spécifique pour l'octroi de l'asile”, Mise en oeuvre de la politique européenne de voisinage en 2007.

¹¹¹³ PRIETO SANCHIS, L (1999). Estudios sobre derechos fundamentales, Debate, Valencia, págs 449-445 (especialmente pág 445) Este artículo, a juicio de este autor, a pesar de figurar como principio rector de la política policial y económica, obliga a los poderes público a la protección de la familia y de los niños, tiene un indudable valor normativo que lo alejan de ser evaluado como mero orden programático de valores.

solo adquieren la condición de derecho subjetivo ,cuando el legislador los positivise y solo a partir de ese momento, pueden ser alegados ante los tribunales ordinarios, además de este artículo deriva la consecuencia importante de intensificar la protección de los derechos de los menores y subrayar la igualdad entre menores españoles y extranjeros, puesto que los textos internacionales relativos a los derechos de los menores, expresamente impiden la posibilidad de que se produzca ningún tipo de discriminación. Tampoco permiten estos textos las producidas en razón de la nacionalidad, que es la circunstancia introducida como elemento diferenciador o discriminador en la legislación de extranjería¹¹¹⁴ . Por tanto, la remisión de la CE a los tratados internacionales en lo relativo a la protección de la infancia, supone que a raíz de la ratificación por España de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 por instrumento de 30 de Noviembre de 1990, que la Convención se convierta obligatoriamente en un texto normativo necesariamente válido como referencia en el campo de los derechos fundamentales de los niños¹¹¹⁵. En la esfera internacional son particularmente relevantes las siguientes disposiciones aplicables a los menores previstos en la DUDH, Pacto de Derechos Civiles y Políticos y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros. Por su parte, en el ámbito sectorial europeo, destacan el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, como tratados que deben tenerse en cuenta en la interpretación y aplicación del citado art 39.4 Este artículo, debe ser puesto en concordancia con los siguientes artículos del mismo Texto. En primer lugar, con el art 96.1 que dispone lo siguiente: “Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (...)”; y, en segundo lugar, con el art 10.2, que establece lo siguiente:” los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución se interpretaran conforme a la DUDH¹¹¹⁶ y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España”. Es decir, en base a los dos artículos referenciados, tienen efectos interpretativos¹¹¹⁷ y normativos respectivamente, los tratados internaciones ratificados y publicados oficialmente en nuestro país. De otra parte, en relación con este ultimo artículo citado, hay que tener en

¹¹¹⁴ Así, el art. 2 de la Convención de Derechos del Niño establece que los Derechos del niño se aplicarán a todos los niños sin discriminación alguna, mencionando entre los motivos de discriminación la nacionalidad.

¹¹¹⁵ DURÁN RUIZ, J, (2007). Las Administraciones Públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1 de Junio de 2007, pág 5.

¹¹¹⁶ Resolución núm. 217 A (III) Asamblea General de las Naciones Unidas

¹¹¹⁷ Vid, estudio concreto sobre esta dimensión realizado por FERNANDEZ TOMAS, A. F (1993). La válida celebración y la incorporación de los Tratados en la jurisprudencia constitucional española, en PÉREZ GONZÁLEZ, M (coord.) Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor D. Manuel Diez de Velasco, edit por Tecnos, págs 341-360(especialmente pág 354)

cuenta tal y como señala ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ (1999)¹¹¹⁸: “ que al ser estos convenios, instrumentos internacionales reguladores de derechos humanos, son canon hermenéutico de los derechos fundamentales constitucionales, de modo que, los términos derechos fundamentales y libertades publicas, deben dotarse de una interpretación amplia del art 10.2 CE, que permita recoger todos los derechos que figuran en el Título I de nuestra carta magna”.Y en tercer y ultimo lugar, hay que tener en cuenta la recepción en nuestra Constitución de la Convención de Derechos del Niño, vía art.10.2, por el carácter integrador del mismo, si bien, se plantea la disyuntiva de la imposibilidad de crear nuevos derechos, siendo la solución adoptada por nuestro Alto Tribunal para salvar este obstáculo, la de dotar de nuevos contenidos a los viejos derechos. Sin embargo, desde mi punto de vista, el derecho a protección internacional de los extranjeros, incluidos los menores de edad, no son reconocidos por el constituyente español como un derecho fundamental del individuo, tesis avalada por el posterior análisis que procederemos a efectuar, donde verificáremos que la legislación española únicamente reconoce a los extranjeros que reúnan las condiciones y requisitos legalmente tipificados, el derecho a solicitarlo, lo que no significa, en absoluto un derecho subjetivo a obtenerlo.

La traslación de los instrumentos internacionales ratificados por España en materia de menores se han materializado en nuestro ordenamiento jurídico interno en tres textos que deben ser puestos en concordancia para comprender el estado actual de estos demandantes de protección internacional que son los siguientes: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor,(que aunque expresamente no reconoce el derecho de asilo a los menores , tácitamente este es reconocido al contemplar el art 3.1 de su articulado que los menores gozaran de los derechos reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas... “); Ley de asilo y Leyes de Extranjería.

Nuestro estudio, lo vamos a centrar en las dos ultimas disposiciones citadas. En primer lugar, con respecto a la regulación desarrollada sobre este colectivo por las leyes de asilo en nuestro ordenamiento jurídico interno, resulta obligado tomar como punto de partida el Reglamento dispuesto en el RD 203/1995 de 10 de Febrero¹¹¹⁹, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984 de 26 de Marzo reguladora de asilo y condición de refugiado¹¹²⁰, modificada por la Ley 9/1994 de 19 de Mayo¹¹²¹ y que permite la transposición

¹¹¹⁸ La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art 10.2 de la Constitución Española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs 66-79.

¹¹¹⁹ BOE núm.52 de 2 de Marzo de 1995.

¹¹²⁰ Vid para un estudio sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados en la legislación española al margen del asilo, MARTÍNEZ GARCÍA, C (2006). Los sistemas de protección y de reforma: Peculiaridades en relación con los menores extranjeros no acompañados, en Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho, I. LÁZARO GONZÁLEZ E IRENE CULEBRAS LLANA (coords)

de la Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de Enero¹¹²², por la que se establece el estándar mínimo que deben cumplir los países europeos para la acogida de los solicitantes de asilo, normativa que incidido en la reforma general de la figura del asilo y en especial con respecto a los menores no acompañados.

En concreto, en el art 15.3 del citado texto dispone lo siguiente:

“En la prestación de los servicios a los que se refiere el apartado 1 de este artículo se tendrá en cuenta la situación específica de las personas en las que concurra una especial vulnerabilidad, tales como menores, menores no acompañados, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, conforme a las directrices contenidas en las recomendaciones internacionales que se ocupan de homologar el tratamiento a estos grupos de población desplazada o refugiada.”.

Sin embargo, esta vocación de hipergarantismo que parece perseguir el legislador de extranjería en la redacción dada a este artículo, cuando se refiere a los menores no acompañados solicitantes de asilo resulta contradictoria y difícilmente aplicable en la práctica con el contenido del parrafo 1 del mismo texto al que se remite este parrafo 3 y cuyo contenido es el siguiente” Los solicitantes de asilo, siempre que carezcan de medios económicos, podrán beneficiarse de servicios sociales, educativos y sanitarios que presten las Administraciones públicas competentes, dentro de sus medios y disponibilidades presupuestarias, para asegurar un nivel de vida adecuado que les permita subsistir. Las prestaciones otorgadas podrán modularse cuando la solicitud de asilo se encuentre pendiente de admisión a trámite, y se garantizará, en todo caso, la cobertura de las necesidades básicas de los solicitantes de asilo. Con carácter general, el acceso a la educación, a la atención sanitaria, a la Seguridad Social y a los servicios sociales se regirán por lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 9, 12 y 14 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.”. De su contenido se deduce la conclusión, de que el demandante de asilo independiente de que forme parte de uno de los grupos vulnerables incluidos en el apartado 3 del citado artículo 15, tendrán derecho a que la Administración, en caso de estos manifiesten la

Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, págs 84-89; FERNÁNDEZ ROZAS, C. (1978). Sobre la ley rectora del estatuto personal del apátrida, AESJ, vol. VIII-IX, 1979-80, págs. 27-96; y, PÉREZ BEVIÁ, J. A. (1986). Determinación del estatuto de refugiado, ADI, vol. VI, 1986, págs. 173-216.

¹¹²¹ BOE núm. 52 de 2 de Marzo de 1995, modificado por RD 864/2001 de 20 de Julio (BOE núm. 174 de 21 de Julio de 2001); y por RD 865/2001 de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida. BOE núm. 174 de 21 Julio 2001, corrección de errores en BOE núm. 276 de 17 Noviembre 2001)

¹¹²² DOCE 6 Febrero de 2003, transposición al ordenamiento jurídico interno español realizada el 6 de Febrero de 2005.

carencia de recursos económicos a las prestaciones básicas que garantiza el sistema para todo los menores de edad, independientemente de su situación administrativa que se encuentren en territorio español y que comprende el derecho a las prestaciones de educación, sanidad , seguridad social y servicios sociales, si bien, el derecho a estas prestaciones básicas citadas pueden ser moduladas a los demandantes de asilo y protección internacional, hasta que, no se produce la admisión a tramite de su solicitud, es decir, este contenido es contrario a lo dispuesto en el art 13.1 de la citada Directiva que establece lo siguiente:

“Los Estados miembros velarán por que los solicitantes de asilo puedan disponer de las condiciones de acogida cuando presenten su solicitud de asilo.”

Por tanto, el demandante de asilo, incluso si tiene la condición de minoría de edad, si éste solicita protección internacional en España, para que se le reconozca el derecho subjetivo a las prestaciones básicas debe habersele admitido a tramite su solicitud, existiendo por tanto, un plazo de espera desde que presento al solicitud de asilo hasta su admisión ,que para tener derecho completo a dichas prestaciones dependerá de que nuestro país disponga de medios para prestárselo ¿Pero que ocurre con los menores extranjeros no acompañados demandantes de asilo si en una situación de crisis económica como la que actualmente esta atravesando España ,si durante dicho periodo el ejecutivo carece de medios o lo destina a otros fines?

De otra parte, tambien debemos hacer referencia en nuestro ordenamiento jurídico interno a la Ley de asilo y protección subsidiaria 12/2009 de 30 de Octubre, que en sus arts artículos 5 y 36 establecen directamente los derechos y efectos que les concede a los extranjeros el estatus de asilado, refugiado o apátrida que se otorga con independencia de su nacionalidad y de su entrada regular o irregular en territorio español. Esta norma realizar un tratamiento diferenciado en materia de menores en tres arts 46-48.En el primero, incluye a éstos dentro de los grupos vulnerables, en el segundo define quiénes pueden ser titulares de la protección que otorga esta ley en materia de protección internacional y finalmente el tercer artículo se refiere específicamente a la protección internacional de los menores inmigrantes solos no acompañados. En consecuencia, en España, los menores de edad son titulares de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que es parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico¹¹²³, estando tambien protegidos y de forma prioritaria, por toda la legislación regional, nacional e internacional dirigida específicamente a la protección

¹¹²³ El Tribunal Constitucional, en su sentencia 141/2000, de 29 de Mayo, señala que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño y la Ley Orgánica 1/96, de 15 de Enero, constituyen el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 39 CE, y en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, con independencia de su nacionalidad.

de los derechos de los niños, en las que se reconoce el derecho a no sufrir discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. Por tanto, el régimen jurídico aplicable a estos menores extranjeros no acompañados es más amplio que el de los adultos, máxime en una situación de especial vulnerabilidad como es la situación de asilo, donde por fin el legislador ha realizado un tratamiento necesariamente diferenciado de los adultos.

Por este motivo, en la tramitación de las solicitudes de asilo de menores, se aprecian ciertas garantías y diferencias en relación a las solicitudes de asilo de los adultos a pesar de que a tenor literal de la ley no recogía estas singularidades podemos resumirlas en las siguientes:

a) Se suelen admitir a trámite su solicitud, de forma que en ningún caso, podrá ser inadmitido en la primera fase del procedimiento. De esta forma, se evita someter al menor a un procedimiento diseñado originariamente para adultos, priorizándose las demandas presentadas por menores no acompañados frente a las presentadas por los adultos;

b) Se tiene preferencia en su el estudio de su demanda antes que en la presentada por un adulto, consecuencia de la causa anteriormente aludida, para evitar una dilatada demora en la toma de la decisión relativa a su caso;

c) Si este alcanza la mayoría de edad y se esta tramitando su solicitud de asilo, el estudio de su solicitud debería seguir llevándose a cabo desde el prisma de su minoría de edad, ya que la persecución se produjo durante la misma (sin embargo, la ley 12/2009 sobre Asilo y Protección Subsidiaria, no ha recogido esta diferencia de tratamiento en una norma positiva);

d) Se recomienda que la entrevista sea realizado por personal especializado, quienes deberán tener conocimiento de la historia, cultura y antecedentes del menor que deberán tomarse en consideración a la hora de evaluar la solicitud de asilo, sin embargo, tampoco en la practica se tiene en cuenta estas circunstancias en la primera puesta en contacto con el menor, cuando se realiza la entrevista inicial;

e) Para salvaguardar los intereses del menor, todas las entrevistas deberán llevarse a cabo en presencia de su representante legal y si el menor así lo desea o se estima conveniente, en presencia de su tutor (también es preceptivo en el caso de los adultos pero en el supuesto específico de menores la labor tutita que les otorga el ordenamiento jurídico hace estas garantías deban mas exigibles;

f) Si la solicitud se admite a tramite se acortan los plazos para la toma de decisión debido a las condiciones especialmente vulnerables del menor (el futuro reglamento debería fijar un plazo máximo para estimar si procede el asilo en el caso de menores);

g) Las razones aplicables a los adultos no tienen porque coincidir con la de los adultos, en este punto, debe tenerse en cuenta de que a éstos no les cabe la posibilidad de huida interna¹¹²⁴ como por el contrario si caben para los adultos;

h) Se deben seguir criterios diferentes que el seguido para los adultos para aplicar las cláusulas de exclusión como la voluntariedad, el conocimiento de las consecuencias, la intención, etc, estos criterios no deben ser aplicados en el caso de menores debido a su falta de madurez mental y emocional y a las limitaciones existentes en materia de imputabilidad penal, siendo inaplicables dichas cláusulas cuando el menor no haya alcanzado la edad de responsabilidad penal establecida en la ley, pero en el caso que si la hubiera alcanzado , es necesario evaluar en profundidad tanto la capacidad y la madurez mental del menor como las circunstancias en que los actos criminales fueron cometidos tales como, crímenes cometidos bajo el efecto de drogas, alcohol ingerido de forma forzosa, posibilidades del menor de no participar en tales actos sin poner en peligro su vida, trato sufrido, etc.;

i) En caso de que el agente perseguidor sea no estatal, su riesgo es aun mayor si cabe, ya que ante tales grupos como: grupos armados, bandas criminales, comunidades o sectas religiosas, empleadores sin escrúpulos o sus propios padres. Resulta esencial tener en cuenta las dificultades que un menor puede tener para acceder a sus autoridades en busca de protección, el grado de credibilidad que las mismas puedan otorgar a sus alegaciones, su capacidad para expresar y exteriorizar sus miedos y vivencias o la conciencia que puedan tener de sus propios derechos. En ocasiones, los menores simplemente huyen sin cuestionarse la posibilidad de adoptar otra alternativa¹¹²⁵.

Al hilo de lo expuesto, surge la premisa de discernir el problema que se plantea cuando uno de estos menores de edad extranjero extracomunitario demanda protección de asilo en uno de los Estados miembros de la UE? ¿Que Estado es el responsable de examen de la solicitud? La respuesta la ofrece el Reglamento 343/2003 del Consejo de 18 de Febrero del 2003, que obliga a decidir sobre la solicitud de asilo presentada en el mismo, primando el criterio de reunificación familiar¹¹²⁶,(siempre que el menor extranjero no se encuentre casado art 2) en

¹¹²⁴ Directrices sobre Protección Internacional (2003). La alternativa de huída interna o reubicación, en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951o el Protocolo de 1967sobre el Estatuto de los Refugiados, 23 de Julio de 2003.

¹¹²⁵ Informe sobre la protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía, www.savethechildren.es/20seminario%20-.../Ponencias%20seminario%20Proteccion%20juridica%20y%20social%20de%20los%20MENAs%20e... págs 65-118

¹¹²⁶ Vid, BOUTEILLET –PAQUET, D (2001). L 'Europe et le Droit d' asile. La politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d'Europe centrale, L'Harmattan, Paris, págs 208 y ss. Considera que ante la controversia planteada a las autoridades competentes para examinar en cada caso si adquiere mayor relevancia el derecho del individuo a vivir en familia o los intereses del Estado en controlar la inmigración, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha optado por la solución de admitir

virtud del cual, si el cabeza de familia reúne las condiciones para ser admitido, se debe asegurar y extender dicha protección a refugiados menores de edad¹¹²⁷ y subsidiariamente, rige el criterio de territorialidad, es decir, el Estado responsable de examen de la solicitud es donde se encuentre el demandante de protección. De otra parte, conviene aclarar que si bien, el Estado es responsable del examen de la solicitud, no lo es en cambio, en relación con el examen del fondo de la misma, siendo por tanto admisible, el reenvío de esta demanda a otro Estado. Surgiendo el problema de en caso de existan varios menores y estos demandante protección en diferentes Estados, en tal caso, la solución adoptada por la citada normativa europea, es del Estado miembro en que se encuentre legalmente un miembro de su familia, siempre que redunde en el interés superior del niño, pero si no existe ningún miembro de su familia, la responsabilidad de examinar su solicitud recae en el Estado miembro en el que el menor se haya presentado¹¹²⁸.

Otra cuestión a tener en cuenta, en el caso de que el menor demande asilo concretamente en España, en primer lugar, el primer problema que se plantea es su identificación y determinación de la necesidad de protección internacional por este grupo especialmente vulnerable en el que se debe tomar en consideración los siguientes aspectos de forma simultanea: a) La edad y la madurez de un niño y su nivel de desarrollo; b) la posibilidad de que los menores manifiesten sus miedos de forma diferente que los adultos; y, finalmente, c) La probabilidad de que los menores tengan conocimientos limitados sobre las condiciones en sus países de origen¹¹²⁹. Para ello, el Estado debe como punto de partida, verificar si realmente

de forma estricta el principio de reunificación familiar, sometiendo a este derecho al control de la proporcionalidad entre el derecho a la vida en familia consagrado en el art 8.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos y el derecho soberano del Estado de controlar las migraciones.

¹¹²⁷ Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados publicado por la primera vez en español en Enero de 1988., apartados 181-188, que debe ser puesto en correlación con el art 6 del Reglamento 343/2003 del Consejo de 18 de Febrero del 2003, relativo a la determinación del estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los estados miembros por un nacional de un tercer país, que establece sobre esta cuestión lo siguiente:” “Si el solicitante de asilo es un menor no acompañado, será responsable del examen de su solicitud el Estado miembro en el que se encuentre legalmente un miembro de su familia, siempre que ello redunde en el interés superior del menor. En ausencia de un miembro de su familia, será responsable de examinar su solicitud el Estado miembro en el que el menor la haya presentado”.

¹¹²⁸ VVAA (2010). Los menores extranjeros no acompañados (coord y autoría) por Isabel E. Lázaro González y Beatriz Moroy Arambarri, edit por Tecnos, Madrid, pág 140.

¹¹²⁹ Aspectos tratados en los siguientes instrumentos internacionales: Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 arts. 3, 12, 22, 32, 34, 35, 36, 37 y 38; Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales de 1950 art. 4(1) y 4(2) 2; Resolución relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros de la UE 97/C 221/03 de 26 de Junio de 1997, art. 4(6); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 8; Recomendación 1703 (2005) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, párrafo. 9 iii g; Observación General nº 6 del Comité de Derechos del Niño sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párrafo 27, 28, 53, 58, 59, 64, 66,74. Directrices sobre protección y cuidados de los Niños refugiados: Capítulos 8 y 9. Y en ámbito específico de la legislación interna de

existe peligro en el país de origen, debiendo comprobar estas circunstancias con extremada cautela para realizar las indagaciones sobre sus familiares cuando la administración española, contacte con las autoridades gubernativas del país de origen del menor, que supuestamente es el causante de dichas amenazas. A este respecto, el pronunciamiento sobre como proceder a dicha identificación, no se realizó hasta que se promulgo el Reglamento sobre asilo de 1995, (anteriormente no se aludía a la demanda de protección de asilo por los menores de edad por parte de nuestra legislación sobre asilo).

En resumen, el procedimiento propiamente dicho recogido en la Ley 5/1984, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de Mayo y en el Real Decreto 203/1995, de 10 de Febrero, por el que se aprueba su Reglamento de Aplicación no establece apenas referencias a los solicitantes menores de edad. Los aspectos principales del mismo son los siguientes:

La Oficina de Asilo y Refugio comunica la presentación de toda solicitud de asilo al representante en España del ACNUR dentro de las 24 horas posteriores a la recepción por la Oficina de la solicitud (artículo 6.4 del Reglamento de la Ley de Asilo).

En cualquiera de los casos, la formalización de la solicitud de conformidad con lo dispuesto en la legislación española permite al menor solicitar por sí mismo el asilo, sin perjuicio de que puedan solicitarlo las autoridades autonómicas que ejerzan su tutela (art 15.4 del RD 203/1995 de 10 de Febrero, de desarrollo de la ley 9/1994 reguladora del derecho de Asilo y de la condición de Refugiado) dispone lo siguiente” el tutor deberá estar presente y representar al menor durante la tramitación del expediente de asilo (que no la solicitud), con lo cual, también habría una obligación de asistirle en el procedimiento de asilo”.

De otra parte, es recomendable que el menor extranjero deba ser oído en todos aquellos procedimientos administrativos que puedan concluir con su repatriación, por lo tanto ,procede su actuación personal en las solicitudes de asilo (ya que su inadmisión a trámite o su denegación pueden concluir con su rechazo en frontera, salida obligatoria o expulsión del territorio español) aunque nunca cabe una devolución al país perseguidor o a un tercer Estado que no garantice la protección efectiva contra la devolución. Por tanto, en las solicitudes de asilo los menores, son salvo circunstancias excepcionales, imposibilidad física, siempre deben ser oídos. Asimismo durante la tramitación de la solicitud, una de las fases fundamentales la constituye la entrevista, la cual va a tener unas connotaciones específicas:

nuestro país por LO 1/1996 de protección jurídica del menor art. 9. Reglamento Ley de Extranjería 2393/2004 en su art.92.4.

a) En caso de ser necesaria su realización éstas deberán llevarse a cabo de una forma agradable para los menores (descansos, ambiente no amenazante) y por funcionarios que dispongan de la formación necesaria para entrevistar a menores;

b) En cada entrevista, los menores han de estar acompañados por su abogado y, si así lo manifiesta por otra persona adulta de su confianza (trabajador social, familiar, tutor, etc.);

c) En el caso de tratarse de menores no acompañados, deberán poder prestar declaración a través de distintos medios, entre los que se incluyen la declaración oral, dibujos y escritos, entrevistas con expertos independientes grabadas en vídeo y la declaración por videoconferencia;

d) Seguidamente y lo antes posible, se debe proceder a la búsqueda de los padres y de la familia del menor, siempre y cuando dicha investigación no ponga en peligro al menor ni a los miembros de su familia en su país de origen, para ello, debe respetarse rigurosamente la confidencial y solicitar la cooperación de los Estados y otras organizaciones involucrados en procesos de localización de familias con las Agencias de las Naciones Unidas, la Agencia central de Búsqueda del Comité Internacional de la Cruz Roja y los Servicios Sociales internacionales, teniendo especial precaución en este caso, de no contactar con las autoridades del país de origen.

Asimismo, hay que tener en cuenta que todo solicitante de asilo que se encuentre en territorio nacional, tiene derecho a la asistencia letrada y a la utilización de los servicios de un intérprete para la presentación de la solicitud y para todo el procedimiento (artículo 8.4 del Reglamento de la Ley de Asilo).

Las solicitudes presentadas en el interior del territorio suponen la permanencia provisional en España, incluso si se hubieran sido inadmitidas a trámite ordinario, pero las presentadas en frontera, si fueran inadmitidas a trámite ordinario, no permitirán el acceso al interior territorio.

La Ley de Asilo de 1994 dispone en su artículo 2.1 que el derecho de asilo conlleva la autorización de residencia, la expedición de documentos de viaje e identidad y autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles. Sin embargo, en la práctica, los menores no acompañados que solicitan asilo se encuentran en desventaja para obtener un permiso de residencia respecto de los menores extranjeros no acompañados en general. A diferencia de otros menores extranjeros no acompañados, en la práctica los menores inmersos en un procedimiento de asilo no pueden obtener de manera automática un permiso de residencia temporal una vez transcurridos los nueve meses, aun en el caso de que su solicitud de asilo sea denegada una vez vencido el plazo de nueve meses, sino que el plazo de nueve meses, sólo empieza a contar a partir de la denegación de la solicitud de asilo del menor. Es necesario señalar a este respecto que el hecho de que el menor se encuentre documentado como solicitante

de asilo no equivale a poseer el permiso de residencia de forma indefinida, ya que esta autorización de permanencia en España únicamente tendrá validez durante el periodo de tiempo en el que se tramita el expediente y se decide sobre su posible necesidad de protección internacional. Y debido a que, la resolución sobre la petición de asilo suele tardar bastante más de un año, los solicitantes de asilo se encuentran a menudo cerca de cumplir 18 años, o los han cumplido ya, en el momento en que se decide sobre su solicitud, lo que implica que habrán perdido la oportunidad de obtener un permiso de residencia temporal (si se les deniega el asilo) y, por consiguiente, una oportunidad importante para regularizar a largo plazo su situación administrativa¹¹³⁰.

No permitir que los menores solicitantes de asilo soliciten permisos de residencia en las mismas condiciones en que lo hacen otros menores no acompañados no responde a ningún fin legítimo y puede disuadir a los menores de presentar solicitudes de asilo¹¹³¹.

Por su parte, el artículo 10 de la misma Ley recoge la “extensión familiar del asilo” a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado, o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo en los casos de separación legal, de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar, en los que se valorará, por separado la situación de cada miembro de la familia.

Cuando los menores accedan al territorio español en compañía de alguno de sus padres se acogerán a la extensión familiar del asilo en los términos explicados en el mencionado artículo 10.

El Reglamento de la Ley de Asilo establece que la Autoridad deberá expedir un documento de identidad que habilitará “al refugiado y a los dependientes o familiares a quienes se haya reconocido la extensión familiar para residir en España y desarrollar actividades laborales(...)” (art. 29.2) y, si el refugiado no dispusiera de trabajo o medios económicos para atender sus necesidades o las de su familia (art. 30), podrá beneficiarse de los servicios sociales, educativos, sanitarios prestados por las Administraciones Públicas competentes (art 15.1).

De esta forma, en el caso de menores extranjeros incluidos en la solicitud de asilo de sus padres, la presentación de dicha solicitud supone la permanencia provisional de tales menores,

¹¹³⁰ Separated Children in Europe Programme, “Country Assessment: Spain”, 2003, https://www.savethechildren.net/separated_children/publications/assessments/assess_Spain_eng.pdf (consultado el 10 de Diciembre de 2010), pág. 46.

¹¹³¹ El ACNUR en sus comentarios de 13 de Octubre de 2004, al proyecto de Reglamento de Extranjería pidió de forma expresa que no se consideraran incompatibles. la vía del asilo y la vía de extranjería, ya que entiende que, prima el interés superior del menor sobre el de reunificación familiar y que en todo caso no conviene que tras esperar la tramitación del procedimiento de asilo, se exijan nueve meses para poder iniciar la regularización de la situación del menor.

la garantía de no devolución ni expulsión y, en el supuesto de que sus progenitores no tengan medios económicos, el derecho a ser beneficiarios de servicios sociales, educativos y sanitarios. Sin embargo, las normas españolas sobre derecho asilo no ofrecen dicha protección a los menores no acompañados. Por último, la especial condición de los menores de edad apátridas, también ha sido tomada en consideración por el legislador en el RD 865/2001 de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida identificación, condiciones de acogida cuando son solicitantes de asilo, Estado responsable del examen de la solicitud de asilo, por todo ello, el procedimiento de asilo, es considerado una larga carrera de obstáculos¹¹³². La situación es diferente cuando son los menores no acompañados o en situación de desamparo los solicitantes de asilo. Respecto a este colectivo, el Reglamento de la Ley de Asilo, dispone en su artículo 15.4 que serán representados por su tutor legal durante toda la tramitación de sus expedientes de asilo y que dichas solicitudes de asilo se analizarán de conformidad con los convenios y recomendaciones aplicables al menor solicitante de asilo.

A este respecto debemos hacer referencia a la Directiva 2005/85/CE del Consejo¹¹³³, sobre procedimiento de asilo, que si bien, no establece un procedimiento específico de asilo para los menores no acompañados, si establece al menos en su Preámbulo la necesidad de establecer garantías procesales para los mismos debido al interés superior del menor que debe perseguirse siempre. Sin embargo, esta vocación garantista no fue trasladada a la parte dispositiva de la citada norma, por lo que no se establece en la citada disposición diferencia alguna de trato en materia de procedimiento entre adultos y menores, si bien, se admite que los Estados miembros, si así lo dispone su legislación permitan a los menores presentar solicitud en su propio nombre o si lo desean, nombren representante, no obstante, no se permite el nombramiento de este último en los supuestos contemplados en el art 17.2 de la citada Directiva que son los siguientes: a) vayan a alcanzar, con toda probabilidad, la mayoría de edad antes de que se adopte una decisión en primera instancia, o b) puedan disponer gratuitamente de un asesor jurídico u cualquier otro consejero, reconocido como tal con arreglo a la legislación nacional para cumplir los cometidos asignados más arriba al representante, o c) estén o hayan estado casados, o d) cuando hayan cumplido dieciséis años (salvo que estén en condiciones de continuar con la solicitud sin representante)

En cuanto al tratamiento específico que efectúa la ley 12/2009 de asilo y protección subsidiaria, sobre estos menores se establece en el título V rubricado "de los menores y otras

¹¹³² Informe de Amnistía Internacional (Septiembre 2001). El asilo en España: Una carrera de obstáculos. Pone de manifiesto, entre otras cuestiones los obstáculos que se encontraban los solicitantes de asilo, cuando viajaban por vía marítima, aérea o cuando llegaban a las embajadas españolas en otros países o en las ciudades de Ceuta y Melilla.

¹¹³³ Vid, estudio sobre este instrumento realizado por STRICK, T (2008). Procédures Directive: An Overview, en The Directive: Central Themes. Problem Issues and Implementation in selected Member Status, Karin Zwaan (ed.), Nijmegen, págs 7-9.

personas vulnerables” a los que se dedica tres artículos 46-48. En el primero, establece un tratamiento diferenciado unitario para un grupo de personas vulnerables: “menores, menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos”.(art 46.1 *in fine*),recogiéndose en el apartado 3 del citado artículo, que cuando cualquiera de las personas integrantes de estos grupos no pueda quedar encuadrada en la figura de asilo o protección subsidiaria ,se podrá autorizar su permanencia en nuestro país por razones humanitarias de conformidad con lo dispuesto en la ley de extranjería. Seguidamente en el art 47, el legislador se refiere de forma específica a los menores, a los que se compromete a prestar la asistencia sanitaria y psicológica adecuada y la asistencia cualificada que precisen. Y finalmente, en el ar 48, realiza un tratamiento diferenciado de los menores no acompañados, asimismo traspone entre otras la Directiva 2005/85/Consejo (anteriormente analizada) y dispone en su art 48.3 lo siguiente: “De forma inmediata se adoptarán medidas para asegurar que el representante de la persona menor de edad, nombrado de acuerdo con la legislación vigente en materia de protección de menores, actúe en nombre del menor de edad no acompañado y le asista con respecto al examen de la solicitud de protección internacional.”Apartado que debe ser puesto en relación con el anterior del mismo artículo (aprt 2) y que establece también que, en caso de que no se pueda determinar la edad, el Ministerio Fiscal dispondrá lo necesario para proceder a su determinación, recabando para ello la asistencia de los servicios sanitarios precisos, incluso en el supuesto de negativa del menor de someterse a dichas pruebas, no será obstáculo para resolver sobre la solicitud de protección internacional. De modo que, si se verifica su minoría de edad, se procede a su ingreso en los servicios competentes de protección de menores para que estos le presten la asistencia adecuada y será nombrado inmediatamente un representante que le asista con respecto al examen de la solicitud de protección internacional. Asimismo durante el período de examen de la solicitud se deben por parte de la Administración crear las condiciones adecuadas para el asilo y, cuando se le ha concedido favorecer su integración en nuestro país. Y solo en los casos, en que se compruebe que es conveniente en aras a su interés superior la repatriación a su país de origen, por ser localizada su familia y verificar que sus condiciones son óptimas para su desarrollo y mejores que las que les va a brindar España proceder a utilizar esta vía, en caso contrario deberá permanecer en España como asilado o en su defecto como sujeto objeto de protección por razones humanitarias, de acuerdo con lo dispuesto en el art 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño que obliga a los Estados partes a garantizar que el menor refugiado, o que solicita asilo, “reciba la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes” y con el mandato recogido por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas que especifica esta obligación como *inter alia*, “la obligación de establecer un

sistema operante en materia de asilo” y de “crear las capacidades necesarias para poner en práctica este trato de acuerdo con los derechos pertinentes” con el fin de que “los menores que soliciten el asilo, con inclusión de los no acompañados o separados, puedan entablar, con independencia de la edad, los procedimientos correspondientes y recurrir a otros mecanismos complementarios orientados a la protección internacional¹¹³⁴”.

Es decir, en virtud de este precepto se obliga a que exista un procedimiento de determinación de la edad para todo menor independientemente de que solicite asilo o no, siempre que esta no pueda establecerse con seguridad, encomendándole la función de promover el mismo al Ministerio Fiscal, que se auxiliará en esta labor con la colaboración de las autoridades sanitarias, y donde la negativa del menor a ser examinado no impedirá que se dicte resolución sobre su demanda de protección internacional, el ejercicio de esta labor tuitiva garantizada por del legislador hacia los menores demandantes de asilo, queda recogida expresamente en el art 17 referido a los requisitos que deben observarse en la presentación de la demanda, en su parrafo 5. En donde, se admite un tratamiento diferenciado por razón de sexo ,cuando sea preciso, debiendo dejar constancia de este hecho en el expediente administrativo. Así como en el art 47 del mismo texto, rubricado ”Menores” que permite un tratamiento diferenciado para estos menores por motivos diferentes al sexo, sobre todo por razones de edad, especialmente para los menores de edad extranjeros no acompañados que precisan profesiones con formación específica , tal y como establece el tenor literal del citado precepto que dispone lo siguiente: “*Los menores solicitantes de protección internacional que hayan sido víctimas de cualquier forma de abuso, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano, o degradante, o que hayan sido víctimas de conflictos armados recibirán la asistencia sanitaria y psicológica adecuada y la asistencia cualificada que precisen*”.

No obstante, el principal problema que se da en la práctica, estriba en el hecho de que no todas las Comunidades autónomas interpretan de la misma forma el artículo 15.4 del Reglamento de la Ley de Asilo, de modo que, mientras que algunas no se tramita el expediente de solicitud de asilo hasta que el menor no haya sido tutelado por el Organismo competente, en cambio en otras, se tramita primero la petición de asilo y seguidamente se envía al menor al Organismo competente en el ámbito de atención a la infancia y a la adolescencia.

Ante esta dicotomía, debemos preguntarnos sobre la solución idónea en atención al principio general del interés superior del menor, que rige en todas las actuaciones administrativas y judiciales relativas a medidas dirigidas a la infancia y a la adolescencia. Por tanto, ante la situación de un menor de edad en situación de desamparo que solicita asilo a las autoridades españolas ¿Qué debe primar? ¿La petición de asilo o la atención de la persona por el

¹¹³⁴ Comité de los Derechos del Niño de NU, Observación General N° 6, párrafos. 64-66.

Organismo de protección competente? Es decir, ¿Es mejor para el menor tramitar su petición de asilo, sin intervención del organismo competente de atención a la infancia y a la adolescencia, y luego ofrecerle la asistencia pertinente, o bien, es mejor ofrecerle primero la asistencia y seguidamente que sean los responsables de su guarda los que decidan sobre la pertinencia de la solicitud de asilo? En la práctica, lo que parece más idóneo para un menor extranjero en situación de desamparo es su asistencia inmediata y su protección por el organismo competente para la atención de la infancia y la adolescencia, con la finalidad de dar respuesta a sus atenciones básicas (de alojamiento, manutención, estado de salud o tutela, entre otras), puesto que, en una situación compleja como la que se presenta no es lo más urgente la tramitación de la solicitud de asilo. El criterio fijado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas (ACNUR) en estos casos, lo idóneo es proceder al nombramiento de un tutor encargado de promover los intereses del menor y de obtener una decisión que los favorezca. Y en defecto de padre o tutor son las autoridades públicas las que son responsables de garantizar que los intereses del menor que solicita asilo queden plenamente garantizados¹¹³⁵. Sin embargo, generalmente estos menores son tratados como migrantes económicos y no como demandantes de protección internacional.

De modo que, la determinación de la edad del extranjero resulta de gran trascendencia para el menor, en cuanto de ella dependerá la medida concreta a adoptar. Así, en el supuesto que de las pruebas de determinación de la edad, resulte que se trata de un extranjero indocumentado mayor de edad, automáticamente se convertirá en infractor de la normativa de extranjería por encontrarse irregularmente en territorio español (art. 53.a LOEXTR), pero si por el contrario, se comprueba su minoría de edad, este será puesto a disposición de los servicios de protección de menores, siguiendo un procedimiento diferenciado, en virtud de que la causa por la que se encuentra en nuestro país, demandante de protección internacional o causas económicas, siendo incompatibles la demanda de ambas situaciones de forma simultánea, agravándose esta situación ante la tardanza de la Administración en resolver ambas circunstancias, con repercusiones más graves cuando el menor demanda asilo. Apreciándose como en ambos casos, estas deberían de tener un tratamiento preferente debido a que a la situación de minoría de edad, y de no acompañamiento, debe adicionarse la situación de peligro en que se encuentra el menor cuando este demanda refugio, en cualquiera de los casos, la resolución que se adopte así como

¹¹³⁵ Apartado 214 del Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de Refugiado cit pág 71, dispone su tenor literal lo siguiente: “La cuestión de si un menor no acompañado puede reunir las condiciones necesarias para obtener la condición de refugiado debe determinarse ante todo según el grado de madurez y de discernimiento del menor. Si se trata de un niño, generalmente será necesario recabar los servicios de expertos familiarizados con la mentalidad infantil. Como el niño – y para el caso el adolescente – no están legalmente emancipados, habría que nombrarles, llegado el caso, un tutor encargado de promover los intereses del menor y de obtener una decisión que los favorezca. A falta de los padres o de un tutor nombrado legalmente, incumbe a las autoridades lograr que los intereses del menor que solicite la condición de refugiado queden plenamente garantizados”

el tiempo para resolver, debe primar el interés del menor, que a pesar de ser reiteradamente invocado por el legislador en la practica es el gran olvidado.

De otra parte, la aprobación el 15 de Abril de Reglamento de ejecución de la LOEXTR, ha supuesto modificaciones sustanciales en esta materia aplicables a los menores en general y por tanto, tambien tienen atribuidas los menores solicitantes de asilo recogidos en el art 150 entre las que destacamos las siguientes:

- a) Cuando se localice aun menor los Cuerpos y Fuerzas, si no hay duda por su apariencia física o documentación sobre su minoría de edad, es puesto inmediatamente al servicio de protección de menores de la CCAA y simultáneamente se debe comunicar este hecho al Ministerio Fiscal, debiendo inscribirse los datos de identificación del menor en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.
- b) En caso de que no se pueda precisar la edad, las Fuerzas de Seguridad, debe informar a los servicios autonómicos de protección de menores donde ha localizado al menor, para que, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor.
- c) Tambien simultáneamente se le comunicara al Ministerio Fiscal, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.
- d) Se informara inmediatamente al Delegado del Gobierno de este hecho.
- e) La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, en ambos caso es la encargada de impulsar el Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados, destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde que se localiza hasta que se le documenta.
- f) En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, (lo cual supone que continuara aplicándose el método Pylé) se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.
- g) Seguidamente el Ministerio Fiscal, mediante Decreto cuando se determine su minoría de edad, lo comunicara al Delegado del Gobierno del territorio donde fue encontrado el menor y se procede a su inscripción en el Registro de Menores No Acompañados.
- h) Tras haber sido puesto el menor a disposición del servicio de protección de menores de la CCAA, ésta esta obligada a informarle, de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste, del contenido básico del derecho a la protección internacional y

del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita.

- i) En el supuesto de residencia de hijo nacido en España si el progenitor es beneficiario de asilo o protección subsidiaria, en tal caso, la ley les permite el ejercicio del derecho de optar entre éstos podrán optar entre solicitar para él la extensión familiar del derecho de protección internacional o una autorización de residencia, en función del interés superior del menor.

Finalmente, es obligado hacer referencia al art 111 del RD 2393/2004 de 30 de Diciembre, por el que se aprueba la creación de un Registro de menores extranjeros no acompañados¹¹³⁶ focalizado en la Dirección General de la Policía, en el que deben constar los siguientes datos: nombre y apellidos, nombre de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad, última residencia en el país de procedencia; impresión dactilar; fotografía; centro de acogida donde resida ;organismo público bajo cuya protección se halle; resultado de la prueba médica de determinación de la edad, según informe de la clínica médico forense; cualesquiera otros datos de relevancia a los citados efectos de identificación, incluidos los que puedan facilitar la escolarización del menor.

Además en el apartado 2 del citado artículo, impone la obligación a los servicios competentes de protección de menores, de comunicar a la Dirección General de la Policía, el hecho de que si tienen conocimiento que un menor se encuentra en situación de desamparo, el deber de comunicar cualquier dato que posea sobre la identidad del mismo. Sin embargo, este precepto al igual que otros, es inaplicable a pesar de la recomendación de su utilización por parte del Protocolo de menores no acompañados de la Dirección General de las Familias y Observatorio de la Infancia de 14 de Noviembre de 2005 y de la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado,. En el primero, se ordena a los servicios de protección de las CCAA, en donde se traslada al menor una vez verificada su minoría de edad, a que éste inicie expediente de protección y adopte las medidas de atención inmediata necesarias para el menor no acompañado e indocumentado. Mientras que en segundo, se recoge el deber de promoción sobre dicho registro a los fiscales, exigiendo su utilización como herramienta de consulta para la determinación de la edad, por parte de las Fuerzas de Seguridad antes de realizarse el procedimiento de determinación de la edad, así como para proceder a las inscripciones de los menores localizados por primera vez en nuestro país, resultando paradójico el hecho que los dos instrumentos señalados, no aludan a la necesidad de declarar el desamparo sino simplemente se refieran a la puesta a disposición del menor.

¹¹³⁶ Vid, estudio sobre este registro realizado por NEVADO FERNANDEZ, M.J. (2007). Comentarios al Reglamento de extranjería (coord.) por Margarita Isabel Ramos Quintana, Gloria Pilar Rojas Rivero, Lex Nova, Madrid, págs. 667-669

Por su parte, el nuevo Reglamento de 2011 lo recoge en el art 215, se incluye una nueva regulación del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, que será coordinado por el Ministerio Fiscal, y que incluirá datos fisonómicos y biométricos del menor y los traslados entre Comunidades Autónomas

3.5.-LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO DE LOS MENORES DE EDAD

Hasta ahora hemos analizado la situación del menor de edad extranjero no acompañado en materia de derechos, a continuación, procederemos a determinar que ocurre cuando este una vez que ha sido reconocida su minoría de edad, que actuación realiza la Administración a partir de ese momento con respecto a los mismos. Para ello, tomaremos como punto de partida su regulación en los instrumentos internacionales. El punto de partida, lo encontramos en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1959, en concreto en su art. 6 y en el art. 20 de la Convención de las Naciones Unidas, donde se reconoce el derecho del niño a un desarrollo normalizado, y en el que se exige que se atiendan no solo sus necesidades básicas, entre las que se incluyen no solo las físicas sino también las psíquicas. De modo que, si el menor se encuentra en situación de desamparo es obligación de la propia Administración el protegerlos y adoptar los mecanismos necesarios para que éstos no pueda ser privado de sus derechos. En el mismo sentido, se pronuncia la Carta Europea de los Derechos del Niño¹¹³⁷. Mas tarde, será el Consejo de Europa en su Resolución 97/C221/03, de 26 de Junio, el que se pronuncie en torno a la situación de desamparo donde se expresa específicamente que para que se de esta situación deben concurrir los siguientes requisitos:

- Que se trate de personas menores de 18 años.
- Que sean nacionales de un tercer Estado, distinto del Estado miembro en el que se encuentren.
- Que no vengán acompañados de un adulto que se haga cargo de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbre, ni estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto que se responsabilice de ellos.

De otra parte, el tratamiento constitucional que se realiza en nuestro derecho de esta situación viene recogido en el art. 39.4 anteriormente aludido. Por su parte, la LPJM en su art. 10.3 hace referencia expresa al riesgo, determinándose la responsabilidad de la entidad pública en caso de producirse dicha situación, estableciendo como novedad, la participación ciudadana en la detección de estas situaciones, definiéndose esta situación por F. BENITO

¹¹³⁷ Resolución A 3-0172/92.

ALONSO(1996)¹¹³⁸: “cuando a consecuencia de determinadas circunstancias personales, familiares o sociales, su desarrollo personal o social se ve perjudicado, si bien, el estado de vulnerabilidad que caracteriza la situación de riesgo no tiene la gravedad, intensidad o persistencia propias del desamparo, para justificar su separación del núcleo familiar” .Además con respecto a la situación administrativa del menor, el art. 10.4 del mismo cuerpo normativo declara “*que una vez constituida la guarda o la tutela a la que se refiere el apartado anterior de este artículo la Administración Publica competente facilitara a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación, en los términos que reglamentariamente se determinen*”.

De otra parte, conviene recordar que la materia sobre protección jurídica del menor corresponde al Estado, en virtud de lo dispuesto en el art 149.1.8 de la CE, que dispone lo siguiente: “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.¹¹³⁹” Sin embargo, cabe el traspaso competencial a las CCAA ,para que estas puedan legislar en materia de menores en virtud del art 148.1.20, que atribuye a éstas competencias en materia asistencial social .De ahí, que la mayoría de los estatutos de autonomía prevean la asunción de competencias en materia de protección y tutela de menores. Hecho que ha propiciado que cada una de las CCAA, tengan autonomía para desarrollar su propio sistema de protección, dentro del marco fijado por las normas internacionales y estatales que regulan esta materia, siendo el denominador común en todas ellas, en el caso concreto que nos ocupa- menores extranjeros no acompañados- que solo se produzca la intervención administrativa, cuando se pruebe que efectivamente el menor se encuentra solo en nuestro país, pero en cambio a pesar de que ,las causas que existen para que se produzca el desamparo son comunes en cualquier parte del Estado español en que se situó al menor, la valoración que se el da a cada una de estas causas dependerá de la CCAA en la que nos situemos, de modo que, en algunas comunidades por el mero hecho de producirse una de las causas previstas para el desamparo este es declarado por el organo autonómico de protección de menores, mientras que otros casos, será la Administración Autonómica quien valore que el supuesto que se plantea se encuentra

¹¹³⁸ Actuaciones de riesgo y desamparo de menores, tutela por ministerio de la ley y guarda, Cuadernos de Derechos Judicial núm 16,págs 191 y ss

¹¹³⁹ Vid, estudio sobre este problema de FERNÁNDEZ MASÍA, E., (1988). Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España, AC, nº 19, págs. 427-451.

recogido en la ley para declarar que si existe realmente desamparo ,provocando una evidente discriminación del menor ,en función de la CCAA donde este ha sido localizado .

En cuanto al tratamiento que se efectúa de esta figura en nuestra legislación de extranjería, el primer antecedente sobre esta materia se encuentra en RD 155/1996 de 2 de Febrero ¹¹⁴⁰ en su art 13, que reconoce esta institución y cuya dicción literal es la siguiente: “Cuando se trate de menores en situación de desamparo en los términos establecidos en la legislación civil, éstos serán encomendados a los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniéndolo en conocimiento.” Asimismo, señala que estos menores no podrán ser objeto de las medidas de expulsión previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y en este Reglamento. Más tarde, la LOE y su Reglamento de 2001 ¹¹⁴¹, los rubrica “Residencia de menores”, en el se regula la situación de estos menores, acentuando siempre que sea posible la repatriación, y, en su defecto, estableciendo mecanismos que favorezcan su integración en la sociedad. Actualmente, es de aplicación el RD 2393/2004, que sustituye el título dado por el Reglamento de 2001 en su art 62 de “menores extranjeros en situación de desamparo”, por el de “menores extranjeros no acompañados” ,ubicando su tratamiento en el art 92 de la citada disposición. Las razones que han motivado este cambio terminológico, no son solo de tipo técnico sino sobre todo de fondo, ya que a juicio de F.J. DURAN RUIZ (2007) ¹¹⁴² esta modificación “ Posibilita que no se consideren automáticamente la situación de desamparo de estos menores y además también, pese a que se toman medidas favorables a la integración del menor, se le coloca en una posición de inseguridad permanente respecto de su situación, pues se prevé que, pueda ser repatriado incluso después de haberse decidido su permanencia en España y haber obtenido una autorización de residencia. En contrapartida, se añade la garantía de que la repatriación del menor sólo se acordará si se dieran las condiciones para su efectiva reagrupación familiar, o para la adecuada tutela por parte de los Servicios de Protección de Menores de su país.” Este sentido novedoso ha sido adoptado por el legislador de extranjería en la redacción actual dada a la LOEXTR en su art 35, titulándolo de idéntica forma “menores no acompañados”, y en su apartado 2, se refiere al procediendo que se sigue cuando en España se localiza a un menor extranjero no acompañado y cuya literalidad del precepto es la siguiente: “*Determinada la edad, si se tratase de un menor de edad, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores*”. Es

¹¹⁴⁰ BOE núm. 47, de 23 Febrero 1996

¹¹⁴¹ Real Decreto 864/2001, de 20 de Julio(BOE núm. 240 de 6 Octubre de 2001)

¹¹⁴² Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: Entre la represión y la protección, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada www.refdugr.com ,pág 24

decir, a partir de comprobar que es menor de edad, el Ministerio Fiscal lo pone a disposición de los servicios de protección de la Administración donde sea localizado el menor, planteándose el primer problema para el mismo, consistente en que hasta que la Administración verifica su situación de “no acompañado”, éste es ubicado en un centro de acogida (el del lugar de la CCAA donde fue hallado, novedad introducida por el parrafo 4 del art 35 de la ley vigente ,la LOEXT en cambio ,solo exigía la puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores),sin que se le declare generalmente la guarda de hecho¹¹⁴³ prevista en el art 303 del Cc cuya dicción literal es la siguiente” *Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la Autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas* ” ni tampoco, la situación de desamparo, lo cual, nos plantea el problema de determinar en que consiste esta ultima figura, para comprenderla tendremos que tomar como punto de partida su origen para comprender si procede su aplicación o no a este colectivo de menores. De otro lado, debemos de tomar como punto de inflexión la situación de desamparo a nivel internacional, para comprender la regulación que se efectúa por parte de nuestro derecho.

El primer antecedente de la figura de desamparo (situación que le permite a la Administración ejercer la patria potestad del menor) en nuestro ordenamiento infraconstitucional se produce en por la Ley de 5 de Diciembre de 1941¹¹⁴⁴, que introdujo el termino “abandono”¹¹⁴⁵ sin especificar el contenido del mismo, simplemente se limitaba a señalar que los menores abandonados podían ser sujetos específicos y cualificados de la adopción. Siendo posteriormente la Ley 4/1970 de 4 de Julio¹¹⁴⁶, la que venga a definir el término abandono distinguiendo dos modalidades del mismo: el simple y el cualificado. El primero, se daba respecto a los menores de 14 años, que careciesen de personas que les asegurase la guarda, alimento y educación, siendo irrelevante la situación que se hubiese originado por causas voluntarias o involuntarias. Por tanto, nos encontramos ante un concepto objetivo, motivo que origino muchas críticas por parte de la doctrina, reduciéndose su apreciación a que se constara la simple situación de hecho sin que se tuvieran en cuenta ni los

¹¹⁴³ En opinión de GANZENMÜLLER ROIG Y ESCUDERO MORATALLA, J. F (2005). Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico, Barcelona, Bosch, pág. 282. La guarda de hecho excluye la situación de desamparo

¹¹⁴⁴ BOE núm. 350 de 16 de Diciembre 1941

¹¹⁴⁵ Vid, GONZALEZ LEON, C., (1995). El abandono de menores en el Código Civil, Bosch, Barcelona, págs 67-73.

¹¹⁴⁶ BOE núm. 82 de 6 de Abril de 1970.

supuestos de fuerza mayor ni los de carácter transitorio¹¹⁴⁷. En cambio, se utilizaba la modalidad de “abandono cualificado o abandono exposición”, que era recogido en el art 174.3 del Cc, figura que coincidía con lo que hasta entonces se llamaba “exposición”, que en realidad comprendía una especie de renuncia a la patria potestad que llevaba implícito el consentimiento previo y genérico de la adopción, para lo cual, se exigía que el menor fuera entregado en un establecimiento benéfico cuando este hubiese sido entrado al mismo sin datos de filiación o cuando siendo esta conocida, constara la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor, debiendo realizarse esta manifestación simultáneamente al acto de entrega o inferida en actos posteriores, en este sentido BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO(1982):¹¹⁴⁸ señala que el ya que supone una dejación de la patria potestad, el abandono debe llevar implícito un consentimiento previo y genérico a dicha adopción. En cualquiera de los casos, se exigía que transcurrieran seis meses continuos sin que el padre, madre, tutor u otros familiares se interesasen por el de modo efectivo, sin ser suficiente la mera petición de noticias para interrumpir el citado plazo. Asimismo, expresamente se establecía que la situación de abandono, sería apreciada y declarada por el juez competente para conocer del expediente de adopción, siendo las críticas más destacadas precisamente sobre esta falta de autonomía entre el trámite previo del abandono y el de adopción. Posteriormente en 1981, se acorta el plazo de 6 meses que se exigía anteriormente para apreciar el abandono y se fija este en 30 días. Por ultimo, la reforma operada en el Cc por Ley 21/1987 de 11 de Noviembre¹¹⁴⁹, bajo la rúbrica “De la adopción y otras formas de protección de menores”, introduce como novedad redefinir la guarda, tutela y adopción, así como la introducción de la figura de desamparo (frente a la anterior de abandono) , definiéndose este como “la situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección

¹¹⁴⁷ CASTILLO MARTÍN, J. A. (2008). La protección a los menores por las entidades públicas y sus efectos sobre la patria potestad, Edit por la VENIA, Revista del Colegio de Abogados de Melilla, Abril de 2008, págs 32-33

¹¹⁴⁸ Comentario al art 174 del Código Civil en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, Vol.2, ALBADALEJO GARCIA, M (Dir.), Edersa, Madrid, págs 344-345.

¹¹⁴⁹ Vid, análisis realizado sobre esta norma por IGLESIAS REDONDO, J. I., (1996). Guarda asistencial, tutela «ex lege» y acogimiento de menores (en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil), Barcelona, Cedecs, pág. 164, quien señala que fue fruto de la propuesta de los grupos Nacionalistas Vascos y Socialista, a través de una enmienda transaccional en el seno del Congreso de los Diputados; ESTEBAN DE LA ROSA, MOLINA NAVARRETE Y ARCE JIMÉNEZ (2005).La inmigración extranjera, en CEF, Madrid, págs 118 y ss; ASÍN CABRERA, M. A.,(2007). Menores Extranjeros No Acompañados, en M. I. RAMOS QUINTANA(coord)Comentarios al Reglamento de la Ley de Extranjería, Lex Nova, Valladolid, págs 561 y ss.; SEGRELLES, L., (2006). Artículo 35.Residencia de Menores, en C. ESPULGUES MOTA (coord), Comentarios a la Ley de Extranjería, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs 860 y ss, entre otros.

establecidos por las leyes para la guarda de los menores,¹¹⁵⁰ es decir, a partir de este momento se atribuye a las Administraciones Públicas la competencia directa en materia de protección de menores, destacando la potestad para dictar la declaración de desamparo y para ejercer la tutela automática por la Administración¹¹⁵¹. Finalmente la LOPJM, realiza no solo una mejora técnica sino también de fondo sobre esta figura, perfilando algunos aspectos como: la necesidad de comunicación de la situación de desamparo al Ministerio Fiscal (y no al Juez de Menores) y a los propios padres biológicos en el plazo de 48 horas; la posibilidad de recurrir la resolución por la que se aprecia el desamparo ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa; y, la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria que lleva consigo la asunción de la tutela automática por parte de la entidad pública, en este sentido tal y como señala acertadamente por JACINTO GIL RODRÍGUEZ (1997)¹¹⁵²: “En la Ley de 1987 y su continuación con la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, el legislador estaba empeñado en el diseño de un esquema que obvia o retrasa la intervención judicial y busca la eficacia inmediata de la autoridad gubernativa” (objetivo este que aun hoy día sigue siendo una mera expectativa porque no se ha llegado a lograr). Siendo modificada la figura de desamparo y configurándose la misma a partir de ese momento en el art 172 del Cc. donde se define esta figura como “cuando a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. De modo que, se amplía el contenido del término desamparo a la carencia no solo física sino también psíquica, de conformidad con lo dispuesto en consecuencia por el Consejo de Europa anteriormente aludido.

Además no hay que olvidar que el desamparo tal y como señala BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M (1997):¹¹⁵³ “se declara por la Administración y no por el juez, como ocurra en la

¹¹⁵⁰ Es interesante la distinción establecida por VARGAS CABRERA, B (1991). El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87, Anuario de Derecho Civil, 1991, (2) pág 620 y, del mismo autor, la Protección de menores en el ordenamiento jurídico (1994). en Comares, Granada, pág 16. En las que contraponen el art 170 Cc al antiguo 174 que regulaba el abandono de menores, exponiendo respecto del primero, que “dada la estructura de la norma sigue siendo la de incumplimiento-sanción, basada en el descuido-desinterés, y que la privación de la patria potestad por el art. 170, se hace fundamentalmente en razón de la actuación de los padres hacia el hijo, sin demarse un resultado específico de carencias y perjuicios materiales y morales a éste, como sucedían en el concepto de abandono del art 174”

¹¹⁵¹ Un punto de vista progresista con respecto a la reforma del Cc de 1987, es el realizado por MARTINEZ AGUIRREZ, C., (1992). La protección jurídico civil de la persona, Anuario de Derecho Civil, 1992, XLV (4), pág 1475, que considera que la protección del menor depende de un elemento teleológico, de la situación real del menor necesitado de protección y de la eficacia de los mecanismos de protección creados para obtenerla.

¹¹⁵² En colaboración con LLUÍS PUIG I FERRIOL, LL Y GETE-ALONSO Y CALERA, M. C y HUALDE SÁNCHEZ J. J (1997). Manual de Derecho Civil, T. I, Introducción y Derecho de la Persona, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 (1ª ed., 1995).

¹¹⁵³ El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas, en Tecnos, Madrid, pág 212.

redacción anterior del Cc, debido a la necesidad que conlleva la inmediatez de la actuación administrativa, teniendo esta un carácter automático, de forma que ni el juez tiene que proceder al nombramiento de la entidad pública como tutora, sino que desde el momento que la Administración constata la existencia del desamparo ésta tiene la responsabilidad de dar protección al menor”.Sin embargo, en la práctica las CCAA no siguen el mismo criterio a la hora de declarar la situación de desamparo, contraviniendo lo preceptuado por el art 42.3 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que dispone “*Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses.*”Parrafo, que debe ser puesto en relación con el anterior del mismo artículo (art 42.2) que establece lo siguiente” *El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo, no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea*”.De modo que, al no señalarse por la ley un plazo de decisión, cada CCAA fija libremente el plazo para dictar la resolución sobre esta materia, con los consiguientes perjuicios que conlleva esta falta de uniformidad para el menor no acompañado de ahí, que a juicio de J. MORENO TORRES SANCHEZ (2010)¹¹⁵⁴ la posible solución a adoptar en estos casos es una de las siguientes: a) iniciación de oficio el procedimiento y en este caso, ser de aplicación el 44 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que señala lo siguiente :”En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones”;b) considerar que el menor puede iniciar el procedimiento de desamparo en cuyo caso dependerá de los efectos que se le otorgue a la resolución, ya que si se estiman positivos la falta de resolución expresa conlleva la resolución de la declaración de desamparo y asunción de la tutela¹¹⁵⁵;o, por el contrario, c) considerar que los efectos de la resolución a instancia de parte produce efectos negativos ,en tal caso, se considera la patria potestad suspendida.

Al hilo de lo expuesto, también debe ser puesto en relación el art 172 del Cc que define el desamparo con el artículo 13.2 de la LOPJM que establece” *que a instancias del órgano que ejerza la tutela, se otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retraerán al momento en*

¹¹⁵⁴ VVAA (2010): los menores extranjeros no acompañados, (coord) por Isabel Lázaro González y Beatriz Moroy, cit pág 72.

¹¹⁵⁵ Tesis sostenida por DE PALMA DEL TESO A (2006). Administraciones públicas y protección de la infancia, en Instituto Nacional de la Administración Pública, pág 260.

que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma. Si el menor careciere de documentación y por cualquier causa no puede ser documentado por las autoridades de ningún país, se le documentará de acuerdo con lo previsto en el Art. 63 del Reglamento”. De este modo, el menor declarado en situación de desamparo, disfruta de un régimen privilegiado de acceso a la nacionalidad española en virtud de lo contemplado en el art 22.2 letra c) del Cc, tras haber residido un año en España, siempre que haya estado dos años bajo la guarda o la tutela de la institución competente, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud¹¹⁵⁶. Además, no hay que olvidar que el menor extranjero no acompañado adquiere la condición de residencia en España, desde el momento en que es puesto a disposición de los servicios de protección de menores, con independencia de que disponga o no de tarjeta de identidad de extranjero que le justifique dicha condición (art 35.7 de la LOEXTR) Apartado que debe ser completado con el 4 del mismo artículo, cuya dicción literal es la siguiente: “Se considera regular a todos los efectos la residencia de menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez quedaba acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiera sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores”. Sin embargo, el Reglamento vigente actualmente previsto en el RD 2393/2004 de 30 de Diciembre¹¹⁵⁷, en su art 92.5, contraviniendo lo dispuesto en la ley de extranjería, en concreto, lo establecido en el art 35.4 citado, establece un plazo de nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores; esto es, sólo a partir del transcurso de ese plazo y no antes el menor tiene derecho a obtener de la Administración del Estado la autorización de residencia a que se refiere el citado precepto, previa la correspondiente solicitud¹¹⁵⁸. No obstante, en una lectura correctora de este artículo,

¹¹⁵⁶ FERNÁNDEZ MASIA. E. (1998). Las Entidades Públicas y la Protección de los Menores Extranjeros en España. Rev. Actualidad Civil núm. 19, págs 427-451. También hay que tener en cuenta el plazo exigido al menor que tenga reconocida la condición de refugiado para adquirir la nacionalidad española es más amplio de 5 años (art. 22 Cc)

¹¹⁵⁷ Modificado por el RD1019/2006 de 8 de Septiembre (BOE núm.228 de 23 de Septiembre) y por RD 1162/2009 de 10 de Julio (BOE núm.177 de 23 de Julio de 2009)

¹¹⁵⁸ De hecho, tal es la interpretación de buena parte de la doctrina. Vid., p.e. AGUELO NAVARRO P. Y ÁLVAREZ RODRIGUEZ, A., (2001). Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería. Lex Nova. Valladolid, pág 618. Quienes consideran que se está condenando al menor a un limbo jurídico durante nueve meses, dando lugar a un incumplimiento de los principios rectores en materia de protección de menores; la misma línea es sostenida por ESTEBAN DE LA ROSA, G., (2001). Comentario al art. 17, en J. L. MONEREO PÉREZ Y CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, en Comentario crítico del Reglamento de desarrollo de la ley de extranjería por MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C., (2001): Comentario sistemático al Reglamento de la ley de Extranjería e Integración social (RD864/2001), EN J. L. MONEREO PÉREZ Y CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, Comentario a la LO 4/2001 reformada por la Ley 8/2000 y su Reglamento de desarrollo, edit por Comares, Granada, págs 1061 y ss; ...”, y en coautoría con MOLINA NAVARRETE C. Y ARCE JIMÉNEZ, E. (2005). La inmigración extranjera, en Centro de Estudios Financieros, Madrid, pág. 124; Esplugues Mota, C. y De

parece razonable entender que el plazo de nueve meses es un máximo, por lo que no es necesario esperar al transcurso del mismo para tramitar la autorización de residencia¹¹⁵⁹. Asimismo, resulta ambigua la expresión “haber sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores”, pudiendo interpretarse en el sentido de que el menor extranjero no acompañado haya sido incorporado al servicio de protección de menores, cualquiera que sea la medida de protección adoptada, dada la amplitud de la fórmula legal¹¹⁶⁰; o por el más restrictivo, de que se haya constituido formalmente la tutela *ex lege*¹¹⁶¹. En todo caso, el otorgamiento de la autorización de residencia se condiciona a que se acredite la imposibilidad de retorno del menor con su familia o al país de origen (art. 35.4 LO 4/2000)¹¹⁶², requisito que debe entenderse cumplido, a mi modo de ver, no sólo cuando se haya acordado la repatriación del menor y ésta no se haya podido ejecutar como prevé el precitado art. 92.5 del Reglamento, sino también cuando se haya resuelto la permanencia de aquél en España, una vez valoradas las circunstancias concurrentes¹¹⁶³. Por añadidura, la Administración del Estado suele tener en

Lorenzo Segrelles, M.,(2001): El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/200, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), Valencia, pág. 867; CAMPUZANO DÍAZ, B. (2004): Los menores marroquíes no acompañados y el derecho de extranjería, AJM, núm. IV, págs: 217 y ss ;y APRAIZF MORENO, F, (1998).Derecho de Extranjería. Vol. I y II. Bosch .Barcelona; y, APRELL LASAGABASTER, M.C. (1998). Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley, RJC, págs. 349-385.

¹¹⁵⁹ Tesis sostenida por la Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las Administraciones sobre los menores no acompañados de 2006, principio de actuación núm. 2. En la misma línea, el Defensor del Pueblo en su Informe de 2004, págs. 428-432 (<http://www.defensordelpueblo.es>), entiende que es posible presentar la solicitud antes de los nueve meses y que, incluso, es recomendable para evitar los perjuicios que se derivan para quienes alcancen la mayoría de edad durante la tramitación del permiso de residencia No obstante, según hace constar Senovilla Hernández, D. (2007):Situación y tratamiento de los menores extranjeros en Europa, en el Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Bruselas, pág, 44.Considera que normalmente las gestiones para solicitar la autorización de residencia no se inician antes de ese plazo, provocando retrasos negativos en la obtención de la documentación por parte de los menores.

¹¹⁶⁰Sostiene esta tesis la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado; y, en la doctrina, ALONSO PÉREZ, F., (2004). Régimen jurídico del extranjero en España, 4ª ed., Ministerio del Interior, ed. por Dykinson, Madrid, 2004, pág. 302; ÁLVAREZ LÓPEZ, P., (2004). La concesión de la autorización de residencia a menores extranjeros no acompañados. Comentario a varias sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha”, Actualidad Administrativa, 2004-II, págs 2069 y 2079; y DE PALMA DEL TESO, A (2007). Los menores inmigrantes no acompañados, en Las Comunidades Autónomas y la inmigración, E. AJA, A. MONTILLA Y E. ROIG (coords.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 560.

¹¹⁶¹ Postura mantenida por de LÁZARO GONZÁLEZ, I I., (2007). Menores extranjeros no acompañados. La situación en España, Prolegómenos. Derechos y valores, vol. X, núm. 19, pág. 158; y SENOVILLA HERNÁNDEZ, D. Situación y tratamiento los menores extranjeros en Europa o..., cit., pág 82.

¹¹⁶² Este requisito ha sido incorporado novedosamente al art. 35 de Ley Orgánica de Extranjería en su redacción dada por la LO 14/2003.

¹¹⁶³ Así también F. J. DURÁN RUIZ, “Las Administraciones públicas...”, cit., p 34. En relación con este requisito, adviértase con P. ÁLVAREZ LÓPEZ, “La concesión de la autorización de residencia...”, cit., p. 2077, que una motivación bastante común en las resoluciones denegatorias de autorización de

cuenta los informes sobre el comportamiento de los menores y su historial delictivo a la hora de conceder o denegar la autorización de residencia, lo que constituye una clara vulneración de la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal que prohíbe en su art. 4 el uso de datos personales para finalidades incompatibles con los objetivos para los que fueron recabados¹¹⁶⁴.

Teniendo legitimación para instar la concesión de la autorización de residencia por parte de la Administración del Estado, según el citado art 35 la propia entidad pública que ejerce la tutela¹¹⁶⁵, sin perjuicio de la que puedan tener otras personas en función de los criterios del procedimiento administrativo.

En conclusión, la autorización de residencia una vez concedía a los menores extranjeros no acompañados opera retroactivamente, en cuanto que, según dispone el art. 35.4 de la LOEXTR, una vez concedida, sus efectos se retrotraerán al momento en que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores; previsión de gran relevancia a efectos de facilitar la integración del menor en nuestro país y constituir una vía para conseguir posteriormente la autorización de residencia permanente o de la nacionalidad española. De modo que, una vez concedida la autorización de residencia esta tendrá un carácter temporal –más de 90 días y menos de cinco años-(art 31LOEXTR) pero a pesar de que el legislador de extranjería establece en el Reglamento 2393/2004 72.3 letra e) que:

“Tendrán derecho a obtener una autorización de residencia permanente los extranjeros que acrediten que (...) al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva”.

En la práctica, se va a dispensar el mismo tratamiento a un menor extranjero no acompañado a cualquier extranjero, al exigirle el mismo periodo de residencia legal de carácter temporal que se precisa con carácter general para acceder a la situación de residencia permanente (art. 32.2 LO 4/2000 y art. 72.1 RD 2393/2004), a pesar de incluirse entre los supuestos especiales destinados a favorecer el acceso a esta

residencia a los MENA es que no se haya instado la repatriación; esto es, la Administración se basa en su propia inactividad para motivar la denegación de la autorización de residencia.

¹¹⁶⁴ Según denuncia Human Rights Watch en su Informe Responsabilidades no bienvenidas..., cit. (http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain_0707/).

¹¹⁶⁵ Esta actuación de la entidad tutora se encuentra, asimismo, prevista en el art. 10.4 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

situación¹¹⁶⁶. Ello sin olvidar, la problemática derivada del hecho de que muchos de estos menores, por tener edades próximas a la mayoría de edad, no alcanzan a cubrir el periodo de cinco años exigido legalmente, de tal manera que, una vez que dejan de ser tutelados por la Administración, pasan a engrosar el número de inmigrantes ilegales¹¹⁶⁷. Resulta, por tanto, más sencillo para un menor no acompañado obtener la nacionalidad española que el permiso de residencia permanente, lo que no deja de resultar paradójico.

No obstante, la aprobación del reciente Reglamento de 2011 de ejecución de la LOEXTR, ha modificado esta materia, regulando la figura de la “autorización de residencia del menor no acompañado”, esta deberá ser otorgada una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores añadiéndose en art 196.2 del citado Reglamento “*La Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que esté fijado el domicilio del menor iniciará, de oficio, por orden superior o a instancia de parte, el procedimiento relativo a la autorización de residencia*”.

A lo que debe anexionarse que, a partir de la entrada en vigor de esta nueva disposición (probablemente Junio o Julio de 2011) la autorización de residencia tendrá una vigencia de “un año”, retrotrayéndose su eficacia a la fecha de la resolución del Ministerio Fiscal por la que se determinó la puesta a disposición del menor del servicio de protección de menores. O en su caso, “tendrá la duración de la actividad en relación con la cual haya sido concedida”. Se “renovará al año”, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración. (Es decir continuar precisando haber venido renovando esta o que esta haya sumado el cómputo de los cinco años y sea renovada)

También hay que reseñar la novedad introducida por el legislador de extranjería en este Reglamento, si el menor ha sido documentado con autorización de residencia en la edad próxima al cumplimiento de la mayoría de edad, podrá personalmente solicitar la renovación de su autorización en los 60 días anteriores a cumplir los 18. También puede presentarse después de haber finalizado la vigencia de la anterior autorización y haya alcanzado la mayoría de edad

¹¹⁶⁶ Como advierte CAMPUZANO DÍAZ, B, en Derecho de extranjería..., cit.86, (págs. 531-532), la inclusión de los menores no acompañados entre los supuestos especiales tenía más sentido en la anterior redacción del Reglamento de Extranjería, que sólo exigía haber estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los tres años consecutivos inmediatamente anteriores (art. 42.2.f).

¹¹⁶⁷ Esta situación ha sido denunciada por Human Rights Watch en su Informe Responsabilidades no bienvenidas... (http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain_0707/), en las que además señala que nunca se ha concedido la nacionalidad española a un menor no acompañado y también ha sido recogido en la prensa local de Ceuta y Melilla. (http://www.elfarocetamelilla.es/index.php?option=com_content&task=view&id=6438&Itemid=59).

en los 90 días siguientes, pero en este caso, se incoará el correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido.

3.6.- EL PROBLEMA DE ALCANZAR LA MAYORIA DE EDAD DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS SIN HABER SIDO REGULARIZADOS

Otro problema frecuente que surge en relación con los menores extranjeros no acompañados, es que estos alcanzan los dieciocho años y no han sido documentados por la Administración. A este respecto, conviene recordar que el derecho a la documentación de los mismos, no fue recogido en nuestra legislación para los menores extranjeros hasta que se dictó el RD 155/1986 de 2 de Febrero¹¹⁶⁸ por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO reconociéndose en su art. 13.2, el deber del órgano que ejerza la tutela de otorgar a éstos un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente. Por su parte, la LOPJM en su art 10 también recoge la citada obligación en los siguientes términos:

”La Administración pública competente facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación, en los términos que reglamentariamente se determinen”.

Deber que reiterativamente ha sido recogido en las diferentes leyes de extranjería dictadas en nuestro país. Actualmente, esta imposición figura regulada en el art 35.4., de la LOEXTR, que encomienda la iniciativa de esta actuación al órgano tutelar cuando se verifica la imposibilidad de retorno del menor con su familia o al país de origen, debiendo ser la documentación requerida por este organismo, el permiso de residencia, para cuya concesión es obligatorio la expedición de autorización de residencia si han transcurrido nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores(art 92.5).Y continúa a renglón seguido en el mismo párrafo *in fine* advirtiendo de que :

“El hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse conforme a lo previsto en este artículo” y por último, en el mismo párrafo en su tercer inciso, señala *“En el caso de menores tutelados por la entidad de protección de menores competente que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de*

¹¹⁶⁸ BOE núm 47/1996 publicado el 23 de Febrero de 1996.

residencia por circunstancias excepcionales, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el art 40.j) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero.”.

De lo expuesto se extraen las siguientes conclusiones. La primera, la Administración tiene un deber legal de documentar al menor en un cómputo de plazo fijado *ex lege* como máximo de nueve meses desde que este fue puesto a disposición de dicho servicio de protección de menores¹¹⁶⁹.

En segundo lugar, se permite la repatriación de menores a pesar de que estos disfruten de autorización de residencia (art 35.8), si bien, como expresamente señala la ley, siempre que así lo aconseje el interés del menor, en este sentido, se pronuncia el Defensor del Pueblo en su Informe de 2004, refiriéndose específicamente al problema de los menores de edad no acompañados, que han alcanzado la mayoría de edad sin ser documentados, se muestra cauto en este respecto y recomienda:

”Medida respecto a este precepto y recuerda que el análisis que deben llevar a cabo las entidades autonómicas de protección deberá ser en este caso especialmente riguroso, debiendo también contemplar la pérdida de expectativas que pueda producirse en el desarrollo personal, cultural y emocional del menor que ve truncado su proyecto migratorio” .

Y en tercer lugar, hay que partir de la premisa de que el mayor de edad (anteriormente menor tutelado por la Administración) tiene derecho no solo a participar en actividades formativas que les faciliten su inserción en el mundo laboral, sino que también, en el apartado 9 del citado art 35 de la LOEXTR se prevé que si éstos han sido documentados con autorización de residencia tras haber sido tutelados por la Administración, podrán renovar la misma cuando alcance la mayoría de edad, para lo cual, van a ser valorados los informes de las CCAA sobre formación, estudios, trabajo e integración de éstos, si bien, habrá que esperar el desarrollo reglamentario de este apartado y si en el mismo se les facilita realmente la renovación de la autorización de residencia y como se va a solventar el problema de que los servicios de protección autonómico emitan informe desfavorable sobre integración educativa, formativa o laboral de estos menores, así como determinar la naturaleza potestativa o preceptiva de dichos informes. Además no hay que olvidar que estos informes sobre los menores elaborados en los centros de acogida, no tienen por finalidad fundamentar las decisiones sobre su situación administrativa, sino que constituyen una herramienta para evaluar el nivel y el tipo de atención que necesita el menor. Asimismo hay que tener en cuenta, que la legislación española prohíbe el uso de datos personales para fines incompatibles con los objetivos para los que fueron

¹¹⁶⁹ Interpretación sostenida entre otros por LÁZARO GONZÁLEZ, I., Menores extranjeros no acompañados”, Prolegómenos. Derechos y valores”, cit., pág. 158; y SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., (2007). Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa, Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Bruselas, 2007, pág. 25.

recabados¹¹⁷⁰, incluida la toma de decisiones con implicaciones legales o efectos importantes, y prevé la indemnización de los perjudicados¹¹⁷¹ y que generalmente, a los menores puede denegárseles el permiso de residencia por intentar escapar de los abusos sufridos en los centros de acogida en los que carecen de medios eficaces para protegerse. Además este artículo que debe ser puesto en relación con el art 40, que establece un régimen privilegiado de incorporación laboral de los extranjeros al mercado de trabajo, en concreto, en su párrafo 1 letra i) de la LOEXTR que los continúan exceptuando de la situación nacional de empleo tal y como se contempla de la dicción literal de este apartado” Los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social¹¹⁷², y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen”.

En cuarto y último lugar, hay que hacer referencia a la solución ofrecida por el art 40.1.j) de la LOEXTR que exceptúa de la situación nacional de empleo a los menores tutelados por la entidad de protección de menores competente que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales¹¹⁷³, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el artículo 40.1.j) de la LOEXTR. A este respecto no debe olvidarse que muchos de estos menores tienen una edad próxima a los dieciocho años- y tal y como se en el RD 2393/2004 de 30 de Octubre en concreto en su art. 92.5.3, según el cual, la entidad pública que ejerce la tutela puede recomendar la concesión al menor de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales (En la

¹¹⁷⁰ La Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su art 16 que:”los menores no serán objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”.Por su parte, la Observación General núm.6 del Comité de los Derechos del Niño en su párrafo 29, especifica además que “se ejercerá diligencia para evitar que la información recabada e intercambiada legítimamente con una finalidad no sea impropriamente utilizada con otra distinta”.

¹¹⁷¹ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, (BOE núm.298 de 14 de Diciembre de 1999) art. 4,2 establece lo siguiente: “Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”. Ibíd., art. 19.1 y 2 señalan: “Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados”.

¹¹⁷² Vid, sobre alternativas a formas de integración social en BUENO ABAD J.R., Y MESTRE LUJAN, F.J., (2006). La protección de menores migrantes no acompañados ;Un modelo de intervención social”, en Revista Alternativas, Cuadernos de Trabajo Social, núm.14, pág 164

¹¹⁷³ A juicio de CHARRO BAENA, P Y BENLLOCH SANZ, P., (2007). Guía practica de contratación laboral de extranjeros, Thomson&Aranzadi, Cizur, Menor, Navarra, págs 153 y ss. Los menores tutelados por las entidades públicas estarían encuadrados en el art 40 de la LOEXTR por razones humanitarias.

práctica, el permiso de residencia temporal que se concede a los menores caduca cuando éste cumple los 18 años)¹¹⁷⁴.

También es necesario destacar que, este tipo de autorización de residencia tiene una vigencia de un año, al igual que cada una de sus renovaciones, lo que supone una amenaza a la futura situación legal del menor una vez alcanzada la mayoría de edad. No tendría sentido que, tras un período prolongado bajo la tutela de la Administración, al poco tiempo de cumplir la mayoría de edad quedase en situación de irregularidad. Así, el art. 72.3.e) del Reglamento prevé que pueda concederse la autorización de residencia permanente a los menores extranjeros que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.(art 30bis.1 de la LEOXTR).De modo que, una vez este adquiriera la residencia permanente, podrá residir en España de forma indefinida y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles(art 71 del Reglamento).

En una primera valoración, esta disposición debe considerarse acertada, en cuanto da respuesta a un problema que venía planteándose en la práctica y que carecía de regulación normativa, sin perjuicio de la jurisprudencia vertida sobre el particular¹¹⁷⁵. Puede formularse, sin embargo, la objeción de que otorga un amplio margen de discrecionalidad a la Administración, en atención a los términos en que se expresa (“podrá recomendar”)¹¹⁷⁶. Sin embargo, algunas Administraciones no aprecian estas circunstancias excepcionales¹¹⁷⁷ para conceder la autorización de residencia a menores considerándolos motivos tasados.(aunque en realidad en el futuro Reglamento que se dicte en desarrollo de la LOEXTR debe quedar claro,

¹¹⁷⁴ La autorización de residencia por circunstancias excepcionales se contempla en el art. 31.3 LO 4/2000, desarrollado reglamentariamente por el art. 45 RD 2393/2004. Normalmente, cuando dicha autorización se conceden a inmigrantes en situación de irregularidad administrativa en España, conlleva también la autorización de trabajo durante su vigencia. Sin embargo, en el caso de los menores no ocurre así, en virtud de la excepción prevista en el art 40.1.j) de la LOEXTR, si bien, no hay que olvidar que esta autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales no lleva unida la autorización de trabajo para éstos últimos.

¹¹⁷⁵ Nos referimos a las SSTs de Justicia de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2003 y de 12 y 14 de Enero de 2004, que confirman las sentencias de instancia en que se reconoce a unos extranjeros tutelados por la Administración hasta la minoría de edad el derecho a la concesión de una autorización de residencia temporal por la circunstancia excepcional prevista en el entonces vigente art. 41.3.c del Reglamento de Extranjería, esto es, por razones humanitarias, por haber cumplido la mayoría de edad mientras se tramitaba su permiso de residencia .decretándose en las citadas sentencias, que el momento que determina la validez de la situación de minoría de edad que otorga el derecho a la documentación es la solicitud del permiso de residencia previsto en el artículo 35 LOEXIS, a pesar de que en el transcurso de la instrucción administrativa de tal petición el interesado pierda la condición de menor de edad. Da cumplida noticia de estas sentencias Álvarez López, P. “La concesión de la autorización de residencia...”, cit pág 86, págs. (2077-2079)

¹¹⁷⁶ En tales términos se recoge en la VVAA (2005). Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería, (direc) por C. SANCHEZ RODAS NAVARRO, edit Laborum, Murcia, pág. 214.

¹¹⁷⁷ Vid, LÓPEZ AZCONA, A (2008). El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español, en Rev. Derecho Migratorio y Extranjería, núm 17, pág 129.

que este concepto jurídico indeterminado no constituye en modo alguno un *numerus clausus* sino que debe recoger las situaciones que se están dando en la práctica (como ocurre con los menores) solo lo suelen aplicar fundamentalmente cuando se trate de víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos, pero difícilmente lo aplican a menores que han alcanzado la mayoría de edad y que a pesar de haber estado tutelado por la Administración, esta ha incumplido su deber de documentar. Lo expuesto, nos lleva a plantearnos las siguientes premisas ¿Se va a continuar como hasta ahora no documentado al menor a pesar de estar bajo la guarda de la Administración verificarse que no puede ser repatriado? ¿No es más lógico que desde que se constituyó la tutela por la Administración se le conceda la autorización de residencia, si se quiere con carácter suspensivo en el caso de reagrupación familiar se realice con arreglo a la ley? ¿Se va a seguir vulnerando lo dispuesto en los instrumentos internacionales ratificados por España perpetuando unas diferencias entre españoles y extranjeros no previstas en la normativa máxime cuando estos constituyen un grupo especialmente vulnerable? Una solución posible sería conceder automáticamente una autorización de residencia o de residencia y trabajo, para de este modo, lograr la pretendida integración social en nuestro país, para lo cual, los requisitos exigibles para su renovación serían los generales pero lo que es contrario al derecho internacional y los derechos humanos, es imponer algún requisito adicional al menor de edad que alcance la mayoría de edad sin obtener permiso de trabajo para que pueda continuar con las actividades que hasta ese momento venga desempeñando trabajo o estudios. Otras controversias que nos plantea la actual LOEXTR en esta materia son las siguientes.¿La aplicación estricta de la ley implica que una vez decidida la permanencia en España del menor, la Administración General del Estado puede modificar esta decisión por la de su repatriación, o que, si la repatriación ha sido imposible, ha de volverse a intentar?¿continuaremos utilizando el principio de interés superior del menor como un postulado retórico que aplicamos solo cuando nos interesa?¿están preparadas las CCAA para estas nuevas funciones que se les ha encomendado en materia de menores y que probablemente el futuro Reglamento profile aun más?

En cualquiera de los casos, la aprobación del Reglamento de la LEOXTR, ha vertido algo de claridad al menos para el acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es titular de una autorización de residencia (art 196) .Si el titular esta provisto de autorización va a cumplir los 18 años, podrá personalmente solicitar la renovación de su autorización en los 60 días anteriores a cumplir los 18 años. También puede presentarse después de haber finalizado la vigencia de la anterior autorización y haya alcanzado la mayoría de edad en los 90 días siguientes, pero será sancionado por la demora. Otra novedad es la especificación sobre los requisitos que son exigibles para poder renovar la autorización cuando tenga cumplido los 18 años y que podemos sintetizar del siguiente modo: 1) Acreditar medios económicos para

su sostenimiento para lo cual se establece que este será al menos equivalente al 100% del IPREM; 2) Podrán ser tenidos en cuenta los informes positivos que, en su caso y a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes; 3) Se tendrá en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, que será determinado tras la valoración de los siguientes aspectos: a) El respeto a las normas de convivencia en el centro de protección; b) El grado de conocimiento de las lenguas oficiales del Estado; c) La existencia de lazos familiares en territorio español con ciudadanos españoles o extranjeros residentes; d) El tiempo que haya estado sujeto a un acogimiento, guarda o tutela de hecho por un ciudadano o institución española; e) La continuidad en los estudios; f) La existencia de una oferta o contrato de trabajo; g) La participación en itinerarios de formación.

La vigencia de esta autorización renovada será de 2 años, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración.⁵ En el plazo de un mes desde la notificación de la resolución por la que se renueva la autorización, su titular deberá solicitar la correspondiente Tarjeta de Identidad de Extranjero.

En el momento de su acceso a la mayoría de edad o durante cualquier momento posterior, podrá ser solicitada la modificación de la autorización de residencia vigente de cara a la obtención de una autorización de residencia y trabajo, para lo que deberá presentar uno o más contratos de trabajo de vigencia sucesiva.

También se recoge lo preceptuado por la LOEXTR, en el caso de que haya cumplido los 18 años y no se le hubiera documentado con autorización de residencia, si han participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales. Tiene para ello, 60 días anteriores a cumplir los 18 o 90 después de cumplirlo, debe para poder obtener esta autorización cumplir los siguientes requisitos: tener ingresos superiores al 100% del IPREM; o, tener contrato de trabajo de vigencia sucesiva; si pretende desempeñar su actividad por cuenta propia debe acreditar la viabilidad del negocio y además demostrar que dispone de ingresos suficientes para su manutención. En ambos casos, tiene un mes para darse de alta en la Seguridad Social.

Sin embargo, como defecto que continua sin solventarse es el de los mayores extranjeros no acompañados que han estado bajo la tutela de la entidad de protección y no han superado las acciones formativas y en consecuencia, el informe emitido por la entidad sobre integración social es desfavorable, en tal caso, el legislador omite la regulación de este supuesto, lo que conduce a que estos tengan que insertarse en el mercado irregular y les condena a su vez a permanecer indocumentados de por vida.

3.7.- SITUACION SOCIO-LABORAL DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS

Otra cuestión a tratar en relación con los menores no acompañados extranjeros, se refiere a sus posibilidades de incorporación al mercado laboral español¹¹⁷⁸, ya que, como se ha señalado anteriormente, una de las motivaciones principales que llevan a estos menores a abandonar su familia y país de origen, radica en la consecución de un empleo. Pues bien, esta cuestión es abordada por la normativa de extranjería en virtud de una serie de preceptos que tratan de facilitar el acceso de estos menores extranjeros que son mayores de dieciseis años al mercado de trabajo y, de esta forma conseguir su integración en la sociedad¹¹⁷⁹, aunque ciertamente dotando de un amplísimo margen de discrecionalidad a la Administración que ejerce su tutela, como podrá comprobarse a continuación¹¹⁸⁰.

En primer lugar, el menor extranjero tutelado por una entidad pública puede a partir de los 16 años incorporarse al mundo laboral¹¹⁸¹. La concesión de permisos de trabajo a extranjeros suele depender de consideraciones relativas al mercado de trabajo para los ciudadanos españoles. Ante esta situación el menor tiene dos opciones:

a) Trabajar en una actividad relacionada de con la formación que esta recibiendo, para lo cual, no se le va a exigir estar en posesión de un permiso de residencia,¹¹⁸² y tampoco, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, de conformidad con lo dispuesto en el art 40.1.i

¹¹⁷⁸ Destaca el estudio sobre el acceso de este colectivo de inmigrante circunscritos en general de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., (2003). Aptitud legal y capacidad en el Contrato de Trabajo, en CES, Madrid, págs 193 y ss; -GARCIA VALVERDE, M.D., (2000). El trabajo de los menores y su protección. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros núm.204, págs 3-40; ARMENTOS LEÓN, M., (2006). Análisis del Tratamiento Jurídico Previsto para los Menores Extranjeros en Situación Irregular, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm.2017/2006, págs 2973 y ss. De otra parte, refiriéndonos al ámbito sectorial de Cataluña realizado por CAMAS RODAS, F., (2009). El acceso al trabajo de los inmigrantes menores de edad, en AAVV. La edad en relación al empleo, la seguridad social y la inmigración edit Bosch, pág 342 y ss; y, de CAPDEVILLA, M Y FERRER, M., (2004). Estudio sobre los menores extranjeros que llegan solos a Cataluña, *Revista Migraciones*, núm 16, págs 121-156.

¹¹⁷⁹ La importancia de facilitar a los menores extranjeros su acceso al mercado de trabajo ha sido puesta de relieve por los textos internacionales. Ejemplo de ello, es la Recomendación CM/Rec (2007) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los proyectos de vida a favor de los menores inmigrantes no acompañados de 12 de Julio de 2007.

¹¹⁸⁰ Vid, SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., (2004): El estatuto jurídico de los menores no acompañados en el derecho español y francés, *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, num.6, Julio 2004, págs 55-80, especialmente págs 67-68.

¹¹⁸¹ Recordemos que el art 36.1 de la LOEXTR, exige a todo extranjero mayor de dieciséis años, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar.

¹¹⁸² Apoya esta postura entre otros, SERRANO VILLAMANTA, J., (2006). El régimen jurídico laboral de los menores extranjeros en España, en VVAA Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho (coord) I. LÁZARO GONZÁLEZ Y CULEBRAS LLANA, UPCO-Fundación Seur, Madrid, pág 131.

(anteriormente analizado) lo que le posibilita además de poder desarrollar cualquier actividad ,permitirle su inscripción en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación¹¹⁸³(esta vía le permite no solo la búsqueda de empleo sino tambien para participar en programas de educación o formación que redunden en su beneficio, siempre y cuando dicha circunstancia haya sido previa e individualmente justificada por la entidad de protección de menores a los servicios públicos de empleo competentes para la inscripción) ; o por el contrario;

b) Prestar servicios en actividad diferente para la cual esta siendo formado, en tal caso, se regirá por régimen general de extranjería, donde si se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, pudiendo acceder solo a un puesto de trabajo si presenta oferta de trabajo y dicha actividad no se encuentra incluida en el catalogado en los puestos de ocupaciones de difícil cobertura.

Por tanto, podemos afirmar que si bien, la autorización para residir por si misma no conlleva una habilitación para realizar una actividad profesional, en cambio la residencia, le permite al menor su inserción social y el acceso al trabajo, de ahí, que sea necesario informar al niño, en un idioma que comprenda de sus derechos entre los que se encuentra el de obtener la autorización de residencia, y el permiso se trabajo¹¹⁸⁴ pero solo se flexibiliza la obtención de una autorización de residencia y de trabajo, cuando el menor es tutelado por entidad publica de protección de menores, si este desempeña alguna de las actividades que a juicio de la entidad favorecen su integración social.

De ahí, que se exija por parte del Reglamento 2394/2003, que la entidad que ejerce la tutela del menor deba acreditar que la actividad que va a ser desarrollada por éste, favorece su integración social mediante presentación de la propuesta de la entidad y tal y como se recoge en el art 68.k que dispone lo siguiente: *“Están exceptuados de la obligación de obtener autorización de trabajo para el ejercicio de una actividad lucrativa, laboral o profesional los extranjeros(...) menores en edad laboral tutelados por entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.”*

Esta excepción de la situación de empleo fue introducida por nuestro legislador en materia de extranjería en virtud de de la LOEX en el apartado” supuestos específicos” refiriéndose a la

¹¹⁸³ TAS /3698/2006 de 22 de Noviembre en su art 10.1 dispone a este respecto lo siguiente: Se podrán inscribir como demandantes de empleo los menores extranjeros en edad laboral, tutelados por la entidad de protección de menores competente, titulares de una autorización de residencia temporal a favor de menores extranjeros no acompañados o con la acreditación de la entidad de protección de menores, para aquellas actividades que a criterio de la citada entidad, favorezcan su integración social, según lo establecido en los artículos 68.k) y 92.5 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre

¹¹⁸⁴ <http://hrw.org/spanisk/docs/2007/07/24/spain16479.htm>.

situación nacional de empleo, dándole idéntica ubicación como a las posteriores leyes dictadas sobre la materia (art 40.1.j) . Además, ha venido apoyada por algunas reformas en la legislación laboral que favorecen el trabajo de los extranjeros menores de edad¹¹⁸⁵. De otra parte, esta excepción en el caso específico objeto de análisis menores, tiene una eficacia de duración determinada, cuya vigencia debe coincidir con la de la ocupación o programa que va a desarrollar el menor ,tal y como viene fijado en el art 69.3 del citado Reglamento que establece lo siguiente: “La vigencia del reconocimiento de la excepción se adaptará a la duración de la actividad o programa que se desarrolle, con el límite de un año en el reconocimiento inicial, de dos en la primera renovación y de otros dos años en la siguiente renovación, si subsisten las circunstancias que motivaron la excepción”.

De otra parte, en el art 69.4 del vigente Reglamento de 2004, el legislador clarifica que el hecho de ejercitar un trabajo remunerado inserto en un programa destinado a la inserción social del menor no acompañado y que por tanto, le exceptuó de la situación nacional de empleo, no va suponer privilegio para que este menor pueda obtener autorización (provisional)de trabajo por cuenta ajena, lo cual, resulta contraproducente ya que la vocación integradora a la que se invoca constantemente por parte de la ley , se convierte en una mera falacia y es discriminatoria, ya que esta omisión del deber de documentarle y obtener una autorización de residencia excepcional es imputable a la propia Administración . Tesis avalada al recogerse normativamente la posibilidad de retorno a su país de origen , a pesar de haber obtenido la residencia legal en nuestro país, de conformidad con lo dispuesto en el art 35, en su novedoso párrafo 8 de la LOEXTR admite esta posibilidad tal y como se recoge en la dicción literal del mismo: “La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el apartado cuarto de este artículo”.Párrafo que, debe ser completado con también reciente párrafo siguiente del mismo artículo(art 35.9) que establece lo siguiente:

“Reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o accede a una autorización de residencia y trabajo.”

Por último, es obligado hacer referencia a la imposibilidad de muchos menores de poder acceder a la práctica de su formación profesional por carecer del permiso de trabajo, debido en algunos casos a la escasez de ofertas de estos programas y en otros casos debido a la negativa de

¹¹⁸⁵ El Real Decreto 5/2001 de 2 de Marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad (BOE núm. 54, de 3 de Marzo de 2001), señala que los extranjeros mayores de 16 años y sin límite máximo de edad podrán ser empleados a través de los contratos de formación que les permitan obtener un certificado que acredite la experiencia profesional adquirida durante el tiempo que hayan realizado la actividad de que se trate.

muchas empresas de admitirlos, por la proximidad del cumplimiento de la mayoría de edad y no estar documentados, todo ello, obstaculiza el asegurar una oferta de trabajo que les facilite el acceso al mercado de trabajo y, por lo tanto, regularizar su situación administrativa después de los 18 años de edad. Actualmente, la fórmula contractual utilizada para la inserción laboral en el mercado español, es a través del contrato de formación, cuyo objeto es completar la educación que hasta ahora había recibido el menor en el plano teórico, aparece regulado por el art 11.2 del ET y por el art 30 LO 2/2006 de 3 de Mayo, que es que mejor se adapta a sus características y cuyas connotaciones más relevantes son las siguientes : a) mayor de 16 años y menor de 21,(a excepción de que sea desempleado inscrito como alumno en los programas de las escuelas taller y casas de oficios, cuyo límite en tal caso de edad para poder celebrarlo es de 24 años de edad, o por el contrario, ser discapacitado, en cuyo caso, no existe ningún límite de edad para su formalización); y ,b)carecer de titulación requerida para realizar un contrato en practica. Sin embargo, la práctica ha demostrado su inaplicabilidad cuando estos menores extranjeros no acompañados están bajo la tutela de la Administración pública fundamentalmente por las siguientes razones expuestas por PEDRO BLANCO GARCÍA BLANCO¹¹⁸⁶: 1)porque para la realización de actividades formativas que le exonera de la autorización de trabajo se precisa residencia legal y generalmente, el menor no la tiene y en caso de que esta extienda sus efectos a los contratos de duración determinada; en principio éstos parecen estar diseñados para otros colectivos -profesores de universidad, artistas que realicen determinado número de actuaciones, etc-; b) Si el menor ya se encuentra en posesión de una autorización de residencia, no tiene justificación otorgarle una autorización de duración determinada cuando alcance la mayoría de edad, ya que al producirse este hecho lo que se hace es prorrogar la autorización de trabajo debiendo esta coincidir con la del contrato(máximo un año no admitiéndose su renovación, salvo que admita dicha prórroga la legislación laboral art 55.3 del Reglamento de 2004),de ahí que, a juicio del citado autor , el encuadre de su actividad encajaría mejor, insertándola en la modalidad de relaciones laborales especiales¹¹⁸⁷, en las que se regularán todas sus peculiaridades incidiendo especialmente en su faceta formativa e integradora del menor.

En resumen, lo expuesto nos lleva a plantearnos las siguientes premisas ¿Qué garantías de continuidad ofrecen los países de origen de los menores no acompañados si éstos son repatriados a los mismos y estaban realizando en España un curso en un programa de educación o formación?¿Y si el menor se encuentra prestando en la actualidad prácticas laborales en una

¹¹⁸⁶ En VVAA (2010): Acceso a la nacionalidad española y su significación en Los menores extranjeros no acompañados (coord) por I. LÁZARO GONZÁLEZ Y BEATRIZ MOROY...cit pág 72, especialmente págs 176-179.

¹¹⁸⁷ Vid, perspectiva sobre esta dimensión realizada por SEMPERE NAVARRO, A. V (2008). Ocho preguntas sobre relaciones laborales especiales, en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 746, www.aranzadi.es, BIB 2008/113.

empresa ,realmente redundante en su interés volver a su país de origen o continuar en el país donde ha pasado la etapa preparatoria formativa que le va a posibilitar probablemente el acceso a un puesto de trabajo para el que se ha venido formando?¿Debido a la actual situación de crisis económica y remodelación del mercado de trabajo no sería conveniente para este colectivo desfavorecido crear una relación laboral específica que contenga medidas efectivas de integración? .En cualquiera de los casos, la herramienta más adecuada para mejorar la situación actual tanto social como laboral de estos menores ,hoy por hoy, es el futuro Reglamento que se dicte en desarrollo de la LOEXTR.

3.8.-LA REPATRICION DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS. UN PROBLEMA SIN RESOLVER

Una de las cuestiones más conflictivas del régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados es su posible repatriación, surgiendo la disyuntiva de conjugar el estatuto de derecho de estos menores que le otorga los instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico español con la función de control y de ordenación de flujos que nos exige desde la UE y que nuestro ordenamiento jurídico de extranjería se nos impone, pero donde además debe tenerse en cuenta la situación de especial vulnerabilidad que tiene este colectivo que tal y como señala el apartado VII del Preámbulo de la LOEXTR *“con respecto a los menores no acompañados se van a realizar modificaciones , que propician un mejor tratamiento de la situación del menor, y que van, desde la posibilidad de su repatriación al país de origen, hasta garantizar, cuando ésta no resulte la respuesta idónea, las mejores condiciones para asegurar la plena integración de los mismos en la sociedad española, que debe ser un objetivo expreso del conjunto de las políticas llevadas a cabo por las distintas Administraciones públicas”*

Sin embargo, conviene aclarar que los intereses del Estado y del menor difícilmente son reconciliables, ya que mientras que el primero, pretende reagruparlo con su familia, los segundos, persiguen integrarse en la sociedad española, el engranaje de ambas posturas constituye uno de los puntos de fricción del sistema, máxime cuando uno de los sujetos se encuentra en posición de supremacía frente al otro, como es el caso que nos ocupa. Es por ello, que el objetivo final de la regulación de la situación de los menores extranjeros no acompañados, tal y como señala la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de Junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países, que en su art 3.3 dispone lo siguiente: *“Con fines de reagrupación familiar, los Estados miembros deberían procurar encontrar lo antes posible a la familia del menor no acompañado, o localizar el lugar de residencia de sus familiares, independientemente del estatuto jurídico de los mismos y sin prejuzgar la fundamentación de una posible solicitud de residencia ”* Mas específico es el

Comité de Derechos del Niño que persigue conseguir una solución duradera para el menor no acompañados ,contemplando lo siguiente” *identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, tenga en cuenta las opciones del menor y, en su caso, conduzca a resolver la situación del menor no acompañado o separado de su familia y la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar*¹¹⁸⁸”. Sin embargo, tal y como señala Human Rights Watch (2008)¹¹⁸⁹: “El interés del menor puede requerir prolongar la separación de su familia, al tiempo que una decisión de repatriación ha de ser analizada constatándola con otras formas de solución duradera tales como permanecer en el país de acogida o el reasentamiento en un tercer país” En la misma línea, se pronuncia la Instrucción 6/2004 de 26 de Noviembre, “sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados” que dispone lo siguiente:” La repatriación no, sin embargo, un objetivo absoluto que hay de perseguirse a toda costa, pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respecto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país”

El primer problema que se plantea es determinar si existen realmente riesgos para el menor, cuales son estos riesgos y quien tiene que comprobar que realmente se están produciendo.

De ahí, que la primera fase del procedimiento para discernir si se repatría o no al menor, pasa por localizar a su familia bien en su país de origen o a aquél donde se encuentren sus familiares, o, subsidiariamente, la tutela por los servicios de protección de menores de su país de origen, tratándose de evitar así las expulsiones encubiertas¹¹⁹⁰. En esta labor de localización, interviene el órgano que ejerce la tutela del menor, que debe proveer a la autoridad gubernativa sobre cualquier información que sirva para identificar a éste, asimismo esta labor debe ser coordinada con la que paralelamente se presta en la Comisaría General de Extranjería y Documentación ,para que los Consulados y Embajadas localicen a los familiares del menor, o en su defecto, a los servicios de protección de menores de su país de origen para que se responsabilicen de ellos. Este intento de localización ha quedado reflejado en la LEOXTR en el art 35.5 que dispone lo siguiente” La Administración del Estado solicitará informe sobre las

¹¹⁸⁸ Observación General 6(2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. CRC/GC/2005/6, apartados 81-83

¹¹⁸⁹ Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de los menores extranjeros no acompañados sin garantías, cit pag 120(pág 6.)

¹¹⁹⁰ Interesa reproducir al respecto la siguiente declaración vertida por el Defensor del Pueblo en su Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España (2005) pág. 453 “el menor extranjero no puede ser expulsado, devuelto o retornado. La salida de un menor extranjero de nuestro país solo podría producirse utilizando el mecanismo de la reagrupación familiar al tratarse de un derecho que impediría el uso de las otras vías claramente sancionadoras previstas para los adultos”.

circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen, con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación...”

Para a renglón seguido, continuar el citado párrafo disponiendo lo siguiente:” Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos”.De lo expuesto se deducen las siguientes consecuencias. En primer lugar, el primer informe que se va a recabar es el del país de donde ha huido el menor, en concreto sobre su familia y circunstancias que le rodean, lo cual, nos plantea la siguiente cuestión ¿Qué ocurre si esa familia o menor es perseguida por el propio Estado o por un agente que comulga con el gobierno del país de origen, éste va a ser objetivo y transparente en el contenido de dicho informe? No es más cierto, que en aras al interés del menor, es aconsejable que este se forme y desarrolle en el entorno socio-familiar que le es personal, siempre que no concurran circunstancias que aconsejen la separación del menor de dicho entorno por existir en los mismos elementos que pongan en riesgo la integridad de sus derechos.

De ahí, que como primera solución se opte por la reagrupación familiar, salvo que esta es imposible, porque la familia no puede ser localizada¹¹⁹¹ o, que una vez localizada, la misma no esté en condiciones de hacerse cargo del menor o la devolución del mismo conlleve un riesgo para el menor o para la propia familia. Por tanto, es necesario realizar una evaluación objetiva y contextualizada de la situación personal y familiar del menor que lleve a concluir que la reagrupación del mismo con su familia es una decisión acorde con el espíritu y la letra de las disposiciones internacionales sobre protección de los derechos de los menores. Teniendo encomendada esta función informativa los servicios de protección de menores a cuyo cargo se encuentra el menor, de acuerdo con el art. 92.4.1 del Reglamento¹¹⁹². Además no hay que olvidar que , que la regulación por parte de las CCAA de los servicios sociales no se los considera a

¹¹⁹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 31 de Julio de 2007, desestimándose la repatriación por inlocalización y consiguientemente no identificación del menor, donde además se agrego que no existió contacto con los servicios sociales del país de origen a los efectos de comprobar si daban los requisitos necesarios para la adecuada tutela del menor, vulnerando así el derecho a su integridad.

¹¹⁹² Sobre el modo de averiguar los datos personales y socio-familiares del menor por parte de los servicios de protección de menores vid. DURÁN RUIZ, F. J. (2007). Las Administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, www.refdugr.com, págs. 28-29.

éstos como sujetos que deberán recibir un tratamiento singularizado, sino que los contempla como un beneficiario mas de estos servicios, cuando lo cierto es que, la actuación administrativa en materia de menores debe regirse por unos concretos y específicos principios recogidos en la LOPJM en su art 11.2 y que son los siguientes: a) supremacía del interés del menor; b) mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés ;c) integración familiar y social ;d) prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal ;e) sensibilizar a la población ante situaciones de indefensión del menor ;f)promover la participación y la solidaridad social ;y por ultimo, g)objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinario en la adopción de medidas.

En segundo lugar, habrá que tener en cuenta la opinión del menor que se encuentra solo y bajo la protección de la entidad que ejerce la tutela(entiendo que de forma provisional) para verificar el porque ha salido de su país de origen, pero no solo informarles de su derecho a tutela por los tribunales españoles y de los derechos que le asisten, sino que su opinión sea tenida en cuenta, tal y como sostiene el Defensor del Pueblo en su Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España (2005) :“(…)su participación no debe ser meramente simbólica, sino que debe estar dirigido a determinar la opiniones representativas “(pág 320).Esta postura, esta en consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional , que reconoce el derecho a ser oído de los menores, y que ha sido abundantemente desarrollada por la jurisprudencia destacando: “*El derecho del interesado a ser oído en el proceso en que se ventilan sus intereses integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como venimos reiterando de manera constante, derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente reconoce el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor*” (STC 71/2004, de 19 de Abril).Tambien en relación con este derecho se encuentra la STC 22 de Diciembre de 2008, Fj 3 ,que se pronuncia en los siguientes términos con respecto a la repatriación de menores:” (...)Este Tribunal ya ha destacado que es uno de los supuestos en que queda afectada la esfera personal y familiar del menor” (en el mismo sentido, Auto del TC de 17 de Septiembre de 2007).

En tercer lugar, al hilo de lo expuesto, el parrafo 5 del art 35, dispone entre otras obligaciones que una vez acordada la repatriación, el menor deberá ser oído, si tiene suficiente juicio, previo a la adopción de esta decisión tras los informes de los servicios de protección competente y del Ministerio Fiscal. Sin embargo, esta obligación *ex lege*, es vulnerada constantemente ya que en la práctica, ningún menor de edad ha sido puesto a disposición de la Delegación del Gobierno para ser oído¹¹⁹³, obligación impuesta en el art 92.4 del RD

¹¹⁹³ Desde mi punto de vista, al señalar expresamente la LOEXTR en este apartado 3 del art 35 que:” Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los

2393/2004 que establece: “La Administración General del Estado (...) después de haber oído al menor (...)” En su lugar, se tiene por hecha la entrevista realizada al menor en sede de protección para la constatación de su desamparo (denominada “Acta de Audiencia”), lo cual, no puede admitirse pues las competencias en materia de extranjería corresponden constitucionalmente a la Administración Central, y la Administración autonómica no puede arrogarse competencias que por ley no le están reservadas. Además dicho trámite de audiencia debe realizarse en un tiempo cercano a la toma de decisión de repatriación, puesto que las circunstancias probablemente hayan cambiado y sea necesario realizar una nueva audiencia del menor (STC núm.71/2004 Fj6)

En cuarto lugar, conexo al derecho de audiencia, se encuentra el derecho a la tutela efectiva del menor, de modo que, este no solo tiene derecho a ser oído en las decisiones que les afecten sino que también tiene derecho a que estas le sean notificadas (entre otras Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 25 de Septiembre de 2006, Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid de 1 de Mayo de 2007 y Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 26 de Madrid de 22 de Octubre de 2007, que anula una resolución de repatriación por vulneración del derecho del menor a ser oído y por “la falta de fundamento de la repatriación”, en cuanto la propia madre pretende que su hijo permanezca en España y no retorne a su país de origen, entre otras) ya que cumple los dos requisitos básicos exigidos para ello: de una parte, cumplimiento de las condiciones objetivas (edad) y de otra parte, si la tiene, cumple con las condiciones subjetivas exigidas por la Ley (condiciones de madurez y juicio suficiente). Además no hay que olvidar que la doctrina del constitucional relativa al emplazamiento judicial en sede contenciosa administrativa, es trasladable a la sede procedimental administrativa, cuando la indefensión sufrida es real y efectiva (SSTC 182/1987, de 17 de Noviembre – RTC 1987,82 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de Abril de 2007, entre otras). De modo que, el menor al omitirse este trámite sufre una indefensión material en cuanto al procedimiento administrativo y todas las actuaciones prescritas legalmente en el mismo y a pesar de que le sea trasladado el conocimiento de la actuación sobre repatriación a su representante legal, nadie obliga a éste a dar traslado de la misma y conocimiento al menor, pudiendo surgir un conflicto de interés, si el representante está de acuerdo con la repatriación y el menor no, para lo cual, es preciso el nombramiento de un defensor judicial, ya que nos encontramos ante actos administrativos diferentes.

servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se hallen.” Hay que diferenciar entre “puesta a disposición y puesta en conocimiento”, de modo que, en la primera que es la que actualmente se refiere expresamente el legislador de extranjería, supone trasladar materialmente al presunto menor a las dependencias de la Fiscalía, mientras que en las segundas, no se exigiría este traslado sino solo bastaría la mera comunicación del Informe al Ministerio Fiscal.

De una parte, el acto de repatriación y de otra, el acto de notificación. De modo que, para que el primero despliegue su eficacia, es preciso que la notificación se traslade a conocimiento del menor.

En quinto lugar, hay que tener en cuenta el interés superior del menor, categoría encuadrada dentro de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, en la medida en que no hay una definición clara y terminante sobre cuál sea ese interés superior, que pueda aplicarse a cualquier menor sin distinción-extranjero o nacional-. Por lo que, habrá que analizar cada caso en particular, para determinar que medida de protección sería la más adecuada para satisfacer el concreto interés superior del menor en cuestión. La naturaleza, por tanto, de las medidas que se adopten en relación a tales menores extranjeros, está en clara conexión con el principio de prevalencia del interés superior del menor, el cual se constituye en el principio rector que han de regir todas las acciones que se adopten con los mismos (artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño; artículos 2, 3, 11.2.a de la LOPJM). En el mismo sentido, en la Declaración de Buenas Prácticas (2004) del Programa de Menores no Acompañados en Europa , en su apartado 13.6.2 bajo la rúbrica “Regreso al País de Origen”, señala lo siguiente: *“Se trata de un tema muy complejo para el que se necesitan orientaciones detalladas sobre la implementación de buenas prácticas. Un menor no acompañado sólo podrá ser devuelto si se considera que la devolución está en interés superior del menor. Todas las demás consideraciones, como, por ejemplo, lucha contra la inmigración ilegal, han de ser secundarias. La mejor forma de llevar a cabo la reunificación familiar y el regreso al país de origen, es hacerlo de forma voluntaria. Los menores han de ser plenamente informados y consultados y sus opiniones respetadas a lo largo de todo el proceso. El tiempo que un menor haya estado fuera de su país de origen y su edad, son factores importantes a tomar en cuenta en ese proceso”*. Por último, hay que tener en cuenta que en caso de duda o laguna en la aplicación e interpretación de las normas, procederá la aplicación del interés superior y prevalente del menor -principio “favor minoris”-. Sin embargo, en la práctica se opta por la prevalencia del interés del país receptor, que no es otro que el control de los flujos migratorios y la represión de la inmigración clandestina. Y así “en bien del menor”, la autoridad administrativa se inclina por su repatriación, sin tener en cuenta la voluntad del menor ni de su familia. Voluntad que no puede expresarse de manera legal, porque como ha denunciado Amnistía Internacional, el menor se encuentra sin representación jurídica, no tiene derecho a la asistencia de un abogado, ni tiene derecho a comparecer ante el juez. Su única posibilidad, es que su tutor o el Defensor del Menor, interpele a la Administración, que así ejerce el doble papel de protector (tutela) y represor (ya que decide sobre su eventual

expulsión), lo que constituye claramente un conflicto de intereses y una vulneración de la separación de poderes¹¹⁹⁴.

En sexto lugar, este trámite de audiencia al menor debe realizarse con las garantías debidas y, en particular, con asistencia jurídica independiente a la de la Administración, según recomiendan el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos, así como el Consejo General de la Abogacía Española¹¹⁹⁵. De modo que, en el supuesto de que exista un conflicto de intereses entre la entidad tutelar y el menor, éste puede ser asistido a este procedimiento por letrado de su confianza (art 18 de la LJCA) y debido a que “al ser un acto que afecta al ámbito de la personalidad del menor no puede ponerse en tela de juicio su capacidad para comparecer en juicio (...)” (Auto JCA nº 23 de Madrid de 18 de Enero de 2007)

Sin embargo, en la práctica no se suele informar al menor de que se está intentando la reagrupación con su familia ni tampoco se tiene en cuenta su opinión al respecto, vulnerándose de este modo, las normas internacionales, nacionales y autonómicas que reconocen este derecho¹¹⁹⁶. De modo que, si se omite este trámite la resolución por la que se acuerda la repartición es susceptible de ser declarada nula o anulable, y hoy por hoy, el único que está facultado para eliminar este defecto es el Ministerio Fiscal, al que la ley 21/1987 de 11 de Noviembre, que modifica diferentes artículos del Cc, le encomienda la función tuitiva y protectora sobre los menores de edad y que debe ser completado con el art 174 del Cc, que determina que la tutela y la guarda del menor, así como la aplicación de medidas protectoras de acogimiento le corresponde a este órgano unipersonal tal y como se desprende de la dicción del citado artículo: “

¹¹⁹⁴ Amnistía Internacional de España: España: Oportunidades perdidas y mejoras insuficientes en materia de derechos humanos. Recomendaciones de Amnistía Internacional a la reforma del Reglamento de Extranjería. Diciembre de 2004.

¹¹⁹⁵ Vid, Rights Watch en su informe Responsabilidades no bienvenidas..., cit. (http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain_0707/7.htm); y también en el Seminario Permanente sobre Migraciones Internacionales y Extranjería, Actualidad de las migraciones en Derecho español (conclusiones de las sesiones 2005-2007), Cuadernos Intermigra, núm. 3, 2005-2007, págs. 23-24, entre otros.

¹¹⁹⁶ Art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, apdo. 25, y en las Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no Acompañados y Separados, pág 11. En el art 9.1 de la LOPJM que reconoce este derecho “tanto en la esfera familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que este directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”; y en diferentes leyes autonómicas entre las que referenciamos las siguientes: art. 13 Ley 12/2001 de la infancia y adolescencia en Aragón; art. 14 Ley 1/2006 de protección de menores de La Rioja; art. 54 Ley 17/2006 integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares y art 14 de la Ley 1/1998 de 20 de Abril, sobre los derechos y de la atención del menor.

1. Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección.

2. A tal fin, la entidad pública le dar noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitiera copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guarda y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

El Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente la situación del menor y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias.

3. La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe.”

Asimismo conviene precisar que estas funciones iniciales que fueron encomendadas al Ministerio Fiscal, han sido incrementadas por leyes posteriores que inciden en esta materia, entre las que destaca la LOPJM que en su Disposición Adicional Tercera , que permite tanto al Ministerio Fiscal como al Juez intervenir de oficio, en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas; y ,en la LEC 1/2000, de 7 de Enero¹¹⁹⁷ que en su art 749, establece un proceso especial , en el que se le otorga al mismo un doble papel: De una parte, como demandante, cuando es el que este ejercita la pretensión de oposición y de otra, como parte que puede oponerse a las resoluciones administrativas que se adopten en materia de protección de menores, como ocurre en el supuesto de recurrir cuando se acuerde por la repatriación del menor por parte de a la Administración General del Estado en base a los artículos 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal¹¹⁹⁸ y 8.2 LEC. A lo expuesto, debe añadirse que en opinión del citado Tribunal Constitucional, la omisión del trámite de audiencia al menor supone la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución (STC 221/2202, de 25 de Noviembre Fj3) .Además también se está infringiendo el art artículo 92.4 del Reglamento de Extranjería (RD 2393/2004) que establece que ”La Administración General del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de haber oído al menor, y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre la repatriación a su país de origen, o a aquel donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España” ,por tanto, el encargado de la tutela del menor tiene el deber de facilitar a la Delegación del Gobierno, cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio y lo pondrá en su conocimiento todas las que gestiones que se hayan podido realizar para localizar al menor.

¹¹⁹⁷ BOE núm. 7, de 8 de Enero del 2000.

¹¹⁹⁸ Ley 50/1981 de 30 de Diciembre (BOE núm. 11 de 13 de Enero de 1982)

En séptimo y último lugar, una vez que la Administración haya acordado la repatriación, a la representación del menor solo le caben dos actuaciones procedimentales: una principal, - recurrir -para dejar sin efectos el retorno del menor y que permanezca en nuestro país; y, otra complementaria, -solicitar la adopción de medidas que eviten el retorno del menor a su país de origen- y cuyos efectos se producen hasta que se resuelva la primera- solo si se acude a la vía judicial-. Con respecto a la principal, hay que precisar corresponde a las Delegaciones de Gobierno o Subdelegaciones, acordar si procede la repatriación mediante la correspondiente resolución que pone fin a la vía administrativa y su ejecución atañe a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos(art 92.4 del Reglamento 2393/2004) .Por tanto, contra el acto por el que se acuerda la repatriación existe el derecho a presentar el correspondiente recurso, que pueden ser de dos tipos: a)recurso de reposición, potestativo regulado en los arts 116 y 117 de la Ley 30/1992 de 26 de Diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común; o bien, b) recurso ante los tribunales de justicia, en concreto ante la jurisdicción contencioso-administrativo, apreciándose como existen graves dificultades de acceso del menor al control judicial de las decisiones administrativas(STSJ Navarra 869/04 de 27 de Septiembre de 2004; STSJ Madrid 767/2007 de 26 de Abril de 2007;y, STSJ de Cantabria 31 de Julio de 2007,entre otras).Habitualmente la vía más utilizada es la última, ya que la primera es ante un organo administrativo, es decir, ante la propia Administración que acordó la resolución, y difícilmente, esta va a ir en contra de sus propios actos, para resolver este recurso la resolución que se acuerde, debe ponderar los intereses en conflicto presentado por ambas partes y además no hay que olvidar, que la mera interposición de este recurso no suspende la ejecución de la repatriación salvo que el organo administrativo así lo acuerde, tendiendo legitimación legal para interponer su inejecución: de oficio o bien, a instancia de parte, admitiéndose como exclusivamente como causas admisibles para proceder a dicha suspensión las contempladas en el art 62.1 de la Ley 30/1992, y que son las siguientes: a)causar perjuicios irreparables, o bien, b)que se trate de causa que de lugar a la nulidad de pleno derecho de la resolución inicialmente acordada. En cambio, el recurso ante los tribunales es la el procedimiento mas utilizado, debido a que además de ofrecer más garantías dada su imparcialidad, el plazo de resolución del mismo es más breve y en los casos de que a estos menores les falte poco tiempo para cumplir la mayoría de edad, esta solución es actualmente la más aconsejable. Además, hasta que el tribunal falle a través de Auto, cabe interponer apelación ante los Tribunales Superiores de Justicia, permitiendo esta vía no solo interponer recurso, sino que además, se puedan adoptar medidas provisionales, en base al art 129.1 de la LJCA, en cualquier estado del proceso tal y como se recoge literalmente en la dicción literal del citado precepto : "*Los interesados podrán solicitar*

en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.” A lo expuesto hay que añadir, que la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en el art 135 de la LJCA ,puede pedir que se adopte la “medida cautelarísima” de suspender la resolución sobre la repatriación acordada hasta que se resuelvan los recursos, ya que la ejecución del mismo conllevaría perjuicios irreparables para el menor, por afectar a su esfera personal, familiar o social (Sentencias SSTC 152/2005 de 2 de Junio FJ 3, y 17/2006 de 30 de Enero FJ 5, entre otras), matizando este criterio en el sentido de que no es solo la mera dependencia de un recurso contencioso administrativo contra la resolución que ordena la expulsión o la dificultad de defenderse en el proceso el ciudadano extranjero expulsado, lo que lleva a acordar la suspensión. Todo ello sin perjuicio, que conforme al artículo 130 de la LJCA, habrá que acreditar en cada caso concreto, lo que tradicionalmente se ha llamado el *periculum in mora*, conforme ha interpretado la jurisprudencia, es decir, será quien solicite la adopción de la medida cautelar, habrá de probar que la no adopción de la medida que solicita puede privar de finalidad al recurso, valorando además los intereses en conflicto, asimismo el juez para denegar la adopción de la medida cautelar debe estimar que la suspensión de la misma ocasionaría una perturbación grave de los interés generales o de un tercero. De modo que, lo expuesto trasladado al ámbito específico que nos ocupa menores extranjeros no acompañados, su repatriación deberá comportar un daño irreparable (generalmente se va a ver obligado a interrumpir los estudios iniciados en España o el curso formativo que venia realizando) quebrantándose en consecuencia su integración en nuestro país, objetivo que debe valorarse al unísono con el de retorno a su país de origen, en igualdad de condiciones, debiendo prevalecer a la hora de adoptar una de estas dos decisiones, siempre el interés del menor.

En resumen, son los operadores jurídicos los que deben velara porque la Administración cumpla sus obligaciones en materia de protección de menores, haciendo prevalecer el interés del menor sobre cualquier otro interés en conflicto. Pero incluso en el orden jurisdiccional se utiliza la práctica de inadmitir la demanda¹¹⁹⁹ frente a las repatriaciones en base a defectos formales o falta de capacidad procesal, inadecuación del procedimiento utilizado, llegar a la mayoría de edad o transcurrir los plazos para impugnar. Si bien, actualmente parece apreciarse un cambio de criterio jurisprudencial, que esta obligando a la Administración a actuar mas en consonancia con las garantías legales que debe cumplir materia de derechos del menor.

Lo expuesto nos lleva a plantearnos la siguiente premisa ¿Qué ocurre si el menor de edad mientras se ventilan los recursos cumple la mayoría de edad? La respuesta ,la ofrece el TC en

¹¹⁹⁹ A este respecto hay que tener en cuenta la STC 183/2008 que dispone lo siguiente” La decisión de inadmisión impugnada ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (...) ya que, la interpretación y aplicación del ordenamiento procesal ha resultado desproporcionada, al no haberse ponderado que se estaba impidiendo que la persona directamente afectada por una decisión administrativa, bajo cualquier mecanismo, instar su control judicial.”

sus sentencias 184 y 185 de 22 de Diciembre de 2008 Fj1, que dispone lo siguiente: *El cumplimiento de la mayoría de edad no implica la pérdida sobrevinida del objeto del amparo, salvo que se haya acordado la lesión sufrida por los derechos fundamentales del menor, causa que estima no sucede en las repatriaciones de menores no acompañados extranjeros*”. Por tanto, en base a lo expuesto, si se declara que se ha producido lesión en los derechos fundamentales del menor, este deberá permanecer en España y consiguientemente deberá regularizarse su situación para lo cual se computara como periodo de residencia legal, el tiempo que estuvo tutelado por la Administración, de modo que, aunque se encuentre en su país de origen, (donde fue retornado) tiene derecho a regresar a España (¿a que Estado le correspondería sufragar esos gastos?) y ser documentado con una autorización de residencia por circunstancias excepcionales (art 40.j)

En cambio, si alcanza la mayoría de edad, pero no se ha llevado a ejecución material de repatriación, al desaparecer el objeto del amparo, no puede realizarse la repatriación, si bien, es posible su expulsión, ahora ya como mayor de edad, debido a su situación irregular en nuestro país por la comisión de falta grave (art 53.a de la LOEXTR) y puede sustituir la Administración la sanción de multa por expulsión previa tramitación del correspondiente expediente administrativo (art 57.1 de la LOEXTR)

Una mejora en esta materia es el contenido el Reglamento de ejecución de la LOEXTR, Se regula el procedimiento de repatriación en interés del menor completo en los arts 192-195 (y que abarca las actuaciones previas de petición de informe al país de origen; el inicio del procedimiento, la determinación de un período de prueba; trámite de audiencia y resolución del procedimiento y ejecución de la repatriación).

Se produce la intervención del representante del menor, a partir de que es comunicado el acuerdo de incoación del procedimiento, si el menor ha alcanzado la edad de dieciséis años, podrá intervenir en esta fase por sí mismo o a través de representante que designe.

Otra novedad también destacable y garantista es la posibilidad que cuando el menor de dieciséis años con juicio suficiente hubiera manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela legal, custodia, protección provisional, guarda o representación legal, se suspenderá el curso del procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial.

Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente (art.190.1).

Finalmente, en la propia resolución o en documento aparte, se hará expresa mención a la necesidad de solicitar el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para el ejercicio de éste, en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-

administrativa. El plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento será de seis meses desde la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento. Asimismo con la finalidad de garantizar el interés del menor todo el procedimiento se grabara en una aplicación informática.

Así como para la ejecución de la medida de repatriación, al menor que es conducido a su país de origen, como novedad también este deberá ser acompañado por personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre el menor, con el fin de que se verifique que realmente su familia o los servicios de protección van a hacerse cargo del mismo. ¿Realmente va a ser entregados a los servicios de protección del país de origen o al final serán entregados a las autoridades del país de origen? ¿Que ocurre si se verifica que su familia carece de medios y no se garantiza la atención integral adecuada por los servicios de protección del país de origen porque estos sean deficientes? ¿Se produciría la acción de regreso?

Por último, no podemos obviar que las reformas introducidas en la LOEXTR y en su Reglamento de ejecución obedecen a la aprobación reciente de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 Abril de 2011, relativo a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, donde destina más de 1/3 de su articulado a los menores no acompañados, entre cuyas novedades se refieren a medidas de acogida y garantías procesales entre las que destacamos las siguientes: a) necesidad de que lo antes posible se le nombre un tutor o representante, con objeto de proteger los intereses del menor, debido decidirse con la mayor intermediación posible sobre su futuro para el cual ofrecen las siguientes soluciones como duraderas; el retorno y la reintegración al país de origen o al país de retorno; la integración en la sociedad de acogida; o ,la concesión del estatuto de protección internacional o la concesión de otro estatuto con arreglo al Derecho nacional del Estado miembro. También, se sugiere a los Estados miembros que tengan en cuenta, las especificidades relacionadas con el género y los derechos de los menores, se reitera la necesidad de formación específica para todo el personal que tenga que tener contacto con menores (agentes de policía, inspectores de trabajo, funcionarios de fronteras, personal sanitario, abogados, fiscales, etc). En caso de dudas sobre su minoría de edad, hay que inmediatamente prestarles asistencia, apoyo y protección ,además se especifica como han de ejecutarse estas medidas.

3.8.1. MATERIALIZACIÓN DE LA REPATRIACIÓN A LOS PAÍSES DE ORIGEN. ACUERDOS SUSCRITOS POR ESPAÑA

Tal y como hemos venido comentado uno de los artículos mas reformados tras la entrada en vigor de la LOEXTR ha sido el art 35, relativo a menores, en el que se introducen y

modifican diferentes apartados. En concreto, nuestro estudio lo vamos a centrar en el parrafo 1, cuya dicción literal es la siguiente:” *El gobierno promoverá el estableciendo de acuerdo de colaboración con los países de origen que contemplen, íntegramente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de menores no acompañados*”.Esta faceta de la política migratoria es novedosa en la LOEXTR, con el que se pretende un doble objetivo. De una parte, prevenir la inmigración de menores; y de otra, realizar siempre que sea posible la repatriación del menor hacia su país de origen, dentro del marco del respeto del principio de interés del menor que debe prevalecer cualquier actuación referente a los mismos¹²⁰⁰, Además también obedece al objetivo recogido de forma reiterada expresamente en el art 2.bis.2. j), que consagra como uno de los principios que deben respetar todas las administraciones públicas implicadas en el tema de política migratoria “*la promoción del diálogo y la colaboración con los países de origen y tránsito de inmigración, mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios, así como a fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación al desarrollo y codesarrollo.*”

La justificación de las reformas producidas en materia de repatriación de menores, obedece a la trasposición por parte de la LOEXTR de la Directiva de retorno¹²⁰¹, tal y como se recoge en el apartado II del Preámbulo de la Ley, junto a otras ocho directivas que han sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico. Siendo relevante en la materia objeto actualmente de análisis, el retorno regulado en el art 10 de la citada disposición cuya dicción es la siguiente:

1. Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño.

2. Antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cercioraran de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

De lo expuesto, se desprende que actualmente en los acuerdos de repatriación suscritos con los países de origen del menor por parte de España, se esta vulnerando entre otros preceptos: la Convención de Derechos del Niño ,en particular los arts 2 al 4, que reconocen respectivamente los derechos a que este no deba ser discriminado, el principio de interés

¹²⁰⁰ MOLINA NAVARRETE, C (2001). Comentarios al art 35, en MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C (dir.)Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social (LO4/2000.LO 8/2000 y RD 864/2001), Comares, Granada, pág 565.

¹²⁰¹ Directiva 2008/115/CEE, de 16 de Diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de Diciembre de 2008).

superior del menor y la obligación de los poderes públicos de velar y proteger al menor; también compromisos recogidos en la LOPJM arts 1 al 3, en los que se establece que la presente ley es aplicable a todos los niños que se encuentren en España, se les confiere los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales en los que España sea parte y donde se subraya el carácter prevalente del interés superior del menor ; y, la Constitución Española que en su art 39, que recoge modificaciones que introducen mayores garantías para la infancia y un reconocimiento de derechos. Si bien, no debemos olvidar que se trata de una norma de mínimos que el legislador de extranjería puede acatar estrictamente o bien, ampliar, pero a la vista del art 35 de la LOEXTR parece haber optado por la primera vía.

De otra parte, esta disposición es completada por la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de Enero de 2009, sobre situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 que en su Recomendación General núm 100 dispone lo siguiente: “ *Pide que se dedique una atención particular a los menores no acompañados y a los menores separados de sus padres que llegan al territorio de la Unión como inmigrantes irregulares y subraya la obligación de todos los Estados miembros de prestarles asistencia y facilitarles una protección especial; pide a todas las autoridades (locales, regionales y nacionales) y a las instituciones de la Unión que cooperen con asiduidad para proteger a estos niños de todas las formas de violencia y de explotación, que velen por la designación sin demora de un tutor, por prestarles asistencia jurídica, buscar a su familia y mejorar las condiciones de acogida, con alojamiento adecuado, facilidades de acceso a servicios de salud, educación y formación, en particular, por lo que se refiere a la lengua oficial del país de acogida, formación profesional y completa integración en el sistema escolar*”

En la actualidad nuestro país ha celebrado tres acuerdos de esta naturaleza. El primero, con Rumania de 15 de Diciembre de 2005¹²⁰² rubricado “Acuerdo sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos “ que contiene importantes defectos técnicos jurídicos, entre los que destaca la indeterminación de su ámbito de aplicación, (hecho que queda patente al no definirse en su articulado, que se entiende por menor no acompañado) y por otra parte, la omisión en todo el documento, de referencia al principio de interés superior del menor, también destaca en el mismo, el intento fallido por parte del ejecutivo español de incluir en el citado ámbito también a los mayores de edad con la finalidad de poder reagruparlos y de este modo retornarlos a sus países de origen.

¹²⁰²BOE núm. 195, entrada en vigor el 16 de Agosto de 2006.

El segundo Acuerdo es el celebrado con Senegal de 5 de Diciembre de 2006¹²⁰³, titulado "Sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción" entre cuyos objetivos destaca su vocación de regular la inmigración de forma integral, mediante la puesta en práctica de medidas de prevención (destinadas a promover el desarrollo económico-social de los países de origen de estos menores acompañados, control en las redes del tráfico de personas e información a dicho colectivo con el fin de evitar su migración, art 3); de protección (art 4); y, finalmente de repatriación (con su familia u organismo de tutela en Senegal procurando sobre todo, conseguir la integración social de estos menores). Sin embargo, la puesta en práctica de este acuerdo, es extremadamente dificultosa debido fundamentalmente a que en dicho país africano no existe censo, lo que impide que en la praxis se pueda agrupar al menor con su familia al desconocerse donde vive esta, además dicho Acuerdo al igual que el anteriormente expuesto de Rumania, no recoge expresamente el principio de "interés superior del menor", sino que sustituye este principio por el realizar las actuaciones relativas a los mismos "con las debidas garantías".

Por último, en tercer lugar, existe acuerdo en esta materia con Marruecos que ha quedado materializado en dos documentos: El primero, rubricado "Memorandum de entendimiento sobre repartición asistida de menores no acompañados" de 23 de Diciembre de 2003, (no publicado en el BOE, ya que se tratan de acuerdos no formales suscritos por las autoridades administrativas y consulares competentes al margen, por lo general, de las preceptivas y constitucionalmente necesarias autorizaciones parlamentarias y publicaciones oficiales)¹²⁰⁴. Las acciones que comprenden están encaminadas principalmente a devolver al menor a su país de origen: "*las autoridades consulares del Estado requerido procederán a la expedición inmediata de la documentación que acredite su nacionalidad y a facilitar el retorno a su país de origen para su entrega a las autoridades fronterizas*". También se señala que en el caso de que la localización del menor no acompañado se produzca en el momento de su entrada en el otro país a través de un puesto fronterizo "*las autoridades de Estado de acogida lo entregarán de manera inmediata a las autoridades fronterizas del país de origen, después de que se constate el hecho debidamente por el oficial de enlace*" (punto 3). Este acto se realiza sin la presencia de los guardas o los representantes de los servicios de protección, situando en consecuencia a estos menores en una situación de mayor riesgo de abuso y consiguiente detención. La celebración de

¹²⁰³ BOE núm. 371, de 20 de Abril de 2007, entrada en vigor 18 de Julio de 2008.

¹²⁰⁴ Vid. JIMÉNEZ GARCÍA, F., (2006). La práctica convencional de readmisión forzada en la política migratoria de la Unión Europea: del maximalismo de los Consejos Europeos al minimalismo de los Acuerdos, en Migraciones y Desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de Octubre de 2006 (coord.) FRANCISCO ALDECOA LUZÁRRAGA, JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA, págs. 411-412.

este instrumento por su parte Marruecos, ha puesto en marcha medidas para desmotivar la emigración de menores, como fue la reforma en ese mismo año de la Ley nº 02-03, del Código Penal Marroquí, que en su art. 50, relativo a la entrada y residencia de extranjeros en Marruecos, a la emigración e inmigración irregulares introduce el delito de “emigración irregular”. Según esta normativa, un menor de 18 años que haya emigrado de manera irregular y sea devuelto a Marruecos está cometiendo una infracción, por lo que podría ser sancionado con multa de 3000 a 10000 dirhams (o sea de 270 a 900 euros), y de un encarcelamiento de uno a seis meses, o de una de esas dos penas solamente a toda persona que deja clandestinamente las fronteras terrestres, marítimas o aéreas de Marruecos.

De la citada disposición se extraen dos consecuencias:

La primera de ellas, es que la referida norma vulnera el principio de libertad de circulación consagrado entre otros en los siguientes textos internacionales:

art. 13 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)*, que reconoce en su *artículo 13* el derecho a salir y a volver a su propio país.

El art. 12 del *Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos (1966)*, que establece que “*nadie puede ser privado del derecho a dejar su país*”.

29. art. 13.2 *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)*, donde se reconoce el derecho de toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

La segunda conclusión, es más alarmante, puesto que la citada ley marroquí, no diferencia **entre** los adultos y los menores respecto a las sanciones dictadas, puesto que la Ley indica que las penas infligidas se imponen a “toda persona que deja clandestinamente” Marruecos.

Esto significa que un menor repatriado de España a Marruecos¹²⁰⁵, puede ser sancionado con una multa y/o con una pena de prisión, cuando es remitido a las autoridades policiales de su país, lo que constituye sin duda un riesgo o peligro para la integridad del menor. Las medidas que se han puesto en marcha entre ambos países y las unilateralmente han sido adoptadas por parte de Marruecos para evitar la emigración de menores extranjeros son, por lo tanto, fundamentalmente de orden público.

¹²⁰⁵En cambio si el menor ha cometido un delito y ha cumplido los 12 años, el Código Penal marroquí otorga un amplio margen de poder discrecional a los jueces. En estos casos, el juez puede adoptar una de las siguientes soluciones:

- a) Devolverlo a su familia.
- b) Ingresarlo en un centro de rehabilitación.
- c) Ingresarlo en un centro de internamiento.

En cambio si tiene menos de 12 años existen dos decisiones contrapuestas: a) devolverlo a su familia o b) bien, adoptar una custodia alternativa.

Sin embargo, otras partes del Memorándum, no han tenido la misma aplicación práctica, como es la previsión de que *“conforme a los compromisos de las dos partes, un comité ad hoc constituido por los representantes de todos los Departamentos competentes será el encargado de establecer y evaluar las condiciones de acogida y de reinserción de menores basadas en los proyectos de acompañamiento, y que este Comité someterá al Comité permanente, las propuestas especialmente para la cofinanciación por las dos partes de estos proyectos, y de aquellos referidos al interés supremo del menor en materia socio-educativa”*. Este tipo de medidas, tienen un carácter de protección y son las que deben prevalecer en la atención a los menores. En definitiva, el Memorándum facilita la repatriación, pero no existen garantías de que el menor marroquí vaya a disponer de una protección efectiva, debido además de las razones expuestas, en que Marruecos carece de un sistema que garantice el regreso de esos menores a tutores adecuados o su envío a instituciones con capacidad y voluntad para cuidar de ellos. De ahí, que las repatriaciones de estos menores sufren el riesgo de no garantizar en el país de origen la asistencia y prestaciones necesarias que requiere el menor, la solución que ha optado nuestro país es crear centros de acogida en Marruecos¹²⁰⁶, es un arma de doble filo, ya que si el menor sale de su país de origen porque no recibe asistencia ni formación ni por el Estado ni su familia, sabe que si emigra, aunque sea devuelto de nuevo a Marruecos, si va a ser atendido de forma individualizada y especializada ¿no estaremos promocionando sin querer la migración de estos menores? Además tampoco se garantiza en el citado instrumento, que el menor vaya a ser posteriormente contratado en origen para trabajar en España después de haber recibido formación en su país de origen.

En resumen, el citado Memorandum, en líneas genéricas lo que hace es identificar el principio del interés superior del niño (el cual no se reconoce por ese Estado) con la sistemática repatriación, en realidad procede a dar unas amplias directrices, de manera que cabe cualquier forma administrativa para la repatriación de los menores marroquíes no acompañados, si bien, en la practica el numero de repatriaciones realizadas en base al mismo ha sido poco significativo.

Mientras que el segundo documento titulado” Acuerdo entre el Reino de España y Marruecos sobre cooperación en el ámbito de protección de emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y retorno concertado” de 8 de Marzo de 2007¹²⁰⁷, es más controvertido, los puntos mas cuestionables que presentan son los contenidos de los arts 4 y

¹²⁰⁶ Human Rights Watch Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de los menores extranjeros no acompañados sin garantías. Considera que estos nuevos centros pueden acelerar el retorno de los menores no acompañados a un país que carece de un sistema de protección de menores en activo para acogerlos, cit pág 120(pág 6)

¹²⁰⁷BOE núm. 429 de 14 de Septiembre de 2007(y que aun esta pendiente de entrada en vigor).

5. En el primero, el Estado español se compromete a proporcionar a las autoridades marroquíes, la información que tengan del menor no acompañado en el plazo de un mes desde que entro en España, como contrapartida éstas tienen un plazo de 3 meses par identificar al menor, localizar a su familia y documentarle. Sin embargo, el punto más critico, es el dispuesto en el apartado final del citado art 4, que dispone lo siguiente:” *Las Partes llegarán a un acuerdo previo sobre el caso de menores que puedan ser objeto de regreso y asimismo sobre su número*”. Es decir, se esta admitiendo que las partes puedan acordar un “cupo” sobre el numero de menores que admiten para ser objeto de repatriación, así como, de las características que tienen que tener éstos. De este modo, de una parte, se esta lesionando el interés superior del menor, que el citado Acuerdo a pesar de no recogerlo expresamente en su Texto, si lo hace indirectamente, al acatar los instrumentos internacionales en especial de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989 y de los Protocolos Facultativos de los que ambos Estados son Partes¹²⁰⁸. Y de otra parte, se vulnera la Convención de Derechos del Niño, que establece en su Observación General núm. 6, párr. 86 lo siguiente: *"los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior"*(Esto supone a su vez, que antes de que pueda considerarse la devolución deberá haberse establecido un mecanismo eficaz para determinar el interés superior del niño).

Finalmente, el art 5 del citado Acuerdo, con respecto al retorno de menores, estipula que solo procederá este cuando sea posible la reunificación familiar o el acogimiento institucional en el país de origen, si así lo aconseja el interés superior del menor, sin embargo, en este caso ,una de las partes implicadas, Marruecos, no existe una protección global a la infancia ni responsabilidad pública en cuanto a las situaciones de falta de protección especial de los menores: niños de la calle, menores explotados en el trabajo y sexualmente, niñas trabajando en el servicio, etc. Por lo que, sus servicios de protección de menores presenta graves deficiencias, debido fundamentalmente a su insuficiencia y falta de medios ,de modo que, la asistencia que prestan es precaria, o incluso inexistente ,por lo que no garantizan la adecuada protección de los menores ni es aconsejable su repatriación, ya que de llevarse a cabo se llevaría al menor a una peor situación, en la que correría peligro su integridad física, lo que va en contra de la normativa sobre derechos humanos y protección de la infancia y adolescencia.¹²⁰⁹

¹²⁰⁸ Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución A/RES/54/263 del 25 de Mayo de 2000 (Entrada en vigor el 18 de Enero de 2002) y el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados, aprobado por el mismo organo y en la misma Resolución anterior(Entrada en vigor el 12 de Febrero de 2002) Ambos instrumentos brindan protección a los niños en el contexto de la migración

¹²⁰⁹ Vid a este respecto, FONTÁN SILVA, E. J., (1998). El exequátur de las decisiones dictadas por los tribunales de Marruecos, AC, 1998- IV, págs. 1121-1149

Finalmente, el art 35.1 *in fine*, establece el deber de información por parte de la Administración General del Estado a las Comunidades Autónomas sobre la celebración y contenido de dichos Acuerdos. Pero quizás lo mas novedoso en materia de colaboración con los países de origen en materia de repatriación de menores, sea además de lo analizado en el presente epígrafe, el apartado 2 del citado artículo 35 cuya dicción literal es la siguiente:” *Las Comunidades Autónomas podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos*”.Actualmente esta aun sin perfilar el alcance real de esta facultad, debido a que las CCAA tienen vedada la adopción de acuerdos internacionales (art 149.1.3 CE) ,además surge el problema de como garantizar un seguimiento por parte de las mismas ,con que medios y como ponerlo en practica fuera del ámbito de su territorio, aunque el acuerdo suscrito con el país, de origen prevea que se pueda realizar dicho control no queda claro como verificar que la protección del menor se esta llevando a cabo realmente, de ahí, que la ubicación de este párrafo refuerza la idea anterior de primar la contención del flujo en el país de origen y trasvasar el problema al país de origen, a cambio de sostenimiento económico de centros de acogida en los mismos. En resumen, actualmente la cooperación internacional en materia de menores esta enmarcada por los acuerdos internacionales en el ámbito de la protección de menores, firmados por España con Marruecos, Senegal y Rumania, y por las acciones previstas en la legislación estatal y autonómica, sobre todo a esta ultima, el art. 35.12, le abre una nueva vía inexplorada para solventar los problemas que plantean estos menores en su territorio.

Por último, mencionar que el art 35 de la LOEXTR en sus párrafos 9,11 y 12, permite lo que parece ser una “externalización” de la tutela a los menores extranjeros no acompañados, tanto a otras comunidades autónomas como a ONG’s, fundaciones o entidades dedicadas a la protección de menores. En relación, a la posibilidad de que esta función sea realizada por las CCAA, supone un acercamiento a la realidad de este fenómeno que conlleva una extraordinaria movilidad de los menores por diferentes provincias. Sin embargo, se plantean dudas sobre si esta facultad se va a realizar en base al principio *favor minoris*, o, que por el contrario, se aprueben cupos por cada CCAA para que estas distribuyan a estos menores en función de la necesidad que tengan éstas de allegar fondos públicos, o que por el contrario, se realice realmente en función de los medios y saturación de centros que tengan para poder prestar una atención integral a estos menores.

De otra parte, en cuanto a la posibilidad de atribuir la tutela a ONG's, fundaciones o entidades dedicadas a la protección de menores. Desconocemos el encaje que tiene este ejercicio de tutela con el art.172 del Código Civil, que es la norma donde se regula el ejercicio de la tutela (creemos que deberá ser reformado). De entrada resulta contrario al principio de igualdad que el ejercicio de la tutela por una entidad privada solo se prevea para menores extranjeros ¿Por qué no también para los nacionales? Por otro lado, no todas las competencias que ejerce la administración pueden transferirse, (la ley no aclara si estamos ante una encomienda de gestión); en fin, que este nuevo artículo confunde la tutela y la guarda, privatiza el ejercicio de la tutela aunque suponemos que nunca podrá privatizar su constitución y su extinción que siempre requerirá de un acto administrativo y añade confusión e inseguridad jurídica a la situación en la que puedan encontrarse los menores, contribuyendo al mantenimiento de situaciones irregulares de menores a los que no se les otorga la tutela o se les extingue la misma sin causas legalmente justificadas.

3.9. PROBLEMAS EMERGENTES QUE PLANTEA LA SITUACIÓN LEGAL DE ESTOS MENORES EN LOS TERRITORIOS AISLADOS.

España y Marruecos comparten un rasgo fundamental debido a su posición geográfica, que para uno es la puerta de entrada a Europa y para el otro la salida de África. Para conocer los problemas que presentan los menores no acompañados en los territorios aislados, es necesario estudiar la evolución de la inmigración de menores en Ceuta y Melilla.

Durante los últimos años, las autoridades de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla han declarado el colapso de los centros de menores que no están preparados para atender a todos los menores que se encuentran en situación irregular. Los centros están acondicionados, ni cuentan con los recursos materiales y humanos necesarios para su correcto funcionamiento. Son muchos los menores no acompañados que ingresan al país ilegalmente por lo que surgen las siguientes interrogantes: ¿Cuál es el interés de los menores que ingresan a España de modo ilegal y no acompañados de un adulto?, ¿Cuáles son los problemas que ha dejado atrás y los que debe enfrentar en España?

“La estructura del menor actualmente vigente en el Estado, es insuficiente para garantizar que cualquier decisión que se tome se adopte en el interés superior del menor. La actual estructura no garantiza la independencia de la institución tutelar, no proporciona al menor de edad un contacto directo con su tutor legal y adolece de falta de cooperación y coordinación entre los diferentes organismos responsables de la protección de niños y niñas. El acceso a la representación legal y a una asistencia letrada es esencial para los menores no acompañados desde el momento de su llegada, durante las fases de detección y determinación de la edad, en la

evaluación de la posible fundamentación para obtener protección y en la solicitud de documentación y permisos de residencia”¹²¹⁰

Finalmente, se analizan los problemas que plantea la inserción de estos menores en los territorios aislados de Ceuta y Melilla, por lo que como se comentaba anteriormente, existe un colapso en los centros de atención de menores inmigrantes en estas ciudades y en otras Comunidades Autónomas del país, siendo necesario el desarrollo de políticas en esta materia.

Los problemas emergentes que plantea la migración, en particular en las ciudades autónomas de Melilla y Ceuta, dada su situación geográfica estratégica son de gran trascendencia al ser el nexo de unión entre Europa y África y en consecuencia un canal de entrada importante debido a su enclave, si bien, su situación ante el fenómeno migratorio en general y ante la problemática de menores no acompañados en particular, es complicada debido a las características *suis generis* de sus respectivos Estatutos de Autonomía que privan a ambas ciudades de algo tan fundamental y básico como es la competencia legislativa en estas materias. A ello hay que añadir el problema de la distribución competencial, ya que tal y como se ha mencionado con anterioridad, el Estado es el único competente en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, y en materia de relaciones internacionales en virtud del Art. 149.1.a, 2.a y 3.a.

No obstante, debido a la configuración del Estado en autonomías es posible la transferencia de determinadas materias, a las Comunidades Autónomas que así se haya dispuesto en su Estatuto de Autonomía, produciéndose una relativización de esta competencia exclusiva del Estado como consecuencia de la transversalidad de otros títulos autonómicos, consagrados en el artículo 148.1.20 de nuestra carta magna, donde se establece la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan asumir competencias en materia de asistencia social. Por tanto, de acuerdo con este reparto competencial constitucional, es de aplicación directa el artículo 172 del Cc en materia de protección de menores, que dispone que *“la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniendo el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral y material. La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria*

¹²¹⁰ Akademeia (2008). Inmigración y Derechos Humanos. Barcelona: Icaria, pág. 86

potestad o de la tutela ordinaria”. Asimismo este art 172 será de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas de Aragón, Navarra y Cataluña.

De otra parte, nuestra legislación específica de menores contemplada en la LOPJM, en el apartado 3º de su Exposición de Motivos, pretende ser respetuosa con el reparto constitucional y estatutario de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. En este sentido, la Ley regula aspectos relativos a la legislación civil y procesal y a la Administración de Justicia, para los que goza de habilitación constitucional específica en los apartados 5.º, 6.º y 8.º del art149.1. Según dispone la dición literal de la Disposición Final Vigésima Primera 2: *“El artículo 10, en su apartado 3, el artículo 21, en su apartado 4, el artículo 23, las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera, la disposición transitoria única y las disposiciones finales decimonovena y vigésima, se dictan al amparo del artículo 149.1.2.ª, 5.ª y 6.ª de la Constitución”*.

Sin embargo, se dejan a salvo, en una disposición final específica, las competencias de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho Civil, Foral o especial propio, las normas de derecho civil según establece la LOPJM en su Disposición Final Vigésima Primera tendrán para carácter supletorio.

Asimismo, cuando se hace referencia a competencias de carácter administrativo, se especifica que las mismas corresponden a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla, de conformidad con el reparto constitucional de competencias y las asumidas por aquéllas en sus respectivos Estatutos (Disposición Final Vigésima Primera. 3: *“Los restantes preceptos no orgánicos de la Ley, así como las revisiones al Código Civil contenidas en la misma, se dictan al amparo del artículo 149.1.8.ª de la Constitución y se aplicarán sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial”*).

No obstante, a pesar del citado reparto competencial en materia de protección de menores, las distintas CCAA están asumiendo, según sus competencias estatutarias, responsabilidades diversas en relación con los procesos migratorios de menores, de forma tal que en ocasiones exceden incluso de las recogidas en la legislación vigente, debido principalmente a la pasividad de la Administración estatal.

De modo que, las leyes de los servicios sociales son llevadas a cabo a través de estas leyes autonómicas, dando lugar a conflictos positivos de competencias. Y estas leyes de las CCAA pretenden articular un auténtico sistema público de servicios sociales, para el pleno desarrollo del individuo y la prevención de la marginación, aunque no obstante la realidad es bien distinta. Siendo en la práctica, las Conserjerías de Asuntos Sociales las que alienten a las asociaciones que tienen ausencia de ánimo de lucro, para que ejecuten los programas marcos y de este modo,

éstas poder hacer una dejación de funciones. Estando supeditado el desarrollo de estos programas, a que durante ese periodo la ciudad autónoma destine presupuesto para su financiación desconociéndose cual va a ser realmente su cuantificación. Subordinándose en consecuencia, las actuaciones en cada ámbito a la renovación de dicha ayuda, lo cual a la postre provoca el fracaso de las medidas programadas.¹²¹¹

Basándose en este precepto, y en los correspondientes Estatutos de Autonomía, las Comunidades Autónomas disponen de competencias para legislar a través de sus Parlamentos, Cortes o Asambleas Autonómicas sobre asistencia social o servicios sociales en general y, concretamente, sobre protección del menor, por lo que diversas Comunidades Autónomas, bien sea mediante Leyes o Reglamentos, han legislado sobre cuestiones referidas a la asistencia social a menores de edad, entre ellas la correspondiente a menores. En este sentido la Ciudad Autónoma de Melilla, ostenta competencias en materia de asistencia social, que le viene atribuida en su propio Estatuto de Autonomía¹²¹² y en virtud de transferencia que posteriormente la Administración del Estado le ha otorgado. En cuanto al primero, esta viene recogida en el art 21. 18, de su Estatuto de Autonomía y cuyo alcance tal y como dispone el apartado 2 del mismo artículo se limita a las facultades de: “administración, inspección y sanción en los términos que establezca la legislación general del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria”. Y en cuanto, al segundo, en virtud del RD de Transferencia 1385/1997, de 29 de Agosto, en su Anexo apartado 1.b, se especifican las competencias trasvasadas, nos limitaremos a enumerar las relativas a menores que son las que corresponden al estudio del presente epígrafe y que son literalmente las siguientes:

“La protección y tutela de menores, según lo establecido en el Código Civil, con la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero, de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, así como la ejecución de las medidas dictadas por los jueces de menores, en virtud de la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de Junio, sobre reforma de la Ley reguladora de las competencias y el procedimiento de los juzgados de menores, tales funciones incluyen la dirección, inspección, vigilancia, promoción, fomento y coordinación de los organismos, servicios y centros de protección y reforma de menores. Respecto a éstos últimos y dado que la Administración del Estado carece de centros propios, siendo ingresados los menores tutelados en centros pertenecientes a organizaciones no gubernamentales, la Ciudad de Melilla se subrogara en los convenios de colaboración suscritos a tal fin.

¹²¹¹ ESTEBAN DE LA ROSA, G., (2000). Situación jurídica y protección social de los niños extranjeros en España”. Comares. Granada. págs. 132-154.

¹²¹² Ley Orgánica 2/1995, de 13 de Marzo (BOE núm. 62, de 14 de Marzo de 1995).

2. *Las funciones correspondientes al Departamento de Menores, y las que desarrollan los centros y establecimientos siguientes: Guardería infantil” Virgen de la Victoria”; Guardería infantil” San Francisco”; Comedor Mixto y Hermandad; Comedor Mixto-Centro de día de ancianos” San francisco”*

En el caso de la Ciudad Autónoma de Ceuta, el reconocimiento de esta competencia tiene la misma ubicación que en el Estatuto de Autonomía de Melilla, efectuándose también en el art. 21.1.18 de su Estatuto¹²¹³, mientras que el traspaso de competencias en materia de asistencia social se realizó en virtud del RD 30/1999 de 15 de Enero¹²¹⁴, cuyas funciones son idénticas que las que tiene la ciudad de Melilla y la única diferencia es cuanto a los centros que prestan asistencia social que en Ceuta son los siguientes: a) Centro de menores “Mediterráneo”; b) Guardería infantil “San Ildefonso”; c) Centro de reforma de menores “Punta Blanca”; d) Residencia para personas mayores “Nuestra Señora de África”; e) Guardería infantil I; f) Centro de alimentación infantil; g) Guardería infantil II “Juan Carlos I”.

De lo expuesto se desprende que, en el área específica de menores, objeto de estudio la protección y tutela de los mismos así como la ejecución de las medidas impuestas a los mismos corresponde a la Conserjería de Bienestar Social y Sanidad¹²¹⁵.

No obstante, este traspaso competencial, a las ciudades autónomas se ha restringido a las áreas de sanidad e higiene y asistencia social. En concreto, como consecuencia del RD 1385/1997, de 29 de Agosto¹²¹⁶, sobre traspaso de competencias en materia de asistencia social a la Ciudad Autónoma de Melilla, esta asumió los servicios de protección y tutela de menores.

¹²¹³ Ley Orgánica 1/1995, de 13 de Marzo(BOE núm. 62, de 14 de Marzo de 1995)

¹²¹⁴ BOE núm. 4 de Febrero de 1999. Durante el periodo intermedio entre que se aprobaron los Estatutos de autonomía de ambas ciudades hasta que se produce el traspaso de competencial en materia de menores a dichas ciudades autónomas, se encomienda temporalmente esta función a la Comisiones de Atención a la Infancia en dichas ciudades, dotándolos de naturaleza de órganos colegiados adscritos a la Dirección General del Menor y la Familia del Ministerio de Asuntos Sociales, en virtud del RD 416/1996, de 1 de Marzo(BOE núm de 1996) cuyas funciones específicas en esta materia son las contempladas en el art 2 in fine de esta última disposición y que son las siguientes: “En especial le corresponde, en los supuestos previstos legalmente, declarar la situación de desamparo de los menores, asumir la guarda o la tutela, autorizar la constitución del acogimiento familiar, formular, cuando proceda, propuesta de acogimiento familiar o adopción al órgano judicial competente, así como adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la seguridad y protección de los menores en el ámbito de competencias de la Dirección General del Menor y la Familia”.

¹²¹⁵ El Art. 2 del Reglamento Orgánico de la Conserjería de Bienestar Social en su punto 2, letra f señala el ejercicio de competencias que se atribuyen a la Consejería (BOME núm. 4001, de 22 de Julio del 2003) y en particular, en el número 15 se atribuye competencia a dicha Consejería sobre “Menores, como Entidad Pública competente en materia de Protección y Tutela de menores y para la ejecución de medidas impuestas por los Jueces de Menores”.

¹²¹⁶ BOE de 31 de Diciembre de 1997, aplicable a la protección y tutela de menores.

Concretándose sus funciones en dirección, inspección, vigilancia, promoción, fomento y coordinación de los organismos, servicios y centros de protección y reforma de menores.

Sin embargo, como ya hemos reiterado las ciudades autónomas de Melilla y Ceuta carecen de competencia legislativa, por lo que, la competencia de ambas queda restringida a las facultades de administración, inspección y sanción y en los términos que establezca la legislación general del Estado, en el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria. De modo, que carece de competencia legislativa sobre servicios sociales o sobre otra materia¹²¹⁷.

Asimismo al igual que el resto de CCAA, Ceuta y Melilla, tienen encomendadas entre otras funciones en materia de menores: la organización, régimen y funcionamiento de las instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores, reinserción social y política infantil y juvenil. De otro lado, no debemos de olvidar que el régimen jurídico de ambas ciudades autónomas es un híbrido entre las figuras de Comunidad Autónoma propiamente dicho y Municipio. De modo que, por su naturaleza de Comunidad Autónoma le corresponde la atribución de la declaración de desamparo del menor y la implantación de medidas dirigidas a su protección, de conformidad con el reparto constitucional y estatutario de competencias entre el Estado y las CCAA, previsto en los arts 148 y 149 de nuestra Carta Magna. Y de otro lado, ambas ciudades participan de la naturaleza de los Ayuntamientos y en consecuencia, se han sometidas a la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local de 1985, entre cuyas competencias propias, se encuentran las previstas en el art. 26.1c) que establece “que los municipios de más de 20.000 habitantes habrán de disponer, en todo caso, de prestación de servicios sociales”.

Una vez verificado que la competencia en materia de protección de menores extranjeros no acompañados, corresponde a la Administración Autonómica de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, comprobaremos que el tratamiento que de estos menores se realiza por parte de estas administraciones autonómicas no siempre se ha ajustado a la legalidad vigente en esta materia.

En primer lugar, el primer problema que plantean estos menores a las Fuerzas de Seguridad del Estado, es que la gran mayoría de niños que se encuentran en ambas ciudades autónomas aparentemente abandonados” han entrado acompañados con un adulto y que una vez pasado el control fronterizo, se dedican a la venta de chicles y frutos secos, limpieza de zapatos y coches , petición de limosna, etc, es decir, realizan actividades ambulantes, siendo los ingresos que perciben entregados, al mayor que los recoge al finalizar la jornada y los acompaña de nuevo al puesto fronterizo de regreso al país de origen(Maruecos),repitiéndose esta operación durante toda la semana, a excepción de los días festivos en que la permeabilidad de la frontera

¹²¹⁷ Art. 21.1.18) y 19) del Estatuto de Autonomía de Melilla LO 2/1995 de 13 de Marzo y en el mismo artículo y apartado del Estatuto de Autonomía de Ceuta LO 1/1995 de 13 de Marzo.

es mas rigurosa, convirtiéndose en una especie de “trabajadores transfronterizos menores de edad ilegales”. Surgiendo realmente el obstáculo, cuando estos menores no regresan al país de origen acompañados por un adulto que se responsabilice de ellos o entran solos “colándose” por los puestos fronterizos. En todos estos casos, debe operar el marco protector del art. 9.6 del Cc. pudiendo ser establecidas medidas de protección del menor, aunque esté sometido a patria potestad o a tutela, ya que, todas las situaciones descritas nos conducen a un mismo resultado, la desasistencia del menor por parte de aquellas personas que legalmente están obligadas a prestarla.

Seguidamente, una vez que verificado que se encuentran solos en territorio español, se sigue el Protocolo previsto para los mismos de 14 de Noviembre de 2005, establecido por el Observatorio par la Infancia y que se ajusta lo previsto en los arts 35 de la LOEXTR y el art 92 del Reglamento de 2004, esta última disposición establece en su párrafo lo siguiente:”*Cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o las Policías Autonómicas o Locales localizan a un presunto menor extranjero no acompañado, deben comunicárselo al Ministerio Fiscal, para que tenga constancia del hecho*”. Si estuviera documentado, el Fiscal de Menores ordena la consulta e inscripción en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil,¹²¹⁸ a través de una reseña decadactilar. Esta inscripción le atribuye automáticamente un número de identidad de extranjero. Pero si se encuentra indocumentado, el Ministerio Fiscal, ordena la consulta del Registro de Menores No Acompañados¹²¹⁹ y en caso de no existir datos del presunto menor, autoriza la realización de las pruebas médicas necesarias para determinar su edad¹²²⁰. Paralelamente a la realización de dichas pruebas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o la Policía Local, se ponen en contacto con la Entidad Pública de Protección de Menores competente para que tenga constancia del hecho, preasigne una plaza en el centro de acogida y preste la atención inmediata en aquellos

¹²¹⁸ Registro regulado en el art 111 del citado Reglamento de Extranjería, que establece los datos del menor que deberán de recogerse, a los solos efectos de su identificación y que son los siguientes: nombre y apellidos, nombre de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de procedencia; su impresión decadactilar; fotografía; centro de acogida donde resida; organismo público bajo cuya protección se halle; resultado de la prueba médica de determinación de la edad, según informe de la clínica médico forense; cualesquiera otros datos de relevancia a los citados efectos de identificación, incluidos los que puedan facilitar la escolarización del menor.

¹²¹⁹ Vid, estudio sobre este Registro realizado por NEVADO FERNANDEZ, M.J., (2007). Comentarios al Reglamento de extranjería (coord.) por MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA, GLORIA PILAR ROJAS RIVERO, Lex Nova, Valladolid, págs. 667-669

¹²²⁰ Este trasvase competencia al Ministerio Fiscal, que va a ser el encargado de disponer las pruebas para determinar la edad del menor, es fruto de la LO 8/2000, ya que anteriormente esta competencia era atribuida al Juez de Menores en virtud de la LO 4/2000. Algunos autores consideran que técnicamente ejerce mejor esta función el juez de menores, entre los que destaca entre otros (E. CATALAYUD, citada en ADROHER BIOSCA, S., (2003). Menores extranjeros no acompañados. Una nueva emigración, en Jornadas sobre Derecho de los Menores (coord) por I.E. LÁZARO GONZÁLEZ Y V. MAYORAL NARROS, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, págs. 265-266.

casos en que sea necesario . Por su parte, cuando el centro sanitario obtiene los resultados de las pruebas, tiene el deber de comunicárselos tanto al Fiscal de Menores como a la Delegación del Gobierno correspondiente de dichas ciudades donde fue localizado el menor. Para que, a su vez, se los comunique a la Entidad de Protección de Menores y a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, para su inclusión en el Registro de Menores No Acompañados. De modo que, mientras no se compruebe su minoría de edad, el artículo 92.3 del Reglamento de Extranjería establece lo siguiente:”En *el supuesto menor extranjero no acompañado solamente puede ingresar en un centro de acogida de la Entidad de Protección de Menores cuando precise atención inmediata.*”

A continuación, una vez verificada su minoría de edad, tal y contempla el apartado 2 del mismo artículo del Reglamento de Extranjería:” *el Fiscal de Menores acuerda el ingreso del menor en un centro de acogida de la Entidad Pública de Protección de Menores, que debe abrir un expediente de protección y resolver una medida de atención inmediata, que generalmente consiste en una medida de guarda*” .

Esta labor de identificación de la identidad del menor, filiación y situación en origen, es sumamente compleja ya que la mayoría de Entidades de Protección de Menores no poseen los medios necesarios para realizar esta labor de investigación, generalmente recaban la colaboración en esta tarea de los Cuerpos de Seguridad del Estado y de la Policía Local, pero en las ciudades de Ceuta y Melilla al no existir Oficina Consular¹²²¹ ante quien poder presentar al menor para localizar a su familia, se accede a los servicios de protección de menores de su país de origen a través del Ministerio de Asuntos Exteriores ,donde generalmente se suele acreditar el desamparo de estos menores, por lo que las Entidades de Protección de Menores deben declarar esta situación y asumir su tutela prevista en el art 172 del Cc., puesto que son éstas las Administraciones competentes para declarar su desamparo, asumir su tutela y ejercer las medidas de protección necesarias.

En este sentido, el Defensor del Pueblo de España en su Informe de 31 de Marzo de 2008¹²²² establece lo siguiente: “*el hecho de que un menor se encuentre solo, en un país extranjero, sin ningún adulto de referencia ya es estar desasistido y en situación de riesgo. Concurren en la situación de estos menores un presupuesto subjetivo, las personas que deberían cuidarle no lo están haciendo y han hecho dejación de sus deberes de asistencia moral o material al permitir, alentar o no impedir su marcha del hogar, y otro objetivo, que ese*

¹²²¹ En el caso de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, se aumenta el periodo de espera del menor debido al hecho de que no existen autoridades consulares del país de origen, así como tampoco fórmulas legales para favorecer la reagrupación debiendo de dirigir el Delegado del Gobierno de la Ciudad Autónoma la petición de información del menor a Madrid, para que este la pida a Rabat y esta a su vez, a la provincia correspondiente y la respuesta al inversa sigue el mismo tramite.

¹²²² Publicado en “El defensor al día”, Revista del Defensor del Pueblo de España, núm.36, pág 9.

abandono o necesidad de asistencia moral o material se produce independientemente de que el menor quiera o no ser atendido e ingresado en un centro. Frente a esto la única posibilidad prevista en nuestro ordenamiento jurídico para estos casos es la asunción de tutela por parte de la entidad pública”.

A continuación, de que el menor es entregado a la entidad de protección de menores, para que esta asuma la tutela del mismo, dicha entidad debe proceder a “*orientar la intervención que realizan con los menores tutelados hacia la consecución de su integración familiar y social,*” tal y como se consagra en el art el art 11.2. c) de la LOPJM. Por este motivo, mientras intervienen para repatriar al menor extranjero no acompañado, cuando su interés así lo recomienda, deben intervenir al mismo tiempo, para integrarle en la sociedad de acogida. Debido a la condición de extranjero que caracteriza a estos menores, resulta obligado que el análisis de su proceso de integración social en España se realice desde dos puntos de vistas diferenciados: de una parte, interviniendo en su situación de desamparo y de otra, documentándole y actuando para conseguir su regularización administrativa. Durante todo este proceso, los menores en ambas ciudades autónomas ingresan en centros de acogida con fases de intervención diferenciada según su edad y nivel educativo y cuya gestión tienen mayoritariamente encomendadas las ONG’s que en el caso de Melilla se distribuye del siguiente modo:

I. Centro Educativo Residencial de Menores”Purísima”, que tiene capacidad para 160 plazas, dirigido a menores comprendidos en la horquilla de edad de 16-18 años y que cursan secundaria.

II. Centro Educativo” Eladio Alonso ”tiene capacidad para 25 plazas.(Edad de 6-16 años)

III. Piso de inserción de adolescentes Cruz Roja tiene capacidad para 6 plazas.(Edad de 16-18 años)

IV. Centro asistencial¹²²³ (niños y niñas Tiene capacidad para 30 plazas. (Edad de 6-14 años ,cursan estudios en bachiller y secundaria)

V. “Casa Cuna ”tiene capacidad para 12 plazas.(Edad de 0-3 años)

VI. Centro San Francisco de Asís, solo para adolescentes (Edad de 16-18 años) como residencia.

VII. Centro “Divina Infantita”tiene capacidad para 25 plazas.(Edad de 6-16 años)recibiendo enseñanza de primaria , secundaria y bachillerato.

¹²²³ El último acuerdo firmado con este centro data de 21 de Enero de 2010 y sus destinatarios son menores no acompañados y socialmente desfavorecidos, asumiendo dicho centro el compromiso de guarda de esos menores durante un año recibiendo como contrapartida una subvención de 258.720,00 €.

VIII. Centro “Nuevo Futuro” tiene capacidad para 8 plazas. (Edad de 6-16 años) destinado a los niños de educación especial.

En Ceuta los centros encomendados a menores no acompañados son los siguientes:

I. Centro de menores “Mediterráneo “escuela infantil” tiene capacidad para 166 plazas para niños de 0 -3 años

II. Guardería infantil “San Ildefonso” tiene capacidad para 160 plazas, niños de 0-3 años.

III. Centro de reforma de menores “Punta Blanca” tiene capacidad para 16 plazas niños 6-16, recibiendo enseñanza en primaria, secundaria y bachillerato.

IV. Guardería infantil I, par niños de 0-3 años.

V. Centro de alimentación infantil para niños de 0-3 años.

VI. Guardería infantil II “Juan Carlos I” para niños de 0-3 años.

VII. Centro de protección de menores “La Esperanza”, la capacidad del centro es de 448 personas, niños de 11 a 16 años.

Seguidamente, después de ingresado el menor en el centro y verificado que no puede ser agrupado con la familia, la siguiente fase consiste en la ciudad autónoma o CCAA asuma la tutela del menor y delegue la guarda a la persona o personas que se determinen ,tal y como señala el art 172.3 del Cc que establece lo siguiente: *“la guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizar mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá pro la persona o personas que determine la entidad pública, el acogimiento residencial se ejercerá por el director del centro donde sea acogido el menor”*.

Esta competencia en materia de protección y tutela de menores, corresponde las entidades públicas, siendo las CCAA y ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, en función de sus respectivas normas de organización las responsables de esta función, tal y como establece la disposición final 22 de la LOPJM.

A continuación, se debe proporcionar al menor la asistencia sanitaria, educativa y formativa y servicios sociales que estos precisen por parte de la entidad publica que redunden en su beneficio tal y como dispone el art 10.3 de la LOPJM y artículo 92.5 del Reglamento de Extranjería de 2004, respectivamente y que deben ser puestos en concordancia con el art 35.7 *in fine* de la LOEXTR que dispone: *“La ausencia de autorización de residencia no impedirá el*

reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor.”

En cuanto al derecho a la educación de los menores extranjeros no acompañados, además de las dos disposiciones señaladas este derecho en nuestro ordenamiento jurídico interno, también viene reconocido en el art 9.1 de la LOERXTR que dispone lo siguiente: *Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza postobligatoria. Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles. En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización”*. Existen dos itinerarios educativos y formativos diferenciados, en función de su edad (ambas ciudades no pueden participar en recursos dirigidos a apoyar medidas de refuerzo educativo al no tener competencias en materia educativa):

a) Los menores de 16 años están escolarizados en la educación obligatoria;

b) Mientras que los mayores de 16 años se matriculan en cursos de formación que facilitan su integración en el mercado laboral, mediante prácticas en empresas y además tienen derecho en cursos de formación ocupacional que organizan los Servicios Públicos de Empleo¹²²⁴

Con respecto a la asistencia sanitaria, hay que resaltar que en dichas ciudades, los extranjeros menores de edad tienen asegurada una cobertura sanitaria universal, con independencia de su situación administrativa. Por ello, estos menores reciben la asistencia sanitaria que precisen en cada momento, en igualdad de condiciones que los españoles, siempre que se encuentren en territorio español tal y como señala el art 12.3 de la LOEXTR. Pero sin lugar, a dudas el principal problema que plantean los menores en ambas ciudades es su documentación, integración laboral y su repatriación.

En cuanto al primer problema que se plantea ,es que una vez ha sido puesto a disposición de la entidad que ejerce la tutela, el menor debe ser documentado ,tal y como dispone el art 35.7 de la LOEXTR que establece lo siguiente: *“A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores”*. Actuación que, debe llevarse a cabo por parte de la Administración del Estado a

¹²²⁴ Art. 10 de la Orden TAS/3698/2006, de 22 de Noviembre, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y Agencias de Colocación, que permite inscribir como demandantes de empleo los menores extranjeros de edad laboral,

través de las Delegaciones de Gobierno, situadas en dichas ciudades transcurrido nueve meses desde que fue puesto a disposición de la entidad pública.

Sin embargo, en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, no se cumple lo preceptuado por el art 35.4 de la LOEXTR que establece que, después de haber estado nueve meses a disposición de los servicios de protección de menores y no siendo posible la repatriación se procederá a otorgar al menor autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, debido a que en dichas ciudades autónomas, la Administración autonómica no aprecia la concurrencia de circunstancias especiales o excepcionales a la hora de resolver los permisos de residencia ,a pesar de que, los motivos que figuran en el art 92.5 del Reglamento para otorgar dicho permiso no son tasados, admitiéndose por circunstancias incluso no previstas en el citado precepto. Además el inciso 3 del ultimo precepto alegado, requiere que para obtener esta autorización de residencia por circunstancias excepcionales , que el menor haya participado en acciones formativas y en actividades programadas por la entidad de protección de menores competente y esta “podrá” recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, que en virtud del art 40.1.j) de la LOEXTR, les exime de la comprobación de la situación nacional de empleo dotándolos de un régimen privilegiado de incorporación laboral a los menores no acompañados extranjeros frente al resto de los extranjeros ,pero en cambio, si su prestación de servicios la desarrollan una actividad que la entidad de protección de menores considere que no favorece su integración social, si se le va a exigir autorización de trabajo prevista en el régimen general de extranjería para todo extranjero ,donde si se tendría en cuenta para su expedición la situación nacional de empleo.

A todo lo expuesto, debe agregarse las siguientes deficiencias detectadas en los agentes actuantes en este proceso de documentación y que sintetizamos en las siguientes:

a) Retraso en los consulados de sus países de origen, que tienen que identificar al menor y documentarlo con la mayor celeridad posible (problema anteriormente expuesto);

b) Las Entidades de Protección de Menores que, en su calidad de tutor, tienen la obligación de facilitar la documentación del menor pero que, en general, no cuentan con servicios especializados para ello, ni muestran interés alguno en documentarle, esperando que abandonen el centro y comenzando de nuevo a computar el plazo de nueve meses;

c) La familia del menor, que no suele enviarle la documentación, ante el temor de que este sea repatriado.

De ahí que, el Informe del Defensor del Pueblo de 2001 referido a España en el apartado relativo a la documentación del menor recomendó a las autoridades españolas lo siguiente: “Se instara la documentación de los menores extranjeros que se encontraran sometidos a medidas de protección desde seis meses atrás, a que dicho periodo hubiera sido interrumpido, y también de

los menores cuya repatriación hubiera sido intentada y hubieran retornado”(…) El Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería confirmo la necesidad de que se estableciera un plazo para documentar a estos menores, si bien, lo fijo en nueve meses”. Asimismo en un Informe del citado Defensor del Pueblo de 2004, analizando en concreto, el proceso de documentación correspondiente a Melilla, en relación con la valoración de la actuación de la administración en el proceso de documentación de estos menores para obtener el permiso de residencia, estimaba que se les pedía una documentación que no podían aportar como son: copia del pasaporte, título de viaje, documento de identidad, cedula para su entrada en España, según el defensor del Pueblo , estos documentos requeridos los tenía que haber proporcionado la entidad de protección y otros no pueden ser en ningún caso aportados porque solo se expiden en el país de origen, por lo que el menor difícilmente puede acceder a ellos.

Ante esta situación, el menor suele llegar a la mayoría de edad sin ser documentado, hasta ahora esta actuación quedaba condicionada a la inserción en un proceso educativo o formativo lineal y este haya realizado un esfuerzo de integración (sin problemas), o, que se haya producido su incorporación al mercado de trabajo, precisando en todo caso, el informe positivo de la entidad pública donde se encuentra tutelado (párrafo 9 del art 35 de la LOEXTR deja pendiente de desarrollo reglamentario esta situación, así como los requisitos para renovar los tengan autorización de residencia provisional (arts 68.K y 92.5 del Reglamento de Extranjería de 2004) y alcancen al mayoría de edad ,así como los que acceden a una autorización de residencia y trabajo, para lo que el empresario debe formalizar y presentar una oferta de trabajo ante la Delegación de Gobierno correspondiente¹²²⁵, o bien, solicitando ellos mismos, una autorización de residencia permanente¹²²⁶, en cualquiera de los casos, esta situación provocaba una clara inseguridad jurídica para estos menores por la omisión o dejación de actuación por parte de la Administración autonómica en sus funciones . Por otra parte, la normativa de extranjería recoge también la posibilidad de solicitar una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales basada en su arraigo social (Artículos 31.3 de la Ley Orgánica de Extranjería y 45 del Reglamento de Extranjería.). Esta autorización de residencia se concede a los extranjeros

¹²²⁵ El artículo 41.1.j) de la LOEXTR regula cuándo no es necesaria la obtención de autorización de trabajo y el artículo 68 del Reglamento de Extranjería de 2004, establece que están exceptuados de la obligación de obtener una autorización de trabajo para el ejercicio de una actividad lucrativa, laboral o profesional los menores de edad extranjeros en edad laboral tutelados por una entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.

¹²²⁶ El artículo 72 del Reglamento de Extranjería de 2004, establece que:” tienen derecho a obtener una autorización de residencia permanente los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años, como es el caso de los menores extranjeros que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.”

que acrediten una permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, acrediten su arraigo social y familiar en nuestro país y que exista un contrato de trabajo de al menos un año de duración, firmado por el trabajador y por el empresario.

Actualmente tras la aprobación del nuevo Reglamento de 2011, en el caso de que haya cumplido los 18 años y no tuviera autorización de residencia, continua vigente lo dispuesto en la LEOXTR, es decir, si han participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, la novedad en este aspecto de esta disposición es especificar los plazos para que el ahora mayor de edad, pueda presentar la documentación para obtener la residencia (60 días antes de cumplir los 18 o 90 días después de haberlos cumplido) Además debe tener ingresos superiores al 100% del IPREM; debe tener contrato de trabajo de vigencia sucesiva, si pretende desempeñar su actividad por cuenta propia debe acreditar la viabilidad del negocio y que dispone de ingresos suficientes para su manutención. En este caso, tiene un mes para darse de alta en la Seguridad Social. En cambio, sino fue documentado antes de cumplir los 18 años y precisa renovar su residencia, los plazos son idénticos a los anteriores referenciados, 1) Acreditar medios económicos para su sostenimiento para lo cual se establece que este será al menos equivalente al 100% del IPREM; 2) Podrán ser tenidos en cuenta los informes positivos que, en su caso y a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes; 3) Se tendrá en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, que será determinado tras la valoración de los siguientes aspectos: a) El respeto a las normas de convivencia en el centro de protección; b) El grado de conocimiento de las lenguas oficiales del Estado; c) La existencia de lazos familiares en territorio español con ciudadanos españoles o extranjeros residentes; d) El tiempo que haya estado sujeto a un acogimiento, guarda o tutela de hecho por un ciudadano o institución española; e) La continuidad en los estudios; f) La existencia de una oferta o contrato de trabajo; g) La participación en itinerarios de formación.

La vigencia de esta autorización renovada será de 2 años, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración 5 años. En el plazo de un mes, desde la notificación de la resolución por la que se renueva la autorización, su titular deberá solicitar la correspondiente Tarjeta de Identidad de Extranjero.

En el momento de su acceso a la mayoría de edad o durante cualquier momento posterior, podrá ser solicitada la modificación de la autorización de residencia vigente de cara a la obtención de una autorización de residencia y trabajo, para lo que deberá presentar uno o más contratos de trabajo de vigencia sucesiva.

Finalmente, los menores extranjeros no acompañados tienen derecho a solicitar la nacionalidad española una vez cumplido un breve plazo de residencia legal, ya que conforme al artículo 22.1c) del Cc.” *se concederá la nacionalidad española al menor extranjero que lleve un año de residencia legal en España y que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución española durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud.* Si han permanecido durante al menos dos años, ininterrumpidamente o no, el tiempo debe ser computado de forma global, sujetos a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano de la Administración pública española y puedan acreditar un año de residencia legal. La solicitud deberá presentarla ante el Registro Civil de la localidad de residencia la entidad tutelar del menor de 14 años y, si el menor tiene una edad comprendida entre los 14 y los 18, por él mismo asistido de dicha entidad. Además no hay que olvidar, que a pesar de que dicho menor no haya sido provisto con tarjeta de identidad de extranjero, puesto que este es residente en España desde el momento que esta a disposición de los servicios de protección de menores, adquiere el derecho de solicitar la nacionalidad española, si bien, este deber de información sobre este derecho, en las citadas ciudades autónomas muchas veces se omite.

De otra parte, otra vía escasamente utilizada por los menores no acompañados que llegan a las ciudades de Ceuta y Melilla, en muchos casos también por desinformación es el derecho de asilo, y a pesar de que el art 92.6 del Reglamento de Extranjería, permite que estos menores puedan solicitarlo, tramitándose conforme a los criterios contenidos en los convenios y recomendaciones internacionales aplicables. De modo que, en el supuesto de que un menor extranjero no acompañado solicite por sí mismo asilo en dichas ciudades, es remitido a los servicios de protección de menores para que reciba la atención que precise y para que asuman su tutela. Una vez tutelado, la Entidad de Protección de Menores, le representará durante la tramitación del expediente de asilo. La consideración como menor no acompañado se realiza a la fecha de formalización de la solicitud, sin perjuicio de que alcancen la mayoría de edad durante la tramitación, por regla general se trata de personas próximas al cumplimiento de los 18 años. Estos menores, como cualquier extranjero, pueden solicitar asilo en España si tienen fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas y no pueden o, a causa de dichos temores, no quieren acogerse a la protección de su país de nacionalidad o de residencia habitual¹²²⁷. La

¹²²⁷ Arts 2,3 y 4 de la LO 2/2009 de 30 de Octubre, reguladora del derecho de asilo y protección subsidiaria.

consecuencia más importante del reconocimiento del derecho de asilo, supone para cualquier extranjero la imposibilidad de ser devuelto en frontera o ser expulsado en los términos del art. 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados, y supone la adopción de las siguientes medidas durante el tiempo en que subsistan las circunstancias que motivaron la solicitud de asilo: a) autorización de residencia en España; b) expedición de los documentos de viaje e identidad necesarios; c) autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles; d) cualesquiera otras recogidas en los Convenios Internacionales suscritos por España; y, e) asistencia social y económica que de modo reglamentario se determine. (el derecho de asilo de menores ha sido desarrollado en el epígrafe 3.4 del presente Capítulo)

El segundo problema que plantean estos menores en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, es su reagrupación con la familia de origen, donde a menudo regresa el menor durante estancias cortas para visitarla, interrumpiendo el cómputo del plazo de residencia en España de nueve meses (art 35.4 de la LOEXTR) que discrecionalmente la entidad competente estima que debe comenzar de nuevo a iniciarse una vez que el menor vuelve de nuevo a la entidad de protección, de modo que, este provoca la espiral de que a menudo estos alcancen la mayoría de edad, sin estar ni tutelados ni provistos de documentación alguna. En otros casos, la familia se desentiende absolutamente de ellos y estos no abandonan el centro de protección. En todos los supuestos, la Administración del Estado, recabará información del menor a través del Consulado para poder reagrupar a éste con su familia o en su defecto la puesta a disposición de los servicios de protección de menores si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos en el país de origen, o bien, acordar la permanencia en España. En todos los casos se abre procedimiento de repatriación a todos los menores que se tutelan extranjeros y aunque se desconoce exactamente el número de menores repatriados a Marruecos en Melilla, durante el periodo 2001-2004, se estima que esta medida afectó a unos 70 menores. A partir de esta fecha, las Administraciones autonómicas han seguido escrupulosamente los Protocolos establecidos para realizar el retorno, ante las presiones de diferentes organizaciones humanitarias: Human Rights Watch¹²²⁸, UNICEF¹²²⁹ y Amnistía Internacional¹²³⁰, entre otras, que habían denunciado el maltrato y abandono de estos menores en las zonas fronterizas de dichas ciudades.

¹²²⁸ Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjero no acompañados sin garantías, Octubre de 2008, cit pág 104 (especialmente págs 11-12)

¹²²⁹ Nueva cara de las Migraciones: Los menores no acompañados .análisis trasnacional del fenómeno migratorio de menores marroquíes en España, año 2005.

¹²³⁰ Sección España: Los menores extranjeros no acompañados y sin papeles están en riesgo, Noviembre de 2003.

En todo caso, las repatriaciones de los menores extranjeros no acompañados se fundamentan en el principio de que todo menor, sea nacional o extranjero, debe estar integrado en su familia o en su entorno social, siempre y cuando no sea contrario a su interés¹²³¹. Si bien, esta figura no deben confundirse con las figuras del retorno¹²³² tras la denegación de entrada en frontera, de la devolución¹²³³ o de la expulsión¹²³⁴, que son medidas que solamente se pueden aplicar a los extranjeros adultos, puesto que en España se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores extranjeros tutelados por una Administración pública (art 35.7 de la LOEXTR)

En cualquiera de los casos tal y como señala el Comité de Derechos del Niño, en su Observación N° 6 de 2005¹²³⁵.” *Lo que se pretende con la regulación de la situación de menores, es identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, tenga en cuenta las opiniones del menor y en su caso, conduzca a resolver al situación del menor no acompañado o separado de su familiar y esta búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar.*”

Asimismo el citado instrumento en la pagina siguiente dispone:” *Si los padres o miembros del circulo familiar no estuvieran en condiciones de atender al menor, el retorno al país de origen no se efectuará, en principio, sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso al país de origen*”

El procedimiento de repatriación de un menor extranjero no acompañado localizado en las ciudades autónomas lo inician las Delegaciones del Gobierno, bien de oficio o bien a instancia de las Entidades de Protección de Menores, que tienen la obligación de acompañar a su propuesta de repatriación la información que tienen sobre el menor, así como las gestiones que hayan realizado para localizar y estudiar a la familia del menor. Al hilo de lo expuesto, el Ararteko en su Informe de 2005, señala a este respecto lo siguiente” *El retorno ha de adoptarse en interés del menor y su derecho a reagrupación familiar y siempre que este garantizada su integración y educación en el seno de su familia de origen, que deber hacerse responsable de*

¹²³¹ Artículo 11.2 de la LOPJM.

¹²³² Art 58.2 de la LOEXTR, se da cuando el extranjero pretende entrar legalmente en España pero no cumple los requisitos exigidos, de modo que, a diferencia de la devolución y la expulsión, éste puede entrar en España cuando posteriormente subsane los defectos por los que no se impidió la entrada.

¹²³³ Art 58.3 de la LOEXTR, solo se admite en dos supuestos: cuando los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España, y, los que pretendan entrar legalmente en el país.

¹²³⁴ Art 57 de la LOEXTR, regula los supuestos concretos en que la comisión de una infracción administrativa puede derivar en la iniciación de un procedimiento de expulsión.

¹²³⁵ Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. CRC/GC/2005/6, pág 79

él. En consecuencia, procede una investigación exhaustiva de todo el entorno que rodea al menor. Así, si la situación familiar en su país supone que la repatriación acarrea un riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares, no debe realizarse, sobre todo teniendo en cuenta la ausencia de una política de protección efectiva de la infancia en países como Marruecos, de los que provienen la mayoría de los menores, que hacen inviable la otra previsión, que los servicios de protección del país de origen se hicieran responsables. Por lo tanto, resulta importante valorar la situación familiar y confirmar que la familia este de acuerdo con la vuelta del menor, escuchar la opinión de este y garantizar en todo caso que no sufra su integridad física”¹²³⁶

El resultado de estas actuaciones se debe comunicar al Ministerio Fiscal, ya que entre sus funciones se encuentra el velar por el cumplimiento de las garantías en el procedimiento de repatriación. En este sentido, la Fiscalía General del Estado establece, en su Instrucción 6/2004, de 26 de Noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados establece lo siguiente: *la repatriación de los menores extranjeros no acompañados no es un objetivo absoluto que se haya de conseguir a toda costa, ya que pueden estar en juego también otros intereses, como son la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los Derechos Fundamentales del menor que pueden hacer que la balanza del interés superior del menor se incline en pro de su permanencia en nuestro país”.*

Por tanto, para cumplir con sus obligaciones legales, el Ministerio Fiscal debe realizar un seguimiento y un control de los procedimientos de repatriación comprobando, por un lado, que concurren las condiciones necesarias para la efectiva reagrupación familiar del menor en su país de origen o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores en el país de origen y, por otro lado, que la decisión adoptada es la más adecuada a los intereses del menor. En caso de que lo estime necesario, el Fiscal puede recurrir el acuerdo de repatriación, ya que está legitimado para ello¹²³⁷.

Seguidamente, se inicia un período de información previa, con el objetivo de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento de repatriación.

Para ello, en aplicación del artículo 92.4 del Reglamento de Extranjería, las Delegaciones del Gobierno se deben dirigir a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras del Cuerpo Nacional de Policía, para que realicen las gestiones necesarias ante las Embajadas y Consulados tendentes a la localización de los familiares o, en caso de no ser posible, de los servicios de protección de menores de su país de origen. Si no existiera representación diplomática en

¹²³⁶ Situación de los menores extranjeros no acompañados en la CAPV, 2005, pág 58.

¹²³⁷ Artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y artículo 8.2 de la LEC.

España, estas gestiones se canalizan a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

De modo que, hasta que esta información no es recabada, las Delegaciones del Gobierno no pueden acordar el inicio del procedimiento. Para ello, deben solicitar a la Entidad de Protección de Menores el informe preceptivo del artículo 92.4 del Reglamento de Extranjería, es decir, el informe favorable o no a la repatriación. Por último, deben notificar al menor los motivos por los que se tramita su repatriación y las consecuencias que conlleva.

Seguidamente en virtud de lo dispuesto en el art 82.4 de la Ley 30/92, se abre el periodo de alegaciones, permitiendo al menor o su representante aportar los elementos de prueba de que disponga y que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano instructor al redactar la correspondiente propuesta de resolución y cuyas consecuencias son dos:

- a) Realizar alegaciones, que deben ser resueltas para continuar con el procedimiento;
- b) No realizar alegaciones, en cuyo caso, el procedimiento de repatriación continúa.

A continuación, se abre el plazo para ejercitar el menor el trámite de audiencia, debiendo estar presente en este acto el Instructor del expediente de repatriación, el representante de la Entidad de Protección de Menores, el traductor y el propio menor, de la cual se levanta la correspondiente acta que debe ser firmada por todos los intervinientes. Concluida esta actuación, el Instructor del expediente debe realizar una propuesta de resolución que se notifica al menor y que se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Contra dicha propuesta cabe que el menor de nuevo pueda presentar alegaciones, siendo las consecuencias de esta actuación las siguientes: a) que efectivamente realice alegaciones aportando para ello documentos y justificaciones para oponerse a la repatriación; o, b) que omita esta actuación, en cuyo caso el Instructor remite al Ministerio Fiscal el expediente de repatriación completo.

En el caso de haber presentado alegaciones en esta fase del procedimiento, puede ocurrir lo siguiente:

a) Que se estimen, en cuyo caso, el Instructor resuelve el archivo del expediente, notificándolo al menor, a la Entidad de Protección de Menores, a la Fiscalía, a la Policía Nacional y al Consulado del país de origen del menor; o;

b) Que se desestime, en tal caso, en cuyo caso el Instructor remite al Ministerio Fiscal el expediente de repatriación completo, el cual, también puede presentar alegaciones en virtud de lo dispuesto en el art 83 de la Ley 30/1992, que si son estimadas por el instructor dan lugar al archivo del expediente pero en cambio, si no lo hace, se resuelve el procedimiento de repatriación por parte de la Delegación del Gobierno, que debe ser notificada a la Entidad de

Protección de Menores, a la Fiscalía, a la Policía Nacional y al Consulado del país de origen del menor.

Contra dicha resolución, cabe interponer recursos en vía judicial o administrativa, que puede ejercitarse bien directamente o bien a través de un representante, de modo que, si opta por la primera vía, la revisión de la resolución la puede solicitar el propio menor, al cual se le reconoce capacidad procesal si tiene suficiente madurez y juicio suficiente o, en su defecto, a través de un defensor judicial, estando legitimados también para el ejercicio de los derechos del menor determinadas asociaciones. Transcurrido los plazos para recurrir sin que prosperen los recursos interpuestos, la resolución adquiere firmeza y su ejecución es realizada por los el Cuerpo Nacional de Policía, que entregan el menor a las autoridades de frontera del país al que se repatría, siendo notificada dicha ejecución a la Entidad de Protección de Menores y a la Fiscalía. Sin embargo, la repatriación no se ejecuta cuando se verifica la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares.

Por último, el artículo 92.4 del Reglamento de Extranjería establece que *la repatriación se efectúa a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunica al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, es la Administración General del Estado quien se hace cargo del coste de la repatriación.* En la práctica es la Administración General del Estado quien asume el coste de estas repatriaciones.

El tercer problema que se plantea es la integración laboral de estos menores en las citadas ciudades autónomas, los menores de edad no acompañados se encuentran con mayores dificultades para acceder a un puesto de trabajo en condiciones de igualdad que la población autóctona, detectamos que son varios los factores que influyen en esta inserción laboral : desconocimiento del idioma, del funcionamiento del mercado laboral, de las herramientas necesarias para la búsqueda de empleo; la falta de estudios o el no haberlos concluido, la desinformación por parte de las empresas de los mecanismos de contratación o renovación de las autorizaciones; la falta de experiencia laboral; su situación jurídico administrativa; y, la propia situación de demanda del mercado de trabajo.

Todos estos factores negativos se ven acentuados por un mercado laboral segmentado y con una importante presencia de puestos de trabajo de baja cualificación y precarias condiciones laborales, debido a que, dada la situación geopolítica de dichas ciudades la contratación ilegal de trabajadores transfronterizos se ha convertido en una práctica habitual; todo ello unido a una crisis económica endémica que viene padeciendo la ciudad desde hace más de veinte años, en concreto, desde que se desplazaron las tropas militares a la península, ya que la mayor parte de la economía de la ciudad se sustenta en el sector servicios.

Lo expuesto, unido a que nuestra legislación de extranjería dificulta la concesión del permiso de residencia y de trabajo y su incorporación al mercado laboral una vez finalizado el periodo de formación, llegando la mayoría de las veces, a haber alcanzado la mayoría de edad sin haber sido documentado. Actualmente el legislador no establece en el art 35.9 de la LOEXTR, los requisitos que se van a exigir a los menores extranjeros no acompañados que habiendo estado tutelados por la Administración dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo, ya han sido expuesto y son los contenidos en el nuevo Reglamento de ejecución de la LEOXTR. De su contenido se desprende que, se tendrán en cuenta, los informes positivos que, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos a su esfuerzo de integración, Se tendrá en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, que será determinado tras la valoración de los siguientes aspectos: a) El respeto a las normas de convivencia en el centro de protección; b) El grado de conocimiento de las lenguas oficiales del Estado; c) La existencia de lazos familiares en territorio español con ciudadanos españoles o extranjeros residentes; d) El tiempo que haya estado sujeto a un acogimiento, guarda o tutela de hecho por un ciudadano o institución española; e) La continuidad en los estudios; f) La existencia de una oferta o contrato de trabajo; g) La participación en itinerarios de formación.

De modo que, si la administración pública competente no emite dicho informe (cuyo carácter parece ser facultativo ya que la dicción del art 197.3 “Se tendrá en especial consideración” no se dispone en ningún momento que estos sean obligatorios), o, realizando dicho informe este es negativo, porque a juicio de la misma esa actividad de estudios, formativa u ocupacional, no va suponer una mejora en su integración laboral, el menor tendrá que conseguir un trabajo ,en igualdad de condiciones que cualquier extranjero inmigrante en nuestro país, es decir, sometido a los límites impuestos por los puestos de trabajo de difícil cobertura y obtener un contrato de trabajo por si solo, con las dificultades anteriormente expuestas en el mercado local de ambas ciudades. Finaliza el citado art 35.9 de la LOEXTR, demandando que las Comunidades Autónomas desarrollen políticas públicas que permitan la inserción de los menores en su mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad. Echamos en falta el mandato legislativo de la ausencia de la obligación de control y seguimiento de las administraciones competentes de las distintas medidas previstas para la atención de los tutelados una vez se extinga la tutela, para garantizar que estos alcancen un adecuado grado de inserción¹²³⁸. También sería recomendable que las Conserjerías de Bienestar Social y Sanidad

¹²³⁸ Como en cambio si lo exige el art. 37.2 de la Ley del Menor de Andalucía para los jóvenes tras su salida de un centro de protección, que debe tener al menos un año de duración, en aras de comprobar su correcta inserción socio-laboral.

competente en materia de protección de menores crearan políticas sociales de reinserción laboral, centrado en la formación de calidad y en la motivación, y también de la postinserción y que se coordinara con la Conserjería de Economía, Empleo y Turismo, que establezcan criterios de discriminación positiva a su favor en convocatorias públicas de empleo paralelamente a la creación de planes de inserción laboral integrales y personalizados para los jóvenes inmigrantes extutelados. Incluyendo dentro de esos planes de inserción un impulso específico a la formación laboral, por lo que también se debería reforzar su carácter prioritario en el acceso a todos los recursos públicos en materia de formación y empleo: escuelas-taller, casas de oficio, cursos de FPO, prácticas en empresas pero adecuándolos a las necesidades reales de las demandas empresariales existentes en dichas ciudades¹²³⁹. Todo ello, en coordinación con una labor conjunta de documentación que debe ser desarrollada simultáneamente por las Delegaciones del Gobierno de dichas ciudades y por último, sería también interesante que el legislador estatal incentivara la contratación de este colectivo mediante deducciones o bonificaciones en su contratación, conjugándolo con los Convenio de Colaboración que periódicamente se suscriben entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y dichas ciudades autónomas¹²⁴⁰.

Finalmente, uno de los aspectos más polémicos y novedosos que presenta la LOEXTR en materia de menores es la potestad que reconoce esta norma a las comunidades autónomas para transferir la custodia de estos niños a fundaciones privadas, ONG's y otros gobiernos regionales, a fin de evitar la masificación en los centros de acogida y los problemas administrativos que se producen cuando estos menores llegan a ciudades fronterizas como Ceuta y Melilla o a territorios asilados como Canarias y tienen que ser trasladados a la Península. Surgiendo varios interrogantes ¿cómo pueden construir la tutela las ONG's sobre menores sin reformar el Código Civil? ¿No se trata más bien de un traslado de responsabilidades a cambio de una contraprestación económica? En cualquiera de los casos, la respuesta la deberá de nuevo el futuro Reglamento.

Y por último, nos referimos a la posibilidad que brinda el art 35.2 de la LOEXTR que las CCAA puedan establecer acuerdos con los países de origen de los menores extranjeros no

¹²³⁹ Sobre la obstaculización que presentan los recursos de formación profesional para los menores de edad, vid, ÁLVAREZ FERNÁNDEZ A Y JIMÉNEZ ÁLVAREZ (2005). Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España”, Universidad Internacional de Andalucía, edit por Akal, Madrid, págs.217-259.

¹²⁴⁰ El último acuerdo suscrito con Melilla es de 5 de Julio de 2010(BOE 237 de 30 de Septiembre) donde el Ministerio de Trabajo e Inmigración aporta 1.943.337,00 Mientras que esta ciudad autónoma aporta 6.422.679,31 €. En el caso de Ceuta, el último Convenio de colaboración entre el Estado y la Administración autonómica es de 8 de Noviembre de 2010(BOE núm. 280 de 19 de Noviembre de 2010) y cuya cofinanciación es la siguiente: El Estado aporta 1.590.003 euros y la ciudad de Ceuta 5.202.979,61 euros.

acompañados con la finalidad de tratar de conseguir la integración social del menor en su entorno de procedencia y no en país donde actualmente se encuentra. A este respecto, únicamente nos limitaremos a subrayar que esta novedosa vía que ofrece la vigente ley de extranjería, es inaplicable a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, puesto que, si observamos la situación geográfica de ambas ciudades se aprecia como los flujos migratorios entre los que se encuentran los menores son cada vez más numerosos. En esta línea se expresa Ana J. Plantet Contreras (1997)¹²⁴¹: *Las dificultades que se derivan del no reconocimiento por parte de Marruecos de la españolidad de las ciudades impiden que estas normales relaciones económicas entre vecinos se desarrollen por los cauces habituales del juego de la importación y la exportación, entrando en juego la economía informal y las actividades comerciales fraudulentas.* “De modo que, mientras que esta cuestión política no sea resuelta creo que es imposible llegar aun acuerdo entre estas comunidades autónomas con Marruecos, sobre esta materia o sobre cualquier otra, salvo que, medien partidas presupuestarias¹²⁴² que hagan olvidar las cuestiones políticas de fondo.

Al hilo de lo expuesto, se nos plantea la siguiente premisa ¿Que ocurriría si Ceuta y Melilla devuelven a las autoridades estatales la competencia para el ejercicio de la tutela de los menores extranjeros no acompañados como lo propuso la iniciativa¹²⁴³ del Gobierno Canario? Esta decisión, al diferenciar el tratamiento de los menores extranjeros respecto a los nacionales, sería contraria al principio de igualdad consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos y, concretamente, en el artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño que establece lo siguiente: *“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.*

¹²⁴¹ Ceuta y Melilla ante el siglo XXI”. Cuadernos CIDAF. Vol. XI, núm. 3, mayo-junio de 1997, pág 18.

¹²⁴² Es significativo el hecho de que Marruecos a pesar de que se encuentre entre las prioridades geográficas del II Plan Director de la Cooperación Española(2009-2012) en base al cual exista una Estrategia global a los menores vulnerables en Marruecos, concensuada con el Ministerio de Trabajo e Inmigración y las CCAA de Madrid, Andalucía, Cataluña y Canarias, en la que se integran acciones en distintos sectores con el fin de apoyar un sistema público marroquí de atención, protección y formación de los menores, no forman parte de dicho acuerdo las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

¹²⁴³ Boletín Oficial del Parlamento de Canarias, de 19 de Enero de 2009. Consulta 7L/CG- 0009 sobre el Proyecto de Reforma de la LOE.

3.10. CONCLUSIONES

De los diferentes grupos que componen la inmigración, ha surgido en los últimos años un nuevo grupo migratorio los “menores no acompañados”, la especificidad de este colectivo provoca un choque jurídico por su doble condición de emigrantes y menores de edad. Por una parte, son merecedores de las medidas protección de la infancia en desamparo legisladas en cada país; por otra parte, son emigrantes que han entrado de forma irregular. Dos lógicas que se contradicen, protección y restricción¹²⁴⁴. Si bien, a la vista de los instrumentos internacionales suscritos por España en Convenciones y convenios, prevalece al menos formalmente la aplicación de un régimen tuitivo frente a consideraciones relativas a regulación de flujos migratorios y control de fronteras, tal y como queda expresamente recogido en el art 2.1 de la Convención de los Derechos del Niño “que prohíbe explícitamente la discriminación del menor por razón de origen nacional”. Postura asumida por el ordenamiento jurídico español, que en el art 1 de la LOPJM dispone que la citada norma es de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, prevaleciendo por tanto, la minoría de edad sobre la condición de extranjería. De modo que, los menores no acompañados aparecen contemplados en la legislación de extranjería española, no por capricho bondadoso del legislador, sino porque previamente existe un ordenamiento jurídico de protección de menores, consecuente con el reconocimiento de sus derechos fundamentales recogidos en números instrumentos internacionales que nuestro país ha suscrito sin reserva y de los que no puede detraerse y que exigen que, las autoridades encargadas de su ejecución realicen una interpretación lo mas favorable posible a que los preceptos desplieguen sus efectos. Pero si de por si, la situación del menor extranjero inmigrante es difícil, mas compleja resulta su presencia en otro país, para solicitar asilo. A este respecto, las anteriores regulaciones sobre el asilo y refugio en España realizaban el mismo tratamiento en estos casos, tanto para los adultos como para los menores.

Sin embargo, tras la promulgación de la LO 2/2009 de 30 de Octubre reguladora del derecho de Asilo y Protección Subsidiaria, varia la situación, dotando a los menores no acompañados de un procedimiento singularizado por razones de edad, especialmente para los precisan profesionales con formación específica , tal y como establece el tenor literal del art 47 que dispone lo siguiente: “*Los menores solicitantes de protección internacional que hayan sido víctimas de cualquier forma de abuso, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano, o degradante, o que hayan sido víctimas de conflictos armados recibirán la asistencia sanitaria y psicológica adecuada y la asistencia cualificada que precisen*”. Sin embargo, esta norma ha sido parca en otros aspectos tambien importantes para estos menores como son, el no dar una interpretación clara y uniforme sobre el cual es el momento en que debe tramitarse la petición

¹²⁴⁴ JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M. (2003). Los niños de la calle y el fenómeno de la emigración de menores: análisis de los contextos migratorios en el área urbana de Tánger, Agencia Española de Cooperación, Septiembre 2001.

de asilo- si esta debe ser antes de ser entregado el menor al organo que va a ejercer su tutela, o hacerlo de forma simultanea, o, posterior- esta falta de concreción legislativa ha dado lugar, a interpretaciones diferentes según la CCAA donde se encuentre el menor, provocando discriminaciones no deseadas contrarias al principio garantista de interés del menor, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico. De ahí, la necesidad de que se dicte con urgencia el Reglamento de desarrollo de la citada Ley, para que de una vez por todas, se aplique un criterio uniforme para todo el territorio nacional. Otro problema añadido para estos menores, es que en caso de no concederse el asilo o protección internacional, debe procurarse la permanencia en nuestro país por razones humanitarias, y garantizar que no se va a realizar la devolución de menores en aquellos casos en los que puedan sufrir torturas o malos tratos por parte de las autoridades del Estado de nacionalidad, cumpliendo con ello lo establecido en el art. 37 de la Convención de los Derechos del Niño que establece” *“ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*. Además a pesar de que el art 35.4 de la LOEXTR, contenga la previsión según la cual “la Administración española solicitará informe sobre las circunstancias familiares a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión sobre la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación”. Hay que tener en cuenta, que según la legislación internacional sobre las personas refugiadas, debe garantizarse que no se informe al país de origen sobre la posible solicitud de asilo efectuada por una persona, manteniendo así la confidencialidad. De ahí, que la hilo de lo expuesto, el futuro Reglamento de la Ley, también debería recoger como excepción los casos de menores solicitantes de asilo o cuando existan indicios de que estos puedan huir de violaciones de derechos humanos¹²⁴⁵.

De otra parte, otro problema que plantean estos menores es la determinación de la edad, ya que si no cumplen el requisito de la minoría de edad se les aplica el Régimen General y son susceptibles de expulsión. Sin embargo, el sistema actual para la determinación de dichas pruebas denominadas” pruebas Greulich y Pyle¹²⁴⁶”, basadas en radiologías ha demostrado que

¹²⁴⁵ Vid, Informes de Amnistía Internacional: Frontera Sur: España da la espalda a los derechos de las personas migrantes y solicitantes de asilo (2004) y España: Crisis de identidad: Tortura y malos tratos de índole racista a manos de Agentes del Estado” (2002).

¹²⁴⁶GARAMEINDI, P. N., LANDA, M. I., BALLESTEROS, J (2003). Estimación forense de la edad en torno a los 18 años: Estudio en una población de inmigrantes marroquíes indocumentados de origen marroquí, en Cuadernos de Medicina Forense, Enero 2003, núm.31, pág 34. Según las conclusiones de un estudio de Garamendi relativo a la determinación de la edad de los menores indocumentados marroquíes” en los casos de estimación forense de la edad en sujetos indocumentados varones de origen marroquí, la estimación directa de los resultados de la aplicación del método de Greulich y Pyle o bien, la estimación de la edad basada en el método de Dermijian, aplicado a los terceros molares inferiores puede ser aceptable. No obstante, el grado de error del resultado por ambos métodos ha de asumirse como notable por parte del médico en su valoración pericial, pudiendo darse errores técnicamente inaceptables y errores éticamente inaceptables”. para los forenses constituye una gran responsabilidad la determinación de la edad, las consecuencias son trascendentales para el menor, y de ahí que, el margen de error en las pruebas para la determinación de la edad constituya un error éticamente inaceptable”

sus resultados no son fiables y que el margen de error es amplio. Además hasta ahora se ignoraban intencionadamente las pruebas documentales sobre la determinación de la edad por parte de la Administración, con el objetivo último de adelantar la mayoría de edad para que estos menores abandonasen el sistema de protección. Esta deficiencia ha sido subsanada por el nuevo Reglamento de 2011, que dispone que si el menor está documentado o por su apariencia física no lo precisara, serán inmediatamente puestos a disposición de los servicios de protección de menores y se comunicara este hecho al Ministerio Fiscal.

Otra cuestión que plantean estos menores una vez verificada su minoría de edad, es la declaración de desamparo, observándose como la LOEXTR ni tan siquiera recoge este término y si en cambio el de tutela y donde además no se determina claramente cuando es el momento en que debe procederse a efectuar dicha protección jurídica, tampoco cuando ha de resolverse esta situación y cuales son los efectos de la falta de resolución (algunas entidades protectoras resuelven aunque sea fuera de plazo, otras dictan resolución de caducidad y en la mayoría de las ocasiones no se resuelve por conclusión del plazo para que recaiga la resolución expresa). Lo único que sí queda claro, es que es responsabilidad de las Entidades de Protección de las Comunidades Autónomas y de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, son la de garantizar los derechos del menor, satisfacer sus necesidades físicas y psíquicas y promover su integración en la sociedad. Es por ello, que en el desarrollo de sus competencias, las CCAA son las que encargadas de gestionar la habilitación y aplicación de los derechos de los menores extranjeros, solicitando a la entidad correspondiente que se les dote de asistencia sanitaria, se les integra en la alternativa educativa que mejor se adecue a su perfil (edad, formativo, lingüístico, etc) y se organicen actividades lúdico-recreativas para promocionar la integración social.

Asimismo otro punto objeto de controversia es cuando se debe tramitar la documentación, que si bien la ley es explícita en su art 35.7 *“A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.”* Sin embargo, en la práctica administrativa se constata un incumplimiento en cuanto a la no retracción de los efectos de la residencia a la fecha de inicio del acogimiento, agravándose este hecho, también por la interpretación inadecuada por parte de las Delegaciones del Gobierno (entre las que se encuentran las de Ceuta y Melilla) de interrumpir dicho plazo si se ha intentado la reagrupación y esta ha fracasado o si el menor abandona por corto periodo de tiempo la entidad tutelar, con los efectos negativos que este incumplimiento provoca no solo para el otorgamiento del permiso de residencia sino también para la ulterior petición de la

nacionalidad española¹²⁴⁷. Defecto al menos formalmente subsanado por la el Reglamento de 2011, que vuelve a reiterar lo dispuesto en la LEOXTR , que el menor desde que lleva nueve meses puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores (no se menciona la tutela) y una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor bajo los servicios debe ser provisto de una “autorización de residencia”, cuya duración será 1 año, renovable anualmente salvo que la actividad desempeñada por el menor exceda de dicho plazo, en tal caso la duración será la de la actividad. Asimismo si el menor tuviera una autorización de residencia durante mas de 5 años y no ha alcanzado la mayoría de edad, esta se le renovara por una autorización de residencia de larga duración. Permitiéndose personalmente al menor poder solicitar la documentación- si no lo ha hecho la Administración- dos meses antes de cumplir los 18;0,3 meses después de haberlos cumplidos, pero deberá demostrar que tienen medios para vivir independientemente o que tiene un contrato de trabajo .En el primer caso deber solicitar autorización de residencia y en segundo, de residencia y trabajo. Pero si al llegar a los 18 años, no tiene autorización de residencia, si han participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales. ¿Que ocurre si no lo consigue? ¿Ingresaría en el mercado irregular sin ningún tipo de documentación?

Otro punto a destacar es en cuanto a la novedosa posibilidad que plantea la LOEXTR en l art 35.1 de celebrar acuerdos con terceros países para “la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados”. A nuestro juicio, su redacción es incompleta, debido a que se debería de haber incluido la obligación de que dichos acuerdos las partes que lo suscriban deben respetar plenamente la Convención de los Derechos del Niño, así como al deber de garantizar que toda repatriación se llevará a cabo con todas las garantías y respetando el principio del interés superior del menor. De modo que, considero que sólo se debe devolver al menor si se garantiza plenamente la reagrupación familiar. Y, en caso de no ser posible, los menores extranjeros serán puestos a disposición de los servicios de protección del país de origen, aunque sólo si éstos efectivamente son capaces de garantizar una vida digna para el menor, partiendo de la base, que la mera existencia de servicios sociales en el país de procedencia no es suficiente para proceder al retorno, por ello, es preciso que las autoridades españolas cumplan con la obligación de realizar las actuaciones pertinentes para confirmar que estos servicios respetan los mínimos establecidos por los estándares internacionales y, en caso

¹²⁴⁷ Vid, desde una perspectiva general del problema GALLARDO RUEDA, (1950). Algunos problemas de nacionalidad en el Cc español”, BIMJ, nº 114, 1950, págs. 3 ss.

contrario, no se debe proceder a la repatriación de los menores, tal y como recoge el tal y como recoge el Informe del Defensor de Andalucía de Junio de 2004:

“Sí podemos decir (...) que todas las personas consultadas -formal o informalmente- sobre esta cuestión coincidían en calificar de primario y deficiente dicho sistema, considerándolo escasamente preparado y dotado para atender las necesidades del elevado número de menores que padecen situaciones de riesgo en Marruecos y claramente incapaz de afrontar con garantías la incorporación al mismo de un elevado número de menores como el que podrían ser retornados desde nuestro país (...)”

Y finalmente en cuanto la integración del menor, el art 2 ter, prevé la creación de un Plan Estratégico Plurianual, que será llevado a cabo por la Administración del Estado, la autonómica y la local y entre cuyos objetivos fundamentales se encuentra la integración de los menores de edad no acompañados, en los que se tomara como referencia sus respectivos planes de integración, sin embargo, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla las actuaciones llevadas a cabo en materia de inmigración en general y en particular en materia de menores, actualmente se realizan a través de Plan de Acción anual elaborado por las ciudades de Ceuta y Melilla con el Ministerio de Trabajo e Inmigración, sin que existan actuaciones propias e independientes por parte de las ciudades autónomas citadas sobre esta materia.

De otra parte, un paso importante en materia de menores no acompañados ha sido para ambas ciudades autónomas la aprobación por parte de Marruecos y España del Convenio bilateral de repatriación de menores no acompañados, de 18 de Marzo de 2008, en virtud del *Memorandum de Entendimiento* que ambos países firmaron en Diciembre de 2003 y que se elevó a rango de Acuerdo precisamente en la VIII Reunión de Alto Nivel (RAN) hispano-marroquí mantenida en Marzo de 2007, en Rabat y cuya consecuencia mas mediata derivada del citado Convenio, es que las autoridades españolas informarán a las autoridades marroquíes sobre la entrada ilegal al territorio de España de menores no acompañados en un plazo de un mes, según el acuerdo; y las autoridades de Marruecos deben contestar en un plazo de tres meses con todos los datos sobre la identidad de los menores y de su familia, momento en el que las autoridades españolas podrán decidir la repatriación de los menores. Sin embargo, a pesar de la plasmación suscrita entre ambas partes en esta materia, que permiten a simple vista facilitar la reunificación familiar, la cifra de menores no acompañados no ha disminuido lo que obliga a dichas ciudades tengan que continuar asumiendo los servicios asumidos de acogida y reeducación y soportar la parte proporcional de gastos que dichos menores provocan.

Para ello realizamos sintetizamos estas quince propuestas:

1.- Los menores extranjeros no acompañados deben ser considerados por el legislador de extranjería por encima de cualquier otra circunstancia como niños. Su nacionalidad¹²⁴⁸ o situación administrativa no deben representar obstáculos para que, en su caso, el interés superior del menor prevalezca como para cualquier menor. Planteando el problema de que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que sirve para dar unidad al sistema de protección de menores y llenar los vacíos legales de nuestro ordenamiento jurídico y respetando como base del mismo los derechos fundamentales que este disfruta. En base a lo expuesto, los menores tienen derecho a recibir la necesaria protección por parte de los poderes públicos en condiciones de igualdad y sin que puedan sufrir discriminación.

2.-Que se determine legalmente cuando se debe tramitar la petición de asilo a mi juicio, debe ser antes o de forma simultanea a puesto el menor a disposición de los servicios de protección de menores.

3.- Se debe garantizar de forma expresa que los menores extranjeros son informados sobre su derecho a solicitar asilo, poniendo todos los medios que faciliten su petición.

4.-Que se cumpla lo preceptuado por el nuevo reglamento de 2011 y las pruebas de edad se realicen únicamente a los menores no documentados¹²⁴⁹ o cuya apariencia no ofrezca dudas de que se trata de mayores de edad, y , siempre bajo la supervisión del Ministerio Fiscal que es organo encargado de velar por la protección del menor.

5.-Debe cumplirse la normativa de extranjería que obliga a la entidad que ostente la tutela de promover la documentación de los menores extranjeros no acompañados bajo su protección. Es injustificado este incumplimiento por parte de las entidades de protección de menores y de las Delegaciones del Gobierno de esta obligación legal, incumpléndose el mandato constitucional en materia de menores extranjeros no acompañados en lo que respecta a su protección jurídica, declaración de desamparo y derecho a la documentación y nacionalidad. Siendo incalificable el alarmante el número de menores que han estado bajo la tutela pública que llegan a la mayoría de edad en situación administrativa irregular, lo que supone un obstáculo prácticamente insalvable para su integración. La citada polémica interpretación del art. 92.5 del reglamento de la LO 4/2000, según la cuál, no se debe realizar por parte de los servicios de protección actuación alguna encaminada para la consecución de la autorización de

¹²⁴⁸ Sobre la necesidad de agilizar la adquisición de la nacionalidad española de los menores de edad extranjeros no acompañados vid, Gallardo Rueda,(1959).La apatridia y el derecho individual a la nacionalidad, BIMJ, nº 458, , pág. 3 y ss.

¹²⁴⁹ La comprobación de la edad solo debe hacerse cuando realmente existan dudas sobre la condición de minoría de edad. En este sentido, el Informe del Defensor del Pueblo de 2006 puso en evidencia de que en Canarias a pesar de la apariencia de minoría de de edad de algunos indocumentados, se les trataba directamente como mayores de edad, incoando seguidamente el procedimiento de expulsión, sin que se les sometiera al examen de las pruebas pertinentes sobre la determinación de la edad.

residencia hasta que no hayan transcurrido 9 meses desde que está bajo su custodia el menor extranjero no acompañado, sino que, la interpretación correcta a nuestro juicio, sería la sostenida por gran parte de la doctrina jurídica experta en materia de extranjería, que defiende que esos 9 meses son el plazo máximo para que el menor cuente con su autorización de residencia, este hecho unido a la falta de coordinación entre administraciones competentes en materia de menores, sus entidades colaboradoras, Delegaciones del Gobierno, creemos que están en la base de esta situación. En consecuencia, se debe obligar a las CCAA a cumplir la normativa de extranjería y documentar al menor y expedirle el permiso de residencia los menores al cumplir nueve meses de estancia en España tutelados por la Administración.

6.- Uno de los objetivos más reiterados respecto a los sistemas de protección de menores, es la consecución de una correcta inserción e integración social de los mismos. Es decir, que la responsabilidad de las entidades que asuman la tutela de un menor en situación de desamparo, sobre todo, si se mantiene esa situación hasta la mayoría de edad del menor tutelado, vayan mucho más allá de paliar la situación de riesgo del menor que se produzca en el momento que se aprecie el desamparo, alcanzando a la obligación de dotar al mismo de todas las herramientas afectivas, sociales, formativas y laborales necesarias para que pueda alcanzar un adecuado grado de inserción una vez se extinga la tutela, de modo que, debería de existir un seguimiento de al menos un año de duración, en aras de comprobar su correcta inserción socio-laboral (tal y como existe en Andalucía en cumplimiento del art 37.2 de la Ley del Menor de Andalucía). Pero para cumplir este objetivo es esencial en primer lugar, que no se dilate la declaración de desamparo de los menores extranjeros no acompañados, de modo que, desde que se produzcan efectivamente las circunstancias previstas en el art. 172 del Código Civil sin más dilación se debe formalizar la declaración, en aras de la mejor protección de los menores en cuestión. Puesto que, la declaración no establece un “status” jurídico irreversible; en el caso de que más tarde no se confirmara en todos sus extremos la situación de desamparo, siempre cabe la posibilidad de ser revocada, considerando prioritario establecer los máximos mecanismos de protección.

7.- Se ha producido tal y como señala BARRANCO VELA, R (2005)¹²⁵⁰: Se ha producido una desjudicialización de los instrumentos jurídicos para la protección del menor y una de cuyas manifestaciones quedan patentes en las Comunidades Autónomas que han asumido las funciones que anteriormente correspondían a los Tribunales Tutelares de Menores, a través de la competencia “asistencia social”, que mayoritariamente se les ha concedido de forma exclusiva en sus respectivos Estatutos de Autonomía, con el fin de dotar mayor agilidad y capacidad de actuación a los órganos administrativos que a los judiciales, circunstancia que ha

¹²⁵⁰ La publicación de la legislación protectora de inmigrantes y menores, en Seminario de Expertos: La protección de los menores extranjeros e inmigrantes, IV Foro Andaluz de la Infancia, celebrado el 17 y 18 de Noviembre de 2005.

sido aprovechada por las administraciones autonómicas para desplegar un amplio poder discrecional en esta materia, donde no siempre se tiene en cuenta la ponderación de un lado de la necesidad de protección del menor; y de otro, de la celeridad que requiere la actuación administrativa en estos casos, sobre todo cuando el menor se encuentra ingresado en un centro de protección de menores, carente de ningún soporte jurídico sobre las actuaciones que se realicen en relación con esos menores . Si bien, a mi juicio, es positivo que dada CCAA establezca su propio modelo de protección social con el fin de dotar de un contenido específico a la figura del desamparo, no obstante, se corre el riesgo de no dotar de un concepto unívoco a esta figura, lo que provoca además de inseguridad jurídica una clara discriminación institucional subordinada al lugar donde se encuentre el menor extranjero no acompañado, de ahí, que considero conveniente que sea únicamente el legislador estatal a través de la LOPJM el que dote de contenido a esta figura.

8.-También es necesario aportar criterios para decir en que casos cabe la repatriación, y creemos que esta no podrá producirse cuando de la investigación de las circunstancias del menor se deduzca que se encontraba en situación de desamparo en su familia de origen. De modo que, solo en caso de una imposibilidad absoluta de repatriación, se debe proceder a declarar el desamparo y otorgarle un permiso de residencia por circunstancias excepcionales o de trabajo si este tiene dieciseis años y se encuentra realizando cursos formativos que ponen de manifiesto su integración plena en la sociedad española; y, en todo caso, siempre que transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la CCAA y no proceda la repatriación, cumplir con lo preceptuado en la LOEXTR y reiterado en el vigente rEglamento de 2011, de que transcurrido nueve meses desde que fue puesto a disposición de dichos servicios, este debe ser documentado con una autorización de residencia que deberá tener una vigencia de un año(renovable por el mismo plazo),salvo que este haya formalizado un contrato en cuyo caso la duración será la que tenga la actividad.

9.- El desarrollo reglamentario del art 35 de la LOEXTR y el correlativo sistema de recursos sociales sólido y estructurado (y que tenga en cuenta sus especiales características de estos menores), incluidos los extutelados a la vida independiente tras su mayoría de edad (como medida proponemos incluirlos entre los colectivos prioritarios en el acceso a la vivienda de promoción pública y a la vivienda protegida de alquiler, entre otras) es una de las necesidades prioritarias en este campo.

10. Es necesaria colaboración y cooperación orgánica, financiera y funcional en todos los niveles territoriales, para solventar el acogimiento del menor ya que no se trata de un problema focalizado en tres ciudades: Melilla, Ceuta y Canarias, sino que es un problema que afecta a toda Europa, en concreto a España y en particular, a dichos territorios.

11.-La solución que se adopte en materia de menores debe ser integral, siendo una de las vías para su consecución la promulgación de planes de integración específicos para la infancia postulados en la LOPJM. , que debe hacerse dentro de los parámetros que fija el interés superior del menor, siendo uno de los problemas mas frecuentes a los que se enfrentan es que han sido estos promulgados por la Administración: estatal, autonómica o local, suelen presentar el problema de su prórroga o reemplazo una vez finalizado el plazo previsto para su realización¹²⁵¹.

12.- No se puede aducir la falta o el colapso de recursos sociales para no asumir las responsabilidades de las administraciones competentes en lo concerniente a la correcta protección y atención de estos niños (previsto de forma expresa en el art. 11 LOPJM).

13.- Los defectos detectados en la protección de menores en nuestro país, han evidenciado las deficiencias administrativas de nuestro sistema de protección, que ponen en tela de juicio, la necesidad de revisar el actual sistema de garantías que ofrece la LOPJM en relación con los menores extranjeros no acompañados, tampoco la LOEXTR ha dado una respuesta clara sobre el procedimiento que debe seguirse en la protección jurídica de los menores.

14.-La falta de identificación del menor no debe ser excusa para no iniciar el procedimiento de desamparo y dictar medidas cautelares sobre el mismo.

15.- Se debe valorar de forma positiva que se recoja de forma expresa el principio del interés superior del menor en la LOEXTR, el derecho del menor a ser oído, el reconocimiento de la capacidad de obrar de los mayores de 16 años en lo relativo al procedimiento de repatriación, o el posible nombramiento de un defensor, si la voluntad del menor es contraria a la de quien ostenta su tutela.

16.- Los acuerdos con terceros países deben garantizar mecanismos que hagan efectivo el principio de no devolución, así como que los menores sean, realmente, reagrupados

¹²⁵¹ Actualmente las CCAA con Planes para la Infancia son las siguientes: Planes Plan Integral de atención a la Infancia de Andalucía. Junta de Andalucía. (2003-2007); Plan de atención a la infancia, familia y adolescencia 2004-2007 (Gobierno del Principado de Asturias); Plan integral del menor en Canarias (Cabildo de Canarias); Plan de acción para la infancia y la adolescencia en Cantabria (Gobierno de Cantabria); Plan integral para la infancia y la adolescencia en Castilla-La Mancha 1999-2003 (Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha); Plan regional sectorial de protección y atención a la infancia de la Junta de Castilla y León 2000-2003 (Junta de Castilla y León); Pla Integral de suport a la Infancia i l'Adolescència de Catalunya (Generalitat de Catalunya); III Plan integral de apoyo á familia 2002-2005 (Xunta de Galicia); II Plan Integral de Infancia.2006 – 2009. Gobierno de La Rioja; II Plan de atención social a la infancia en la Comunidad de Madrid (Comunidad de Madrid, 2003) ; Plan de atención a la infancia y adolescencia en dificultad social de la Comunidad foral de Navarra (Gobierno de Navarra); Plan integral de la familia e infancia de la comunidad valenciana 2002-2005 (Generalitat Valenciana); Plan de Infancia para la atención de las situaciones de desprotección infantil. (Diputación Foral de Bizkaia, 2000).

familiarmente o entregados a servicios de protección capaces de hacer efectivos sus derechos. En caso contrario, no deben ser, en ningún caso, devueltos.

17.-Realizar una cooperación al desarrollo en las ciudades marroquíes próximas a Ceuta y Melilla(Beni Enzar, Frahana, Mariguari, Nador, de origen de estos menores) en el que deben intervenir personas de origen de los menores, ONG's españolas y marroquíes y personal especializado por parte de Marruecos y España, que a lo aproximen hacia un futuro retorno a su país materializando sus actuaciones en programas que les permitan el acceso a servicios sociales, salud educación para los que están allí y para los que ya están aquí, es necesario la crear políticas transnacionales que incorporen la movilidad para estos jóvenes. En este aspecto resulta positivo, que el nuevo Reglamento de 2011, de ejecución de la LOEXTR, como novedad establezca el deber de que el menor extranjero no acompañado en caso de ejecutarse la repatriación, debe ser conducido por las fuerzas de seguridad del estado junto con personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre el menor, con el fin de que se verifique que realmente puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen.

Actualmente se ha superado el problema de la saturación de los centros de Ceuta y Melilla, destinados a la protección y atención de estos menores, debidos a circunstancias excepcionales y como consecuencia de llegadas masivas de estos menores en momentos concretos, siendo constatable la mejora substancial de esa situación en los últimos años ,entre otros motivos por la medida dispuesta en el art 35.12 de la LOEXTR ,mediante la cual se admite que los menores puedan ser trasladados a otras CCAA, previo acuerdo ente estas¹²⁵² , para que estas asuman la tutela y custodia con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración, si bien, debe verificarse que en este reparto de responsabilidades no responde a una compensación económica sino que efectivamente se realiza atendiendo al interés del menor.

En cualquier caso, lo que si queda claro es que el tratamiento de la situación de los menores extranjeros, no puede hacerse desde los intereses de la política de extranjería y del control de fronteras sino que, en todo caso debe primar el interés del menor, que según establece

¹²⁵² La posibilidad de el traslado de unas CCAA a otras de menores no acompañados, introducidas como novedad en la LOEXTR, tienen a nuestro juicio, el antecedente en el Programa Especial para el Traslado y Atención de Menores no Acompañados desplazados desde Canarias, de 20 de Octubre de 2006, y cuya justificación residida en el principio de solidaridad interterritorial entre las diferentes CCAA y cuyos objetivos sintetizados del programa eran los siguientes: a)atender la situación coyuntural que atraviesa Canarias en materia de protección de Menores Extranjeros No Acompañados a través de la colaboración entre las CCAA; b)coordinar el traslado de estos menores llegados a Canarias a las distintas CCAA, que pasan a asumir la tutela y guarda de los menores acogidos en sus respectivos territorios; c)colaborar con las CCAA de destino en la protección de los menores ,a través de la financiación de los gastos derivados de la guarda; d) facilitar la colaboración interinstitucional en materia de protección de menores extranjeros no acompañados; y e) establecer protocolos de actuación que faciliten la colaboración de los distintos actores que intervienen en el programa.

la Convención de los Derechos del Niño, es el eje de toda respuesta perteneciente a los menores y que debe primar sobre cualquier otro interés legítimo pero que precisa ser determinado en el momento de su aplicación, ya que la calificación de las circunstancias concretas no admite más que una solución y tal y como señala GARCIA ENTERRIA, E(1983)¹²⁵³": Hay una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Ya que lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio". Sin embargo, el problema no se circunscribe a dotarle de un valor sino que requiere además verificar en que situación y circunstancias concretas de las posibles se da el valor que ha pretendido captar la norma, sin que sea posible una fiscalización sobre los mismos debido a la reserva que tiene la autoridad que lo aplica y al margen de apreciación, que se le debe otorgar para valorar todas las circunstancias que rodean al menor que llevan en ocasiones a la doctrina¹²⁵⁴ a sostener que plantea su práctica más problema que soluciones. Por todo ello, resulta obligado esperar para comprobar en el desarrollo reglamentario de la reciente LOEXTR, prima el favor minoris o por el contrario, continuara su protección jurídica como hasta ahora, olvidándonos que dicha protección es una cuestión de responsabilidad institucional y constituye un deber moral para el Estado de Derecho.

¹²⁵³ La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, págs 33 y ss, en el mismo sentido, GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ T. R., (2004). Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas, Madrid, 12ª Edición, págs 443 y ss.

¹²⁵⁴ CARBONNIER Y SAVATIER ,C (1960).Derecho civil, Tomo I, Vol. I, ed. Bosch,. Barcelona, , págs. 35 y ss lo considera relativo; RPARKER, S, (1994). The Best Interests of the child- Principles and Problems, en Alston, "The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights". Oxford University press, 1994. Lo considera en cambio indeterminado subordinando a los convencionalismos sociales, siendo por tanto diferente según el contexto cultural donde se situó al menor; y, MNOOKIN, R, H (1986).Post-divorce families: Custodial arrangements compared (La familia tras el divorcio: comparación de medidas de custodia), American Association of Science, Philadelphia. Mayo 1986.Sigue esta misma tendencia y por lo que a su juicio, es inevitable en el menor de su aplicación que el juez sea subjetivo.

3.11. BIBLIOGRAFIA

-AA VV (1999).*La Reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile*, Ed. Bruylant-Ed. de l'Université de Bruxelles; varios autores (dirigido por D. Turpin), *Immigres et refugies dans les democracies occidentales. Defis et solutions*. Economica, P. U. d'Aix-Marseille.

-AA.VV. (2000). *Comentarios a la Ley de Extranjería*; (dir). ASENSI SABATER, J., edit por Edijus, Zaragoza.

- AA.VV. (2001). *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, (coord.) CAMPO CABAL, J., edit Civitas, Madrid.

- ADAM MUÑOZ, M^a D., (2009). El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados, en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm 20.

VVAA (2010). *Los menores extranjeros no acompañados* (coord y autoría) por Isabel E. Lázaro González y Beatriz Moroy Arambarri, edit por Tecnos, Madrid.

- ALCON YUSTAS M. F. *Los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen de los menores*. En Jornadas sobre Derecho de los Menores. (Coords.) LAZARO GONZALES I Y MAYORAL NARROS. I. Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid.2003.

-ALÁEZ CORRAL, B., (2003). *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid.

- ALONSO SANZ, L, (2009). El derecho al Asilo de menores no acompañados: Una propuesta de regulación más segura, *Revista de Derecho Político* de la UNED núm 74,enero-Abril 2009.

-ASIN CABRERAS A. (2007). *Comentarios al Reglamento de Extranjería. Menores extranjeros no acompañados*, Lex Nova, Valladolid.

-ASÍN CABRERA, M. A., (2007). Menores Extranjeros No Acompañados, en M. I. RAMOS QUINTANA (coord) *Comentarios al Reglamento de la Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid.

- ASÍN, M. (2008). Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular. *Revista de Derecho Constitucional europeo*. Número 10, Julio-Diciembre.

-ARCE JIMÉNEZ E., (2004). *Los derechos de los menores. Situación en España*. Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería, Lex Nova, Valladolid.

-ARCE. E. (2005). *Nuevos inmigrantes en situación documental irregular, familiares reagrupables*. Rev. Derecho Migratorio y Extranjería. Nº 8, Lex Nova, Valladolid.

-ARCE JIMÉNEZ, E., (2006a). *Los menores extranjeros: Su desprotección frente a la legislación de Extranjería*, en *Menores tras la frontera : otra inmigración que aguarda / FRANCISCO CHECA Y OLMOS (ed. lit.), JUAN CARLOS CHECA OLMOS (ed. lit.), ANGELES ARJONA GARRIDO (ed. lit.)*,Icaria, Barcelona, pags. 267-280

-ARCE JIMÉNEZ, E., (2006b). *Menores inmigrantes derechos que no se cumplen*". *Revista Abogacía Española* Nº, 2006.

-ACEDO PENCO, A. (2001). *El derecho a la intimidad familiar y a la reagrupación familiar en la nueva ley de extranjería*". I Jornadas sobre la Ley de Extranjería e Inmigración. Cáceres. 26-29 de Marzo 2001.

- ADROHER BIOSCA, S. (2002). *Menores extranjeros no acompañados* en I. LÁZARO GONZÁLEZ (Coord.) *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid. LÁZARO GONZÁLEZ E I. MAYORAL NARROS (Coord.)” *Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración* “Jornadas sobre Derechos de los menores 2003.

-ADROHER BIOSCA S. (2003). *Menores extranjeros no acompañados. Una nueva emigración*, en Jornadas sobre Derecho de los Menores, coord. Por I.E. LÁZARO GONZÁLEZ e I. V. Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

-ADROHER BIOSCA, S (2005). *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España*. Ed. Lex Nova, Valladolid.

-AGUELO NAVARRO P. Y ÁLVAREZ RODRIGUEZ, A., (2001). *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*. Lex Nova. Valladolid.

-AJA E Y MONTILLA, J. A Y ROIG, E., (2006). *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

-ALAEZ CORRAL, B., (2003) *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid.

-ÁLVAREZ LÓPEZ, P.,(2004). *La concesión de la autorización de residencia a menores extranjeros no acompañados: Comentarios a varias sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha* Rev. Actualidad Administrativa, núm. 17.

-ÁLVAREZ LÓPEZ, P. (2004). *La protección de los menores inmigrantes, refugiados y desplazados en el derecho español*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, num. 17.

-ÁLVAREZ FERNÁNDEZ A Y JIMÉNEZ ÁLVAREZ, (2005). *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, Madrid.

- AKADEMEIA (2008) *..Inmigración y Derechos Humanos*. Barcelona: Icaria.

- APRAIZF MORENO, F., (1998). *Derecho de Extranjería*. Vol. I y II. Bosch .Barcelona.1998

-APRELL LASAGABASTER, M.C., (1998). Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley, XV Congreso de Estudios Vascos, Donostia San Sebastián.

-ARMENTOS LEÓN, M., (2006). Análisis del Tratamiento Jurídico Previsto para los Menores Extranjeros en Situación Irregular, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm.2017.

-AYOTTE, W., (1998). Apoyo a los niños no acompañados en el proceso de asilo, Colección Ayo Sup D.

-BALLESTEROS DE LOS RÍOS (1997). *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid.

- BARRANCO VELA, R (2005). *La publicación de la legislación protectora de inmigrantes y menores*, en Seminario de Expertos: La protección de los menores extranjeros e inmigrantes, IV Foro Andaluz de la Infancia, celebrado el 17 y 18 de Noviembre de 2005.

-BLANCO CARRASCO M., (2007). *Los menores en protección*. (Coord.) Por Manuel Serrano Calderón, Ed. Difusión jurídica y temas de actualidad.2007, págs. 97-160.

-BLANCO GARCÍA BLANCO, P, en VVAA (2010): Acceso a la nacionalidad española y su significación en *Los menores extranjeros no acompañados* (coord) por I. LÁZARO GONZÁLEZ Y BEATRIZ MOROY, Tecnos, Madrid.

- BARNEN, RÄDDA (2001). Conferencia Europea: Los niños en primer lugar - las políticas hacia la los niños separados en Europa, celebrada el 21 -22 Septiembre 2000 de Save the Children Suecia en cooperación con el ACNUR –Estocolmo, edit por colección DB5.

-BRENA I. (1991).*Los nuevos principios reconocidos en materia de tutela tras la reforma de 1987*, AC, 1991-1.

- BENITO ALONSO, F., (1996). Actuaciones de riesgo y desamparo de menores, tutela por ministerio de la ley y guarda, *Cuadernos de Derechos Judicial* núm 16.

- BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., (1982). Comentario al art 174 del Código Civil en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, Vol.2, ALBADALEJO GARCIA, M (Dir.), Edersa, Madrid.

-BICOCCHI LUCA Y LEVOY, MICHELE (2008).Los niños indocumentados en Europa: Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración, *Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Migrantes Indocumentados*, Bruselas.

-BORRAS, A., (1994).*El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado*”RJC.

- BORRAS, A., (1995).*La influencia de la evolución en el medio internacional sobre el derecho español de extranjería en el periodo 1985-1995.Diez años de la Ley de extranjería: balance y perspectiva*. Fundación Paulina Domènech, Barcelona,

- BORRAS RODRIGUEZ A., (1999).*Las ciudades de soberanía española: respuesta de una sociedad multicultural. (Melilla 6-9 de Abril de 1999)*Cursos Internaciones de la Ciudad Autónoma de Melilla y la Universidad de Alcalá. (Direc Jiménez Piernas C).Edit Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones.

-BOUTEILLET –PAQUET, D (2001). *L 'Europe et le Droit d' asile. La politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d' europe céntrale*, L'Harmattattan, Paris.

-BUENO ABAD J.R., Y MESTRE LUJAN, F.J., (2006). La protección de menores migrantes no acompañados: Un modelo de intervención social, en *Revista Alternativas, Cuadernos de Trabajo Social*, Madrid.

- CAMAS RODAS, F., (2009). El acceso al trabajo de los inmigrantes menores de edad, en AAVV. La edad en relación al empleo, la seguridad social y la inmigración edit Bosch, Barcelona.

-CAPDEVILLA, M Y FERRER, M., (2004). Estudio sobre los menores extranjeros que llegan solos a Cataluña, *Revista Migraciones*, núm 16.

-CARBONNIER Y SAVATIER, C., (1960).Derecho civil, Tomo I, Vol. I, ed. Bosch, Barcelona.

-CARNELUTTI F (2003) Teoría General del Derecho: Metodología del Derecho. (Trad.) CARLOS G. POSADA. EDICIÓN JOSE LUÍS MONEREO PÉREZ, Comares, Granada.

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., (1999). *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Navarra,

-CORTAZAR ROTAECHE, C. J (1997). *Derecho de asilo y no rechazo del refugiado*, Universidad Pontificia de Comillas y Dykinson, Madrid.

- CASTILLO MARTIN, J. A. (2008). La protección a los menores por las entidades públicas y sus efectos sobre la patria potestad”, *Edit por la VENIA, Revista del Colegio de Abogados de Melilla*, Abril de 2008.

- CAMPUZANO DIAZ. B., (2001). *Los menores en el Derecho de Extranjería*, en VVAA, *Extranjeros en España. Régimen Jurídico*, Laborum Murcia.

-CAMPUZANO DÍAZ, B. (2004). Los menores marroquíes no acompañados y el derecho de extranjería, *AJM*, núm. IV.

-CUCHI DENIA, J .M (1996).La libertad de información versus el derecho al honor ¿De la técnica de la ponderación a la prevalencia de la primera? en *RGD*, núm. 619, Abril 1996.

- CHARRO BAENA, P Y BENLLOCH SANZ, P (2007). Guía practica de contratación laboral de extranjeros, Thomson&Aranzadi, Cizur, Menor, Navarra.

-DE CASTRO BRAVO, F (1989). Derecho Civil de España, I. Ed. Facsimilar de la 1ª de 1949, Civitas, Madrid.

- DE LUCAS MARTÍN, J.,(1993). *Del telón de acero a las líneas de sombra .Las minorías étnicas, el refugio y el asilo en Europa*, Tiempo de Paz, N° 26.

- DE LUCAS J., (2008). *La inmigración y la lógica del estado de sitio. Publicado en el periódico LE MONDE DIPLOMATIQUE n° 3.* Agosto.

-DE PALMA TESO, A., (2004). *La protección de los menores por las Administraciones Públicas. II Jornadas sobre Derecho de Menores 2004.* Universidad Pontificia de Comillas.

-DE PALMA DEL TESO A (2006). *Administraciones públicas y protección de la infancia*, en Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid.

-DE PABLO CONTRERAS P., (1993). *Comentarios al Art. 172 del Cc en Comentarios a las reformas del Cc*, dirigidos por R. Bercovitz, Tecnos, Madrid.

-DEL MORAL GARCÍA, A.,(1998). *Derechos humanos de menores* .Diario La ley Ref. D-316, Tomo 6, Madrid.

-DROZ, G. A. (1983). *L' protection des mineurs*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1301, Paris.

- DURÁN RUIZ, F., (2007). Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* www.refdugr.com.

-EEKELAAR., JOHN (1994). Interests of the Chile and the Child's wishes: the role of Dynamic Self-Determination, en *International Journal of Law and the Family*, Vol. 8.

- ENGISCH, KARL (2001). *Introducción al pensamiento jurídico*, (traduc) de ERNESTO GARZÓN VALDÉS .Edición de JOSE LUIS MONEREO PÉREZ, Comares,

Granada.

- ELIAS MENDEZ, C. (2002).*La protección del menor inmigrante desde la perspectiva constitucional*. Tiranch Lo Blanch, Valencia.

-ESTEBAN DE LA ROSA, G., (2001).Comentario al art. 17, en J. L. MONEREO PÉREZ Y CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, en *Comentario sistemático al Reglamento de la ley de Extranjería e Integración Social (RD864/2001, Comentario a la LO 4/2001 reformada por la Ley 8/2000 y su Reglamento de desarrollo)* edit por Comares, Granada.

-CHECA Y OLMOS F. Y ARJONA. A., CHECA OLMOS J.C.,(2006). *Menores tras la frontera Otra inmigración que aguarda*. Barcelona: Icaria, Antrazyt..

- ESPADA RAMOS M. L. Y MOYA ESCUDERO, M., (1985).*La ley reguladora de asilo y condición de refugiado de 26 de marzo de 1984. ¿Nacionalismo o internacionalismo?*, Revista de Estudios Internacionales, Vol. 6, n.º 1.

-ESPALDA RAMOS, M. L. (2001). Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados (artículo 34), en MOYA ESCUDERO, M (coord), en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada.

-ESTEBAN DE LA ROSA, G., GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA (2001). Situación jurídica de los niños extranjeros en España, en MERCEDES MOYA ESCUDERO (coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, Comares.

- ESTEBAN DE LA ROSA G., (2003). *Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas* .La Ley, nº 5714, Año XXIII, 7 de Febrero 2003.Ref. D-32.

-ESTEBAN DE LA ROSA, G., MOLINA NAVARRETE Y ARCE JIMÉNEZ, E., (2005).La inmigración extranjera, en *CEF*, Madrid.

-ESPADA RAMOS M. L. Y MOYA ESCUDERO, M, (1985). *La ley reguladora de asilo y condición de refugiado de 26 de marzo de 1984. ¿Nacionalismo o internacionalismo?*”, Revista de Estudios Internacionales, Vol. 6, n.º 1.

-ESPINAR VICENTE J. M., (1996). *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado* “Madrid. Civitas.

-ESPLUGUES MOTA, C. Y DE LORENZO SEGRELLES, M., (2001). *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/200, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

- FABREGA RUIZ C., (2001). *Protección jurídica del menor inmigrante*, Editorial Colex, Madrid.

-FABREGA RUIZ. F., (2005). *El tratamiento jurídico de los menores no acompañados a la luz del sistema español de protección de menores*. Diario la Ley N° 6313, de 7 de Septiembre del 2005, Ref.198.

-FELIÚ REY M. I.,(1989). *Comentarios a la Ley de adopción*. Universidad de la Rioja., Tecnos, Madrid.

-FERNANDEZ ALVAREZ, (1989). *La tutela administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad protectora de los tribunales tutelares de menores* “, RGD, núm. 538.

-FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Mª B, (2007). *El desamparo y la protección de los inmigrantes*, ed. Aranzadi, Pamplona.

- FERNÁNDEZ MASIA, E., (1998). *Las Entidades Públicas y la Protección de los Menores Extranjeros en España*. Rev. Actualidad Civil nº 19.

- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., (1991). *The Belize refugees Act of 1991 irt the lighi ofInternational Law*, UNCHR, Office for Belize.

-FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., (1978).Sobre la Ley rectora del estatuto personal del apátrida, *AESJ*, vol. VIII-IX, 1979-80.

- FERNADEZ ROZAS J.C. Y S. SANCHEZ LORENZO, (1999). *Derecho internacional Privado*. 1º Ed. Civitas, Madrid.

- FERNANDEZ ROZAS, J.C., Y SANCHEZ LORENZO S. (2004). *Derecho Internacional Privado*. Tomson-Civitas. Madrid, 3ª Edición.

-FERNANDEZ TOMAS, A. E., (1993). La valida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española, en PÉREZ GONZÁLEZ, M (coord.) *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez Velasco*, edit por Tecnos, Madrid.

-FERRER VANRELL, (1993).*El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre como modo de ejercer la <potestad> de guarda*, ADC, Tomo XLVI, Enero-Marzo 1993.

-FERREIRA, M. (1999). Derecho a la libertad de expresión, en VVAA. , (Direc) Agustín Gordillo, Fundación de Derecho administrativo, 5ª Edición, Buenos Aires.

-FISS, O, (1997). *Libertad de Expresión y Estructura Social*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara S. A., México D. F.

-FONTÁN SILVA, E. J., (1998). El exequátur de las decisiones dictadas por los tribunales de Marruecos, *AC*, 1998- IV.

-GANZENMÜLLER ROIG Y ESCUDERO MORATALLA, J. F., (2005).*Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*, Barcelona, Bosch.

-GARCIA ENTERRRIA, E., (1983). La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo, Civitas, Madrid.

-GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ T. R., (2004). Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas, Madrid, 12ª Edición.

-GARCÍA MÁS, F.J., (1998). El menor ante el Derecho comunitario, *AC*, 1998-IV.

-GARCIA VALVERDE, M.D., (2000). El trabajo de los menores y su protección. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros núm.204.

-GARCÍA VÁZQUEZ, S. (2004). *Régimen Jurídico del Menor Inmigrante*”. Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña.

-GARCIA VAZQUEZ, S. (2007). *El Estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*. Tirant Lo Banch, Valencia.

-GALLARDO RUEDA, (1950). Algunos problemas de nacionalidad en el Cc español, *BIMJ*, nº 114.

-GALLARDO RUEDA (1959). La apatridia y el derecho individual a la nacionalidad, *BIMJ*, nº 458.

- GALLEGO, V., MARTÍNEZ, J. y otros (2000). La integración social de los Menores Inmigrantes No Acompañados: nuevos retos en la Comunidad de Madrid. Unizar.es.

-GIL RODRÍGUEZ, J, LLUÍS PUIG I FERRIOL, LL Y GETE-ALONSO Y CALERA, M. C Y HUALDE SÁNCHEZ J. J (1997). *Manual de Derecho Civil*, T. I, *Introducción y Derecho de la Persona*, 2ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 1997 (1ª ed., 1995).

- GIL RODRIGUEZ, J., (2001). *Nacionalidad en VVAA, Manual de Derecho Civil, Introducción al derecho de la persona*, Marcial Pons, Barcelona.

-GIMENEZ ROMERO G. Y SUÁREZ NAVAZ, L., (2001). *Menores no acompañados síntesis de una investigación*. En UNAF Menores extranjeros no acompañados. Seminario Europeo. Madrid.

- GOMEZ MORAN, L., (1947). La posición jurídica del menor en el derecho comparado, Instituto Editorial Reus, Madrid.

-GONZALEZ LEON, C., (1995). El abandono de menores en el Código Civil, Bosch, Barcelona.

-GONZÁLEZ PÉREZ, J., (1993). *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)* edit por Civitas, Madrid.

- GOIG MARTÍNEZ J. M. *.Derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes. Teoría y realidad constitutional.* 2004. UNED, Madrid.

-GOODWING GILL, G. S., (1969). Protecting the Human Rights of Refugee Children: Some Legal and Institutional Possibilities, *in Children on the Move: How to Implemente their Right to Family Life*(Eds) J. Doek, Van Loon, P.Vlaardingerbroek, Martinus Nijhoff, The Hague.

-GULLON BALLESTERIOS A., (1996).*Sobre la Ley 1/1996, de protección de menores.* Rev. La Ley 1996, D-40.

- GULLON BALLESTEROS A., (1997). *Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*, Editado por la Ley, año XVII, núm. 3970,8 de Febrero de 1997.

- GRIEDER MACHADO, H.,(1996). *Las incapacidades y sus medidas de protección*, en M. Aguilar Benítez y otros, *Lecciones de Derecho civil nacional*, Tecnos, Madrid.

-HEREDIA PUENTE M. Y C. F. FABREGA RUIZ, *Problemas y paradojas del derecho de extranjería, con especial referencia a los menores extranjeros.* PJ, N° 39,1995.

-IGLESIAS REDONDO I., (1996). *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores (en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Cedecs, Barcelona.

-IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., (2002).*Artículo 9: derecho a la educación*” en P. SANTOLOAYA MACHETE (Coord.) *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid.

- JIMENA, L., (2004). *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- JIMÉNEZ ÁLVAREZ M. *Racismo institucional: malos tratos de la Administración española a los menores extranjeros no acompañados*. Ponencia presentada en Tánger el 31 de Enero del 2003.

JIMÉNEZ ÁLVAREZ M. (2006 a).*La perversión de la cooperación al desarrollo: los proyectos de reagrupación de los menores migrantes en Marruecos*, en Revista Mugak núm 37 Octubre-Diciembre.

-JIMÉNEZ GARCÍA, M., (2006b). La práctica convencional de readmisión forzada en la política migratoria de la Unión Europea: del maximalismo de los Consejos Europeos al minimalismo de los Acuerdos, en *Migraciones y Desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de Octubre de 2006* (coord.) FRANCISCO ALDECOA LUZÁRRAGA, JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA.

-KAHALE CARRILLO, D. T., (2007). *La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España*, en Revista Derecho Social, Vol. 15, núm. 1, Enero - Junio 2007.

-KROPHOLLER, H., (1983). “*Haager Minderjährigenschutzabkommen, Junqued-und Familienrecht Internatitioale abkomenn, Kölm*”, Carl Heymans. Das haager abkommnt uber den Shultz Minderjähriger.

- LASARTE ALVAREZ (2000). *Principios de Derecho Civil*. Tomo 1º,7 Ed .Editado por Trivium. Madrid.

-LÁZARO GONZÁLEZ, I. E Y MAYORAL NARROS V.(2003) *J El Menor y las crisis familiares, Jornadas sobre derechos de los Menores* , Universidad Pontifica de Comillas, Madrid.

-LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., (2004). *Nuevos retos que plantean los menores al Derecho* II Jornadas sobre Derecho de los Menores, Murcia.

-LLAMAZARES CALZADILLA M. C., (1999). *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, en Civitas, Madrid.

-LINACERO DE LA FUENTE M y ALBALADEJO GARCÍA M.,(1990). *Régimen patrimonial de la patria potestad*. Ed. Montecorvo. Madrid.

-LÓPEZ, A. (2007). Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados. Universidad de Zaragoza Septiembre de 2007.

-LÓPEZ DÍAZ, E, (1966). *El derecho al honor y a la intimidad: Jurisprudencia y doctrina*, Dykinson, Madrid.

-LÓPEZ LÓPEZ, A.M., (2004). *Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad*” Diario la Ley Nº 6121,5 de Noviembre, 2004. Ref. D-225.

-LÓPEZ ULLA, J. M., (2004). *En torno a la Constitucionalidad de la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado sobre la procedencia de ordenar el retorno de los extranjeros menores que pretendan entrar ilegalmente en España* VIII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario, Dykinson, Madrid.

-LÓPEZ GARRIDO, D. (1991). *El derecho de asilo*, ed. Trotta-Instituto Nacional de Servicios Sociales, en AAVV, *La Reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile*, Ed. Bruylant-Ed. de l'Universilé de Bruxelles; varios autores (dirigido por D. Turpin), *Inmigrés et refugies dans les democraties occidentales. Defis et solulions*. Económica, P. U. d'Aix-Marseille.

-LÓPEZ GUERRA, L Y OTROS, (1995). Derecho Constitucional. Vol. I. *El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tiranch lo Blanch, Valencia.

-LORCA MARTINEZ, J., (1989). “*La tutela ex lege o tutela de los menores en situación de desamparo*”, AC.

-LLOPIS LLORT R. (2004). *Políticas de inmigración. Entre la inclusión y la Exclusión social*. Revista Educación Social. Enero-Abril del 2002, Nº 20 R. de A Coruña.

-MNOOKIN, R, H (1986). **Post-divorce families: Custodial arrangements compared (La familia tras el divorcio: comparación de medidas de custodia)**, American Association of Science, Philadelphia. Mayo 1986

- MARINO MENÉNDEZ, M. (1983). *El concepto de refugiado en un contexto de Derecho Internacional General*“, *REDI*, vol. XXXV. Nº 2.

-MARTINEZ AGUIRREZ, C., (1992).La protección jurídico civil de la persona, *Anuario de Derecho Civil*, 1992, XLV (4).

-MASSON, M (2007). In enfant n'est pas un étranger comme les autres, en *Revue Trimestrielle de Droit de l'Homme*, núm. 824.

- MAYORAL NARROS. I., (2003). *Menores no Acompañados: Situación jurídica y propuesta de acción*” Universidad de Comillas de Madrid. II Jornadas sobre derechos de los Menores” Nuevos retos que plantean los Menores al Derecho”.

-MARTINEZ ATIENZA, G., (1006).*Ley y Reglamento de Extranjería*, Madrid, Colex.

-MARTÍNEZ GARCÍA, C., (2006). Los sistemas de protección y de reforma: Peculiaridades en relación con los menores extranjeros no acompañados, en *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*, I. LÁZARO GONZÁLEZ e IRENE CULEBRAS LLANA (coords) Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

- MARTÍN MARTÍN J; TRINIDAD GARCÍA M. L., (2005). Una forma nueva de ordenar la inmigración en España, Lex Nova, Valladolid.

-MARINO MENÉNDEZ, F. M., (1983). *El concepto de refugiado en un contexto de Derecho Internacional General*“, *REDI*, vol. XXXV. Nº 2.

-MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., (2003). Aptitud legal y capacidad en el Contrato de Trabajo, en *CES*, Madrid.

-MOLINA NAVARRETE, C., (2001). Comentarios al art 35, en Monereo Pérez, J. L, y Molina Navarrete, C., (direc) *Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social (LO4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, edit por Comares, Granada.

-MOLINA NAVARRETE C. Y ARCE JIMÉNEZ, E. (2005). *La inmigración extranjera*, en Centro de Estudios Financieros, Madrid.

- MORENO TRUJILLO, E (1997). *Actuaciones de protección del menor, en Protección jurídica del menor*, edit por Comares, Granada.

-MORENO TORRES SANCHEZ, J., (2010). *Los menores extranjeros no acompañados*, (coord) por Isabel Lázaro González y Beatriz Moroy, Tecnos, Madrid.

-MORRIS, M. H (2008). Babies and Bathwater: Seeking an Appropriate Standard of Revive for the Asylum Applications of Former Child Soldiers, en *Harvard Human Rights Journal*, Vol.21.

- MUNZY, P (2007). *Une contribution majeure en faveur de la protection des mineurs étrangers isolés*, en *Recueil Dallo*, núm.11, Sirey, Paris.

- MURILLAS ESCUDERO J. M., (2002a). *Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante*”.*Diario la Ley* Nº 5605, de 5 de Septiembre, Ref. D-290.Tomo 7.

-MURILLAS ESCUDERO, J. M., (2002b.). *Menores inmigrantes: aspectos jurídicos*, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 19, disponibles en <<http://www.westlaw.es>>.

-NAVARRO COSTA R. (2007).*Los menores en protección* Coordinado por Manuel SERRANO CALDERÓN, editado por Difusión Jurídica y temas de Actualidad S.A.

- NEVADO FERNANDEZ, M.J. (2007): *Comentarios al Reglamento de extranjería* (coord.) por Margarita Isabel Ramos Quintana, Gloria Pilar Rojas Rivero, Lex, Nova, Madrid.

- NIETO L C., (2006). *Los derechos de los menores extranjeros. Menores y extranjeros: un solo marco jurídico*, ed. Estudios de Derecho Judicial núm. 104, Madrid.

-NÚÑEZ MUÑIZ, C (1996).*Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero, de protección del menor*” *Rev. La ley*, D-298.

-PALMA DE TESO, A (2006). *Administraciones públicas y protección de la infancia: En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, INAP, Madrid.

- PANTOJA GARCIA, F., (1997). *Algunas notas y comentarios a la LO 1/1996 y su aplicación práctica*, Codex, Madrid.

-PLAZA PENADÉS, J., (1966). *El derecho al honor y la libertad de expresión*, edit por Tirant Lo Blanch, Valencia.

- PARRA LUCÁN, M. A., (1998). *La nacionalidad*, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ; P. DE PABLO CONTRERAS; M. PÉREZ ÁLVAREZ Y M. PARRA LUCAN, "Derecho Privado. Derecho de la Persona." Codex 2º Ed. Madrid.

-PERALES ALBERT, A. Y PÉREZ CHICA, A., (2004). Los menores ante la publicidad, publicado en [http:// www.auc.es/docum/menores.pdf](http://www.auc.es/docum/menores.pdf)

-PEREZ ALVAREZ M. A. (1999). *Sobre el desamparo y la tutela administrativa*", en Estudios en Homenaje a Lacruz Verdejo, Vol., I. Barcelona. Bosch.

- PÉREZ BEVIÁ, J. A. (1986). Determinación del estatuto de refugiado, *ADI*, vol. VI.

-PESCATORE, PIERRE (1981). Aspectos judiciales del acervo comunitario, *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid.

-PICONTO NOVALES, T, (1996). *La protección de la infancia* (Aspectos sociales y jurídicos), edit por Egido, Zaragoza.

-PRIETO SANCHIS, L (1999). *Estudios sobre derechos fundamentales*, Revista a Debate, Valencia.

-ROJO TORRECILLAS, EN AAVV (2009): *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la Inmigración* (coord) por F. CAMAS RODAS, edit por Bosch, Barcelona

- RAMOS, M. L. (2001). Residencia de apatridas, indocumentados y refugiados .Articulo 34, en MOYA ESCUDERO, M (coord), en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada

-RAMOS SANCHEZ I., (1989). *Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre, sobre protección de menores y adopción*", Rev. La Ley 1989-2

-RAMÍREZ FERNÁNDEZ A, Y JIMÉNEZ ÁLVAREZ M., (2005). *Las otras migraciones: La emigración de menores marroquíes no acompañados a España*, en el I Congreso Educación Mediterráneo, celebrado los días 11-13 en Palma de Mallorca, Educació, Integració i moviments migratoris Porposters per al segle XXI.

- RAPALLINI, LILIANA ETEL (2004). El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio constitucional del interés del menor, en *Revista del Derecho de Familia*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

-RPARKER, S, (1994). The Best Interests of the child- Principles and Problems, en Alston, "The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights". Oxford University press.

- REGUEIRO GARCÍA, M^a. T (1994). La libertad de cátedra en el ordenamiento español, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm.6, Madrid.

- RIVERA ÁLVAREZ J, C., (1997). *Ley Orgánica 1/96 de 15 de Enero, de protección jurídica del menor: Algunas consideraciones relevantes*, Cuaderno de Trabajo Social nº 10.

-RODRIGUEZ BENOT A, (2000). "El reconocimiento de las medias de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala)", RGD.

-RUIZ HUIDOBRO Y DE CARLOS J. M., (2002). El menor en el Derecho. Sistema normativo y principios rectores del Derecho de los menores, en LAZARO GONZALEZ, I. *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid.

- RUIZ RICO PEREZ, F., (1980). La protección de los menores en la Constitución y el derecho Civil, Montecorvo, Madrid.

-RUIZ RICO PEREZ, F., (1988). *La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores*, AC, Nº 2 y 3.

- RUXTON, S., (2000). *Separated Children Seeking Asylum in Europe: A Program for action* Save Children & ACNUR de Menores no acompañados en Europa. http://www.sce.gla.ac.uk/Global/Spanish/home_sp.htm

-SAINZ ARNAIZ, A (1999). La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art 10.2 de la Constitución Española, en *Rev Consejo General del Poder Judicial*, Madrid.

- SÁNCHEZ, A. (2009) .Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de Asilo. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 18.

-SÁNCHEZ BURSÓN, J .M, (2001). La atención de los menores extranjeros no acompañados en Andalucía, en *Menores extranjeros no acompañados*, Ponencias del Seminario Europeo desarrollado por UNAF, en Madrid, los días 30 de Noviembre y 1 de Diciembre de 2001, UNAF, Madrid.

-SÁNCHEZ MORÓN, M. (1980). *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

-SANCHO REBULLIDA, F (1989).*El nuevo régimen de la familia IV. Acogimiento y adopción*. Madrid, Civitas.

-SAGARRA Y TRIAS E. (2004). Conferencia pronunciada en el curso del C.G.P.J. sobre extranjería en *El derecho de Asilo y la condición de refugiado en España*, publicados en Cuadernos de Derecho Judicial N° 8.

-SENOVILLA, HERNÁNDEZ D. (2004). *El estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el Derecho español y francés*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 6 (julio 2004). Lex Nova, Valladolid.

-SEMPERE NAVARRO, A. V (2008). Ocho preguntas sobre relaciones laborales especiales, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 746, www.aranzadi.es, BIB 2008/113.

- SERRANO RUIZ CALDERON (2004). *Abandono y desamparo de menores en el derecho español*, editado por la Fundación Universidad Española. Madrid.

-SERRANO VILLAMANTA, J., (2006). El régimen jurídico laboral de los menores extranjeros en España, en *VVAA Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho* (coord) I. Lázaro González y Culebras Llana, UPCO-Fundación Seur, Madrid.

-SEGRELLES, L., (2006). Artículo 35. Residencia de Menores, en C. ESPULGUES MOTA (coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

-SOUTO PAZ, J. A., (1997). Libertad ideológica en la jurisprudencia constitucional, en *VVAA., Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardia*, Universidad Complutense de Madrid- Universidad de Navarra, Edersa, Madrid.

-SPINDLER, WILLIAM., (2001). La situación de los niños separados en Europa Central y del Báltico, Informe Save the Children Denmark, Copenhagen.

-STRICK, T (2008). *Procedures Directive: An Overview*, en *The Directive: Central Themes. Problem Issues and Implementation in selected Member States*, Karin Zwaan (ed.), Nijmegen.

-TORRES PÉREZ, F., (2001). *Intervención social e inmigración, Integración, modelos de intervención y servicios sociales*”. Colección Servicios Sociales, Serie Debate nº 6 DGSS, Logroño.

- TRINIDAD GARCÍA, M. L., ROBLES ALMECIJA, J. M., FUENTES MAÑAS, J. B., (2001). *Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Unión*, Comares, Granada.

-VARELA GARCÍA, C., (1997). Comentarios a la LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto, *AC*, XII, 1997-1.

-VARGAS CABRERA, B (1991). El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87, *Anuario de Derecho Civil*, 1991, (2) pág 620

-VARGAS CABRERA, B (1994). *La Protección de menores en el ordenamiento jurídico*, en Comares, Granada.

- VIDAL MARTÍN, T., (2000). *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, en Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

- VON OVERBECK. A. E. (1997). La reconnaissance des rapports d'autorité ex lege selon la convention de la Haye sur la protection des mineurs, en *Mélanges en l'honneur de Henri Dedeneaux*, Inv, Fribourg, 1977.

-VON STEIGER W. E (1960). Rapport Explicatif, en Actes y Documents de la Neuvième Session, T.V.I. Protection des mineurs.

-WANNER-LAUFER, U., (1992). *Inhalt und Bedeutung Von ar 3 Haager Minderjährigenschutzkommern*, Frankfurt am Main, Peter Lang.

- ZARALUQUI SANCHEZ EZNARIEGA. L., (2004). *Reflexiones en relación a la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres En (VVAA) la conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson .Madrid..

INFORMES

-ISIARRI PRIMICIA. S. Informe del defensor del menor en la Comunidad de Madrid. *Menores inmigrantes en España*.2001.

-Informe del Defensor del Pueblo del año 2001

-Informe del Defensor del Pueblo año 2002.

-Informe del Defensor del Pueblo correspondiente al año 2004.

- Defensor del Menor de Andalucía (2004) *Menores inmigrantes en Andalucía*. Sevilla.

-ACNUR, Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1 y 2 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y su Protocolo de 1967 de 7 Mayo de 2002

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1753.pdf>.

- ACNUR, Informe *Los menores no acompañados y la protección de asilo* [Transcripción en línea] Disponible en: <http://www.acnur.org/index.php>. [Consultada 2010, marzo 10]

-Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. *Informe Menores no acompañados en Andalucía*, Junio del 2006.

- INFORME HUMAN RIGHTS WATCH de Mayo del 2002 sobre España. *Callejón sin salida: Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes*, vol.14, n°. 4(D), mayo de 2002, <http://www.hrw.org/spanish/informes/2002/callejon.html>.

- INFORME HUMAN RIGHTS WATCH de Marzo de 2005 sobre España, *Seeking Justice: The Prosecution of Sexual Violence in the Congo War*, disponible en www.hrw.org

-INFORME DE HUMAN RIGHTS WATCH EN SU INFORME RESPONSABILIDADES NO BIENVENIDAS. Responsabilidades no Bienvenidas: España no protege los derechos de los menores extranjeros no acompañados en las Islas Canarias, vol. 19, nº. 4(D), julio de 2007, <http://www.hrw.org/reports/2007/spain0707/>

- INFORME HUMAN RIGHTS WATCH: Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías, Octubre de 2008.

-INFORME DE AMNISTÍA INTERNACIONAL (Septiembre 2001): *El asilo en España: Una carrera de obstáculos* de Septiembre 2001.

-INFORME DE AMNISTÍA INTERNACIONAL- SECCIÓN ESPAÑA: Los menores extranjeros no acompañados y sin papeles están en riesgo, Noviembre de 2003.

- INFORME AMNESTY INTERNACIONAL- SECCIÓN ESPAÑA.: “*España: Oportunidades perdidas y mejoras insuficientes en materia de derechos humanos. Recomendaciones de Amnistía Internacional a la reforma del Reglamento de Extranjería.*”- Diciembre 2004.

-INFORME UNICEF (2005).Nueva cara de las Migraciones: Los menores no acompañados .análisis trasnacional del fenómeno migratorio de menores marroquíes en España.

-Directrices Generales Inter-Agenciales sobre niñas y niños no acompañados y separados (2004) .Comité Internacional de la Cruz Roja

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3534.pdf>

- ARCE JIMÉNEZ E. Informe Jurídico Menores extranjeros no acompañados de Noviembre 2005.

-INFORME EXTRAORDINARIO DE LA INSTITUCIÓN DEL ARATEKO DEL PAÍS VASCO. De Mayo del 2005: *Situación de los menores extranjeros no acompañados en la CAPV.*

-MEMORANDUM DE ENTENDIMIENTO, ENTRE EL REINO DE MARUECOS Y EL REINO DE ESPAÑA sobre repatriación asistida de menores no acompañados, firmado en Madrid el 23 de Diciembre del 2003.

- MEMORANDUM ENTRE EL REINO DE MARUECOS Y EL REINO DE ESPAÑA sobre cooperación en el ámbito de protección de emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y retorno concertado, de 8 de Marzo de 2007 BOE núm. 429 de 14 de Septiembre de 2007(y que aun esta pendiente de entrada en vigor).

- ACUERDO ENTRE ESPAÑA Y RUMANIA 15 de Diciembre de 2005 rubricado Acuerdo sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos, BOE núm. 195, entrada en vigor el 16 de Agosto de 2006.

-ACUERDO ENTRE ESPAÑA Y SENEGAL de 5 de Diciembre de 2006, titulado Sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción, BOE núm. 371, de 20 de Abril de 2007, entrada en vigor 18 de Julio de 2008.

-DECLARACIÓN DE LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO *sobre las responsabilidades de las Administraciones sobre los menores no acompañados* de 2006 (<http://www.defensordelpueblo.es>)

-MANUAL DE PROCEDIMIENTOS Y CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CONDICIÓN DE REFUGIADO, en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados

- SEPARATED CHILDREN IN EUROPE PROGRAMME (2003).Country Assessment: Spain,
https://www.savethechildren.net/separated_children/publications/assessments/assess_Spain_eng.pdf (Consultado el 10 de Diciembre de 2010).

-OFICINA EUROPEA DE APOYO AL ASILO aprobada por Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 7 de Mayo de 2009, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo (COM(2009)0066 – C6-0071/2009 – 2009/0027(COD))

- *RAPPORT DE SUIVI MAROC 2008*, SEC (2009), nº 520, de 23 de Abril de 2009.

-PACTO EUROPEO SOBRE INMIGRACIÓN Y ASILO de Octubre de 2008, Documento núm. 13189/08 ASIM 68.

-CONCLUSIONES DEL CONSEJO DE LA UNION EUROPEA RELATIVAS A LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS Consejo Justicia y Asuntos de Interior de 3 de Junio de 2010.

- GUÍA DE POLÍTICAS Y PROCESOS EN LA ATENCIÓN A NIÑOS SIN ACOMPAÑANTE SOLICITANTES DE ASILO. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), según Resolución de la Union Europea 97/C/221/03 de 19 de Julio de 1997.

-PLAN ESTRATÉGICO DE CIUDADANÍA E INTEGRACIÓN 2007-2010. Aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de Febrero de 2007.

LEGISLACION

- Código de Familia Marroquí Ley N° 03.70 relativo al Código de familia.

-Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos Aprobada el 27 de Julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya, conocida comúnmente como “Carta de Banjul”.

- Libro Verde la Comisión Europea de 1984, sobre el establecimiento de un mercado común de radiodifusión especialmente por cable, destinado a la libre información de opiniones y cultura a través de la UE.

-Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de Diciembre de 1948.

-Convención sobre los Derechos del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 3 de Enero de 1976. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de Enero de 1976.

-Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de Diciembre de 1965 ,adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de Diciembre de 1965 ,entrada en vigor el 4 de Enero de 1969.

-Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobado por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de Diciembre de 1984, entrada en vigor 26 de Junio de 1987.

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de Diciembre de 1966, aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 2200A (XXI) el 16 de Diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de Marzo de 1976.

-Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950(ratificado por España con fecha 26 de Septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de Octubre de 1979).

-Convención de Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 44/25 de 20 de Noviembre de 1989 y ratificada por España 30 de Noviembre de 1990.

-Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, BOE de 12 de Enero de 1991.

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ,DO C 364 de 18 de Diciembre de 2000, aprobada Proclamada solemnemente por el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo en Niza el 7 de Diciembre de 2000.

- Convenio 182 de la OIT, sobre las peores formas de trabajo infantil de 17 de Junio de 1999, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 54/120, ratificado el 14 de Marzo de 2001 por España, BOE número 118 de 17 de Mayo de 2001.

- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de Diciembre de 1990, entrada en vigor 1 de Julio 2003(pendiente de ratificación por España).

- Convención de la Haya de 5 de Octubre de 1961 mediante la que se suprime la exigencia de la legalización de actos públicos extranjeros. (Entrada en vigor el 24 de enero de 1965)

- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por Resolución 3.453 (XXX) de 9 de Diciembre de 1975.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de Diciembre de 1966, entrada en vigor: 23 de Marzo de 1976.

-Convención sobre Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989, se aprueba, mediante la Resolución 44/25, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; a la que se adhirió España por Instrumento de 24 de Abril de 1997,BOE núm. 159, de 4 de Julio de 1997.

-Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada el 18 de Julio de 1992 aprobada por Resolución del Parlamento Europeo Resolución A3-0172/92, DO C 241 de 21 de Septiembre de 1992 ,BOE núm. C 241, de 21 de Septiembre de 1992.

-Declaración de los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de Diciembre de 1959 por Resolución núm.1386, Doc. A/4354.

-Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas Resolución 47/135 del 18 de Diciembre de 1992 aprobada por la Asamblea General de la ONU.

- Observación num.6 del Comité de Derecho del Niño rubricada “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño, 39 periodo de sesiones, 17 de Mayo a 3 de Junio de 2005, CRC/GC/2005/6 numeral 7.

-Resolución del Consejo de la UE de 26 de Junio de 1997, sobre *menores no acompañados naciones de terceros países*, Diario Oficial num. C 221 de 19 de Julio de 1997.

-Real Decreto 865/2001, de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida, BOE 21 de Julio de.2001.

- Real Decreto 5/2001, de 2 de Marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad, BOE nº 54, de 3 de Marzo de 2001.

-RD 178/2003 de 14 de Febrero, BOE núm. 46 de 22 de Febrero de 2003, que sustituye al RD 766/1992 de 26 de Junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados

miembros de las Comunidades Europeas y otros Estados partes en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, BOE núm.156 de 30 de Junio de 1992.

-Decisión del Consejo 2003/93/CE, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar en interés de la Comunidad Europea el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

-Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño de 13 de Junio del 2002. CRC/C/15/Add.182 con respecto al Art. 44 de la Convención.

-Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de Julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de Diciembre de 1950, entrada en vigor el 22 de Abril de 1954.

- Resolución del Consejo de Europa de 20 de Junio de 1995 sobre las garantías mínimas para los procedimientos de asilo párrafos 26 y 27, Diario Oficial C 274 de 19 de Septiembre de 1996.

-Resolución del Consejo de Europa 20 de Junio de 1995 sobre las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas Resolución del Consejo de 20 de Junio de 1995, DOCE n° C 274 de 19 de Septiembre de 1996.

-Resolución sobre las garantías mínimas para los procedimientos de asilo en el año 1995, Documento núm. C274 de 19 de Septiembre de 1996.

-Reglamento 343/2003 del Consejo de 18 de Febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los estados miembros por un nacional de un tercer país (DOCE núm. L 50/2003, de 25 de Febrero de 2003).

- Reglamento (CE) N° 453/2003 por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 539/2001 por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DO L 69 de 13.3.2003).

-Directiva 90/364/CEE, de 28 de Junio de 1990, relativa al Derecho de Residencia, DO L 180 de 13 de Julio de 1990.

-Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de Julio de 2001 “*relativa a las normas mínimas para la concesión de la protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y de medidas de fomento de esfuerzo equitativo entro los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida*”, DOL 212 de 7 Agosto 2001.

- Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de Enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros L 31/18 de 6 de Febrero de 2003, transposición al ordenamiento jurídico interno español realizada el 6 de Febrero de 2005.

-Directiva 2003/86/CE, del Consejo de 22 de Septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, Publicada en el *Diario Oficial de la Union Europa* L 251 de 3 Octubre 2003.

- Directiva 2004/38/CE, de 29 de Abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas DO L 304, 30 de Septiembre de 2004.

- Directiva 2005//85/CE del Consejo de 1 de Diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, DO L 326, 13 de Diciembre de 2005.

-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, L 348/98, publicado el 24 de Diciembre de 2008.

-Reglamento 2725/2000 del Consejo relativo a la creación del sistema Eurocad, DO núm. L 316 de 15 de Diciembre de 2000.

-Resolución del Consejo y de los Ministros de Educación reunidos en el Consejo sobre dimensión europea de la enseñanza de 24 de Mayo de 1988, DOCE 177,6 de Julio de 1988.

-Recomendación 1178 del Consejo de Europa de 5 de febrero de 1992 en materia religiosa sobre menores, DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992.

-Constitución española, aprobada por las Cortes el 31 de Octubre de 1978, BOE de 29 de Diciembre de 1978.

-Código Civil vigente hasta el 1 de Septiembre de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/2003 de 8 de Julio.

-Ley Concursal de 22/2003 de 9 de Julio, BOE. núm. 164, de 10 de Julio de 2003.

-LO de Protección Jurídica del Menor 1/1996 de 15 de Enero, BOE núm. 15 de Enero de 1996

-Ley 21/1987 de 11 de Noviembre de 1987 que modifica articulado del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm.275 de 17 de Noviembre de 1987.

-Ley 5/1984, de 26 de Marzo, reguladora del Derecho de asilo y de la condición de refugiado (*BOE* de 27 de febrero de 1984), modificada por la Ley 9/1994, de 19 de Mayo (*BOE* de 23 de Marzo de 1994).

-Real Decreto 344/2001, de 4 de Abril, por el que se crea el *Consejo Superior de Política de Inmigración*, de coordinación y cooperación entre la Administración general del Estado, las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla y las Entidades Locales

-Real Decreto 178/2003, de 14 Febrero, Sobre Entrada y Permanencia en España de Nacionales de Estados Miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

-Decreto 511/1985 de 20 de Febrero, BOE 19 de Abril de 1985, sobre regulación del Reglamento de ejecución de la ley de de asilo y refugio.

-Ley 30/1992 sobre el Régimen Jurídico de la Administración Pública y Procedimiento Administrativo Común, BOE de 27 de Noviembre de 1992.

-RD 5/1984 de 26 de Marzo, reguladora del Derecho de asilo y de la condición de refugiado, BOE núm. 74, de 27 de Marzo de 1984, vigente hasta el 20 de Noviembre de 2009.

-LO 4/2000 de de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm.10 de 12 de Enero de 2000.

- LO 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm.307 de 23 de Diciembre.

- Ley 1/1998, de 20 de Abril, de los derechos y la atención al menor, BOJA núm.53 de 12 de Mayo de 1998.

-Real Decreto 178/2003, de 14 Febrero, Sobre Entrada y Permanencia en España de Nacionales de Estados Miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, BOE núm.51 de 28 de Febrero de 2003.

- RD 864/2001, de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre, BOE núm.174 de 21 de Julio de 2001.

-Real Decreto 865/2001, de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida, BOE núm.174 de 21 de Junio de 2001.

- Ley Orgánica 14/2003 de 20 de Noviembre 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal, BOE núm. 279, de 21 de Noviembre.

-Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ,BOE núm. 6, de 7 de Enero de 2005.

-RD 155/1996 de 2 de Febrero por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 7/1985, de 7 de Julio de 1986, BOE núm 47/1996 publicado el 23 de Febrero de 1996

-Orden de 22 de Febrero de 1989, sobre medios económicos cuya posesión deberán acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España, BOE núm. 55, de 22 de Febrero de 1989.

-Orden de 7 de Febrero de 1997 por la que se regula la tarjeta de extranjero, BOE núm. 40, de 15 de Febrero de 1997.

- Reglamento Orgánico de la Conserjería de Bienestar Social, BOME núm. 4001, de 22 de Julio del 2003.

-Estatuto de Autonomía de Melilla LO 2/1995 de 13 de Marzo, BOE núm. 62, de 14 de Marzo de 1995.

-Estatuto de Autonomía de Ceuta LO 1/1995 de 13 de Marzo, BOE núm. 62, de 14 de Marzo de 1995.

- Ley 50/1981, de 30 de Diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, BOE núm. 11/1982, de 13 de Enero de 1982.

-Instrucción 2/2006 FGE, 15 de Marzo, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor y a la propia imagen de los menores.

-Mejoras contenidas en el RD-Ley 5/2001 de 2 de Marzo, de “*medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de la calidad*”, BOE núm.54 de 3 de Marzo de 2001.

-Real Decreto 5/2001 de 2 de Marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad (BOE núm. 54, de 3 de Marzo de 2001.

-Reglamento regulador sobre Registro, Autorización, Acreditación, Inspección de Establecimiento y Centros públicos o privados en materia de Asistencia Social de la ciudad Autónoma de Melilla de 27 de Noviembre del 2000, el BOME 3748 de 16 de Febrero del 2001.

-Ley 12/2001 de la infancia y adolescencia en Aragón, *BOA*, núm. 86, de 20 de Julio de 2001.

-Reglamento sobre menores tutelados en la Ciudad Autónoma de Melilla, de 26 de Abril del 2004, BOME núm. 4088.

-Ley 1/2006 de protección de menores de La Rioja, BOE núm. 70 de 23 de Marzo de 2006.

-Ley 17/2006 integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares, BOE núm. 297 de 13 de Diciembre.

-Ley N° 02/2003 marroquí, relativa a la entrada y residencia de extranjeros en Marruecos

- Code Du Statut Personnel et des Successions< Mudawana>promulgada tras la ultima reforma el 3 de Febrero de 2004, entrada en vigor el 6 de Octubre del 2005.

-Código de Procedimiento Penal Marroquí Ley nº 02-03 relativa a la entrada y residencia de extranjeros en Marruecos, a la emigración e inmigración irregulares”, entrada en vigor el mismo día de su publicación (Boletín Oficial nº 516 del 20 de Noviembre de 2003. (Deroga a los efectos que nos interesa el Dahir del 16 de Muharraq de 1369 (8 de Noviembre de 1949) reglamentando la emigración de los trabajadores marroquíes.

-Ley de 5 de Diciembre de 1941 de reforma del Código Civil, BOE núm. 350 de 16 de Diciembre.

-Ley 4/1970 de 4 de Julio de modificación del Código Civil, BOE núm. 82 de 6de Abril de 1970.

-Ley Orgánica 7/1980 de 5 de Julio de libertad religiosa BOE núm. 177 de 24 de7 de 1980.

- Ley 5/1984 de 26 de Marzo reguladora de asilo y condición de refugiado, BOE núm. 74, de 27 de Marzo de 1984.

-Ley 11/1986 de 20 de Marzo de patentes BOE núm. 73 de 26 de Marzo de 1986.

- Ley Orgánica 1/1990, de 3 de Octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, BOE núm. 238, de 4 de Octubre de 1990.

-Ley 9/1994 de 19 de Mayo BOE núm. 52 de 2 de Marzo de 1995.

-Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia ,BOE núm. 97, de 22de Abril de 1996.

- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, BOE núm.298 de 14 de Diciembre de 1999.

-Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, aprobado por RD 1774/2004 de 30 de Julio BOE núm.209 de 30 de Agosto de 2004.

- Ley Orgánica 10/2002 de 23 Diciembre de Calidad de la Educación, BOE núm. 307, de 24 de Diciembre de 2002.

- Ley 34/2002 de 11 de Julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE núm. 166, de 12 de Julio de 2002.

-Instrucción del Fiscal General del Estado 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concorra la situación jurídica de desamparo, entrada en vigor el 19 de Agosto de 2006, BOE núm.195 de 16 de Agosto de 2006.

-Ley 51/2003 de 2 de Diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, BOE núm. 289 de 3 de Diciembre de 2003.

- Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, BOE núm. 15 de Enero de 1996.

-RD 1774/2004 de 30 de Julio, BOE núm.209 de 30 de Agosto de 2004 Reglamento de reguladora de la responsabilidad penal del menor.

-RD1019/2006 de 8 de Septiembre, BOE núm.228 de 23 de Septiembre de 2006.

-TAS /3698/2006 de 22 de Noviembre, sobre Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación

-RD 1720/2007, de 21 de Diciembre BOE núm. 17 de 19 de Enero de 2008.

- RD 1162/2009 de 10 de Julio, BOE núm.177 de 23 de julio de 2009.

- 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, BOE núm. 299 de 18 de Diciembre de 2009.

-Ley 12/2009, de 30 de Octubre reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria. BOE núm. 263 de 31 de Octubre de 2009.

-Ley General de la Comunicación Audiovisual 7/2010 de 30 de Marzo, BOE núm. 79 de 1 de Abril de 2010.

-Instrucción del Fiscal General del Estado 3/2003, que posibilita el retorno en 48 horas a los menores que tengan más de 16 años.

-Acuerdo con Rumania de 15 de Diciembre de 2005, entrada en vigor el 19 de Agosto de 2006, BOE núm.195 de 16 de Agosto de 2006

- Acuerdo entre el Reino de España y Marruecos sobre cooperación en el ámbito de protección de emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y retorno concertado” de 8 de Marzo de 2007. BOE núm. 429 de 14 de Septiembre de 2007(y que aun esta pendiente de entrada en vigor).

-Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros y su Integración Social, aprobado por el Consejo de Ministros de 15 de Abril de 2011.

SENTENCIAS

-Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda) de 14 de Abril de 2005

-STEDH de 16 de Noviembre de 1999 y de 9 de Junio de 1998.

-STEDH, de 12 de Octubre de 2006(131778/03) Mubilanzila Mayeka y Kaniki caso Mitunga contra el Estado de Bélgica

-STEDH de 12 de Octubre de 2006(131778/03) caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga.

- Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos 26 de Mayo de 2005, caso *Xue Yun Zhang* Nº. 01-71623 sobre solicitud de asilo por discriminación de género.

-STS de 27 de Octubre de 1981.

-STS 3 de Noviembre de 1982.

-STS7 de Julio de 1983, de 19 de Diciembre de 1984.

-STS 4 de Octubre de 1985.

-STS de 15 de Noviembre de 1986

-STS 84/1987 de 29 de Mayo.

-Sentencias TC 26/1987 de 27 de Febrero de 1987.

-STS de 16 de septiembre de 1988.

-STS Sala 4. De 29 de Enero de 1988. Fundamento 4 (ref. Ar. 514)

-STS Sala 3. Sección 2, de 4 de Marzo de 1989, Fundamento 2 (ref. Ar. 1770).

-STS de 19 de Noviembre de 1990.

-STS 22 de Enero de 1991.

- SSTS 415/2000, de 24 de Abril.

-TC 95/2000, de 10 de Abril sobre tutela de la salud.

- 548/1998, de 11 de Junio - STS de 18 de Enero de 1993

-STS de 24 de Abril de 1993.

-STS de 18 de Mayo de 1993

-STS de 4 de Octubre de 1994.

-STS de 16 de Octubre de 1995

-STS de de 2 de Enero de 1996.

-STS 11 de Marzo de 1996.

-STS 20 de Marzo de 2003.

-STS 9 de Febrero del 2005, BOE núm. 203.

-STS 23 de Agosto de 2004, BOE núm. 132.

- STC 134/1999, de 15 Julio.

-STC141/2000 de 29 de Mayo.

-ATC 28/2001, de 1 de Febrero.

-STC 124/2002 de 20 de Mayo (TOL 258656) 221/2002, de 25 de Noviembre.

-STC221/2002 de 25 de Noviembre (TOL 224822).

- STC 95/2003, de 22 de Mayo de 2003.

- STC 152/2005, de 6 de Junio.

-STC 236/2007 de 7 de Noviembre de 2007, que declaro inconstitucional el art 9.3 de la LOEX en su redacción dada por la LOE, por el que se impedía a los extranjeros menores de dieciocho años que no estuvieran provistos de autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de Abril de 2002(JUR 2002/185690)

- STC de la Audiencia Provincial de Valencia 221/2002 de 25 de Noviembre.

- Juzgado Contencioso Administrativo núm. 4 Bilbao. Auto 21.09.05.

- TSJ de Madrid en su Sentencia núm.671/2004 (JUR 2004\220895)

-Sentencia Nº 325 del Juzgado Contencioso -Administrativo de Santander Nº 1, de 27 de Diciembre del 2006.

- JCA Nº 14 Madrid Proc .Derechos Fundamentales 1-2006-W.

-AUTO de 22 de Junio de .2006 del Juzgado Contencioso-administrativo 18 de Madrid, sobre repatriación de menores no acompañados.

- STSJ de Cantabria., contra sentencia n º331/08 de la Sala de lo contencioso-administrativo Nº 3 de Santander sobre no retorno de menores.

-Sentencia del Tribunal Superior de Castilla la Mancha Sala de lo Contenciosos-administrativo, de 7 de Julio de 2003(apelación nº 77/2003)

-STSJ DE Cantabria (sala de lo contenciosos-administrativo) de 3 de Abril del 2000.

-Auto de 6 de Abril del 2006 ante el Juzgado Nº 14 de lo Contencioso-Administrativo de Madrid contra Resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid, sobre la repatriación de un menor marroquí que se encontraba en el Aeropuerto de Barajas para ser repatriado

-Queja 96/2337 del Defensor del Pueblo de Andalucía

-Consulta 1/2001 de 9 de Mayo, a la Fiscalía General del Estado sobre el retorno de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en España.

-Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado 28-IV-2000 y 31-III-2001

- Instrucción 2/2001 de 28 de Junio, dictado por la Fiscalía General del Estado, en la que se establecen determinadas reglas sobre el procedimiento para determinar la edad de los extranjeros indocumentados.

-Instrucción 3/2003 sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo.

-Instrucción 2/2006 FGE, 15 de Marzo, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor y a la propia imagen de los menores.

PRENSA

-PERIÓDICO LOCAL “*EL DÍA*” DE SANTA CRUZ DE TENERIFE.

-PERIÓDICO “*EL FARO DE CEUTA Y MELILLA*” de 20/12/2006

-PERIÓDICO LOCAL “*EL TELEGRAMA DE MELILLA*”

-DIARIO LOCAL *MELILLA HOY*

-PERIÓDICO EL SUR

-PERIÓDICO INGLÉS DAILY MAIL de 26 de Octubre de 2010, sobre violación del derecho a la imagen de una menor.

-

http://www.elfarocutamelilla.es/index.php?option=com_content&task=view&id=6438&Itemid=59.

LIKOTECA

-http://abc.xlsemanal.com/web/articulo.php?id=4397&id_edicion=687 ABC. ES” Los menores de las pateras. Los niños de nadie. *Magazine en Portada, XL Semanal* de 22 de Enero del 2006.N1 952.

-www.europsur.com

- **ORTEGA PEROL. L. M.** Algunas cuestiones acerca del derecho de asilo y refugio (Análisis jurisprudencial y perspectivas de desarrollo legislativo). http://cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/Rcec_16_133.pdf Pag 7

-conocimientoabierto.flacso.edu.mx/medios/tesis/gonzalez_a.pdf

-www.acoge.org/?section=content-view&content=118

-Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Menores No Acompañados en Europa, Octubre 2000

<http://www.separated-children-europe-programme.org/spanish/Global/goodpractice.htm>

-www.diagonalperiodico.net/Rayos-X-para-quitarse-a-los.html. En línea sábado 6 de Junio de 2009. núm. 103.

CAPITULO IV

4.- TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS

4.1.- INTRODUCCIÓN GENERAL.

El derecho laboral se enfrenta a diferentes problemas en el ámbito de la globalización y en materia trabajadores transfronterizos, se presentan inconvenientes que afectan de modo especial a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. En el presente capítulo se desarrolla lo relacionado con el tratamiento legislativo sobre los trabajadores transfronterizos en el ámbito de la Unión Europea y España. La situación especial de los trabajadores fronterizos, es decir aquellos que realizan una actividad laboral fuera de su país de residencia, es muy importante resumirla de la siguiente manera: la legislación comunitaria no obliga al país de empleo que expida un permiso de residencia a los ciudadanos que acuden solamente para trabajar. Pero, pueden otorgarle una tarjeta especial.

“El concepto de trabajador fronterizo se define de manera muy imprecisa por lo que se refiere al derecho de residencia. Se considera trabajador fronterizo cualquier persona que, residiendo en un Estado miembro, al que vuelve normalmente todos los días o al menos una vez por semana, está empleado en otro Estado miembro”.¹²⁵⁵

Se realiza un estudio de la legislación laboral europea en materia de trabajadores transfronterizos, con la finalidad de conocer los derechos y obligaciones del país de empleo y los ciudadanos trabajadores.

“El desplazamiento de trabajadores es un fenómeno típico de la economía globalizada y transnacional. Se ha dicho que en el marco de la UE el desplazamiento crece mientras que la emigración interna tradicional se estabiliza o disminuye”¹²⁵⁶

La legislación europea cuenta con un estatuto exclusivo de prestaciones laborales para los trabajadores transfronterizos, conformado por ciudadanos extracomunitarios y comunitarios.

Adicionalmente, en España el Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre¹²⁵⁷, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y

¹²⁵⁵ Comisión Europea.

http://ec.europa.eu/youreurope/nav/es/citizens/working/cross-border/overview/index_es.html.

¹²⁵⁶ CARRASCOSA, D. (2004) .La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/1971, Consejo Económico Social, Madrid, p. 159

¹²⁵⁷ Publicado en el BOE n.º 6, de 7 de enero de 2005), que ha sido reformado por el RD 1019/2006, de 8 de septiembre y por el RD 240/2007, de 16 de Febrero (publicados respectivamente en el BOE n.º 228, de 23 de Septiembre de 2006 y BOE n.º 51, de 28 de Febrero de 2007).

libertades de los extranjeros en España y su integración social dedica el título VI a los trabajadores transfronterizos.

También se analiza específicamente la segregación que presenta la relación laboral en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla sobre este colectivo. “Si el trabajador es extracomunitario, ya sea un extranjero que resida legalmente en Francia, Portugal o Andorra, o bien un ciudadano marroquí que cruce cada día la frontera para ir a trabajar a Ceuta y Melilla, necesitará una tarjeta especial que le acredite como trabajador transfronterizo. Con ella, válida por un período máximo de cinco años prorrogables, podrá cruzar la frontera cada día sin problemas. Además de poseer esta tarjeta, el trabajador extracomunitario deberá desarrollar una actividad comprendida en el Catálogo de Dificil de Cobertura o bien acreditar, con un certificado negativo del Instituto Nacional de Empleo, que el puesto en el que se quiere emplear no está solicitado por ningún español o ciudadano comunitario.”¹²⁵⁸

De igual modo, se estudia la problemática de la inaplicabilidad de los derechos sociales a este segmento de trabajadores. Por tanto:

“Los problemas de carácter social se evidencian a través de las discriminaciones o desigualdades de trato producidas al integrar o intentar armonizar elementos de sistemas de seguridad social de Estados diferentes con distintos tipos de prestaciones y de financiación; a tales dificultades administrativas derivadas de la falta de coordinación entre los ordenamientos implicados a efectos de las prestaciones sociales hay que añadir las derivadas de la pérdida del poder de compra.”¹²⁵⁹

En este estudio se describen los elementos diferenciadores entre trabajador fronterizo y transfronterizo: Condición de status de ciudadanía europea, temporalidad, prohibición de residencia de acuerdo con lo establecido en el Reglamento 1408/71/CEE y por Decreto 2394/2004 de 30 de Diciembre, relativo a los trabajadores transfronterizos.

Para conocer la evolución legislativa en la materia, se realiza un estudio de los derechos comunitarios aplicables a los trabajadores transfronterizos, donde se incluye la libertad de circulación de trabajadores, el derecho de residencia y la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

¹²⁵⁸ PARRENO, M (2007) *.Trabajadores transfronterizos*. <http://www.consumer.es>. El Catálogo de Dificil Cobertura se elaboró a partir de la aprobación de un Real Decreto en 2004, bajo la Ley 4/2000 sobre Libertades y Derechos de los extranjeros en España. Se trata de un instrumento muy útil para los empresarios españoles que necesitan emplear a personal extracomunitario. Dicho Catálogo, actualizado cada tres meses -por lo que tiene una validez trimestral-, enumera todas aquellas actividades que los servicios públicos de empleo españoles no han podido cubrir, lo que les permite contratar directamente al trabajador que desee realizar dicho empleo.

¹²⁵⁹ Destaca el estudio sobre la legislación comunitaria en materia transfronteriza realizado por ORTIZ-ARCE, A. (1982) *.El régimen jurídico de los trabajadores fronterizos en el marco de las Comunidades Europeas*. Revista de Instituciones Europeas. Vol. 9. Núm. 1. pág 13.

Los instrumentos legales que han regulado los derechos de los trabajadores transfronterizos son: el carácter restrictivo fijado en el Reglamento N° 15/61/CEE a dicho principio, sólo es admisible en caso de no existiera demanda de mano de obra por los nacionales de dicho Estado, el Reglamento N° 38/64/CEE, aplicación sectorial del principio de libertad de circulación, a determinadas actividades o zonas, acordadas de forma unilateral por cada Estado, el reconocimiento de fuerza vinculante del Reglamento N° 1612/68 de 15 de Octubre, el Tratado de Roma de Marzo de 1957, problemática de su aplicabilidad exclusiva a los trabajadores por cuenta ajena y el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, por el se crea el estatuto de ciudadanía de la Unión: ampliación del ámbito subjetivo a otros grupos de inactivos. Problemática que plantea la asistencia social en el país de acogida.

El Reglamento 1408/71 establece únicamente un mecanismo de coordinación y no de armonización de los sistemas de seguridad social en la Unión Europea, persisten lagunas en la aproximación de los regímenes legales de seguridad social. Por tanto, estos sistemas continúan presentando importantes diferencias entre Estados miembros. Estas diferencias producen problemas, en particular debido a la falta de definición común de las condiciones para la atribución de prestaciones. Existen dificultades, por ejemplo, derivadas de la falta de definición común del concepto de incapacidad laboral y de las diferencias de evaluación del nivel de invalidez, así como de la diversidad de los sistemas de cálculo de los años de cotización que se tienen en cuenta y la edad necesaria para la jubilación legal. Por lo que se realiza un análisis comparativo del Reglamento 1408/71 del Consejo con respecto al Reglamento 883/2004.

Respecto, al reconocimiento de cualificaciones y diplomas profesionales, “la Comisión ha iniciado una reforma del régimen de reconocimiento de las cualificaciones profesionales, para permitir la flexibilidad de los mercados laborales, una mayor liberalización de la prestación de los servicios, una mayor automaticidad en el reconocimiento de las cualificaciones, y simplificar los procedimientos administrativos. Esta Directiva busca consolidar en un único acto legislativo quince directivas, entre ellas doce directivas sectoriales que cubren las profesiones de médico, enfermero, odontólogo, veterinario, matrona o asistente obstétrico, farmacéutico y arquitecto, y tres directivas que han instaurado un sistema general de reconocimiento de las cualificaciones profesionales que cubren la mayoría de las demás profesiones reguladas.”¹²⁶⁰

Los antecedentes legislativos en cuanto a derechos de los trabajadores transfronterizos son, el mencionado Tratado constitutivo de la Unión Europea, donde se analizan los artículos 49 al 55 referidos al derecho de establecimiento de los nacionales de los estados miembros.

¹²⁶⁰ Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

Además, el artículo 128 del Tratado de Roma que establece el libre movimiento de personas, capitales y servicios.

La Decisión del Consejo, en 2 de Abril de 1963, por la que se establece los principios generales para la elaboración de una política común sobre formación profesional. “La Decisión del Consejo del 2 de abril de 1963 por la que se establecen los principios generales para la ejecución de una política común de formación profesional. Esto nos hace pensar que la preparación de los profesionales del mundo laboral estuvo entre las prioridades de los responsables comunitarios a poco más de cinco años de andadura del Mercado Común. Lo cual no puede extrañarnos, dado el momento de gran desarrollo económico y circulación de la mano de obra que caracterizó sus primeros años de funcionamiento.”¹²⁶¹

Adicionalmente, se analiza el artículo 127.1 del Tratado de Maastricht, referido a la formación profesional y las Directivas 2001/19/CE de 26 de Febrero de 2001 y 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Estos antecedentes legislativos son de importancia para el estudio de la normativa vigente en cuanto a los derechos de trabajadores transfronterizos en las ciudades de Ceuta y Melilla. Finalmente, se establecen las diferencias entre libre prestación de servicios y libertad de establecimiento en cuanto a la duración, frecuencia, periodicidad y continuidad de la prestación.

4.2.- NATURALEZA Y CONCEPTO DE TRANSFRONTERIZO

En este epígrafe, pretendemos determinar la naturaleza de este tipo de permiso así como a las distintas definiciones que se barajan sobre esta categoría de trabajadores.

Con respecto al primer punto, hay que tomar como punto de partida, el significado de la noción de *frontera*¹²⁶². Este concepto en cuanto categoría jurídica, supone la delimitación de una porción del territorio en la cual cada Estado puede ejercer su propia autoridad y exigir de los demás Estados que se abstengan de penetrar y de actuar en él (González Campos L I., Sanchez Rodríguez P y Sáenz De Santa María A)¹²⁶³. En otro término, supone la delimitación del territorio de un Estado entendido como sujeto dotado del ejercicio de competencias estatales que

¹²⁶¹ PÉREZ-CABALLERO, L. (1989). El programa ERASMUS, un impulso a la cooperación universitaria en la CEE. Revista cuenta y razón número 44. pág. 2

¹²⁶² FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ C. R., (1989). *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad*. Edit Kursaal Donostia. págs. 14-20.

¹²⁶³ *Curso de Derecho Internacional Privado*. Civitas.1998 pág 540. A juicio de estos autores, junto a esta noción jurídica, existe otro concepto más amplio y global de la frontera, que toma en cuenta factores de carácter geográfico, estratégico, étnico, cultural o económico, nociones que tienen escaso interés para el derecho internacional público, puesto que en la base de nuestro ordenamiento se encuentra el sustrato territorial en que los Estados ejercen sus poderes soberanos.

este ejerce de manera plena, exclusiva, oponible e inviable frente a los demás Estados. De modo que, la frontera constituye un límite al ejercicio de la soberanía estatal (criterio político). Una de cuyas consecuencias en las zonas limítrofes es la prestación de servicios por trabajadores que viven en el otro lado de la frontera y que realizan una movilidad geográfica internacional para prestar sus servicios. De modo que, nos encontramos ante un contrato de trabajo puro¹²⁶⁴, de ahí, que el haber sido titular de dicha autorización no genere derecho alguno para la obtención de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena, todo ello, sin perjuicio de que sea tenido en cuenta este hecho para la valoración de las correspondientes solicitudes. Del examen de la regulación internacional de estos trabajadores, se desprende que su utilización aparece de forma escasa, transversal y dispersa. Destacando la exclusión de tratamiento por parte de los instrumentos internacionales, así como de instrumentos multilaterales que establecen el principio de igualdad de trato entre los nacionales y extranjeros¹²⁶⁵.

El primer problema se refiere a la falta de uniformidad en cuanto al concepto de trabajo fronterizo, que según los criterios que se apliquen, puede conducir en la práctica a la identificación de categorías de población diferentes. Por tanto, no existe una definición unívoca sobre este colectivo de trabajadores, sino que estas vienen fijadas dependiendo de la condición que estos detenten: comunitarios y extracomunitarios y dentro de estos últimos un subgrupo integrado por los que se rigen por convenios bilaterales suscritos con nuestro país. En cuanto a los primeros, si este es ciudadano de la Unión Europea el régimen jurídico aplicable a estos trabajadores es el dispuesto en el RD 240/2007 de 16 de Febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo¹²⁶⁶, que dedica únicamente una breve referencia a los trabajadores transfronterizos en su art 10.2.c) en los siguientes términos:” El trabajador transfronterizo comunitario alcanzara la residencia permanente cuando lleve tres años en dicha situación” y su definición es la establecida en el art 1.b) del Reglamento CE/1408/1971 sobre aplicación de los regimenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad¹²⁶⁷, según la cual, son trabajadores transfronterizos aquellos que acuden a trabajar a otro país de la Unión y vuelven a su país a pernoctar al menos una vez a la semana.

¹²⁶⁴ MARTÍNEZ CANO CORTES, Y, IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D, HUERTAS GONZÁLEZ, R. (2000). Comentario al Artículo 43; y, Artículo 41. El contingente de trabajadores extranjeros, en *Comentarios a la nueva ley de Extranjería*. En Santolaya Machetti (coord.)Valladolid. Lex Nova, pág 257.

¹²⁶⁵ VVAA (2001). Marchal Escalona, N .Trabajadores transfronterizos Artículo 43.1, en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, (coord) por Mercedes Moya Escudero, Alcobeda Francos, A.... (et al); prólogo, Sixto Sánchez Lorenzo) .Granada. Comares, pág 344.

¹²⁶⁶ BOE núm.51 de 28 de Febrero.

¹²⁶⁷ DOL núm. 149, de 5 de Julio de 1971.

En cuanto a los segundos, no existe ninguna definición legal sobre los mismos, puesto que su régimen jurídico aplicable se regirán por lo que disponga cada Estado de la Unión, que en el caso, de España vendrá determinado por lo que establezca la ley de extranjería vigente en cada momento y que podemos conceptualizar desde el punto de vista de la misma como " todo trabajador que residiendo en una zona limítrofe, desarrolla su actividad laboral por cuenta propia o ajena, o profesional en zonas fronterizas del territorio español".

4.3. POLÍTICA COMUNITARIA EN MATERIA TRANSFRONTERIZA Y PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES

4.3.1. SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZO EN LA UE

Este epígrafe lo vamos a dedicar a analizar el tratamiento de los trabajadores transfronterizos en la Unión. Para ello, tomaremos como punto de partida, la aplicación a los mismos del principio de no discriminación e igualdad establecido en el Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de Octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.¹²⁶⁸ Es decir, nos encontramos ante un ciudadano que acude a un país de la UE diferente de residencia para trabajar y regresa a su residencia una o más veces por semana, tiene derecho a recibir el mismo trato que los trabajadores del país donde trabaja. Por eso surge la interrogante: ¿Cuál es la situación de los trabajadores transfronterizo en la Unión Europea?, ¿Cómo son las condiciones laborales?, ¿Cuáles son las prestaciones sociales?

Para responder a la primera premisa, hay que tomar como referencia el contenido de esta figura que se bifurca en dos vertientes: En primera instancia, su condición deriva, de ser un sujeto capacitado para el ejercicio de una actividad económica –por cuenta ajena o propia- remunerada y regulada mediante un contrato de trabajo, y en segunda, del tránsito por una frontera político-administrativa, más o menos rígida o impermeable, entre dos Estados nacionales. La existencia de una regulación laboral de carácter contractual, amparada en un marco legislativo específico -derecho laboral, contrato de trabajo, estatuto de los trabajadores, etc.- es relativamente reciente y, en todo caso, no contempla situaciones anteriores a dicha conquista. La definición actual de trabajador fronterizo, lleva implícita además una clara delimitación histórica-temporal: el trabajador fronterizo no puede ser anterior sino en todo caso posterior al establecimiento de la frontera que cruza para realizar el trabajo en el otro Estado".¹²⁶⁹

¹²⁶⁸ JO L 257, de 19 de octubre de 1968 (EE 05 Vol. 01).

¹²⁶⁹ MEDINA, E. (2008) *Trabajadores fronterizos y transfronterizos en España y Portugal a lo largo de la historia*. Universidad de Extremadura, pág. 62

Debido a que la globalización del comercio internacional ha estado más adelantada que el estudio y aplicación de los derechos laborales a todos los trabajadores. En este apartado se realiza la conceptualización de los trabajadores transfronterizos realizada por el Reglamento 1408/71/CEE¹²⁷⁰, el Reglamento 883/2004, *del Parlamento Europeo y del Consejo*¹²⁷¹, de 29 de Abril, *sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social*,¹²⁷² y por la modificación producida en el mismo por la entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de Septiembre de 2009¹²⁷³, el cual, tiene incidencia directa o indirecta sobre la política de empleo de los inmigrantes y precisa replantear los vínculos con el ordenamiento jurídico laboral.

Al hilo de lo expuesto, podemos sintetizar que los elementos diferenciadores entre trabajador fronterizo y transfronterizo se ciñen básicamente a: Condición de status de ciudadanía europea, temporalidad y prohibición de residencia.

Circunscribiéndonos nuestro estudio al ámbito sectorial europeo, se aprecia como el tratamiento de los trabajadores transfronterizos, queda exceptuado expresamente del ámbito de aplicación entre otros: de los Convenios núm. 97 de 1949 *sobre trabajadores migrantes*¹²⁷⁴, y el núm. 143 de 1975, *sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes* (aun pendiente de

¹²⁷⁰ Que coordina los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión Europea establece, como principio general, que el trabajador que se desplaza por el territorio de la Comunidad está sometido en materia de Seguridad Social a la legislación de un único Estado miembro, la del Estado en la que ejerce su actividad profesional. *Vid, estudio* profundo realizado sobre este tema por CARRASCOSA BERMEJO, M. D., (2004) *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*, Madrid (Consejo Económico y Social).

¹²⁷¹ AAVV. SLOCKER TORRES, A., (2006). La aplicación del modelo europeo de calidad E.F.Q.M. al nuevo Reglamento Europeo de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, num.64,págs 135-144; y de SEMPERE NAVARRO, A.V., (2004).Coordenadas de la Seguridad Social comunitaria: el Reglamento883/2004, en *Aranzadi Social*, nº 9.

¹²⁷² DOUE , núm L 166, de 30 de Abril de 2004, en el que se indicaba que entraría en vigor a los veinte días de su publicación pero que sería aplicable a partir de la entrada en vigor del Reglamento de aplicación, hecho que finalmente se ha producido con la aprobación del Reglamento (CE) |núm. 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de Septiembre de 2009, publicado en el DOUE L 284,de 30 de Octubre de 2009, entrada en vigor el 1 de Mayo de 2010. En consecuencia, esta ultima disposición tiene únicamente como destinatarios - a los nacionales de la Unión, a sus familiares, a los apátridas y a los refugiados-, pero quedan excluidos de su ámbito de aplicación los trabajadores extracomunitarios, que mantendrán un régimen de seguridad social menos privilegiado al seguir siendo de aplicación los Reglamentos 1408/1971 y 574/1972. si bien, excepcionalmente sigue aplicándose en los Estados Parte del Espacio Económico Europeo y en Suiza los Reglamentos (CEE) núm. 1408/1971 y núm. 574/1972, hasta la fecha en que finalice el procedimiento formal para que dichos Estados adopten los nuevos Reglamentos. Modificado por el Reglamento (CE) N° 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de Septiembre de 2009 DOCE L 284, 30 de Octubre de 2009.

¹²⁷³ DOUE L 284, de 30 de Octubre de 2009, entrada en vigor el 1 de Mayo de 2010.

¹²⁷⁴ BOE núm 135, de 7 de Junio de 1967.

ratificación por España). En relación con el primero, se excluye del ámbito de aplicación de trabajador migrante fronterizo, al que desempeña su actividad por cuenta propia (art 11.2a). Mientras que en el segundo, parece extender su aplicación respecto a las normas de prevención y represión de abusos en prácticas migratorias, sin embargo, no se fija un mínimo de derechos en el apartado relativo a los migrantes irregulares, excluyendo explícitamente a los fronterizos, por considerar que sus derechos van a ser resueltos a nivel bilateral o que su régimen, pudiera ser mas favorable que el de resto de migrantes en cuanto a cuestiones determinadas como son la estabilidad en el empleo y su no discriminación¹²⁷⁵. Por su parte, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹²⁷⁶, celebrado en Roma en el año 1950, protege a estos trabajadores de forma parcial y sesgada exclusivamente en dos materias: prohibición de trabajo obligatorio y en materia de libertad sindical. Mas tarde, la Carta Social Europea¹²⁷⁷ les garantiza el ejercicio de actividad lucrativa en el territorio de cualquiera de los Estados integrantes de la UE (art 18) ; y, el Convenio Europeo relativo al Estatuto jurídico del Trabajador Migrante¹²⁷⁸ de 24 de Noviembre de 1977, los excluye expresamente de su ámbito de aplicación en el art 1.2.a. Situación que se subsana parcialmente con la aprobación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares¹²⁷⁹, que los define en su art 2.2.a) del siguiente modo : *“todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana”*. Esta conceptualización perdura hasta que unos años más tarde, se aprueba la Resolución del Consejo de la UE de 20 de Junio de 1994, relativa a las limitaciones de la admisión de nacionales de países no comunitarios para trabajar en el territorio de los Estados miembros¹²⁸⁰, que realiza una mejora técnica en su redacción definiéndolos en el Anexo del citado documento en los siguientes términos : *“los trabajadores empleados en la zona fronteriza de un Estado miembro pero que regresen diariamente o, como mínimo, una vez por semana a la zona fronteriza de un país limítrofe en el que residan y del que sean nacionales”*. Por su parte, el

¹²⁷⁵ ORTIZ ARCE DE LA FUENTE A. Régimen jurídico de los trabajadores transfronterizos en el marco de las Comunidades Europeas, *op cit* pag 3(Págs. 9-38).

¹²⁷⁶ BOE núm.243 de 10 de Octubre de 1979.

¹²⁷⁷ Aprobada en Estrasburgo, el 29 de Mayo de 1996, instrumento de ratificación por España el 29 de Abril de 1980.

¹²⁷⁸ Aprobada en Estrasburgo, el 24 de Noviembre de 1977, instrumento de ratificación núm 093 del Consejo de Europa, el 29 de Abril de 1980 (BOE núm. 145/1983, de 18 de Junio de 1983)

¹²⁷⁹ Adoptada por la Asamblea General de la ONU , en su Resolución 45/158, de 18 de Diciembre de 1990 (no ratificada todavía por España).

¹²⁸⁰ Diario Oficial C 274 de 19 de Septiembre de 1996.

Reglamento 1408/71/CEE¹²⁸¹, en su art 1.b), como ya adelantamos, contiene la definición de dichos trabajadores añadiendo el apostillamiento de que pueden prestar sus servicios por cuenta ajena o propia “aquel trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que ejerce su actividad en el territorio de un Estado miembro y reside en el territorio de otro Estado miembro, al que regresa en principio cada día o, al menos, una vez por semana¹²⁸²” De la lectura de la citada norma, se desprende, que solo pueden quedar subsumidos en esta categoría de trabajadores, aquellos que posean la condición de ser “ *ciudadano de la UE*”. De este modo, en realidad, a nuestro juicio, lo que se esta haciendo es realizando una regulación laboral comunitaria, de ciudadanos europeos pertenecientes a la UE, que deseen prestar sus servicios en otro país diferente al suyo, pero para la pertenencia a este grupo, es necesario que se encuentren insertos en marco comunitario, es decir, que la prestación de servicios se circunscriba exclusivamente al ámbito espacial europeo de la Union. Continúa el citado precepto reglamentario aclarando que el fronterizo puede ser desplazado sin que pierda, en determinadas condiciones, su condición de tal. En este sentido se establece que “(...) el trabajador fronterizo que esté destacado por la empresa de la que depende normalmente, o que preste sus servicios en el territorio del mismo Estado miembro o de otro Estado miembro, conservará la condición de trabajador fronterizo durante un tiempo que no excederá de cuatro meses, aun cuando durante su estancia como destacado no pueda regresar cada día o al menos una vez por semana, al lugar de su residencia”.

Al hilo de lo expuesto, hay que añadir que la Directiva 68/360 de la CEE del Consejo¹²⁸³ de 15 de Octubre de 1968, en su art 8.1. b) permite al Estado de empleo de la UE en el que presta servicios el trabajador que reside en otro Estado de la Unión, de a donde regresa en principio todos los días o por lo menos una vez a la semana, de poder dotar a este trabajador de una tarjeta especial, válida para cinco años y renovable automáticamente.

Más tarde el Reglamento 883/2004, *del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de Abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social*, recoge el contenido esencial de la definición de forma más escueta pero sin presentar innovación alguna en su núcleo, tal y como se constata en el art. 1 f) se limita a indicar que por trabajador fronterizo se entiende cualquier persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro al que regrese a diario o, al menos, una vez por semana. Pero además de reducir el concepto, esta

¹²⁸¹ DOUE de 5 de Julio de 1971, L 149 de 5 de Julio de 1971.

¹²⁸² Coincide esta definición con la establecida por el Dictamen del Comité de Regiones ”Trabajadores transfronterizos balance de la situación tras diez años de mercado interior: problemas y perspectivas(DOUE de 18 de Febrero de 2005,núm. 43),en que se definen a trabajador transfronterizo como ”todo trabajador que ejerza su actividad profesional en el territorio de un Estado miembro y resida en el territorio de otro Estado miembro, al que regresa en principio cada día o al menos una vez por semana”

¹²⁸³ DOUE núm. L 257, de 19 de Octubre de 1968

sustitución reglamentaria ha supuesto algunas mejoras para los trabajadores fronterizos en materia de seguridad social en las siguientes materias: prestaciones en especie por parte de la institución competente en el Estado miembro de residencia; (aunque subsisten disposiciones específicas aplicables a los miembros de sus familias que el nuevo Reglamento núm.988/2009, en su Considerando 8 dispone que va a evaluar su importancia durante cuatro años), jubilación que les permite continuar un tratamiento médico ya iniciado en el Estado en que hayan trabajado; si han trabajado 2 años en los cinco precedentes a su jubilación podrán, si hay acuerdo entre los Estados miembros afectados, seguir recibiendo asistencia sanitaria en el último Estado en que hayan trabajado, sin ningún tipo de restricciones)este punto, también ha sido modificado por el art 28 del Reglamento de 2009, que extiende el ámbito de aplicación en caso de jubilación a los familiares del trabajador transfronterizo pudiendo estos continuar con el tratamiento médico en el país donde aquel ejerció la actividad, pero solo si es comunitario ; y, en cuanto, a los derechos a las prestaciones por desempleo, (introduciendo como novedad la posibilidad de que este si se encuentra en situación de desempleo, pueda inscribirse en los servicios de empleo del último Estado en que haya trabajado).

En síntesis, los Reglamentos 1408/1971¹²⁸⁴, el Reglamento 883/2004¹²⁸⁵ (que sustituye al anterior pero que continuara vigente para los trabajadores extracomunitarios, apátridas y ciudadanos pertenecientes a la CEE) , así como el Reglamento de desarrollo de este último, 988/2009, evidencian que las normas relativas a los trabajadores transfronterizos se encuentran recogidas en normas de seguridad social y no en normas estrictamente laborales, reduciendo su aplicación a un problema técnico en materia de prestaciones de seguridad social.

4.4.-EL DERECHO AL TRABAJO Y LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS

4.4.1. Examen de los derechos comunitarios aplicables a los trabajadores transfronterizos

Los trabajadores de los Estados miembros de la Unión Europea, tienen el derecho a la libre circulación desde la creación de la Comunidad Europea en 1957.

¹²⁸⁴ Destaca el estudio específico de este Reglamento comunitario desde el punto de vista práctico realizado por ROJAS CASTRO M., (1993) .Derecho Comunitario Social, Comares, Granada; del mismo, Seguridad Social Comunitaria, Federación Española de Asociaciones de Emigrantes Retornados, Málaga 2002.

¹²⁸⁵ Para un conocimiento profundo y actual de esta norma comunitaria norma, Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V., (2004).Coordenadas de la Seguridad Social comunitaria: el Reglamento 883/2004, en *Aranzadi Social*, núm. 9.

“En los años 60 y 70, en lo que constituyó la primera etapa de la política social europea, se promulgaron un conjunto de disposiciones jurídicas sobre la libertad de circulación, la coordinación de los regímenes de seguridad social, la igualdad de trato entre hombres y mujeres y la equivalencia de cualificaciones profesionales. Y algunas, muy escasas, sobre derecho del trabajo, como las relacionadas con los despidos colectivos, el traspaso de empresas o la insolvencia del empresario”¹²⁸⁶

En este sentido, se analiza la libertad de circulación de trabajadores y el derecho de residencia, partiendo de la evolución legislativa que abarca el carácter restrictivo establecido en el Reglamento N° 15/61/CEE y la aplicación sectorial del principio de libertad de circulación establecido en el Reglamento N° 38/64/CEE.

El Reglamento N° 1612/68 de 15 de Octubre, ha regulado la libre circulación por casi cuarenta años, si bien, en su art 1, vinculó la exigencia de la nacionalidad de un Estado miembro a la titularidad del derecho de libre circulación de los trabajadores.

“Actualmente y con objeto de rebasar el enfoque sectorial y fragmentario del derecho de libre circulación y residencia y con el fin de facilitar el ejercicio de ese derecho rige un acto legislativo único: la directiva 2004/38/CE, que ha modificado dicho reglamento al tiempo que ha derogado y codificado un conjunto legislativo muy vasto y complejo (9 directivas y un reglamento) además de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo. Esta nueva Directiva sitúa la libertad de circulación y residencia bajo un régimen jurídico único, preservando los derechos adquiridos de los trabajadores, para todo tipo de ciudadanos de la Unión y dentro del contexto de la ciudadanía comunitaria”.¹²⁸⁷

El Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, ha previsto desde siempre, la libre circulación de trabajadores en el espacio comunitario y las consiguientes medidas de coordinación en materia de Seguridad Social, como la totalización de los períodos de cotización en los diferentes países y la exportación de las prestaciones sociales. Además, se cuenta con el Tratado de Maastricht de 7 de Febrero de 1992, cuyo propósito es el progreso económico y social equilibrado de los Estados miembros, a través de un alto nivel de empleo, de protección social y de la salud y se crea el Fondo Social Europeo.

Otro de los derechos comunitarios aplicables a los trabajadores transfronterizos, es la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Uno de los mayores logros en esta materia,

¹²⁸⁶ ZUFIAUR, J. (2006) .La movilidad geográfica del empleo en la Unión Europea: Hacia un mercado europeo de trabajo. UGT. Número 8. pág. 41.

¹²⁸⁷ ZUFIAUR, J. (2006). La movilidad geográfica del empleo en la Unión Europea: Hacia un mercado europeo de trabajo, *op cit* pág 14(pág. 42)

fue el alcanzado con el Reglamento Comunitario N° 1408/71 de 14 de Junio de 1971, referido a la aplicación de los Regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de las familias que se desplazan en el interior de la comunidad, así como a los apátridas o refugiados que residan en el territorio de los Estados miembros. Este Reglamento ha sido posteriormente completado por el Reglamento comunitario N°. 574 de 21 de Marzo de 1972 y modificado por el N° 2001 de 2 de Julio de 1983.

La Directiva 7/96 de la Unión Europea distingue entre “trabajador destacado” y “trabajador fronterizo”; siendo el primero aquel que durante un periodo de tiempo limitado ejecuta su trabajo en el territorio de otro Estado diferente del Estado en que trabaja habitualmente; mientras que el segundo -trabajador fronterizo- es aquel que está empleado en el territorio de un Estado al tiempo que reside en el de otro Estado, al que regresa al menos una vez por semana. En cualquier caso, no parece haber una sola definición del “trabajador fronterizo”, ya que éstas parecen variar según la materia, el derecho de residencia, la fiscalidad, etc.

Finalmente analizaremos el tratamiento legislativo de nuestro ordenamiento jurídico interno de extranjería en relación con esta categoría de trabajadores y su configuración actual realizada en 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 establece en el artículo 43 lo referido a los trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios.

De otro lado, una vez delimitado las distintas definiciones de trabajador transfronterizo, procederemos a analizar cuales son los derechos comunitarios aplicables a este colectivo de trabajadores¹²⁸⁸ que prestan sus servicios exclusivamente en el ámbito territorial perteneciente a la UE¹²⁸⁹. Estos básicamente podemos englobarlos en cuatro grupos:

- Libertad de circulación de trabajadores.
- Derecho de residencia.

¹²⁸⁸ Sobre el concepto de trabajador en el derecho comunitario, *vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., (2002) .El ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de circulación de trabajadores (el concepto de trabajador en el derecho comunitario europeo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), en AAVV, *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro*, Madrid (Consejo General del Poder Judicial), págs. 37 y ss.

¹²⁸⁹ *Vid.*, estudio de delimitación del contenido de esta libertad de circulación de trabajadores en materia de igualdad, empleo y coordinación o exportación de la protección social MARTÍN VALVERDE, A. (2004) .Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario, *Actualidad Laboral*, nº 19, p. 2290.

- Coordinación de los sistemas de Seguridad Social.
- Reconocimiento de cualificaciones y diplomas profesionales.

En relación con los dos primeros, constituyen uno de los pilares fundamentales, sobre el que descansa el derecho social comunitario, aparecen por primera vez consagrados como principio comunitario, de forma temprana¹²⁹⁰ en el Reglamento N° 15/61 de la CEE, donde se pretende plasmar las medidas necesarias para conseguir lograr la libertad de circulación¹²⁹¹. Este primer antecedente normativo comunitario en la materia, vuelve a ser tratado por el Reglamento N° 38/64/CEE del Consejo, de 25 de Marzo de 1964, relativo a la libre circulación de los trabajadores¹²⁹² dentro de la Comunidad¹²⁹³. Sin embargo, habrá que esperar a que se apruebe el Reglamento N° 1612/68 de 15 de Octubre, para que este principio llegue a tener aplicabilidad efectiva, el citado Reglamento además de derogar al Reglamento anterior (Reglamento N° 38/64/CEE) tiene fuerza obligatoria para todos los Estados miembros de la CEE, siendo directamente aplicable a todos ellos, tal y como queda reflejado en su art 48 del Reglamento N° 1612/68 de 15 de Octubre¹²⁹⁴, que señala literalmente lo siguiente:

¹²⁹⁰ Durante las primeras décadas las iniciativas comunitarias en materia social se centraron, casi exclusivamente, en la libre circulación de trabajadores y en los mecanismos de coordinación de la protección social de los trabajadores fronterizos y migrantes: Reglamentos 1612/1968 y 1251/70, Directivas 64/221, 68/360, 72/194 y 73/148, Reglamentos 1408/1971 y 574/1972. Destaca la evolución y tratamiento precoz realizado sobre el principio de libertad de circulación realizado por CABEZA PEREIRO, J. (2000) La cuestión social en el derecho originario de la Unión Europea, *Documento Laboral* núm.32 pag 30.

¹²⁹¹ DO N° 57 de 26 de Agosto de 1961, págs. 1073/61. Sin embargo, a pesar de que este Reglamento, autorizaba a los ciudadanos europeos a desempeñar un trabajo en otro Estado miembro, se imponía como condición para su aplicabilidad, de que el mercado de trabajo de dicho Estado no hubiese trabajadores nacionales disponibles en un plazo de tres semanas contadas desde su registro en la oficina.

¹²⁹² *Vid*, estudio de este principio en el ámbito comunitario en GALIANA MORENO, J. M., (2002) .La libre circulación de trabajadores en el ámbito comunitario europeo, en AAVV *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro*, Madrid (Consejo General del Poder Judicial), pág.19. Sobre su análisis en la Constitución Europea, LIROLA DELGADO, M. I. (1994) *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Madrid, Civitas, pág. 32; y, sobre la libertad de establecimiento, ACOSTA ESTÉVEZ, J. B. (1988). Libre circulación de trabajadores, política social, y derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en la C.E.E, Barcelona (PPU), pág.16, entre otros.

¹²⁹³ DO N° 62 de 17. 4. 1964, p. 965/64. El citado Reglamento, si bien, suprime la prioridad de los trabajadores nacionales en el acceso al empleo, continúan fijándose con respecto a los nacionales de otros Estados de la CEE restricciones, puesto que ,deja que cada Estado pueda fijar de forma unilateral , la suspensión de la aplicación del principio de libertad de circulación , no de forma generalizada pero si, en determinadas regiones o profesiones en el caso de producirse un grave riesgo para el equilibrio de su mercado de trabajo.

¹²⁹⁴ Con todo, la doctrina ha señalado que ya el Reglamento de 1968 sigue un modelo social en este concreto aspecto. *Vid*. MARTÍN VALVERDE, A., (2002) .El contenido instrumental del derecho de libre

“Las disposiciones del Reglamento núm. 38/64/CEE dejarán de aplicarse cuando el presente Reglamento entre en vigor.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable a todos los Estados miembros”.

De otro lado, conviene recordar que este principio, no hace sino recoger lo fijado previamente en el Tratado de Roma¹²⁹⁵ de 25 de Marzo de 1957 sobre esta materia, en concreto en los artículos 48 a 51 del citado Tratado, configurándose como un derecho de los ciudadanos comunitarios a buscar libremente un empleo y residir en cualquiera Estado de la Unión en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales. Muestra de ello, es que la citada normativa europea en su art. 48.3, este principio, que su objetivo fundamental era eliminar toda discriminación en el empleo fundada en la nacionalidad, se convirtió en el eje a partir del cual giró la acción normativa del legislador social comunitario¹²⁹⁶.

Sin embargo, los destinatarios finales de esta movilidad intracomunitaria eran fundamentalmente los trabajadores por cuenta ajena, al ser el objetivo principal de la normativa Europa hasta ese momento, la consecución de la unificación a través del desarrollo económico de sus miembros para adicionarse posteriormente objetivos de carácter social, con las que este derecho se encuentra interrelacionado. No obstante, estos postulados, no llegan a consagrarse hasta que se aprueba el Tratado de Maastricht, de 7 de Febrero de 1992¹²⁹⁷, por el cual se crea el “*estatuto de ciudadanía de la Unión*”, lo cual, implica el reconocimiento de los ciudadanos de la Unión, de ser titulares de derechos y obligaciones, quedando de este modo, configurada la libertad de circulación de dichas personas, expresamente en su art 2, como un derecho material de carácter personal, con la única limitación que le impone el propio contenido del Tratado constitutivo de la UE (art 18) y que no son otras que las derivadas por razones de orden público, seguridad y salud Públicas. Produciéndose tal y como señala Blázquez Peinado, M^a D. (1998)¹²⁹⁸ la traslación de la universalización de la libre circulación de todo ciudadano, a la de los trabajadores”.

circulación de trabajadores: del Tratado de Roma al Tratado de Ámsterdam, en AAVV: *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro, op cit* pág 16 (pág.91)

¹²⁹⁵ DOUE C 321E de 29 de Diciembre de 1957

¹²⁹⁶ PEREZ DE LOS COBOS, F., *El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1994, pág. 24.

¹²⁹⁷ DOCE N° C 224 de 31 Agosto 1992.

¹²⁹⁸ La ciudadanía de la Unión, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998. En el mismo sentido, PEREZ DE LOS COBOS, F., *El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea, op cit* pág 18 (pág 93)

Asimismo para la consecución de la aplicabilidad de este principio, se establecen una serie de medidas entre las que destacan (art 61 del Tratado constitutivo de la UE):

- Los controles en las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la protección de los derechos de los nacionales de terceros países.
- La cooperación judicial en materia civil.
- El fomento e intensificación de la cooperación administrativa.
- La cooperación policial y judicial en materia penal para garantizar un alto grado de seguridad mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia dentro de la Unión.

De otro lado, otro rasgo significativo que introduce el Tratado de Maastricht¹²⁹⁹, en relación con este principio, es la ampliación de su ámbito subjetivo, que hasta ese momento estaba circunscrito a los trabajadores por cuenta ajena y propia¹³⁰⁰, a otros grupos que aparece vinculado a la ciudadanía de la Unión¹³⁰¹ estableciendo las siguientes categorías que figuran comprendidas conjuntamente en el art 235 del TCC:

- Estudiantes.
- Jubilados.
- Otros “no activos”.

Estos tres estratos de ciudadanos europeos económicamente inactivos, aparecen recogidos de forma conjunta, en la transposición de las Directivas 90/364¹³⁰², 90/365¹³⁰³ y

considera que:” la libertad de circulación se reconoce no a los trabajadores, como tales, sino a cualquier ciudadano de la UE por el mero hecho de serlo”

¹²⁹⁹ Realiza un estudio sobre la conexión de la libertad de circulación con el derecho al trabajo circunscribiéndose al ámbito sectorial comunitario *Vid.* MARTÍN VALVERDE, A., (2002). El contenido instrumental del derecho de libre circulación de trabajadores: del Tratado de Roma al Tratado de Ámsterdam, en AAVV: *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro*, Madrid (Consejo General del Poder Judicial), pág. 85.

¹³⁰⁰ El eje sobre el cual descansa el principio de libertad de circulación, era la eliminación de las trabajas existentes a los trabajadores, que querían prestar sus servicios en un país diferente al origen, art 44del TCE. Así como en base al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, firmado entre la UE y los países de la Asociación Europea de Libre Cambio ,firmado en Oporto 2 de Mayo de 1992.(DOCE de 3 de Enero de 1994 y BOE de 25 de Enero de 1994), ampliando el contenido de este principio a Noruega, Lienchenstein e Islandia.

¹³⁰¹ *Vid.* GARCÍA MURCIA, J. (2003). La singular relación entre Derecho Comunitario y Derecho Interno: A propósito del Real Decreto 178/2003, sobre entrada y permanencia de ciudadanos comunitarios, *Aranzadi Social*, núm. 10, pág.13.

¹³⁰² Directiva 90/364/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de carácter general, DO L 180 de 13 de Julio de 1990. Sus destinatarios son tres grupos concretos: a) los nacionales de un Estado miembro, que decide residir en otro Estado miembro sin trabajar; b) los nacionales de Estados miembros que ejercen su actividad en un país tercero manteniendo su residencia en la Comunidad Europea; c) los que

93/96¹³⁰⁴.El denominador común en todas ellas, lo constituye la extensión del derecho de residencia, con ciertas limitaciones a los grupos anteriormente citados, produciéndose la deslaboralización del derecho de libre circulación¹³⁰⁵ y el reconocimiento de un régimen jurídico de un derecho de entrada y residencia en otro Estado miembro no vinculado al ejercicio de una actividad económica. Recordemos que anteriormente, el ámbito personal del principio de libertad de circulación, se circunscribía exclusivamente aquellos que ejercían una actividad económica, de cara a un mejor desarrollo de la misma, en definitiva, al trabajador, por su condición de sujeto activo en el mercado de trabajo y por asimilación a su familia¹³⁰⁶. Sin embargo, tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, se extendió su ámbito a los grupos anteriormente enunciados. No obstante, éstos no gozan de un derecho pleno, sino limitado en la medida que para su ejercicio, se impone el cumplimiento de determinados condicionantes por parte del Derecho Comunitario. En este sentido, se pronuncia, el Tratado de Maastricht en concreto en su art 8A, en el se preceptúa el acotamiento del principio de libertad de circulación para estas categorías de “inactivos” y que en consecuencia solo son admisibles, de conformidad con el contenido del propio TCE -esto es, las derivadas de razones de orden publico, seguridad o salud publicas- así como por las disposiciones que sean consecuencia de su aplicación-..En este sentido, tal y como señala Palomeque López, M. C., (2002)¹³⁰⁷:” a pesar de que esta excepciones son definidas por cada Estado miembro, su interpretación debe hacerse de forma

ejerzan una actividad profesional en su propio Estado, si bien, mantienen la residencia en otro país miembro.

¹³⁰³ Directiva 90/365/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, DO L 180 de 13de Julio de1990 .Sus destinatarios finales son los pensionistas, que no ejercen actividad profesional alguna y que ejercitando el derecho de libertad de circulación, ejercen el derecho de residencia que le otorga la UE, y residen en otro país, diferente al de su residencia habitual, pero circunscribiendo su nueva residencia, al marco estricto de la UE.

¹³⁰⁴ Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de Octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, DOL L 317 de 18de Diciembre de 1993.

¹³⁰⁵ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., (2002) .El contenido instrumental del derecho de libre circulación de trabajadores: del Tratado de Roma al Tratado de Ámsterdam, en AAVV: *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro*, op cit pág 18. (pág.91)

¹³⁰⁶ La doctrina ha destacado que el apartado dedicado a los familiares de ciudadanos de la Unión es el más importante cualitativamente, pues refleja la expansión del ámbito personal del derecho. Vid. QUIRÓS FONTS, A. (2003) .Refundición de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: Propuesta de Directiva de 2003, *Aranzadi Social*, núm. 20.

¹³⁰⁷ El ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de circulación de trabajadores (el concepto de trabajador en el derecho comunitario europeo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), en AAVV: *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro*, op cit pág 20(págs. 37 y ss)

restrictiva con el fin de procura conseguir cierta unidad a estas nociones en el ámbito comunitario”. Además este derecho de entrada y residencia reconocido por las mencionadas disposiciones, tiene un carácter subsidiario en el sentido de que sólo se recurrirá a ellas, si el individuo no disfruta ya de tal derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario. Además, el derecho de residencia contemplado, es un derecho limitado o condicionado que sólo se reconoce en tanto que los beneficiarios cumplan los requisitos económicos exigidos por la norma, y que tienen como finalidad garantizar que el titular del derecho y los miembros de su familia no se conviertan en una carga para la asistencia social del Estado de acogida.

Lo anteriormente expuesto, nos lleva a plantearnos la siguiente premisa ¿Cuáles son los medios probatorios admisibles por el derecho comunitario para demostrar que los sujetos que componen estos tres grupos disponen de recursos suficientes de subsistencia y tienen cubiertas las prestaciones sanitarias y sociales básicas por su sistema de seguridad social? .La respuesta, viene dada por propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, que señala expresamente que el criterio a seguir es la flexibilidad de los métodos de prueba, así como la opción por parte del propio interesado en que este libremente opte por el que considere pertinente. En consecuencia, los beneficiarios de las Directivas 90/364 y 90/365, no pueden en modo alguno, verse compelidos a utilizar un medio de prueba determinado, ni tampoco a que las pruebas que aporte deban ser autenticadas por la autoridad de un Estado miembro, sino que el criterio a seguir proclamado por el citado Tribunal, es el derecho del sujeto a elegir libremente el medio probatorio que estime conveniente (que evidentemente será aquel que le resulte más fácil de obtener y que tengan suficiente eficacia) .

Pero ¿que ocurre si los sujetos comprendidos en los grupos reiteradamente citados, se ve forzado a acudir a la asistencia social del país de acogida? ¿En tal caso, debería de perder el derecho de residencia? La respuesta dada por el Tribunal ante esta controversia, es que debe prevalecer el principio de proporcionalidad, para ello, el Tribunal, fundamenta su interpretación en el Sexto Considerando de la Directiva 93/96, referida a los estudiantes, donde se excluye así categóricamente y en todos los casos sin excepción, el automatismo entre el recurso a la asistencia social y el final del derecho de residencia.

Por tanto, los ciudadanos de la Unión que no ejercen actividad económica remunerada y residen legalmente en otro Estado miembro, gozan del *estatuto de ciudadano de la Unión* y en consecuencia, de igualdad de trato con los nacionales. Principio recortado por las excepciones previstas en el derecho comunitario, (en consecuencia nos encontramos ante un derecho

limitado) si bien, por el contrario, no existe ninguna disposición en la Directiva 93/96, que impida a los beneficiarios el reconocimiento del derecho a las prestaciones sociales.

En consecuencia, un Estado miembro no puede excluir del beneficio de una prestación social de un régimen no contributivo, como es el caso, de un ingreso mínimo de subsistencia, a los nacionales de Estados miembros distintos del Estado miembro de acogida en el territorio en el cual dichos nacionales residen legalmente, porque estos últimos, no entran en el ámbito de aplicación de los artículos 12 y 17 del Tratado CE, en concordancia con el Reglamento núm. 1612/68, justificando esta argumentación en que ninguna condición de esta naturaleza se aplica a los nacionales.

En base a lo expuesto, podemos afirmar que los beneficiarios de las Directivas 90/364, 90/365 y 93/96 tienen, en concordancia con los artículos 12 y 17 del Tratado CE, derecho a la igualdad de trato con relación a los nacionales y derecho a las prestaciones sociales del régimen no contributivo, salvo aquellas expresamente previstas por el Derecho comunitario.

A continuación procederemos a analizar de forma específica cada uno de estos tres grupos. Con respecto a los primeros¹³⁰⁸, es necesario, para la aplicabilidad de este principio, demostrar que están matriculados en un establecimiento de enseñanza, siendo indiferente que su impartición se realice por una institución pública o privada, el único requisito que se exige a este respecto, es que el título que se otorgue tenga un reconocimiento oficial por parte del Estado de acogida. Además, nos encontramos con un derecho limitado, ya que su ejercicio depende de los siguientes factores:

a) Declaración del estudiante¹³⁰⁹ de que dispone de recursos suficientes, de modo que, su estancia no suponga una carga para el país de acogida (art 1)

b) Disfrute de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida (art 1 *in fine*)

c) Temporalidad en la vigencia de dicho permiso, cuya validez en principio, coincide con la formación recibida y que será renovable anualmente a instancia del estudiante y que conlleva

¹³⁰⁸ Directiva 93/96/CEE, DO L 317 de 18 de Diciembre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

¹³⁰⁹ El punto más controvertido de la citada Directiva lo constituye, el hecho de que determinados países han exigido a los familiares de los estudiantes demostrar al requerir a los miembros de la familia que presenten pruebas de que disponen de recursos suficientes distintos de los alegados por el ciudadano de la Unión. Este hecho provocó que el 13 de Diciembre de 2005, la Comisión enviara un dictamen motivado a Italia en relación con el Decreto del Presidente de la República nº 54 de 18 de enero de 2002, debido a que dicho Texto es contrario a la Directiva 93/96, sustentando su informe en las Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de Mayo de 2000 (Comisión contra República Italiana) y de 20 de Septiembre de 2001 (Grzelczyk), los Estados miembros no pueden exigir a los estudiantes que faciliten pruebas de un importe de recursos dado. Deben contentarse con una declaración u otro medio equivalente, a elección del estudiante.

un derecho derivado al cónyuge y a los hijos que estén a su cargo, a los que se extiende el citado derecho de residencia(art 2)

En segundo lugar, en relación con los jubilados, las Directivas que regulan el régimen de esta categoría, es la consagrada en las Directivas 93/96 y 90/365. En dichos instrumentos jurídicos, se establece el régimen normativo que otorga, un derecho de entrada y residencia en otro Estado miembro no vinculado al ejercicio de una actividad económica. La primera, se dirige fundamentalmente a los estudiantes y por analogía es de aplicación a los inactivos. Si bien, la regulación más específica que se realiza en materia de jubilados aparece contenida en la Directiva 90/365/CEE, en la que se establece el derecho de residencia en el conjunto de la Comunidad Europea de los prejubilados, los jubilados y los trabajadores que ya no pueden ejercer una actividad lucrativa, siempre que dispongan de recursos suficientes y no sean una carga para la asistencia social, del Estado miembro anfitrión.

No obstante, este derecho de residencia y libertad de circulación no es pleno para los jubilados la igual que para el resto de inactivos, quedando condicionado su ejercicio a la tenencia por los mismos de recursos suficientes y seguro de enfermedad¹³¹⁰. Basándose en dichas disposiciones, los Estados, podían poner fin a estos derechos cuando los beneficiarios de las Directivas referenciadas recurrieran a la asistencia social (pero solo si se hace de forma permanente).

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Directiva 2004/38, se produce un cambio sustancial en la materia. Para ello, se reúne en un único instrumento el acervo comunitario sobre libre circulación y residencia, incluidas en las dos Directivas, destacando como novedad de la misma, el tratamiento singularizado que se hace de las personas económicamente inactivas, adquiriendo los citados grupos y por extensión los miembros de su familia, el derecho a obtener un derecho de residencia permanente después de cinco años de residencia legal continua en el Estado miembro de acogida. Asimismo, se señala la conveniencia de que subsistan ciertas ventajas propias a los ciudadanos de la Unión, y a los miembros de sus familias, que ejercen una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, y que les pueden permitir obtener el derecho de residencia permanente tras una residencia en el Estado miembro de acogida inferior a cinco años, ya que nos encontramos ante derechos adquiridos¹³¹¹

¹³¹⁰ El artículo 3 de las Directivas 90/364 y 90/365 y el artículo 4 de la Directiva 93/96 recoge expresamente estos condicionantes

¹³¹¹ Estos derechos vienen reconocidos en el Reglamento (CEE) nº 1251/70 de la Comisión, de 29 de Junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después haber ejercido en el un empleo , y por la Directiva 75/34/CEE del Consejo, de 17 de Diciembre de 1974, relativa al derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia .

En tercer lugar, en relación con los inactivos, también la UE, les reconoce el derecho de residencia en país distinto al de origen¹³¹², si bien, condiciona su ejercicio a que éstos habrán de demostrar que disponen de recursos suficientes para no convertirse en una carga financiera, para el Estado miembro de acogida durante el periodo de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en dicho Estado (art 7.1 b) y c) de la Directiva 2004/38).

En definitiva, se observa como, si bien existe un reconocimiento por parte de la UE en torno a estos tres grupos, mediante el cual, se les reconoce derecho a la libre circulación y residencia, en base a posesión de status de ciudadanía europea, independientemente del ejercicio de una actividad económica, también es verdad, que a nuestro juicio, resulta contrario al mismo, el hecho de que el sujeto deba justificar, (aunque basta la mera declaración del mismo) de que su situación económica, social y sanitaria, esta cubierta por otro país diferente al de acogida. Por todo ello, consideramos que estas nuevas categorías pueden quedar subsumidas en un único grupo de “inactivos”. Que lo conformarían junto a los trabajadores, como beneficiarios del principio de libertad de circulación y residencia, su cónyuge e hijos a cargo. Si bien, estos tendrían una protección menos extensa que los primeros, debido a su inactividad, y en consecuencia, quedan excluidos del derecho a percibir asistencia sanitaria y prestaciones sociales del régimen no contributivo, tales como unos recursos mínimos de subsistencia, excepto en los casos expresamente previstos.

La justificación de esta omisión, en el caso de las prestaciones sociales, queda patente en el Tratado de Roma, en concreto en su art 42, donde por primer a vez se reconoció la necesidad de coordinación entre los diferentes sistemas de Seguridad Social, pero que no conllevaba en modo alguno, a la inclusión del concepto de asistencia social, puesto que, esta no supone la titularidad de derecho, sino que su concesión es graciable, justificada únicamente en la reparación de un estado de necesidad existente (ya que esta no esta incluida en la coordinación a nivel comunitario). En consecuencia, no se puede exigir a ningún Estado miembro de la UE, que exista armonización en las prestaciones de seguridad social, y en consecuencia, éstos

¹³¹² Recordemos que en el asunto C-413/99, *Baumbast, R*, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 17 de Septiembre de 2002, reconoció que el Tratado no exige que los ciudadanos de la Unión deban ejercer una actividad profesional para gozar de los derechos de ciudadanía de la Unión, y en particular, del derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros. Asimismo, a juicio, de dicho Tribunal, el apartado 1 del artículo 18 del TCE, delimita claramente los condicionantes que restringen esta libertad, señalándose al respecto, los casos en que únicamente son admisibles el recorte de este derecho. Además, el ciudadano comunitario que resida en otro país diferente al de origen, tiene el derecho a exigir ante los órganos nacionales del país donde se encuentre, la posible vulneración del ejercicio de dicho derecho.

continúan con libertad absoluta para legislar en esta materia¹³¹³: campo de aplicación¹³¹⁴, prestaciones¹³¹⁵, requisitos para su concesión, etc.

Por su parte el Tratado de Ámsterdam¹³¹⁶ extendió la libertad de circulación a los quince países miembros con algunas condiciones particulares en los casos del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Reconociendo a todo ciudadano de la UE, el derecho a residir libremente en cualquier otro Estado miembro. Si bien, esta estancia tenía una limitación temporal (de 3 a 6 meses según los países), para los que no se exigía ningún tipo de permiso de residencia. En cambio, si la estancia era prolongada, se obligaba al ciudadano europeo no nacional, a solicitar una “*carta de residencia*”. Esta era concedida *ipso facto*, siempre y cuando éste acredite cumplir los siguientes requisitos:

- Demostrar que tiene recursos necesarios para vivir.
- Tener cubierta la asistencia social por el país de origen.(Esta condición se impone condicionada en sentido negativo: que no demande la asistencia social del país de residencia)
- Que no represente ninguna amenaza al orden público.

En un primer momento, este principio tenía como destinatario final únicamente al trabajador por cuenta ajena, debido a la libertad proclamada en el Tratado constitutivo de la UE, sobre libertad económica y fomento de libertad de circulación de capitales en el seno de la misma. Dado que su ámbito de aplicación, era extremadamente reducido, se amplió su campo de aplicación¹³¹⁷, insertando a otros grupos asimilando a estos a los trabajadores por cuenta ajena y que son los siguientes: estudiantes (que demuestren estar matriculados en un

¹³¹³ Asunto C-70/95, Sodemare, Rec. 1997, pág. I-3395.

¹³¹⁴ Asunto 349/87, Paraschi, Rec. 1991, pág. I-4501.

¹³¹⁵ Asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95, Stöber y Piosa Pereira, Rec. 1997, p. I-511.

¹³¹⁶ El citado instrumento fue aprobado por el Consejo Europeo de Ámsterdam (16 y 17 de Junio de 1997) entrando en vigor el 1 de Mayo de 1999(DO C 340 de 10 de Noviembre de 1997)ha introducido en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea un nuevo Título IV que incluye los siguientes ámbitos:

- Libre circulación de las personas
- Control de las fronteras exteriores
- Asilo, inmigración y protección de los derechos de nacionales de terceros países
- Cooperación judicial en materia civil

Estos ámbitos dependían anteriormente del título VI del Tratado de la Unión Europea (justicia y asuntos de interior). El Tratado de Ámsterdam modifica su ubicación y los introduce en el marco jurídico del primer pilar.

¹³¹⁷ En opinión de GARCÍA MURCIA, J., (2003). La singular relación entre Derecho Comunitario y Derecho Interno: A propósito del Real Decreto178/2003, *op cit* pág 19 (pág.13). La ampliación a estos grupos de personas económicamente inactivas obedece a ostentar la condición de ser ciudadano de la UE. Asimismo considera que las normas sobre libre circulación de personas tienen una doble vertiente, la prohibitiva, para preservar el interés general, y la permisiva, para facilitar el ejercicio del derecho en cuestión

establecimiento de enseñanza), jubilados y otros "no activos", tienen el mismo derecho que los trabajadores a la residencia, si disponen de seguro de enfermedad y de ingresos suficientes.

De este modo, el derecho de residencia y la libertad de circulación, se configuro como derechos que tiene todo ciudadano de la UE, siendo a su vez, punto de inflexión y confluencia generador de derechos independientes y relacionados con el mismo. En este sentido, se observa, como en el Tratado constitutivo de la UE¹³¹⁸, un tratamiento más pormenorizado y extenso de su contenido que el que se hacia en el Tratado de Ámsterdam, añadiéndose un elemento político - el derecho a desplazamiento espacial por todo el territorio de la Unión y un elemento temporal- el derecho del trabajador a residir en otro Estado diferente al suyo de origen – precisando, que este derecho lo ostenta cuando se encuentra prestando sus servicios(elemento laboral),si bien, su ejercicio, se encuentra limitado por la soberanía del Estado donde se esta realizando la prestación (que alega normalmente motivaciones de orden publico, policiales y de sanidad para vedar discrecionalmente la entrada incontrolada de trabajadores procedentes de otros países de la UE: orden público, seguridad y salud públicas y tambien se regula la libertad de continuar residiendo en el país).

Estas limitaciones al principio de libertad y residencia, subsisten en la actualidad si bien, cada vez se presenta de forma más aislada y en supuestos determinados: búsqueda de empleo(limitada a tres meses),desempleados que hayan agotado el derecho al percibo de la prestación y se desplacen a otro país de la Unión para buscar trabajo, mayores de edad que realicen *turismo social* a otro Estado y cuya cobertura medica o asistencial sea inexistente o insuficiente para cubrir sus necesidades,(recordemos que el Estado miembro de acogida esta obligado a prestar asistencia social¹³¹⁹ de forma temporal ,en base a la solidaridad ,impidiendo de este modo que, se ponga fin al derecho de residencia del ciudadano europeo por este motivo pero únicamente de forma transitoria etc) ¹³²⁰

En base a lo expuesto, podemos afirmar que los trabajadores extranjeros comunitarios gozan, dentro de nuestras fronteras, de una situación privilegiada frente a los extranjeros extracomunitarios, ya que cuentan con una normativa estatal propia. Esto hace que el acceso al

¹³¹⁸ El Tratado CEE, firmado en Roma en 1957, reúne a Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux en una Comunidad que tiene por objetivo la integración a través de los intercambios con fines de expansión económica. A partir del Tratado de Maastricht, la CEE se convierte en la Comunidad Europea, lo que expresa la voluntad de los Estados miembros de ampliar las competencias comunitarias a ámbitos no económicos.

¹³¹⁹ Recordemos que el Reglamento 1408/1971, en su art 4.4, excluye expresamente del principio de universalización de prestaciones en materia de Seguridad Social, en el espacio de la UE a la asistencia social, sin que esta causa aparezca recogida en el citado art 8A del Tratado de Maastricht.

¹³²⁰ Segundo Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre la aplicación de las Directivas 90/364, 90/365 y 93/96 (derecho de residencia) COM(2003) 101 final,(punto 44).Bruselas, 5 de Marzo de 2003

trabajo por parte de los extranjeros extracomunitarios sea mas complejo¹³²¹ y existan trabas administrativas que lo obstaculizan¹³²²- a excepción de que de que estos vengán a prestar empleo altamente cualificados, vayan a efectuar investigación científica o vengán a estudiar, realizar practicas no remuneradas o servicios de voluntariado- hecho que provocan una evidente discriminación hacia éstos últimos, cuya antitesis es el “control de fronteras exteriores” que es competencia de cada Estado miembro tal y como recoge el art 77.4 del TFUE. De modo que, para que un extranjero extracomunitario pueda circular libremente por el espacio de la UE, debe poseer un documento de viaje valido, justificar los motivos de su visita y acreditar los recursos necesarios para cubrir sus necesidades. Admitiéndose la excepción de visado, en virtud del Reglamento 539/2001 del Consejo de 15 de Marzo¹³²³, en el que se armonizaron las normas sobre el visado, si la estancia es inferior a tres meses, si existe reciprocidad con respecto a los ciudadanos europeos y cuya preceptividad o no viene determinada en función de que figuren los países de pertenencia de estos ciudadanos o no en el Anexo I (que no precisan visado) o en el Anexo II (ciudadanos de países que se exige visado por parte de los Estados de la UE), modificado por el Reglamento N° 1211/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de Diciembre de 2010¹³²⁴, que establece actualmente cuales son los nacionales de terceros países que están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación¹³²⁵. También, les resulta de aplicación el Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de Marzo que creo un Código comunitario de normas para el cruce de personas exteriores, que en su art 4 dispone” que las fronteras exteriores solo podrán cruzarse por los pasos fronterizos¹³²⁶ y durante

¹³²¹ Merece hacer referencia al análisis de este colectivo en la faceta específica de seguridad social realizado por ALVAREZ CORTES, J.C. (2001). La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario, Tecnos, ACARL, Madrid.

¹³²² La política migratoria comunitaria ha mantenido una postura defensiva sobre este grupo de trabajadores. Vid. MERCADER UGUINA, J.R. y MUÑOZ RUIZ, A., (2001). El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32.

¹³²³ Modificado por el Reglamento 1932/2006 del Consejo de 21 de Diciembre. También debe tenerse en cuenta, como complemento de este Reglamento, la Decisión 2004/512/Ce del Consejo de 8 de Junio de 2004, sobre el sistema de Información de Visados; y, la Decisión del Consejo 2008/633/JAI de 23 de Junio de 2008, sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados por las autoridades designadas de los Estados miembros y por Europol, con fines de prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo y otros delitos graves.

¹³²⁴ DO L 339 de 22 de Diciembre de 2010.

¹³²⁵ La única modificación con respecto al Reglamento de 2001, significativa es no exigir visado a partir de del 4 de Enero de 2011, a los ciudadanos de Taiwán que contengan un número de documento de identidad, a los de las Islas Marianas del Norte, por ser ciudadanos estadounidenses y a Chipre, por haberse adherido a la UE, perviviendo su no aplicación y no quedar consecuentemente vinculado a él: Islandia y Noruega, Suiza y Principado de Liechtenstein.

¹³²⁶ La actualización de la lista de pasos fronterizos figuran mencionados en el artículo 2, apartado 8, del Reglamento (CE) N° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un código

las horas de apertura establecidas”. Y, el Reglamento 863//2007 del Parlamento y del Consejo de 1 de Julio¹³²⁷, sobre creación de equipos de intervención rápida en las fronteras de la Union.

De otra parte, el tratamiento internacional que se efectúa sobre esta categoría de trabajadores se desprende que es parca, transversal y dispersa. Destacando la exclusión de regulación por parte del los instrumentos internacionales, así como de instrumentos multilaterales que establecen el principio de igualdad de trato entre los nacionales y extranjeros¹³²⁸. Circunscribiéndonos al ámbito sectorial europeo, se observa como esta omisión es más categórica al exceptuarlos expresamente del ámbito de aplicación entre otros: de los Convenios núm. 97 de 1949 *sobre trabajadores migrantes*¹³²⁹, y el núm. 143 de 1975, *sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes* (aun pendiente de ratificación por España). En relación con el primero, se excluye del ámbito de aplicación de trabajador migrante fronterizo al que desempeña su actividad por cuenta propia (art 11.2a). Mientras que en el segundo, parece extender su aplicación respecto a las normas de prevención y represión de abusos en prácticas migratorias, sin embargo, no se fija un mínimo de derechos en el apartado relativo a los migrantes irregulares, excluyendo explícitamente a los fronterizos, por considerar que sus derechos van a ser resueltos a nivel bilateral o que su régimen, pudiera ser mas favorable que el de resto de migrantes en cuanto a cuestiones determinadas como son la estabilidad en el empleo y su no discriminación¹³³⁰. Por su parte, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹³³¹, celebrado en Roma en el año 1950¹³³², protege a

comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DO C 316 de 28 de Diciembre de 2007, pág. 1; DO C 134 de 31 de Mayo de 2008, pág. 16; DO C 177 de 12 de julio de 2008, pág. 9; DO C 200 de 6 de Agosto de 2008, pág. 10; DO C 331 de 31 de Diciembre de 2008, pág. 13; DO C 3 de 8 de Enero de 2009, pág. 10; DO C 37 de 14 de Febrero de 2009, pág. 10; DO C 64 de 19 de Marzo de 2009, pág. 20; DO C 99 de 30 de Abril de 2009, pág. 7; DO C 229 de 23 de Septiembre de 2009, pág. 28; DO C 263 de 5 de Noviembre de 2009, pág. 22; DO C 298 de 8 de Diciembre de 2009, pág. 17; DO C 74 de 24 de Marzo de 2010, pág. 13; DO C 326 de 3 de Diciembre de 12.2010, pág. 17)

¹³²⁷ Por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) núm. 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados (L 199/30 de 31 de Julio de 2007)

¹³²⁸ VVAA (2001). MARCHAL ESCALONA, N Trabajadores transfronterizos Artículo 43.1, en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, (coord) por MERCEDES MOYA ESCUDERO, Comares, Granada, pág 344.

¹³²⁹ BOE núm 135, de 7 de Junio de 1967.

¹³³⁰ ORTIZ ARCE DE LA FUENTE A., (1982). Régimen jurídico de los trabajadores transfronterizos en el marco de las Comunidades Europeas. *Revista de Instituciones Europeas* 1982, Vol.9, núm.1, Enero-Abril 1982, págs. 9-38.

¹³³¹ BOE núm.243 de 10 de Octubre de 1079.

estos trabajadores de forma parcial y sesgada exclusivamente en dos materias: prohibición de trabajo obligatorio y en materia de libertad sindical. Mas tarde, la Carta Social Europea¹³³³ les garantiza el ejercicio de actividad lucrativa en el territorio de cualquiera de los Estados integrantes de la UE (art 18) ; y, el Convenio Europeo relativo al Estatuto jurídico del Trabajador Migrante¹³³⁴ de 24 de Noviembre de 1977, los excluye expresamente de su ámbito de aplicación en el art 1.2.a. Situación que se subsana parcialmente con la aprobación de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares¹³³⁵, que los define en su art 2.2a del siguiente modo : “*todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana*” .Esta conceptualización perdura hasta que unos años mas tarde, se aprueba la Resolución del Consejo de la UE de 20 de Junio de 1994, relativa a las limitaciones de la admisión de nacionales de países no comunitarios para trabajar en el territorio de los Estados miembros¹³³⁶, que realiza una mejora técnica en su redacción definiéndolos en el Anexo del citado documento en los siguientes términos .”*los trabajadores empleados en la zona fronteriza de un Estado miembro pero que regresen diariamente o, como mínimo, una vez por semana a la zona fronteriza de un país limítrofe en el que residan y del que sean nacionales*” Por su parte, el Reglamento 1408/71/CEE¹³³⁷, en su art 1.b), contiene la definición de dichos trabajadores añadiendo el apostillamiento de que pueden prestar sus servicios por cuenta ajena o propia “aquel trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que ejerce su actividad en el territorio de un Estado miembro y reside en el territorio de otro Estado miembro, al que regresa en principio cada día o, al menos, una vez por semana¹³³⁸”.

Continúa el citado precepto reglamentario aclarando que el fronterizo puede ser desplazado sin que pierda, en determinadas condiciones, su condición de tal. En este sentido se establece que

¹³³² Vid, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., (1995). La aplicación en España del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, *Anales de la AMN*, págs 263-289.

¹³³³ Aprobada en Estrasburgo, el 29 de Mayo de 1996, instrumento de ratificación el 29 de Abril de 1980.

¹³³⁴ Aprobada en Estrasburgo, el 24 de Noviembre de 1977, instrumento de ratificación el 29 de Abril de 1980

¹³³⁵ Adoptada por la Asamblea General de la ONU , en su resolución 45/158, de 18 de Diciembre de 1990 (no ratificada todavía por España).

¹³³⁶ Diario Oficial C 274 de 19 de Septiembre de 1996.

¹³³⁷ DOUE de 5 de Julio de 1971, L 149 de 5 de Julio de 1971.

¹³³⁸ Coincide esta definición con la establecida por el Dictamen del Comité de Regiones ”Trabajadores transfronterizos balance de la situación tras diez años de mercado interior: problemas y perspectivas(DOUE de 18 de Febrero de 2005,núm. 43),en que se definen a trabajador transfronterizo como” todo trabajador que ejerza su actividad profesional en el territorio de un Estado miembro y resida en el territorio de otro Estado miembro, al que regresa en principio cada día o al menos una vez por semana”

“(…) el trabajador fronterizo que esté destacado por la empresa de la que depende normalmente, o que preste sus servicios en el territorio del mismo Estado miembro o de otro Estado miembro, conservará la condición de trabajador fronterizo durante un tiempo que no excederá de cuatro meses, aun cuando durante su estancia como destacado no pueda regresar cada día o al menos una vez por semana, al lugar de su residencia”. Más tarde el Reglamento 883/2004, *del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de Abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social*,¹³³⁹ recoge el contenido esencial de la definición de forma más escueta pero sin presentar innovación alguna en su núcleo, tal y como se constata en el art. 1 f) se limita a indicar que por trabajador fronterizo se entiende cualquier persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro al que regrese a diario o, al menos, una vez por semana. Pero además del concepto, esta sustitución reglamentaria ha supuesto algunas mejoras para los trabajadores fronterizos en materia de seguridad social en las siguientes materias: prestaciones en especie por parte de la institución competente en el Estado miembro de residencia; (aunque subsisten disposiciones específicas aplicables a los miembros de sus familias que el nuevo Reglamento núm.988/2009, en su Considerando 8 dispone que va a evaluar su importancia durante cuatro años), jubilación que les permite continuar un tratamiento médico ya iniciado en el Estado en que hayan trabajado; si han trabajado 2 años en los cinco precedentes a su jubilación podrán, si hay acuerdo entre los Estados miembros afectados, seguir recibiendo asistencia sanitaria en el último Estado en que hayan trabajado, sin ningún tipo de restricciones)este punto, también ha sido modificado por el art 28 del Reglamento de 2009, que extiende el ámbito de aplicación en caso de jubilación a los familiares del trabajador transfronterizo pudiendo estos continuar con el tratamiento médico en el país donde aquel ejerció la actividad, pero solo si es comunitario ; y, en cuanto, a los derechos a las prestaciones por desempleo, (introduciendo como novedad la posibilidad de que este si se encuentra en situación de desempleo, pueda inscribirse en los servicios de empleo del último Estado en que haya trabajado).

¹³³⁹ DOUE de 30 de Abril de 2004, núm L 166, en el que se indicaba que entraría en vigor a los veinte días de su publicación pero que sería aplicable a partir de la entrada en vigor del Reglamento de aplicación, hecho que finalmente se ha producido con la aprobación del Reglamento (CE) |núm. 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de Septiembre de 2009, publicado en el DOUE L 284, de 30 de Octubre de 2009, entrada en vigor el 1 de Mayo de 2010. En consecuencia, esta última disposición tiene únicamente como destinatarios - a los nacionales de la Unión, a sus familiares, a los apátridas y a los refugiados-, pero quedan excluidos de su ámbito de aplicación los trabajadores extracomunitarios, que mantendrán un régimen de seguridad social menos privilegiado al seguir siendo de aplicación los Reglamentos 1408/1971 y 574/1972. si bien, excepcionalmente sigue aplicándose en los Estados Parte del Espacio Económico Europeo y en Suiza los Reglamentos (CEE) núm. 1408/1971 y núm. 574/1972, hasta la fecha en que finalice el procedimiento formal para que dichos Estados adopten los nuevos Reglamentos. Modificado por el Reglamento (CE) N° 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de Septiembre de 2009 DOCE L 284, 30 de Octubre de 2009.

Al hilo de lo expuesto, se desprende que la definición de trabajador fronterizo viene dada por la separación territorial entre esos dos elementos: residencia en un país y trabajo en otro¹³⁴⁰, por tanto, para que los trabajadores queden subsumidos en esta categoría deben prestar su actividad o prestación de servicio en otro país limítrofe al que vuelve. De ahí, que puedan tener esta condición tanto los comunitarios como los extracomunitarios, lo que provoca evidentemente un régimen jurídico de aplicación totalmente diferente. A los primeros les resulta de aplicación lo dispuesto en el RD 240/2007 de 16 de febrero¹³⁴¹, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuya única referencia los trabajadores transfronterizos se efectúa en el art 10.2c, en el que se establece que este para alcanzar la residencia permanente en España debe llevar tres años en dicha situación. Contenido que debe ser completado con lo dispuesto por el RD 883/2004, que define al trabajador transfronterizo como aquellos que acuden a trabajar a otro país de la Unión y vuelven a su país a pernoctar al menos una vez a la semana. Mientras que a los segundos, se regirán por lo que disponga el convenio especial aplicable y en su defecto de forma supletoria por lo dispuesto por las leyes de extranjería dictadas por nuestro país, por lo que éstos sufren una clara desprotección si se compara su sistema con el régimen más favorable que contiene la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social.

A continuación, para comprender claramente la situación del trabajador fronterizo en el marco comunitario, procederemos a realizar un análisis comparativo entre el Reglamento 1481/71¹³⁴², relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias, completado por el Reglamento de aplicación 574/72, con el objetivo de coordinar las legislaciones de los Estados miembros en materia de seguridad social y aproximar de este modo, las diferentes reglamentaciones nacionales; el Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social¹³⁴³; y, Reglamento (CE) núm. 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de Septiembre de 2009, que modifica el último Reglamento citado.

¹³⁴⁰ Sostiene esta argumentación DESDENTADO BONETE, A., (2006). Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social Europea: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.64, pág 34

¹³⁴¹ BOE núm.51 de 28 de Febrero de 2007. Derogado por el Reglamento (CE) núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Septiembre de 2009.

¹³⁴² Cuyo antecedente son los Reglamentos Núms 3 y 4 adoptados por el Consejo de la CEE en 1958, en materia de seguridad social.

¹³⁴³ Destaca el laxo estudio sobre esta categoría de trabajadores en el ámbito comunitario salvo alguna interesante aportación como la realizada por DESDENTADO BONETE, A (2004). Trabajadores desplazados y trabajadores transfronterizos en la Seguridad social europea del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004, en *Revista del MATS* núm.64, págs 33 -37.

En relación con el primero, la definición del término “fronterizo” las modificaciones que se han producido en el mismo son de carácter técnico, la cuestión conceptual del propio término figura en el art 1b) del Reglamento 1408/1971 como:

“ Todo trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que ejerza su actividad profesional en el territorio de un Estado miembro y resida en el territorio de otro Estado miembro, al que regresa en principio cada día o al menos una vez por semana; sin embargo, el trabajador fronterizo que esté destacado por la empresa de la que depende normalmente, o que preste sus servicios en el territorio del mismo Estado miembro o de otro Estado miembro, conservará la condición de trabajador fronterizo durante un tiempo que no excederá de cuatro meses, aun cuando durante su estancia como destacado no pueda regresar cada día o al menos una vez por semana, al lugar de su residencia” En opinión de CARRASCOSA BERMEJO, M. D. (2006)¹³⁴⁴ : el termino “residencia” significa estancia habitual y el termino “estancia “se asocia por la norma a una estancia temporal.

Por su parte, el Reglamento 883/2004¹³⁴⁵, sigue la misma sistemática que la disposición precedente y también recoge su definición en el art 1, destinado a fijar las definiciones conceptuales, para una mejor precisión en la aplicación del citado Reglamento, y en concreto en su apartado f), como:

“Toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida normalmente en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana”.

Del estudio comparativo de ambas definiciones, se observa como la primera, es más pormenorizada en su contenido, estipulando que la actividad debe ser realizada por un “trabajador”, mientras que en el Reglamento de 2004, se refiere a “persona”, concepto más amplio que permite la extensión del ámbito subjetivo a otros grupos, en concreto a los sujetos inactivos, que a partir de ese momento, quedan incluidos en el campo de aplicación del citado Reglamento. Estableciéndose además en el Reglamento de 2004, un recorte en cuanto a su contenido, ya que el Reglamento de 1971, insertaba en este concepto al trabajador que prestara sus servicios en otro Estado a cargo de una empresa por tiempo inferior a cuatro meses, diferenciándose de este modo, a este grupo de trabajadores de la prestación transnacional de servicios, cuyos trabajadores, deben prestar sus servicios en alguna de estas empresas: trabajo temporal, grupos de empresas y subcontratación, y cuyo límite de vigencia temporal en la prestación es temporal y aunque no se defina el mismo en los arts 1 y 2 de la Ley 45/1999 sobre

¹³⁴⁴ Ponencia rubricada” Protección social de las relaciones laborales extraterritoriales”, celebrada en la Facultad de Derecho de Zaragoza de 14 de Diciembre de 2006.

¹³⁴⁵ Que deroga al Reglamento (CEE) n° 574/72 DO L 74 de 27 de Marzo de 1972

desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, este se entiende comprendido por un año a partir de su comienzo¹³⁴⁶.

Desde nuestro punto de vista, esta limitación temporal que soslaya el Reglamento de 2004, obedece a que en el mismo art 1 en su apartado c), al definir el concepto de trabajador de temporada, le dota de un elemento diferenciador con el fin de que no se produzca confusión con el trabajador transfronterizo, al señalar que el primero tiene su prestación un carácter estacional en otro Estado miembro que no podrá sobrepasar los ocho meses y aunque la norma lo omita, entendemos que se trata de una prestación fija discontinua al señalarse al final de dicho artículo siguiente:

“...por trabajo de carácter estacional se entenderá un trabajo que depende del ritmo de las estaciones y que se repite automáticamente cada año.”

¿Qué se entiende como actividad por cuenta ajena o propia en el Reglamento 883/2004? A tenor, de lo dispuesto en el art 1a) y b) definiciones, se entiende comprendido en dichos concepto” *toda actividad o situación asimilada considerada como tal a efectos de la legislación de seguridad social del Estado miembro en el que se ejerza dicha actividad o se produzca dicha situación*”

En consecuencia, para que se produzca la aplicación del citado Reglamento, es necesario que el trabajador preste sus servicios por cuenta propia o ajena, y que como tal conlleve aparejado la aplicación de la Seguridad Social, del Estado en donde el sujeto viniera ejercitando dicha actividad. De modo, que la primera premisa con la que se encuentra el trabajador fronterizo comunitario, es verificar cual es protección social de la que es titular, la respuesta nos la brinda el principio *lex loci laboris*, en virtud del cual, éste queda comprendido en el campo de aplicación de la Seguridad Social, del país en que presta sus servicios, tal y como establece el art. 13.2 a) del Reglamento 1481/ 71, que expresamente lo señala como:

“La persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de ese Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro”.

El mismo contenido recoge el apartado b) para el trabajador fronterizo por cuenta propia.

A lo expuesto, debe añadirse las modificaciones introducidas con respecto a esta categoría de trabajadores por el Reglamento núm. 988/2009 de 16 de Septiembre de 2009, que modifica el Reglamento 883/2004, a este respecto, hay que puntualizar que por regla general estos trabajadores fronterizos disfrutan de todas las prestaciones concedidas a los trabajadores

¹³⁴⁶ Art 3.6 de la Directiva 96/71/CE

migrantes en el Estado miembro donde tienen su empleo. Sin embargo, sus prestaciones presentan ciertas peculiaridades que a raíz del citado Reglamento de 2009, que han sido modificadas quedando su configuración actual del siguiente modo: En primer lugar, en materia de prestaciones en especie, que son las detalladas en el art 18.1 de esta disposición, comprendiendo que conforman las mismas:” las prestaciones de enfermedad, de maternidad y de paternidad asimiladas, las definidas o admitidas como tales por la legislación que aplique el Estado miembro y que estén destinadas a proveer, facilitar, abonar directamente o rembolsar los costes de la atención sanitaria y de los productos y servicios accesorios de dicha atención. Esto incluye las prestaciones en especie de atención de larga duración, así como todas las prestaciones en especie derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y se establecen en los regímenes de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los Estados miembros.”.A partir de este reciente Reglamento, se extiende el ámbito subjetivo de este derecho a los familiares del trabajador transfronterizo, que si bien, anteriormente se reconocía el derecho a las prestaciones en especie durante su estancia en el Estado miembro de empleo, a partir de ahora, se suprime el requisito de subordinar su otorgamiento a “la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia”,lo cual supone una mejora en la coordinación de la asistencia en especie que se presta entre los diferentes Estados de la Unión.

En segundo lugar, continúa vigente, la excepción a esta regla general prevista en el art 18.2 *in fine*, que estipula que se exceptúa de su aplicación, cuando el Estado miembro de empleo este mencionando en el Anexo III del Reglamento de 2009, donde figuran actualmente: Dinamarca, Estonia, Irlanda, España, Italia, Lituania, Hungría, Países Bajos, Finlandia, Suecia y Reino Unido”.De modo que, a tenor de dicha norma cuando se trate de alguno de estos once Estados miembros, para tener derecho a las prestaciones en especie los familiares del trabajador fronterizo, se tendrá en consideración la naturaleza de la prestación y la duración de la estancia¹³⁴⁷.

¹³⁴⁷ En este sentido se manifiesto la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 18 de Noviembre de 2010 (petición de decisión prejudicial planteada por el Finanzgericht Baden-Württemberg — Alemania) — Alketa Xhymshiti/Bundesagentur für Arbeit — Familienkasse Lörrach (Asunto C-247/09). En donde un nacional de un Estado tercero que trabaja en la Confederación Helvética y reside con su esposa y sus hijos en un Estado miembro cuya nacionalidad tienen sus hijos, reclamo prestaciones en especie para éstos y le fueron denegadas en base a que “ no se puede declarar que el Estado miembro de residencia esté obligado a aplicar a dicho trabajador y a su esposa los Reglamentos (CEE)Nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, puesto que la situación de ésta se rige por la legislación del Estado miembro de residencia .El mero hecho de que los hijos de dicha nacional sean ciudadanos de la Unión no hace ilegal la denegación de la concesión de las prestaciones familiares en el Estado miembro de residencia cuando, como se desprende de las apreciaciones efectuadas por el tribunal remitente, no se cumplen los requisitos legales necesarios para tal concesión”.

En tercer lugar, otra innovación destacable, se encuentra con respecto a las normas especiales aplicables a los jubilados, siendo esta una de las materias que han sido objeto de mayor modificación por parte de los Reglamentos comunitarios. En este sentido, se aprecia como en el Reglamento 1408/1971, preveía que los trabajadores fronterizos y sus familiares solo tenían acceso, bajo ciertas condiciones, a la asistencia sanitaria en el antiguo Estado de empleo, pues hasta ese momento una vez jubilados solo tenían derecho a tal cobertura en el Estado de residencia. Posteriormente, el Reglamento de 2004, dispuso en su art 28.1 , que se permitiera al trabajador jubilado y por analogía también a su familia o a sus supervivientes, a que en caso de enfermedad, pueda optar entre seguir recibiendo prestaciones en especie en el Estado miembro en el haya ejercido su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia, siempre que cumpliera los condicionantes dispuestos para estas prestaciones: que sean continuación del tratamiento iniciado en dicho Estado miembro y que el pensionista en los 5 años anteriores a obtener esta condición, hubiera ejercido durante al menos dos años una actividad como trabajador fronterizo por cuenta ajena o propia. Actualmente el vigente Reglamento de 2009, en su Considerando 8, sustituye al citado art 28.1 del anterior Reglamento, ampliando el ámbito subjetivo de destinatarios figurando junto a los trabajadores fronterizos jubilados, los beneficiarios de invalidez que anteriormente hubieran tenido la condición de fronterizos, así como a los miembros de su familia, exigiéndose para su percepción que dichas prestaciones sean continuación de un tratamiento iniciado en dicho Estado miembro. Definiéndose por primera vez en el citado precepto, que se entiende por “continuación del tratamiento”, identificándolo con la continuación de las pruebas, el diagnóstico y el tratamiento de una enfermedad hasta que finalice. *A sensu contrario*, quedan excluidos de la prestación de invalidez por ser de aplicación el Reglamento de 2004, los trabajadores y familiares que figuran incluidos en el Anexo III del Reglamento de 2009 (que son los anteriormente referenciados). Asimismo el nuevo Reglamento, pretende corregir la desigualdad existente actualmente en el tratamiento de la seguridad social dependiendo donde el trabajador fronterizo comunitario preste sus servicios, puesto que si el Estado de empleo figura en el citado Anexo, se supedita la aplicación del derecho comunitario a la exigencia de conformidad bilateral de los Estados implicados manifestadas en el citado Anexo. Lo cual, conlleva a examinar los Anexos para determinar si el trabajador y su familia tienen o no derecho a las prestaciones de seguridad social, el alcance de las mismas y el reglamento aplicable. Fruto de lo expuesto, es un clima de inseguridad jurídica para el trabajador fronterizo comunitario y por el ello, el vigente Reglamento pretende subsanarla y de este modo conseguir una cierta armonización en las normas de seguridad social, por ello ha insertado dos nuevos artículos el 10 bis y 10 ter. En el primero, se establece que las rubricas en el Anexo III correspondientes a Estonia, España, Italia,

Lituania, Hungría y los Países Bajos dejarán de tener efecto cuatro años después de la fecha de aplicación del presente Reglamento, es decir, el 1 de Mayo de 2014. Y en cuanto al segundo, dispone que los 5 países restantes, que figuran en el citada lista: Dinamarca; Irlanda, Finlandia, Suecia y Reino Unido, serán revisados su inclusión en el Anexo III, a efectos de que a dichos países les resulte de aplicación las normas dispuestas en el actual Reglamento, como muy tarde el 31 de Octubre de 2014.

En cuanto al resto de prestaciones a la que tienen derecho los trabajadores fronterizos comentarios son las que figuraban el Reglamento 883/2004 y que continúan vigente actualmente al no haber sido modificadas por el reciente Reglamento de 2009.

En cualquiera de los casos, desde mi punto de vista mientras se sigan aplicando las excepciones contenidas en los Anexos para determinados países en materia de seguridad social, subsistirá un trato discriminatorio hacia el trabajador fronterizo comunitario, que se refleja actualmente en la duplicidad de legislaciones, así como se exige en muchos casos realizar un doble calculo de prestaciones, así como revision de las resoluciones anteriores ,generándose el problema en muchos casos, de que a pesar de que el hecho causante de la prestación fuese anterior al 11 de Mayo de 2010, si la solicitud no se hubiera liquidado con anterioridad a dicha fecha, se produce una doble liquidación¹³⁴⁸. Todo ello, unido al reducido numero de beneficiarios aplicable y a lo complejo que resulta la aplicación al mismo tiempo de dos reglamentos tan complejos, genero que se propusiera la ampliación de aplicación de las disposiciones contenidas en los reglamentos de 2004 y 2009, a los nacionales de terceros países ,que debido únicamente a la nacionalidad no estén cubiertos por las mismas, con la finalidad de conseguir simplificar la coordinación no solo para asegurados sino tambien para las instituciones de seguridad social implicadas y a su vez, facilitar el tratamiento de datos(vía telemática aplicable a intercambio de datos, reembolso de gastos ,asimilación de prestación, ingresos, etc) con la consiguiente disminución de gastos administrativos . Ahora bien, expuesto el ámbito de protección social en Europa de los trabajadores comunitarios fronterizos, realizaremos un análisis sintetizado de la traslación de esta protección a los trabajadores extranjeros extracomunitarios. Para ello, conviene precisar que los Reglamentos comunitarios de coordinación 883/2003 y 987/2009, cuya entrada en vigor se produjo finalmente el 1 de

¹³⁴⁸ En estos casos la solución adoptada es la siguiente: liquidar la pensión aplicándole el Reglamento 1408/71 para el periodo anterior a la fecha de entrada de los nuevos reglamentos en los territorios del Estado miembro correspondientes. En cambio, se liquidara aplicándole el Reglamento 883/2004, para el periodo posterior a la fecha de entrada de los nuevos reglamentos el territorio del estado miembro correspondiente. De modo que, si la cuantía de la pensión liquidada conforme al Reglamento de 1971, es más elevada se reconocerá y se abonara esta según dicha disposición. Pero si por el contrario lo es la liquidada conforme al Reglamento de 2004 y el posterior de 2009, es mas elevada se reconoce el derecho a la pensión conforme al Reglamento del 71, hasta la fecha de aplicación de los anteriores reglamentos, y cuyos efectos económicos a partir de esa fecha se reconocerá y abonara la pensión según esta norma comunitaria.

Mayo de 2010, han sustituido a los Reglamentos 1408/71 y 574/72 pero solo para los trabajadores comunitarios, dejando excluido de su ámbito de aplicación tácitamente a los trabajadores extracomunitarios, que únicamente quedan incluidos en el campo de aplicación de los mismos, cuando fallecen y generan derecho a pensión a favor de sus familiares supervivientes, por ello el Comité Económico Social Europeo, elaboró un Informe sobre la “propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de seguridad social”¹³⁴⁹, que en sus Observaciones Generales contenidas en los apartados 4.7 y 4.8, señalaba que al igual que se modificaron diferentes reglamentos para que se pudieran adaptar a los Reglamentos 1408/71 y 574/72, los países de la CEE, Suiza y Groenlandia, en base al principio de igualdad de trato. Se propuso por el citado organismo su aplicación a los nacionales de terceros países cuya regulación en materia de Seguridad Social, viene siendo efectuada por el Reglamento 883/2004¹³⁵⁰. Debido a que los trabajadores de los citados países de la UE y Groenlandia así como los de terceros países no comunitario (incluidos los transfronterizos)¹³⁵¹, tienen unas desventajas sociales con respecto a los comunitarios pero que sin embargo no fueron tenidas en cuenta.

En resumen, como regla general actualmente, los países de la UE (salvo determinadas excepciones) en materia de Seguridad Social se rigen por los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, y los principios fijados por estos que son: asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos, totalización de periodos y exportación de prestaciones¹³⁵².

Excepcionalmente los nacionales de la EEE, Suiza, Groenlandia y nacionales de terceros países no europeos, les resulta de aplicación lo dispuesto por el Reglamento 859/2003, cuyas connotaciones más destacadas en la materia que nos ocupa son: posibilidad de totalizar periodos

¹³⁴⁹ COM(2006)16 final-2006/0006(COD)

¹³⁵⁰ La UE hasta la fecha, jamás ha manifestado su vocación de conseguir una igualdad en la protección social de los trabajadores. En este sentido, si examinamos el Preámbulo del Reglamento 883/2004, en su apartado 4 y 5 dispone lo siguiente: Es necesario respetar las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social y establecer únicamente un sistema de coordinación. (5) En el marco de dicha coordinación es preciso garantizar a las personas interesadas la igualdad de trato dentro de la Comunidad conforme a las diversas legislaciones nacionales.

¹³⁵¹ Comunicación de la Comisión sobre las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos de la Comunidad que residen en regiones fronterizas y, en particular, de los trabajadores fronterizos, COM(1990) 561 final, Plan de acción 1997 para la libre circulación de los trabajadores y Propuesta de la Comisión por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 (COM(1998) 394 final, DO C 344 de 12.11.1998 p. 0012) que prevé la eliminación de las cláusulas de residencia para el acceso de los trabajadores fronterizos a las prestaciones sociales.

¹³⁵² MARÍN LÓPEZ, A., (1973). La aplicación territorial de las normas de la seguridad social”, *AESJ*, vol. II, págs 31-51; *id.*, Régimen de entrada, permanencia y salida en territorio español de los extranjeros, *AESJ*, vol. V, 1976, págs 179-202; *id.*; y, El contrato de trabajo en Derecho Internacional Privado, *AESJ*, vol. VI, 1977, págs. 181-216.

y exportar prestaciones en el espacio de la UE, si bien, no se les permite exportar a terceros países dichas prestaciones.

Pero si por el contrario, se trata de nacionales a los que les sean de aplicación los convenios bilaterales suscritos por España, les serán de aplicación las normas previstas en los mismos.

Actualmente España tiene suscritos veintiún acuerdos bilaterales de Seguridad Social¹³⁵³ con los siguientes países: Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Canadá (excepto Québec), Chile, Colombia, Republica Dominicana, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, Marruecos, México, Paraguay, Perú, Rusia, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

Los Convenios Bilaterales de Seguridad Social, suscritos por España y que han sido sustituidos por los Reglamentos comunitarios son los firmados con Alemania, Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza. Sin embargo, hay algunas disposiciones de estos Convenios que continua vigentes respecto de las personas, incluidas en su campo de aplicación, procedentes de otras nacionalidades diferentes a las de los Estados partes de aquellos, lo mismo que algún otro suscrito con países terceros.

Por tanto, de los vigentes Convenios la cobertura en las prestaciones vendrá subordinada por su inclusión en el campo de aplicación:

Aquellos que se aplican exclusivamente a los nacionales de ambos países a los refugiados y a los apátridas residentes en España: Chile, Colombia, Ecuador, Filipinas, Marruecos, México, Rusia y Túnez.

Los que además de a los nacionales de ambos países, refugiados y apátridas residentes en España y a los supervivientes nacionales, aunque los trabajadores no lo fueran: República Dominicana, Ucrania y Venezuela.

Los que incluyen a los trabajadores que hayan venido prestando sus servicios en ambos países, sin que sea tomada en cuenta la nacionalidad: Andorra, Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Paraguay, Perú y Uruguay.

Y finalmente Convenio aplicable únicamente a las personas que residan o hayan residido en Australia.

En todos estos casos, la normativa aplicable en materia de Seguridad Social, vendrá determinada por el propio Convenio y de forma supletoria en lo que resulte más beneficiosa, por lo dispuesto en la ley de extranjería vigente en nuestro país y también por las normas

¹³⁵³La situación de los trabajadores extracomunitarios en el ámbito de la protección social en Europa. Instrumentos comunitarios y convenios bilaterales. Instrumentos comunitarios y convenios. Recuperado el 30 de Enero de 2011, del sitio web www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Pon.V.Trejo_.doc

internacionales suscritas por España. Asimismo, en el resto de países miembros de la UE, la protección otorgada a los trabajadores extracomunitarios ,se subordinan a lo que disponga su legislación interna y sus leyes de extranjería, exigiéndose en algunos casos residencia legal, en otros no, en otros además de se van a exigir el cumplimiento de otros requisitos adicionales ,sin que por tanto, se garantice en el momento actual, el principio de igualdad de derechos en materia de Seguridad Social, en igualdad de condiciones que a sus nacionales en el espacio de la UE y tampoco existe una perspectiva a corto plazo de que este hecho se produzca, aduciendo entre otras razones a que la aplicación del principio de igualdad entre los trabajadores comunitarios y extracomunitarios, se circunscriben a cuestiones de carácter político-administrativo, de acceso al empleo y con las condiciones de desarrollo de éste, sin embargo, también esta desigualdad repercute en la necesaria coordinación o exportación de la protección social que se otorga a estos trabajadores y en un momento de crisis económica a nivel europeo como el vigente, opino que no se ni tan siquiera a plantear(como ocurre con los trabajadores transfronterizos marroquíes que prestan sus servicios en Ceuta y Melilla, les será de aplicación las normas contenidas en el mismo y en su defecto, de forma supletoria por lo dispuesto por las leyes de extranjería dictadas por nuestro país, por lo que éstos sufren una clara desprotección si se compara su sistema con el régimen más favorable que contiene la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social)

Seria pues necesario, formular la elaboración de una ley marco europea- que permita la consecución de dos objetivos: la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para calcularlas, y el pago de las prestaciones a las personas que residan en el territorio de los países miembros. De modo que, solo a través de la armonización y consecuentemente de la igualdad en derechos sociales, se puede conseguir la integración social de los inmigrantes de terceros países en el ámbito comunitario y dado que el que el iter normativo comunitario se ha caracterizado por una mutación de sus objetivos, es lógico prever que en un futuro a medio plazo, la política social se convierta en uno de los principios en la que se fundamente.

4.5. EXÁMEN DE LOS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS POR LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

4.5.1. EVOLUCION LEGISLATIVA PRECONSTITUCIONAL

En el siguiente epígrafe procederemos a examinar el tratamiento realizado por parte de la legislación española de la inmigración en general y en particular, de los trabajadores transfronterizos. Para ello, tomaremos como punto de partida, su evolución para poder

comprender el fenómeno de la inmigración en general y el caso concreto de los trabajadores transfronterizos por parte de la legislación española, es necesario, en primer lugar, delimitar y tratar de definir el término y en segundo lugar examinar la evolución histórica para poder entender el tratamiento que de la inmigración se realiza en nuestro país. En relación con la primera premisa, se observa como del análisis de nuestro ordenamiento jurídico, se desprende que no existe una definición del mismo.

De otra parte, para configurar su contenido, hay que comenzar englobándolo en un espectro más amplio el de *trabajador extranjero*, cuyo primer antecedente se encuentra en el Decreto de 17 Noviembre de 1852, durante el reinado de Isabel II, constituye el primer conato¹³⁵⁴ para elaborar una norma sobre extranjería en España".Esta norma se limita a ser una recopilación de toda legislación anterior existente en la materia y su adaptación a la coyuntura del momento, si bien, no contenía una definición de quiénes eran extranjeros, sino una enumeración de quiénes gozaban o padecían tal condición .¹³⁵⁵

Más tarde, el Decreto de 1931¹³⁵⁶, nace en una coyuntura de fuerte presión migratoria, coincidente una crisis económica en España y restricción de la emigración en los españoles en los países que tradicionalmente nos habían acogido. De este modo, el legislador español se situaba ante la difícil tesitura de no caer ni en un proteccionismo nacionalista insolidario ni, en el lado opuesto, en una actitud de «lenuidad ruinosa» para los trabajadores nacionales, según expresión del referido Decreto. Buscando una posición de equilibrio, esta norma pretendía evitar

¹³⁵⁴ El citado Decreto, supone el precedente en nuestro ordenamiento jurídico para que se pueda expulsar aun extranjero como medida administrativa (no legislativa, hasta ese momento ausente de regulación en el Código Penal), siempre que este se encontrara subsumido en alguno de los supuestos contenidos en la citada norma: a) indocumentados, b) de los vagos y c) los que huyen de la justicia.

¹³⁵⁵ En opinión del profesor MIRALLES P. P., manifiesta en el periódico digital sindistancia.uned en la conferencia publicada sobre *La legislación de extranjería en España del s. XIX al XXI*, en Tenerife el 12 de Julio del 2006. Destaca la ausencia de legislación (a excepción de algunas Circulares y Decretos) desde que se dictó esta norma, hasta que se promulgo la Constitución española en 1987. Justificando esta ausencia, en base a que España es un país de emigrantes. Estableciendo un trato discriminatorio en cuanto a su tratamiento, ya que de una parte ,si manifiesta su preocupación con los países latinoamericanos incluso durante la etapa franquista, regulando convenidos de doble nacionalidad, para que nuestro nacionales pudieran obtener la nacionalidad en los países receptores y conservar la suya propia. Pero en cambio, se daba un desequilibrio frente a la otra parte, puesto que entonces los latinoamericanos no emigraban a España.

¹³⁵⁶ Real Decreto 403/1931 de 16 de Enero del Ministerio de Trabajo y Previsión. (R. A. 1930/1727). Por el que se regula el Trabajo de los extranjeros en España en diversas actividades.

la miseria y explotación de los trabajadores extranjeros, pero también canalizar legalmente su situación en España¹³⁵⁷.

Es por ello, por lo extiende su ámbito de aplicación funcional a la industria, agricultura, comercio y profesiones libres(es decir, prácticamente a todas las actividades) y en él se define el término trabajador extranjero, como *“toda persona varón o hembra mayor de quince años, no nacida ni nacionalizada en España, que ejerza o trate de ejercer en el país un oficio, arte o empleo asalariado, manual o técnico, cualquiera que sea la forma y cuantía de la retribución con que se remunere sus servicios, y todas aquéllas otras de igual condición legal que laboren por su cuenta, haciendo uso de instrumentos de trabajo o útiles de rendimiento económico de su propiedad, que se dediquen al comercio ambulante o se empleen también por cuenta propia en ocupaciones que no requieran otra aptitud personal que la dimanante del simple esfuerzo físico”*.

De la transcripción literal de la definición, se infiere una amplitud suficiente como para abarcar a cualquier extranjero que realizase alguna actividad en la nación, pues el concepto de “ocupación que no requiera otra aptitud personal que la que provenga del simple esfuerzo físico”. Si bien, ante la dificultad para determinar en que consiste este *esfuerzo físico*, se favorece por parte de esta norma, la inclusión de cualquier actividad intelectual o de dirección. De otro lado, el requisito de *“no nacida ni nacionalizada en España”*, dada su imprecisión, motivó que con posterioridad determinados grupos de trabajadores extranjeros nacidos en España pretendiesen quedar exceptuados del ámbito de aplicación de las sucesivas normas de extranjería, pese a ello, el legislador mantuvo sustancialmente la definición dada por este Decreto que, del término trabajador extranjero que en ésta se formulaba, como más adelante se verificará.

En lo que se refiere al ámbito personal de aplicación de esta norma, sólo se excluida de la misma, los casos que pudieran derivarse de estipulaciones contenidas en Tratados o Convenios Internacionales suscritos por España, en tanto no se extinguieran o denunciásemos. Esta exclusión, ante las dificultades de precisar cuáles eran las excepciones de su ámbito de aplicación, sería una de las causas que motivaron la posterior suspensión de la disposición¹³⁵⁸.

Al hilo de lo expuesto, se desprende que el ámbito territorial del citado Decreto, tácitamente se infiere que comprendía todo el territorio nacional. Asimismo de su articulado se deduce, que permitía la continuidad de las relaciones laborales con extranjeros. No obstante, anunciaba que en su momento habrían de ser sustituidos por nacionales, cuando existiesen éstos

¹³⁵⁷ MONTOYA MELGAR A., (2006). *Tendencias actuales sobre el ámbito personal del derecho del Trabajo*. Publicado en Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación” núm. 36, págs. 63-90.

¹³⁵⁸ Real Decreto de la Presidencia 31/3/31(R. A. 1930/1915)

y estuvieran sin colocación y con la capacitación suficiente, conforme a las normas que debería dictar el Ministerio de Trabajo y Previsión. De este modo, parece obvio, que la sustitución se realizaría de forma gradual, puesto que, incluso se regula la documentación necesaria a fin de que los trabajadores extranjeros, pudieran permanecer en el país, siendo significativo que no se prevea plazo de caducidad para las autorizaciones de residencia y trabajo que se expendieran a los extranjeros, y que serían éstas consideradas *como título de legítima residencia en España*. Asimismo, declaraba, en el caso de trabajo por cuenta ajena, la necesidad de que este adoptara la forma escrita, debiendo ser visado el mismo por la Jefatura de unos servicios especiales que se crearían al efecto, y consagraba por primera vez, en nuestro Derecho del Trabajo, el principio de igualdad de salario entre español y extranjero¹³⁵⁹.

No obstante, la suspensión de la norma, por la ambición en su contenido en un momento político inadecuado, si se atiende a obedeció de una parte, a la complejidad de relaciones que intentó regular debido a la imposibilidad material de llevar a cabo su aplicación, al no disponerse de los medios necesarios para el preceptivo control de extranjeros; y de otra, al no revestir la simpleza que pudo imaginar el legislador, por la previsión establecida en la misma de la sustitución de extranjeros por españoles. Todo ello, hizo que su vigencia temporal fuera efímera, siendo suspendido el referenciado Real Decreto, tan sólo a los dos meses siguientes a su publicación.

En consecuencia, tras la suspensión del Decreto de 1931, se dicta un nuevo Decreto¹³⁶⁰ en 1932, que deroga el anterior y en el que se mantiene la definición dada en el mismo de trabajador extranjero. En el citado Texto, se prevé igualmente la continuidad de las relaciones laborales de los extranjeros, pero estableciendo la obligación de cubrir las vacantes que se fuesen produciendo, con españoles que se encontraran en paro involuntario y estuviesen capacitados profesionalmente, según normas que a corto plazo habría de dictar el Ministro de Trabajo y Previsión Social, oído el Consejo de Trabajo¹³⁶¹.

¹³⁵⁹ Esta igualdad entre nacionales y extranjeros ya aparecía consagrada en el art. 44 del Código del Trabajo de 1926: “*los operarios extranjeros gozarán de los beneficios de la presente legislación*”

¹³⁶⁰ Decreto de la Presidencia 8 de Septiembre de 1932 del Ministerio de Trabajo y Previsión.(R. A. 1932/1157),rubricado” Trabajadores Extranjeros”

¹³⁶¹ En realidad, esta norma como aspecto positivo de la misma merece destacar, el cumplimiento de lo preactuado en el Decreto de 1931, y que no es otro que la sustitución del trabajador extranjero por el nacional, si hay demanda de empleo por parte del mismo y tiene la cualificación suficiente. Es a nuestro juicio, el primer antecedente en nuestro derecho, del carácter restrictivo de la colocación de extranjeros y cuya transposición en la actualidad se da en la relación de puestos de difícil cobertura previstas en leyes de extranjería posteriores.

Si bien, desde nuestro punto de vista, la novedad quizás más importante de esta norma además de la apuntada anteriormente, consiste en la *equiparación que se ofrece al extranjero con los nacionales*(equiparación no prevista en R.D. 16/I/31) siempre y cuando lleven al menos cinco años de residencia en el país, y aún a los sin tener esa condición, pero hubiesen constituido familia en el país o el tuvieran prole, están equiparados a los españoles.(Este novedad de la normativa se mantuvo hasta que se promulgo el Decreto 29/8/1935, si bien, manteniéndose por esta la protección del despido de los trabajadores que se encontrasen encuadrados en este grupo, pero condicionando dicha protección al principio de reciprocidad que se en el país de origen del extranjero con respecto a los españoles).

De otra parte, el aludido Decreto de 1931, declara la necesidad, de que el contrato de trabajo deber ser visado por los Jurados Mixtos correspondientes y por los Servicios de Colocación y Defensa contra el Paro, cuando el extranjero y en todo caso, será obligatoria la “Carta de Identidad Profesional” que lo legitima para poder residir en España. Este documento tenia una validez de un año y su renovación quedaba supeditada a que subsistiesen las mismas circunstancias laborales que determinaron su expedición.(Esto es una novedad que establece este Decreto de 1932,en relación con el anterior, donde si se creó este documento como necesario para que el extranjero por cuenta ajena pudiera desempeñar su actividad en nuestro país, pero en el mismo, no se regulaba plazo de caducidad alguno para dicho documento, y en consecuencia tampoco se determinaban los requisitos necesarios para su renovación).

Ahora bien, ¿A que extranjeros se preceptúa la tenencia de la citada “Carta de Identidad”?El aludido Decreto de 1932, es más pormenorizado que anterior que sólo obligaba al extranjero a su tenencia, sin especificar determinadas categorías profesionales en las que el citado documento era requisito indispensable para el desempeño de una actividad profesional. De modo que, en el mismo, se establece como único documento exige para el desempeño de las siguientes cuatro actividades concretas en nuestro país:

- Cargos de dirección o gerencia, entendiéndose por tales únicamente los que llevaran aparejada bajo su responsabilidad personal la dirección efectiva de la empresa y fuesen responsables de la misma ante sus propietarios.

- Extranjeros que gocen del principio de extraterritorialidad.
- Los estudiantes.

- Los admitidos en el comercio o la industria a título de “practicantes temporales”, cuyo ingreso y tiempo de permanencia, habrían de regirse conforme a normas de estricta reciprocidad, salvo caso de existencia de Convenio Especial en esta materia.

Asimismo, sigue consagrado como principio rector en estas relaciones laborales, la *igualdad de salario con los nacionales*, que ya había establecido previamente el R.D. 16 de Enero de 1931.

En lo referente al despido, el art 11 del Decreto de 1932, regulaba que en caso de hubiese que efectuar despidos en la empresa por falta de trabajo, éstos se ordenarían proporcionalmente en relación al número de extranjeros y españoles que conformaran cada categoría profesional. Esta consideración, ausente por discriminatoria en las leyes de extranjería promulgadas tras la Constitución Española de 1978, y que a juicio del legislador en ese momento, responde a una actitud moderada respecto a la permanencia en el trabajo de los extranjeros. Medida que viene a ratificar el punto 10 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Previsión de 25/10/32(R. A. 1362), dictada en desarrollo del Decreto que nos ocupa, y que textualmente dice:

“...ya que el régimen que éste establece (el Decreto 8/11/32) no se basa en un espíritu restrictivo, sino principalmente en la necesidad de tener un control de las actividades desempeñadas por extranjeros”

Y el punto 19:

“Contra los acuerdos de las Oficinas de Colocación y de los Jurados Mixtos, rechazando la admisión de peticiones de cartas de identidad profesional y de visado del oportuno contrato de trabajo, podrán alzarse los interesados ante este Ministerio”.

Por otro lado, al año siguiente, se dicta un Reglamento de accidentes en la industria¹³⁶², del que también van a ser participes los extranjeros que trabajen en esta rama de actividad. Dicha norma, extiende su ámbito de aplicación, también a los operarios extranjeros, de los beneficios que establecía el Reglamento en igualdad de condiciones que los españoles siendo requisito *sine qua non* para esta igualdad limitada, que los derechohabientes del extranjero residiesen en España, si querían ser beneficiarios de la prestación derivada del referenciado accidente. Mientras que, sino concurría esta circunstancia en el supuesto de no residencia, la regulación era bien distinta, en tal caso la normativa aplicable, se basaba en el principio de reciprocidad que existiese con el país de donde fuesen naturales los extranjeros, dándose en consecuencia, un trato diferenciado a la misma situación jurídica y subordinando la presunta igualdad con los españoles, a la residencia de sus herederos en nuestro país, para ser beneficiarios de la correspondiente prestación .

Posteriormente el Decreto de 29 de Agosto de 1935, asimila la definición legal existente en nuestro Derecho en ese momento, resultando paradójico que de nuevo, se vuelva a rebajar la

¹³⁶² Decreto 31/I/1933 (R. A. 182).Accidentes de Trabajo. Reglamento de Accidentes en las Industrias.

edad laboral (14 años la edad mínima para que el extranjero pueda trabajar en España)¹³⁶³; y además enumera las situaciones en las que los extranjeros pueden encontrarse desempeñando su actividad en nuestro país, por cuenta ajena y por cuenta propia. Ambas categorías aparecen ubicadas en el art.2 del citado Decreto, en la que se define al trabajador cuenta ajena como “*toda persona varón o hembra, mayor de 14 años, no nacida ni nacionalizada en España, que ejerza o trate de ejercer en el país un oficio o empleo asalariado, bien sea manual, técnico, artístico o pedagógico, o de dirección o gestión, cualquiera que sea la forma y cuantía de la retribución con que se remunera su servicio*”.

Se desprende de esta definición, que el legislador consagra la igualdad formal en su desempeño por ambos géneros, hombres y mujeres, exclusivamente para el ejercicio de actividad por cuenta ajena. Asimismo en el citado artículo, continua su redacción conceptuando al trabajador extranjero autónomo, en los siguientes términos” *toda persona de igual condición legal, que labore por su cuenta, empleando instrumentos de trabajo útiles de rendimiento económico de su propiedad o que se dedique también por su propia cuenta al comercio ambulante o a ocupación que no requiera otra aptitud que la dimanada del simple esfuerzo físico*”.

No obstante, de la redacción de trabajador autónomo o por cuenta propia, se observa desde nuestro punto de vista una redacción inoportuna, puesto que a tenor literal de la ley, toda persona de igual condición legal, en lugar de dar luz a la definición provoca cierta confusión en su lectura, pudiendo interpretarse en dos sentidos totalmente opuestos: 1) considerar incluido en el término de persona a ambos géneros, lo que conllevaría a subrayar la igualdad para el acceso a la actividad por cuenta propia a para hombres y mujeres o por el contrario, 2) al omitir de su redacción a ambos grupos se está estableciendo de forma encubierta una discriminación negativa hacia la mujer, impidiendo de este modo, que a dicha omisión suponga en el momento de aplicar la ley una discriminación negativa, que le impida el desempeño de la actividad como trabajadora autónoma. Creemos que dada la coyuntura histórica en la que se aprueba esta ley, el sentido que parece deducirse del legislador en ese momento era la primera, debido a la ampliación de la parcelas de libertad que le supuso el establecimiento de la II República y que posteriormente en el año 1936, con la Dictadura del General Franco, conllevaron una remisión a la situación de subordinación laboral de la mujer.

Asimismo se continua declarando en este Decreto de 1935, necesario que el contrato de trabajo de extranjero, este visado por los Organismos competentes y registrado por el Servicio de Colocación, cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena y de la obligatoriedad de la

¹³⁶³ Debemos de tener en cuenta que la edad mínima para trabajar en España (tanto para los españoles como para los extranjeros) .A partir de este Decreto, el mínimo de edad era a los 14 años y que es a partir de los ochenta, cuando este se amplía, pasando de los 14 a los 16 años.

Carta de Identidad Profesional en todos los casos. Estableciéndose como novedad, que una vez recibida la solicitud, el Servicio de Colocación, debería de publicar en la Gaceta de Madrid, el anuncio de la solicitud de la citada Carta de Identidad, otorgándose un plazo de quince días, para que cualquier español que se considerara capacitado y estuviera interesado en dicha plaza lo comunicara a dicho Servicio. De modo, que sólo en el caso, de que ningún español solicitar la plaza y acreditara su competencia, se concedería el citado documento. se, como el espíritu de esta disposición, (que anteriormente la Orden de 25 de Octubre de 1932) proclamaba que era meramente de control de actividad) se convierte en disposición restrictivo para su otorgamiento y no de mero control como anunciaba la normativa anterior.

En lo referente, a su vigencia, y demás requisitos que debe contener la citada Carta, se mantienen vigentes lo regulado en la norma anterior, volviéndose a ratificar la igualdad de condiciones de trabajo de los extranjeros con los españoles. Si bien, se incluye como novedad, que para el trámite de la expedición de renovación de la citada Carta de Identidad, debe instarse por el interesado un mes antes de la terminación de la que tuviera expedida.

Por su parte, el citado Decreto tiene un carácter restrictivo par los inmigrantes, al prohibir el empleo de trabajadores extranjeros en las industrias o servicios que tuvieran relación con la defensa nacional, y en aquellas empresas o servicios que fuesen explotados directamente, contratados, concedidos o intervenidos por el Estado, la Región, la Provincia, o el Municipio, o que gozaran de protección por los entes citados.

Además, a diferencia del R.D. 8/9/32, se dispone que en caso de ser necesario efectuar despidos en la empresa, éstos se llegarían a cabo dentro de cada clase o categoría profesional empezando por el personal extranjero, y no proporcionalmente a los porcentajes nacionales y extranjeros, como estipulaba la norma citada. Es decir, por primera vez, de forma expresa, se regula una norma discriminatoria contra los extranjeros en caso de producirse un despido y sin justificar el legislador la causa de esta preferencia. Si bien, se exime de este trato discriminatorio, aquellos extranjeros que tengan en aquel momento más de cinco años de residencia en España, están casado con españoles, o tengan prole española. Si bien, se supedita su exclusión al principio de reciprocidad que se observara en el país de donde fuesen naturales con los españoles.

De este modo, se produce una ampliación e la prohibición, puesto que hasta el Decreto de 1932,se asimila el tratamiento a los extranjeros que cumplieran estos requisitos con los españoles,(pero tras la promulgación de este Decreto de 1935,éstos en principio se excluyen de preferencia para el despido, pero condicionando esta exclusión pese a tener residencia en España durante más de cinco años) a la igualdad de trato que su país de origen presten a los

españoles, de lo que se deduce que el contenido de esta norma es más restrictiva en materia de despido de las que anteriormente hemos venido analizando.

Por otro lado, una novedad importante, prevista en la norma objeto de estudio, es que para el caso de solicitudes de permisos de trabajo por cuenta propia, la Delegación Provincial de Trabajo, debería publicarlas en la Gaceta de Madrid, a fin de que los españoles que se sintiesen perjudicados, pudieran hacerse oír por el Ministro en el plazo de quince días. Del contenido del presente artículo, se desprende de nuevo la reticencia por parte del legislativo, a permitir la entrada de extranjeros en nuestro país, ya que los anteriores Decretos, sólo obligaban a publicar dichas solicitudes cuando se trataba de permisos de trabajo por cuenta ajena, extendiéndose a partir de esta disposición, también a los trabajadores autónomos o por cuenta propia que sean extranjeros¹³⁶⁴.

Por su parte, la Orden de 12 de Noviembre de 1935, complementaria o aclaratorio del Decreto de de 29 de Agosto de 1935, fue dictada por el nuevo Estado, y pretendía adaptar el Decreto que desarrollaba, a la situación de guerra por la que atravesaba la nación, estableciendo el trámite a seguir para las solicitudes de *Cartas de Identidad Profesional* en los territorios bajo dominio nacional. En relación a regulación, va más allá del contenido de norma y establece de *motu proprio*, la determinación de un cupo profesional para los españoles y una proporción establecida para los extranjeros señalando que” *estarán sujetos al régimen de concesión de carta profesional¹³⁶⁵ aquellos que trabajen por su cuenta, y se entiende que trabajan por su cuenta los que tienen a sus órdenes menos de cuatro empleados. Para el caso éste se exige que de esos cuatro empleados, dos por lo menos sean españoles; pero para aquellos que estén empleados a las órdenes de personas que no se consideren a sí mismas como trabajadores, no hay limitación. Para éstos el cupo de extranjeros y el cupo de españoles está completamente*

¹³⁶⁴ En los Discursos pronunciados en el Congreso de Diputados los días 21 de Noviembre y 4 de Diciembre de 1935, sobre los “Profesionales Extranjeros en España”. Se constata que, a pesar de la preferencia establecida en el Decreto de 29 de Agosto de 1935, sobre la colocación en caso de vacante de trabajador nacional en lugar de extranjero, esta disposición sufrió fuertes críticas por parte de los Colegios Profesionales, sobre todo de arquitectos, que consideran la actividad profesional de estos técnicos, como un intrusismo profesional y perjuicio para el desempleo de estos colegiados en nuestro país, que aquel momento se cifraba en 500 ó 600 ingenieros españoles en paro.

¹³⁶⁵ LLUIS J. Y NAVA (1958). Restricciones al trabajo de extranjeros en España R.G.L.J. ,Septiembre de 1958,pág.273 .Señala que el permiso de trabajo, en un primer momento se denominó Carta de Identidad Profesional ,cambiando posteriormente de nombre por el de Tarjeta de Identidad Profesional, ambos términos son imperfectos, por no ser en esencia documentos de identidad, sino tratarse realmente de autorizaciones.

abierto. “Sin embargo, en el aludido Decreto, que regula la actividad de los extranjeros en España, excluye la fijación de dicho cupo¹³⁶⁶.

Por su parte, a tenor de la definición de trabajador extranjero formulaba el Decreto de 29 de Agosto de 1935, al considerar al mismo como”...*toda persona no nacida ni nacionalizada en España...*”, motivó que los extranjeros nacidos en el país, elevasen consultas al Ministerio de Organización y Acción Sindical, interesando su posible excepción, en cuanto a su ámbito de aplicación de la norma, como respuesta a este hecho, se publicó la Orden de 4/6/1938(R. A. 355) que resolvió que no debía deducirse que por el solo hecho de haber nacido en España determinase la calidad y condición de trabajador español a favor de la persona que no gozara de nacionalidad española, oponiéndose consecuentemente a las pretensiones de los consultantes.

Posteriormente en el año 1944, se regula la contratación de personal especializado en nuevas industrias¹³⁶⁷, en la que se establece” *que en aquellos casos en que se hiciese necesario la contratación de especialistas extranjeros para el establecimiento de una industria, adaptación de alguna técnica especial, profesional de personal español, o cualquier otra causa de interés nacional así lo aconsejara, el Gobierno podría conceder una autorización especial, por plazo no superior a cinco años y prorrogable por periodos de dos, siempre que subsistirán las causas que aconsejaron su concesión*”.

A su vez, prohíbe a las empresas concesionarias de Servicios Públicos la ocupación de personal extranjero, en aquellos cargos cuya función no fuese meramente de trabajo manual no cualificado.

Una novedad legislativa¹³⁶⁸ importante se produjo al equiparar únicamente a los argentinos a los españoles a efectos laborales, otorgándoles a éstos, a todos los efectos de carácter laboral y previsión social idéntico trato que a los trabajadores españoles, eximiéndoles en consecuencia, de la obligación de proveerse de la Tarjeta de Identidad Profesional prevenida en el Decreto 29 de Agosto de 1935, así como de cualquier otra restricción especial.

Por su parte, el Decreto 29/8/1948 del Ministerio de Trabajo¹³⁶⁹, en su art.1 declara comprendidos en el campo de aplicación obligatorio de los seguros de vejez e invalidez y enfermedad, a los súbditos hispanoamericanos, portugueses, filipinos y andorranos que

¹³⁶⁶ El Decreto de 29 de Agosto de 1935, deroga el RD. 8/9/32 y las Ordenes Ministeriales de 30/9/1932 y la de 8/7/1933, y cuantas disposiciones se opusiesen a lo establecido en dicho Decreto.

¹³⁶⁷ Decreto 23/9/1944(Ministerio de Trabajo). (R. A. 1315).

¹³⁶⁸ Fue en virtud del Decreto 16/4/48(Ministerio de Trabajo) (R. A. 595), por el que se produjo la equiparación de los ciudadanos argentinos a los españoles a efectos laborales.

¹³⁶⁹R. A. 75 y 76 Seguro de Vejez. Invalidez .Susidio familiar. Seguro de enfermedad.

ejercieran actividades laborales en España, y los de los restantes países cuando existiesen Tratados o Convenios sobre el particular, o una reciprocidad pactada o expresamente reconocida.

Posteriormente, se produjo un recorte de derechos hacia este colectivo. De modo que, quedaron excluidos del subsidio de vejez todos los trabajadores extranjeros, excepto los especificados en el párrafo anterior, si bien, se respetaban los beneficios a aquellos que ya tuviesen derecho adquirido.

Esta línea aperturista hacia la inmigración, se vuelve a producir al año siguiente, con ciudadanos extranjeros más próximos, nos referimos a los andorranos¹³⁷⁰, otorgándoles los mismos derechos que los españoles en cuanto, al ejercicio de su profesión u oficio en territorio español.

A tenor de las normas expuestas, dada la evidente discriminación que el legislador español estaba ocasionando a otros extranjeros de estirpe ibérica, el Decreto 22 de Junio de 1956 amplía su ámbito de aplicación hacia otros nacionales. De este modo, en el art 5 de la Ley¹³⁷¹ en correlación con el art 11 del Reglamento, estableció que los trabajadores portugueses, hispanoamericanos, brasileños, andorranos y filipinos, que ejerzan sus actividades laborales por cuenta ajena en territorio nacional quedaran equiparados a los trabajadores españoles.

También se fija que los restantes trabajadores extranjeros gozarán igualmente de los beneficios que establece el citado Reglamento, así como sus derechohabientes que residan en España al ocurrir el accidente.

Sin embargo, la equiparación con los españoles quiebra en los siguientes casos: 1) si los derechohabientes que residieran en España al ocurrir el accidente y posteriormente trasladasen su residencia al extranjero, continuarán disfrutando de los beneficios legales (equiparación con los españoles), si la legislación de su país les otorga en análogas condiciones a los españoles, y el de nueva residencia haya ratificado el Convenio Internacional de Ginebra sobre igualdad de trato en materia de reparación de accidentes¹³⁷², o así se haya estipulado en Tratados Especiales; 2) si los derechohabientes residen en el extranjero, en este caso, se van a volver a requerir el cumplimiento de los requisitos señalados en el apartado 1.

¹³⁷⁰ Decreto 16/12/1949 (Ministerio de Asuntos Exteriores) (R. A. 1456), que equipara a los ciudadanos andorranos con los españoles.

¹³⁷¹ Decreto 22 de Junio de 1956 (Ministerio de Trabajo) (R. A. 1048), relativo a accidentes de trabajo. Texto Refundido de la Ley y del Reglamento.

¹³⁷² Convenio Internacional del Trabajo núm. 19 de 5 de Junio de 1928 (ratificado por España en 1928) relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo

Asimismo conviene recordar que la siguiente prestación que reconoce nuestro sistema (independientemente del accidente que lo hace en 1956 y con recortes en su aplicación como hemos apuntado), se hizo en el SOVI¹³⁷³, será a partir de la modificación del mismo, en virtud del Decreto de 29 de diciembre de 1958, donde se realiza una aproximación concreta al trabajador extranjero, en cuyo artículo 1,c) donde se señala:

“Quedan comprendidos obligatoriamente en el campo de aplicación de los Seguros Sociales de Vejez e Invalidez y Enfermedad”

.... Los residentes hispanoamericanos, portugueses, filipinos y andorranos que ejerzan actividades laborales en España, o Convenio sobre el particular o una reciprocidad pactada o expresamente reconocida”.

Por su parte, el Decreto 4 de junio de 1959, en su art 1b), amplía la extensión de los seguros sociales, anteriormente enumerados a los brasileños y en el apartado c) del mismo Texto, extiende su aplicación en cuanto al derecho a las prestaciones de vejez, enfermedad e Invalidez, al resto de los trabajadores extranjeros, condicionado su reconocimiento a la existencia de una reciprocidad pactada o expresa reconocida con el respectivo país de origen.

En consonancia con esta apertura legislativa, en la Ley 62/1961,de 22 de Julio (R. A. 1047) ,sobre seguro de desempleo, extiende por primera vez el derecho a este seguro a los trabajadores extranjeros, en concreto en su art. 6 que establece:“*Los trabajadores extranjeros al servicio de empresas españolas podrán disfrutar de los beneficios del Seguro en igualdad de condiciones que los trabajadores españoles, sin perjuicio de lo se disponga en los Acuerdos de Reciprocidad, que pudiera concertar el Gobierno*”.

En desarrollo de la Ley, se dicta la Orden 14/9/1961(R. A. 1731), donde se fijan las normas de aplicación de la misma y en su art 1º.3, señala expresamente que están comprendidos en el campo de aplicación del seguro de desempleo ”*los súbditos hispanoamericanos, portugueses, brasileños, filipinos y andorranos, en iguales condiciones que los trabajadores españoles y los naturales de los restantes países, cuando exista reciprocidad pactada o expresamente reconocida*”

Por su parte, en la Ley de Bases de Seguridad Social 193/63 de 28 de Diciembre (R. A. 2067) en su Base Segunda Cinco, relativa al campo de aplicación establece:

Tendrán derecho a los beneficios de la Seguridad Social todos los españoles, cualesquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, que residan en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:...(Es decir, que ejerzan una actividad contributiva)

¹³⁷³ Creado por O. M. de 11 de Febrero de 1940

Continúa la redacción de la citada Base, en su número Ocho, proclamando la plena equiparación en materia de Seguridad Social de determinados nacionales extranjeros que ostenten la nacionalidad de los países que se señalan expresamente en la citada Base.

... *“Quedarán equiparados a los españoles, en los términos y condiciones que en cada caso acuerde el Gobierno, los súbditos de países, hispanoamericanos, andorranos y filipinos, portugueses y brasileños, que residan en territorio español. Con respecto a los súbditos de los restantes países se estará a lo que se disponga en los Convenios o Acuerdos¹³⁷⁴ ratificados o suscritos al efecto o a cuanto les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida”*

De lo anteriormente expuesto, parece desprenderse la plena equiparación de ciertos nacionales extranjeros con los españoles¹³⁷⁵. Pero en realidad, esto no es más que una falacia, puesto que del análisis de la citada base, parece existir una equiparación laboral de éstos nacionales con los españoles. Si bien, al detenernos en el seguro de desempleo, se observa como la Base Duodécima, reguladora del mismo, circunscribe su ámbito subjetivo de aplicación única y exclusivamente a los trabajadores incluidos en la Base Segunda, número cinco, apartado a), es decir, a los españoles, lo que viene a suponer la exclusión tácita de la ley de la contingencia de desempleo, de todas aquéllas personas, entre otras, que no reúnan el requisito de ser español en base a lo preceptuado en la Base Segunda de dicha Ley.

En el mismo sentido, se vuelve a ratificar el Decreto 907/1966, de 21 de Abril ¹³⁷⁶(Texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social) en su art 7.4).

Por su parte, la Orden 28 de Diciembre de 1966¹³⁷⁷, del Ministerio de Trabajo (R. A. 2004), relativa al campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación de la Seguridad Social, en su art 1 apartado 4, equipara a los españoles *“los súbditos hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses y brasileños, en los términos y condiciones que en cada caso*

¹³⁷⁴GARCÍA DE COTÁZAR Y NEBREDAS C, (2000). *La Situación de los Extranjeros ante el Sistema de Protección Social Español*. Revista Foro de la Seguridad Social Nº 2. Octubre del 2000. Pág. 4. La fórmula utilizada por el legislador español, de trasladar la solución y regulación de la problemática de los nacionales extranjeros a los foros internacionales, hurtándola en parte del derecho nacional, es explicable si se tiene en cuenta el aislamiento y la reprobación al que nuestro país se vio sometido hasta 1975.

¹³⁷⁵ Vid, estudio general BALLESTEROS GONZÁLEZ, J. M. (1973). La regulación jurídica de la seguridad social en el marco de las Comunidades Europeas, *AESJ*, vol. II, 1973, págs 1-30; y, la preferencia por los hispanoamericanos analizada de forma muy clara por MIQUEL CALATAYUD, J. A., (1993). El régimen preferencial en materia de extranjería y los nacionales iberoamericanos. *RCDI*, 1993, págs. 851-874.

¹³⁷⁶ BOE núm. 96 de 22 de Abril de 1966.

¹³⁷⁷ BOE núm. 312, de 30 Diciembre 1966.

establezca el Gobierno y sino hay acuerdo expreso la equiparación se entenderá de forma absoluta. Para los súbditos de los restantes países, en cuanto a lo que se oponga a los Acuerdos o Convenios suscritos al efecto, o cuanto les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresa. La reciprocidad se entiende reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional”.

Asimismo conviene recordar que nuestro país al ratificar el Convenio de la OIT nº 97, (23 de Febrero de 1967), obligó a que se dictara por parte de la Dirección General de Previsión una Resolución¹³⁷⁸ relativa a e los trabajadores extranjeros, en la misma se equiparan a éstos con los nacionales en materia de Seguridad Social, siempre que se encuentren legalmente en nuestro país y no realicen su actividad profesional en las siguientes categorías:

- a) Trabajadores por cuenta propia.
- b) Trabajadores fronterizos.
- c) Artistas que se encuentren por un corto periodo de tiempo en territorio español.
- d) Trabajadores del mar.

En consecuencia, los súbditos de los países hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses y brasileños, que estén comprendidos en las cuatro categorías anteriores, se registrarán por lo establecido por los Tratados o Convenios suscritos por nuestro país y en su defecto por lo que acuerde el Gobierno . Asimismo, para los súbditos de los restantes países, cuyos trabajadores estén incluidos en los cuatro grupos anteriores, se equiparan a los españoles, si así, se fija en Acuerdo o Tratado Internacional, o en su defecto, en virtud del principio de reciprocidad expresa o tácita, entendiéndose en todo caso, reconocida la reciprocidad respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Una novedad importante, fue la promulgación de la Ley 29/1968 de 20 de Junio(R. A 1107), relativa a las exacciones por la expedición de permisos de trabajo, la citada disposición, además de fijar los derechos por expedición y renovación de los permisos de trabajo, divide éstos en cuatro categorías:

- I. Permisos de trabajo por cuenta ajena.
- II. Permisos de trabajo por cuenta propia.
- III. Autorizaciones colectivas.

¹³⁷⁸ Resolución de la Dirección General de Previsión de 15/4/1968, por la que se equipara como regla general, a los extranjeros a los nacionales, si bien se fijan excepciones.

IV. Permisos de trabajo no sujetos (su concesión tenía un carácter excepcional)¹³⁷⁹

En relación con la primera categoría esta se subdivide a su vez, en tres grupos (art 4,1 en sus letras a)b) y c) respectivamente:

1) Especiales: Su validez se extendía a cualquier centro de trabajo enclavado en territorio nacional, siendo su periodo de vigencia de dos años y su otorgamiento se realizaba a los extranjeros, que llevaran prestando su actividad laboral en nuestro país, durante más de ocho años consecutivos, siendo posible su renovación. El trabajador abonaría doscientas pesetas y el empresario mil quinientas pesetas.

2) Normales: Su validez quedaba circunscrita únicamente a un solo centro de trabajo y aun único empresario. Su vigencia era de un año, la validez se limitaba a una localidad determinada y era susceptible de renovación. El trabajador abonaría cien pesetas y el empresario mil pesetas.

3) Validez restringida: Su validez se restringe a un único centro de trabajo, su vigencia no podía exceder de seis meses y no son susceptibles de renovación. Abono de cuota tributaria de cien pesetas para el trabajador y cien pesetas para el empresario por cada mes autorizado.

Por su parte, en el Decreto 1870/1968, de 27 de Julio¹³⁸⁰, (R. A. 1471) nace con la finalidad de:

a) Refundir en un solo Texto, la normativa existente relativa a los extranjeros, desde el Decreto de 29 de Agosto de 1935 hasta aquel entonces¹³⁸¹.

b) Incorpora al nuevo texto legal determinadas normas aprobadas por Organismos Internacionales, de los que España forma parte,

c) Desarrollo de la propia ley.

La presente Ley dedica el Título I, al ámbito de aplicación de la norma, desafectando del mismo, a las situaciones basadas en Acuerdo contenidos en Tratados o Convenios suscritos por España, en tanto conserven su vigencia. A nuestro juicio, la finalidad del legislador obedece a su voluntad de no provocar mayor inseguridad jurídica. Asimismo excluye expresamente de su

¹³⁷⁹ Estos permisos se expedían a aquellos extranjeros que hubieran contribuido notoriamente al progreso cultural o económico del país, podían dedicarse al ejercicio indistinto de actividad por cuenta propia o ajena, con excepción de aquéllas cuyo desempeño requiera titulación especial.

¹³⁸⁰ Relativo al Régimen de Empleo, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España”

¹³⁸¹ Vid, la situación anterior a dicha disposición en nuestro país RAVENTÓS M. Y NOGUER, (1926). “Situación jurídica de los extranjeros en España, *RCDI*, págs 573-577.

ámbito, al personal diplomático y consular acreditado en España y a las personas que gocen del derecho de extraterritorialidad; a los técnicos invitados o contratados por la Administración Pública; a los corresponsales de prensa, radio y televisión debidamente acreditados; a los sacerdotes y religiosos.

En relación con la definición de trabajador extranjero, esta viene recogida en su art 3 se señala” *que trabajador extranjero es toda persona, varón o hembra, mayor de 14 años que, sin poseer nacionalidad española según las leyes que la definen u otorgan, ejerzan o traten de ejercer en España cualquier actividad lucrativa por cuenta propia o ajena*”.Es decir, se vuelve a redefinir el término, si bien, manteniendo la definición dada por el legislador anteriormente, pero introduciendo como novedad la omisión de distinción entre trabajador por cuenta propia o ajena, por tanto, cualquier actividad laboral lucrativa, bien sea por cuenta propia o por cuenta ajena, que es ejercida por un extranjero, se encuentra subsumida en la normativa que regula el empleo de los inmigrantes en España.¹³⁸².

Por otro lado, traslada la ubicación de los permisos de trabajo fijados en la art 4 de la Ley 29/1968 y los sitúa en su art 5, con idéntico contenido. En el art 8, reitera que el salario y demás condiciones de trabajo no podrán ser inferiores a las fijadas legalmente para los españoles. Pero quizás lo más significativo, sea el contenido del art 9 del citado Decreto, que prohíbe la concesión de trabajo a extranjeros, cuando algún español manifieste el deseo de ocupar el puesto solicitado y acredite ante el Organismo competente, reunir las condiciones precisas para su desempeño. Si bien, se fija el criterio de que, si en el plazo de un mes¹³⁸³ desde la fecha de la solicitud, ningún español hubiera pretendido la adjudicación del puesto, se entenderá que no existen trabajadores nacionales aspirantes al mismos. La novedad a nuestro juicio, la introduce la exclusión que realiza dicho art 9,al excluir de su campo de aplicación la presente norma, cuando se trate de profesiones o actividades en las que, a juicio del Ministerio de Trabajo, exista notoria escasez de mano de obra nacional.

En todo caso, y sin considerar la situación nacional de empleo, se otorgará el permiso de trabajo, entre otros, a los extranjeros nacidos en España y los extranjeros casados con españoles. No obstante, este criterio puede ser modificado por el Ministro de Trabajo, cuando a juicio de éste, la situación de empleo así lo aconseje, o si los españoles no fueran objeto de un trato de reciprocidad en el país de origen del extranjero, entendiéndola como el resultado del conjunto

¹³⁸² CARDONA TORRES J. (1985). *Régimen laboral de los Extranjeros en España*. Editada por Bosch, pág. 84.

¹³⁸³ Esta obligación viene contenida en el art 28 del Decreto 1870/1968 de 27 de Julio, correspondiendo a las Direcciones Provinciales, dar publicidad al anuncio de haber sido solicitado permiso de trabajo por un extranjero, a fin de que pueda ser solicitado el citado puesto por los nacionales, que estén en posesión de la correspondiente calificación profesional, en el plazo de un mes.

de disposiciones limitativas a los españoles sean sometidos en otros países para ejercer su derecho al trabajo.

También se dispone que cuando las empresas donde prestan servicios personal español y extranjero, sean autorizadas para realizar despidos, se efectuaran éstos, dentro de cada categoría profesional, empezando por el personal extranjero.

Del análisis de lo anteriormente expuesto, se deduce que la ley continua proclamando la preferencia para la colocación del trabajador nacional al extranjero, siguiendo la línea descrita por anteriores disposiciones en la materia, es decir, se introduce el criterio de la situación nacional de empleo, para poder contratar al extranjero, si bien, la Ley admite sólo como excepción para inaplicar esta norma, cuando el extranjero haya nacido en España o este casado con español. Asimismo y en concordancia con estas restricciones, se vuelve a discriminar al extranjero en caso de despido.

Merece subrayarse la valentía del art 18 de la citada norma, que se atreve a definir que es la renovación de un permiso de trabajo como” *Todos los casos en que las condiciones profesionales del trabajador extranjero, no sufran alteración en relación con su situación anterior*”

Por su parte, en el título III, se dedica a las normas de procedimiento, confiriéndoles a los permisos de trabajo de extranjeros el carácter de procedimiento administrativo especial y en materia de competencia para su expedición señala que corresponde a la Dirección General de Trabajo, la concesión de los permisos no sujetos a exacción y los especiales y normales para el desempeño de las actividades y cargos a los que se refiere el art 7 de la Ley de Contratos de Trabajo, o sea, los de alta dirección, alto gobierno, o alto Consejo. Y a las Direcciones Provinciales competentes, la expedición de los permisos de trabajo especiales y normales, no atribuidos a la Dirección General de Trabajo, es decir, los de validez restringida, las autorizaciones colectivas y los que se otorguen sin considera la situación nacional de empleo.

En concordancia con este Título, el art 25 del mismo Texto, determina que las renovaciones y las cancelaciones de los permisos de trabajo corresponde a la autoridad que los otorgó, reiterando la imposibilidad de renovación de los validez restringida, ya establecida en la ley 29/1968.

No obstante, a nuestro juicio, lo más interesante del citado Decreto, es sin dudas, la Disposición Transitoria 4, donde se anuncia que por el Ministerio de Trabajo, se dictaran las disposiciones precisas para el desarrollo del presente Decreto y las específicas para su aplicación en Ceuta y Melilla. Sin embargo, el legislador jamás llegó a dictar normas específicas

para ambas ciudades, lo cual ha conllevado a consecuencias económicas, políticas y jurídicas graves, que aun hoy día, están pendientes de solventar).

Por último, en su amplia disposición derogatoria, deja sin vigor el Decreto de 29 de Agosto de 1935 y todas las disposiciones dictadas en su desarrollo, erigiéndose, junto a la Ley 29/1968, que desarrolla y los Convenios Internaciones suscritos por España, en el único ordenamiento jurídico en materia de empleo, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España.

Otra norma a destacar, es la Ley 118/1969 de 30 de Diciembre (R. A. 2386), que proclama la igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y Filipina con los españoles, y donde a pesar de estar ya reconocida en diferentes Convenios suscritos por nuestro país con los citados países anteriormente. Sin embargo, en consideración al significado del tema, la Jefatura del Estado considero oportuno proclamar la equiparación mediante una disposición de la máxima jerarquía. (Recordemos que anteriormente la regulación relativa a la equiparación se efectuó a través de Decreto).

Posteriormente para su desarrollo reglamentario, se dictó la Orden de 15 de Enero de 1970, del Ministerio de Trabajo, por la cual se exoneraba a éstos trabajadores de la obtención de cualquier tipo de permiso y se autorizaba a las empresas para la libre contratación de los mismos.

Por su parte, el Decreto 522/1974 de 14 de Febrero¹³⁸⁴, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros del territorio español, en su artículo primero señala comprendido dentro de la categoría de extranjeros “*a los que no gocen de la condición de españoles, de acuerdo con lo dispuesto por el Ordenamiento jurídico en la materia*”. Es decir, se consideraba extranjero, al individuo que no fuera nacional, lo cual conlleva a dar una definición negativa y excluyente del sujeto que no sea español. De modo, que al término *extranjero*, se le confiere un valor relativo, que no implica a una determinada categoría de individuos, pues se puede ser nacional del propio Estado y extranjero de otro con el que se relaciona¹³⁸⁵.

Como consecuencia de la disposición anterior, se dicta el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en virtud del Decreto 2065/1974 de 30 de Mayo (R. A. 1489) ,donde en su art 7 párrafo 4,se proclama la equiparación a los españoles de los trabajadores hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, a efectos de su inclusión en

¹³⁸⁴ El citado texto derogó el Decreto de 4 de octubre de 1935 y el Decreto de 2 de Julio de 1954.

¹³⁸⁵ POLO SÁNCHEZ, M. C., (1994). *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid (CES), págs. 31-32.

le ámbito del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, si bien esta igualdad ya había sido proclamada por la Ley precedente(Ley 118/1969 de 30 de Diciembre)

Y finalmente la última norma preconstitución sobre la materia, se dictó por el Decreto 1874/1978 de 2 de Junio (de la Presidencia del Gobierno) (R. A. 1721) relativo a la concesión y renovación de los permisos de trabajo y permanencia y autorizaciones de residencia, donde se establece la obligación de solicitar ante el Gobierno Civil de la provincia, el permiso de trabajo y el correspondiente permiso de permanencia o autorización de residencia.

Asimismo en el mismo cuerpo normativo en la Disposición Adicional Segunda, anuncia que la Presidencia del Gobierno, por iniciativa de los Ministerios de Trabajo e Interior, adaptará las normas de este Real Decreto a los supuestos de permisos de trabajo de validez restringida.¹³⁸⁶ Y que en definitiva, no es más que imponer la obligatoriedad de que el extranjero que pretenda prestar sus servicios en España, deba obtener previamente permiso de trabajo y de residencia.

Sin embargo, aunque la normativa no lo señala expresamente, desde nuestro punto de vista, en relación los permisos de validez restringida, el legislador tiene la voluntad de exigir a éstos trabajadores el permiso de trabajo pero ,obviamente no quiere ni pretende, que estos tengan permiso de residencia ya que resultaría contrario a la naturaleza propia de esta prestación y que no es otra que el trabajador ,que desempeñe su actividad laboral en nuestro país, pernocte fuera del mismo, de ahí, su carácter restringido y su naturaleza excepcional de ser un permiso de trabajo puro tal y como anteriormente hemos aludido.

En concordancia con lo expuesto, se establece en la Disposición Final Segunda, que se autorice a la Presidencia del Gobierno para dictar, a propuestas de los Ministerios de Interior y Trabajo, las normas precisas para la ejecución de este Real Decreto. Finalmente la derogación de esta norma, se produjo en virtud del RD 1031/1980 de 3 de Mayo.

En este devenir legislativo, se promulga la Constitución española de 27 de Diciembre de 1978, la cual en su art 149.1 y 2º, declara entre otras competencias exclusivas del Estado, las materias relativas a nacionalidad, inmigración, emigración y derecho de asilo.

De lo expuesto, parece deducirse que no cabe traspaso competencial a las CCAA. Sin embargo, este artículo puesto en concordancia con el art 150.1 del mismo Texto, admite expresamente que todas o algunas CCAA, puedan dictar leyes donde el Estado se reserve la

¹³⁸⁶ El cumplimiento normativo de este mandato legal, se efectuó al año siguiente, en virtud de la Orden de 4 de Octubre de 1979, por la que se regula la concesión de permisos de trabajo de validez restringida a extranjeros.

fijación de las directrices, como puede ser en materia de trabajo de extranjeros tal y como se deduce de su contenido literal“ *Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por la ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas*”.

4.5.2. EVOLUCION POSCONSTITUCIONAL

Al año siguiente a dictarse nuestra Carta Magna y en cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda del RD 1874/1978, se promulga la Orden Ministerial de 4 de Octubre de 1979 de la Presidencia del Gobierno (R. A. 2410).Estableciendo en su art 1 que los permisos de trabajo de validez restringida se podrán otorgar sólo en los dos supuestos:

- a) En aquellas actividades laborales de corta duración o de temporada.
- b) En aquellas actividades laborales que se realicen en zonas fronterizas por trabajadores extranjeros que no tengan su residencia en España.

En la aludida disposición, se señala que la competencia exclusiva para su concesión recae en la Dirección General de Empleo y Promoción Social, pudiendo delegar esta atribución mediante resolución únicamente para los supuestos contemplados en el apartado b) del citado artículo 1.

En relación con la vigencia de los permisos de validez restringida, se les confiere una validez máxima de seis meses, no admitiéndose renovación de los mismos a su expiración. Por su parte, el art 5 de la citada Orden, dispone que “*en aquellos supuestos en que el tiempo de duración de éstos permisos de trabajo sea inferior al periodo de carencia necesaria para causar derecho a las prestaciones por desempleo, la empresa y los trabajadores no cotizaran por este concepto*”¹³⁸⁷.

¹³⁸⁷Hasta ahora, la jurisprudencia se ha pronunciado en contra repetidas veces del derecho a la prestación del seguro de desempleo refiriéndose al trabajador migrante extranjero, tal y como lo ponen de manifiesto entre otras sentencias(STC 4-3-1982,Ar. de 15/3/1983,Ar. 2102).Existe una tendencia actual por parte de la Administración ,favorable a la concesión del subsidio, siempre que reúnan los requisitos necesarios para su concesión y se encuentren legalmente en territorio español, en base al Convenio 97 de la OIT, donde en su art 6,se declara la equiparación en materia de Seguridad Social y Desempleo. Pero hasta la el momento, no se ha pronunciado sobre el tema cuando se trata de trabajador transfronterizo, desde nuestro punto de vista, es válida la transposición siempre y cuando se encuentre afiliado y en alta (o asimilada al alta, o alta de pleno derecho, o alta especial) y reúna la carencia demás requisitos exigidos previstos en la Ley básica de Empleo y su Reglamento y siempre que éste acreditado por parte de la autoridad gubernativa del correspondiente permiso de trabajador transfronterizo)

¿Y cual es la carencia señala por la Ley para tener derecho a la prestación de desempleo contributivo que seria el único admisible para los trabajadores transfronterizos ?La respuesta, viene dada por el art 205 y 207 del Texto Refundido¹³⁸⁸ de la Ley General de Seguridad Social de 1974, en el primero se establece que están los requisitos para que los sujetos queden protegidos por esta prestación u que son los siguientes:

1) Estarán comprendidos en la protección por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia los trabajadores incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, el personal contratado en régimen de derecho administrativo y los funcionarios de empleo al servicio de las Administraciones Publicas.

2) Estarán comprendidos asimismo con las peculiaridades que se establezcan reglamentariamente, los trabajadores por cuenta ajena, incluidos en los Regimenes Especiales de la Seguridad Social que protegen dicha contingencia.

3) Tambien se extenderá la protección por desempleo, en las condiciones previstas en este Título, a los liberados de prisión.

Por su parte, el art 207 del mismo cuerpo legislativo, en relación con los requisitos necesarios para el nacimiento del derecho de las prestaciones por desempleo, señala que los sujetos deben reunir los siguientes requisitos:

I. Estar afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que reglamentariamente s determinen.

II. Tener cubierto un periodo mínimo de cotización a que se refiere el apartado 1 del articulo 210 de la presente ley(es decir mínimo 360 días hasta 539 días para poder disfrutar del derecho a 120 días de prestación), dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

III. Encontrarse en situación legal de desempleo.

IV. No haber cumplido la edad ordinaria, que se exija en cada caso para causar derecho a la prestación contributiva de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera acreditado el periodo de de cotización requerido para ello, o se trate de supuestos de suspensión de relaciones laborales o reducción de jornada autorizados por resolución administrativa necesario

¹³⁸⁸ RD 2065/1974 de 30 de Mayo, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que evidentemente el trabajador transfronterizo, la vigencia de su permiso de validez restringida no puede superar los seis meses, sin que sea susceptible de renovación y el periodo mínimo de cotización que exige la ley es de 360 días, obviamente éste no cubre dicha carencia, aunque en la practica en algunas localidades se prorrogaba su vigencia de forma automática.(lo veremos en el tratamiento de los transfronterizos en Ceuta y Melilla, jamás se llevo a la practica esta vigencia temporal y esta temporalidad en su vigencia, no fue más que el recorte de derechos sociales y económicos que han vendido históricamente padeciendo esta categoría de trabajadores).

Por último esta Orden debe entenderse derogada en lo que se oponga al RD 1031/1980 de 3 de Mayo.

Tras la aprobación de la Ley 8/1980, de 10 de Marzo (Estatuto de los Trabajadores), se dispone en la misma en su art 7. c) *“que los extranjeros tienen la capacidad necesaria para contratar la prestación de su trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia.”*

Incluso se les dota del derecho de representación colectiva, tal y como señala el art 69.1 del citado Texto, donde se determina que los extranjeros podrán ser electores en todo caso, pero que para ser elegidos se atenderá al principio de reciprocidad de trato con los españoles en el país respectivo. Es decir, nos encontramos con un derecho social, pero limitado al Convenio suscrito por nuestro país, que evidentemente si es un país económicamente fuerte lo reconoce, pero si se trata de un país pobre, probablemente su legislación social no lo tendrá reconocido, provocando una evidente discriminación hacia los trabajadores y creando categorías dentro de los extranjeros, cuyos derechos sociales son diferentes dependiendo de su nacionalidad.

Por su parte, el RD 1031/1980 de 3 de Mayo, de la Presidencia (R. A. 1207) justifica su existencia, por la necesidad de dotar de celeridad a los permisos de extranjeros, para ello, crea un procedimiento administrativo especial, adecuado para la concesión de permisos de trabajo y autorizaciones de residencia a extranjeros y de sus prórrogas, en consonancia con el RD 1864/1978 de 2 de Junio. Divide los distintos permisos del siguiente modo:

1. Permiso por cuenta ajena.
2. Permiso por cuenta propia.
3. Permiso para altos cargos.
4. Permiso interprovincial.
5. Permiso especial.
6. Permiso preferente.

7. Permiso de validez restringida por cuenta ajena.
8. Permiso de validez restringida por cuenta propia.

Divide su contenido en tres apartados:

I. Permisos de trabajo normales.

La ley, no define el contenido de este permiso, por lo que presumimos que se refieren a los calificados como tales en el art 4º de la Ley 29/1968, ya citada, concretamente:

- a) Permiso de trabajo por cuenta ajena(normal)
- b) Permiso de trabajo por cuenta propia(normal)

Debe solicitarse simultáneamente el permiso de trabajo y la autorización de residencia la Gobernador Civil de la Provincial. En casos, de que no haya objeción por parte de esta autoridad, se remitirá el expediente a la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, la cual resolverá concediendo o denegando el permiso solicitado, previos los informes de la Dirección Regional de Comercio y de la Oficina de Empleo. Las prórrogas se solicitarán ante las mismas autoridades que concedieron el permiso. Se entenderían como prórrogas, todos aquellos casos en que las condiciones laborales y de empleo, así como las de orden gubernativo, no hayan sufrido alteración en relación con la situación anterior.

Por su parte, las autorizaciones colectivas se seguirán tramitando según el procedimiento previsto en el artículo del Decreto 1870/1968.

II. Permisos de trabajo preferentes y especiales

De conformidad con el mencionado art 4 y 5 de la Ley 29/1968, entendemos que son los siguientes:

- a) Permiso de trabajo por cuenta ajena especial.
- b) Permiso de trabajo no sujeto a exacción o preferentes.
- c) Permisos para altos cargos, aquéllos que impliquen el desempeño de funciones de alta dirección, especial responsabilidad o representación de sociedades o empresas con capital superior a veinticinco millones de pesetas y, en todo caso, impliquen la cotización a la Seguridad Social por el grupo primero
- d) Aquellos que habiliten para el desempeño de una actividad profesional en más de un centro de trabajo enclavado en distintas provincias o para el desempeño de dos o mas actividades que, tambien, se desarrollen en distinta provincia.

Compete su expedición a la Dirección General de Empleo. En el caso de que la resolución sea favorable, extenderá el permiso de trabajo, junto con la documentación relativa a la autorización de residencia, a la Dirección de la Seguridad del Estado.

III. Permisos de validez restringida.

No se señala plazo máximo de duración, lo que si se establece si su vigencia es inferior a tres meses su concesión es competencia de la Delegación Provincial de Trabajo, (por lo que implícitamente se deduce que su vigencia es superior a ese periodo). Esta facultad supone una novedad, con la única obligación por parte de éstos, de informar de los mismos al Ministerio de Trabajo. La justificación de esta delegación a nuestro juicio, obedece al intento de conseguir una desconcentración de funciones por parte de la Administración del Estado en la Administración periférica en relación con este grupo de trabajadores. No obstante, resulta extraño, de la omisión que efectúa el legislador sobre el señalamiento de quien es la autoridad competente para su expedición cuando su vigencia sea superior a 3 meses, por lo que consideramos que tácitamente esta recae por similitud, con el resto de trabajadores extranjeros en el Gobernador Civil y en casos de territorio insular, en los Delegados de Gobierno.

Con respecto a la prórroga, esta se producirá siempre que exista una concurrencia en las condiciones laborales y de empleo y gubernativas y estas no hayan sufrido alteración en relación con la situación anterior. Por último, se realizar un tratamiento específico para los permisos de validez restringida en el art 7 del citado Decreto, donde se señala que su regulación, (es diferente al resto de los permisos) y vendrá dada por las normas dictadas por la Presidencia de Gobierno, a iniciativa del Ministro de Trabajo e Interior.

Por último este Decreto deroga el RD 1874/78, y cuantas normas de igual o inferior rango se opongán a su contenido.

También debemos hacer mención especial, a la Ley 58/1980 de 15 de Noviembre, de la Jefatura del Estado (R. A. 2606), donde en su artículo único, equipara a los extranjeros en sus relaciones laborales y de Seguridad Social, con los españoles, eximiéndoles del pago de los derechos derivados de su condición.

El mismo sentido excluyente se mantiene en la LO 7/85 de 1 Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que viene a establecer en su art. 1, la delimitación del ámbito de aplicación de la misma, señalando que “*se considera extranjero, a los efectos de esta*

ley, a quienes carezcan de nacionalidad española¹³⁸⁹ y no sean nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea ni les sea de aplicación el régimen comunitario”.

No obstante, este sentido negativo contenido en la norma, cohabita con un elemento positivo, que aparece reflejado en el Reglamento de desarrollo de esta Ley del 85, cuando literalmente establece¹³⁹⁰”*Se considera trabajador extranjero, a efectos de aplicación del presente Reglamento*¹³⁹¹, a toda persona física que, careciendo de nacionalidad española, ejerza o trate de ejercer en España una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena”.

De este modo, se observa como el status de extranjero, conlleva una desigualdad en cuanto a la concesión de derechos, que se justifica no solo en nuestra legislación interna donde se les exige autorización para realización de actividades lucrativas ,tal y como señala el art. 34.1 de la Ley 7/85” *Los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional en España, deberán obtener una autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo.* Además esta desigualdad también tiene su reflejo en la normativa internacional¹³⁹².

Pero a pesar de esta exigencia contendía en la Ley de Extranjería del 85, no se define el concepto legal de trabajador extranjero, hasta que se apruebe el Reglamento de desarrollo de dicha Ley.

Sin embargo, esta definición de trabajador extranjero, a pesar de haber suscrito nuestro país normas internacionales sobre esta materia, como es el caso de los Convenio de la OIT. Se observa, como del contenido de los mismos expresamente, se excluye de su ámbito de aplicación a determinadas categorías de trabajadores, entre los que se encuentran los trabajadores fronterizos entre otros¹³⁹³.

¹³⁸⁹ Este artículo se remite a los artículos 17 y siguientes del Cc que establecen los requisitos de adquisición y pérdida de la nacionalidad española y su régimen jurídico.

¹³⁹⁰ Artículo 68.2 del R. D. 155/1996, de 2 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 7/85 de 7 de Julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España.

¹³⁹¹ Art. 68.2 del Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985. (Vigente hasta el 1 de Agosto de 2001)

¹³⁹² En la “*Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos no nacionales del país en que viven*”, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985, establece en su artículo 1 que «para los fines de la presente Declaración, el término ‘extranjero’ se aplicará... a toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre».

¹³⁹³ En el Convenio OIT 97(en vigor desde el 22/01/1952) relativo a los trabajadores migrantes, se exceptúa explícitamente de su ámbito de aplicación en su Art. 11.2: a) a los trabajadores fronterizos; b) a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal; c) a la gente de mar.

En definitiva, el trabajador fronterizo el ordenamiento jurídico nacional e internacional les dota de una regulación propia y diferenciada al resto de los trabajadores migrantes y que a continuación pasamos a examinar.

El primer antecedente que existe en nuestro país, sobre los trabajadores transfronterizos lo constituye la Orden¹³⁹⁴ de 4 de Octubre de 1979, rubricado” *sobre la concesión los permisos de validez restringida a los extranjeros*”. En primer lugar, debemos destacar que la citada normativa, omite fijar una definición del termino trabajador transfronterizo. En cambio, si señala los requisitos necesarios para que se otrote su concesión. En este sentido, se observa se pronuncia su artículo primero” *Los permisos de trabajo de validez restringida de los trabajadores extranjeros, se podrán otorgar en los siguientes casos:*

a. *En aquellas actividades laborales de corta duración o temporada.*

b. *En aquellas actividades laborales que se realicen en zonas fronterizas por trabajadores extranjeros que no tengan su residencia en España. “*

De lo expuesto, se deduce el carácter excepcional y restringido de dichos permisos, que solo son aplicables a dos categorías concretas de trabajadores, los de temporada o los transfronterizos. Asimismo esta temporalidad en su vigencia, vuelve a ser manifiesta al final del mismo artículo, donde se les otorga una duración limitada de 6 meses y se subraya la eventualidad de los mismos al impedir su renovación.

Por su parte, continua existiendo reserva para la concesión de estos permisos cuya competencia corresponde al Ministerio de Trabajo, si bien, expresamente en el art segundo de la citada Orden, se admite la delegación expresa del mismo de forma exclusiva para los trabajadores fronterizos no extendiéndose esta autorización para los trabajadores de temporada cuyo status es competencia del mismo Ministerio, estando sometidos aun mayor control gubernativo si su vigencia es superior a 3 meses, tal y como expresamente señala el artículo tercero, en tal caso la Dirección General de Empleo y Promoción Social(no es la competente

Asimismo en el Convenio de la OIT 143(4 de Julio de 1975 que aun esta pendiente de ratificación por España) *sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes*, coincide en su contenido con lo el término de trabajador migrante comprendido en la Convención anteriormente señalada. Manteniendo el concepto excluyente de trabajador migrante, así como las categorías de trabajadores que no le es de aplicación ambos convenios. Pero además de reiterar la definición dada al mismo como “*aquel que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante*”. Si bien, amplía el campo de exclusión e introduce dos nuevos apartados: d) Las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación; e) Las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones.

¹³⁹⁴ BOE núm. 241 de 8 de Octubre de 1979.

para su expedición) remitirá relación detallada de tales permisos a la Dirección de la Seguridad del Estado, a la que competirá el otorgamiento, cuando sea procedente, de los correspondientes permisos de permanencia, pudiendo delegar en sus órganos desconcentrados. La validez de los permisos de trabajo quedara condicionada a la obtención de los permisos de permanencia.

Explícitamente la referencia Orden, hace una remisión expresa al apartado 3, del art. 4 del Decreto 522/1974, de 14 de Febrero. En relación con los extranjeros que realicen su actividad laboral en nuestro país, señala que el otorgamiento de dichos permisos de validez restringida, están subordinados al cumplimiento por parte del interesado en lo preceptuado en el citado artículo y que consiste en:

“pasaporte, titulo de viaje o documento que acredite su identidad de conformidad con lo Acuerdos o Tratados suscritos por España.

.... Tres. La Dirección General de Seguridad y sus Dependencias fronterizas podrán pedir a favor de los extranjeros que precisen entrar y salir frecuentemente con carácter eventual del país, un pase e documento adecuado en el que se señale las modalidades de entrada y salida de su titular y su vigencia”.

De otro lado, en la citada norma obliga a ambos grupos para obtener su concesión el cumplimiento de unas determinadas formalidades administrativas. Que para el caso de los trabajadores de temporada, se cumplimentarían con la obtención de los permisos de permanencia .Y el caso particular que nos ocupa, para el trabajador transfronterizo, se materializa con la obligación de obtener pase¹³⁹⁵ o documento adecuado, a que se refiere el su apartado 3, del artículo 4, del Decreto de la Gobernación 522/1974, de 14 de Febrero, por el que se regula el” *Régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España”.*

4.5.3. TRATAMIENTO DE LOS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS POR LAS LEYES DE EXTRANJERIA DICTADAS EN ESPAÑA.

No obstante, no existe en nuestro ordenamiento jurídico, antecedente alguno sobre una definición legal del término trabajador transfronterizo, hasta que se dicta la LO 7/85 y cuya ubicación se va a realizar a partir de este momento en el capítulo III del título II, bajo la rubrica “Del permiso de trabajo y regímenes especiales “y en concreto su contenido viene establecido por el art. 43 del citado Texto:

¹³⁹⁵ Para la validez del permiso de validez restringida, el citado Decreto exigía que el trabajador fronterizo obtenga el permiso de trabajo por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el permiso de permanencia de la Jefatura Superior de Policía o Comisarías Provinciales de la Policía.

”Los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente, o, al menos, una vez a la semana, deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general”.

De otro lado, los arts 44-46 del mismo texto legislativo, introducen la novedad de imponer una tasa, (por cualquier tipo de autorización que se expida) a cargo exclusivo del empleador, sin que sea posible el traslado de la misma al trabajador, cuya cuantía vendrá determinada en función la clase de autorización, inicial o renovación, su naturaleza, cuenta propia o ajena, así como su duración¹³⁹⁶.

Por su parte, el Real Decreto 1119/1986, de 26 de Mayo¹³⁹⁷, por el que se aprueba el primer Reglamento de ejecución de la LO 7/1985 de 1 de Julio¹³⁹⁸, señala en su art 33.1, la preceptividad del trabajador extranjero extracomunitario que pretenda prestar servicios en nuestro país, ya se por cuenta propia o ajena, de la obligación legal de obtener permiso de trabajo, de conformidad con lo establecido en el art 15 de la LO 7/1985) recogándose en su art 16.2.b), la excepción de la obligación de visado, si cumplían el requisito de estar documentados por las autoridades de los países a que pertenecían dichas zonas y sometidos al limite temporal de estancia inferior a noventa días. Asimismo continua la redacción del citado Reglamento en su art 34.2.c) ,señalando que la autorización para trabajar en España podrá acreditarse para el trabajador fronterizo mediante el permiso tipo “F”, que habilita para el desempeño de actividad por cuenta propia o ajena, con un limite temporal máximo de tres años. Tampoco se establecía la exigencia de que el titular del permiso regresase diariamente a la zona fronteriza del país vecino, puesto que esta exigencia se consideraba implícita dentro del contenido del concepto “trabajador fronterizo”. Resultando extraño que no se desarrolle los requisitos precisos para su concesión, denegación o preferencia para su obtención, tal y como en cambio si se hace, con el resto de trabajadores que pretendan conseguir el resto de permisos admitidos por ley en esa coyuntura histórica(permisos de trabajo A , B , C, D y E).A nuestro juicio, existe un agravio y desigualdad manifiesta, que se da en relación con esta categoría de trabajadores ,que están sometidos a la discrecionalidad de la autoridad gubernativa para poder continuar desempeñando su actividad, siendo desde nuestro punto de vista, menos oneroso aun si cabe para el trabajador

¹³⁹⁶ Vid, VIÑAS FARRÉ, R., (1998). Los regímenes especiales de extranjería en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, *Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, núm. 3, págs. 297-310.

¹³⁹⁷ Publicado en el *BOE*, 12 junio 1986.

¹³⁹⁸ Destaca el análisis minucioso de este Reglamento realizado por ROJAS RIVERO, G.P.,(2007) Trabajadores transfronterizos: Artículo 84: autorización de trabajo por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos .En *Comentarios al Reglamento de extranjería* (coord.) por Margarita Isabel Ramos Quintana, Gloria Pilar Rojas Rivero , Valladolid, Lex Nova,517-523,especialmente pág 518

autónomo, que una vez ,tras la puesta en marcha y funcionamiento de su negocio puede verse privado de poder continuar desempeñando su actividad mercantil, si la autoridad gubernativa acuerda su no renovación. En consecuencia, esta omisión legislativa sobre su posible renovación, queda subsanada en la práctica gubernativa con la automaticidad en su renovación siempre y cuando no exista variación en las circunstancias que motivaron su concesión.

De modo que ante el vacío legal existente, a nuestro juicio procedería la denegación del permiso para el trabajador por cuenta ajena por las causas previstas en el art. 37 y que no son otras que las fijadas para la concesión y denegación de permisos de trabajo A y B iniciales en su apartado 4, que son las los siguientes :

A) Lo aconseje la situación nacional de empleo¹³⁹⁹, a juicio de la autoridad laboral, a salvo de lo previsto en el artículo 38 del mismo Texto.

B) Las condiciones fijadas en el contrato que acompaña a la solicitud fueran inferiores a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría y localidad.

C) La petición para emplear a trabajadores extranjeros sea formulada por un empresario extranjero no autorizado legalmente para trabajar en España.

D) La misma petición sea formulada por un empresario que haya incumplido de forma notoria la legislación social.

E) En la petición se omita alguno de los datos o documentos exigibles, mientras no sea subsanada la omisión; cuando se hayan presentado documentos falsos, o se hayan formulado alegaciones inexactas.

Concurra cualquier otra causa que sea considerada motivo legítimo por la autoridad laboral, mediante resolución debidamente motivada.

5. El permiso de trabajo podrá ser anulado por resolución motivada de la autoridad laboral competente, previa audiencia del interesado, cuando se comprobase que no eran ciertas las

¹³⁹⁹ Tal y como señala CACHÓN RODRÍGUEZ. L., (1995). *Equal opportunities for immigrants and ethnic minorities and the labour market in Spain*, en *Preventing Racism at the Workplace*. European Conference Madrid 15-16 November 1995, European Foundation for Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 1995, págs. 28-32. A juicio, del citado autor el Real Decreto 1119/1986, de 26 de Mayo, fija en sus arts. 38 y ss; el alcance de las preferencias puede ser modificado «cuando la situación nacional de empleo así lo aconseje» (art. 42). Sin embargo, algunos de los aspectos de las preferencias han perdido vigencia, como consecuencia de las disposiciones comunitarias, pero en cualquier caso en años anteriores han surtido efectos en la estructuración del mercado de trabajo de los inmigrantes. Y este sistema de preferencias para los originarios de determinadas nacionalidades, lo que provoca discriminación entre los diferentes tipos de inmigrantes extranjeros. Y a nuestro juicio, si extrapolamos esta situación a los trabajadores transfronterizos, estas desigualdades son mayores, ya que estos tienen únicamente reconocidos sus derechos laborales, Siendo privados de la oportunidad de poder adquirir derechos civiles, políticos y sociales.

alegaciones presentadas para apoyar la solicitud, o que las condiciones impuestas para su concesión no se han cumplido de la resolución, se dará traslado a la autoridad gubernativa.

Y para el trabajador por cuenta propia, por asimilación, desde nuestro punto de vista, le sería aplicación, los motivos recogidos en el art. 41. 2 del citado Real Decreto 1119/1986, de 26 de Mayo:

...al extranjero que demuestre hallarse establecido, que cumple con las obligaciones fiscales y de Seguridad Social y que la actividad le ocupa en jornada completa o sin necesidad de recurrir a trabajos complementarios para su subsistencia su renovación será concedida en las mismas condiciones.

En consecuencia, hasta la promulgación de la LO 7/85, no se dota al término de trabajador transfronterizo de una conceptualización, si bien, se desconoce cual es el su alcance y forma hasta que se promulga el segundo Real Decreto¹⁴⁰⁰ de desarrollo de dicha Ley,¹⁴⁰¹ Capítulo IV, Sección III, donde bajo la rubrica tipos de permisos, "permiso por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos del art. 75.3, contiene una escueta regulación de esta categoría de trabajadores, limitándose a definir este permiso, especificando que su ámbito de aplicación se extiende a los trabajadores fronterizos, por cuenta propia o ajena, los cuáles deben solicitar el permiso tipo "F", tal y como recoge literalmente dicho artículo y que el citado Reglamento literalmente señala los requisitos necesarios para su concesión:

"Que trabajadores que desarrollen actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español y que regresan diariamente a la zona fronteriza de un país vecino, en el que residen. Tendrá una vigencia máxima de cinco años y será renovable".

Desde nuestro punto de vista, destaca como novedad del citado Reglamento, la pormenorización que hace en cuanto a que estos trabajadores pueden ser por cuenta propia o ajena, esta aclaración, a nuestro juicio, era necesaria para equiparar a éstos trabajadores con el resto de trabajadores extranjeros, a quien se dirige la ley de extranjería. Sin embargo, consideramos que esta inclusión, no hace desaparecer la desigualdad real que afecta a esta categoría de trabajadores, puesto que a pesar de permitir el legislador que se dedique a

¹⁴⁰⁰ Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero, (BOE núm.47 de 23 de Febrero de 1996) por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985. Este Reglamento derogó el anterior, aprobado por el Real Decreto 1119/1986, de 26 de Mayo (BOE núm.140 de 12 de Junio de 1986) en el se refería a la necesidad de estos trabajadores de presentar ante las autoridades fronterizas un documento específico de identidad denominado <pase fronterizo> que permitía la entrada y salida a España así como la circulación a otro país vecino.

¹⁴⁰¹ Destaca el estudio de este Reglamento por APRELL LASAGABASTER, M.C., (1996). El nuevo Reglamento de la LO 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España" RAP, núm 140, págs. 313-333.

actividades por cuenta propia ,expresamente subsiste la discriminación negativa hacia éstos trabajadores, al impedirles pernoctar en territorio español y obligarles a diario¹⁴⁰² a regresar a su país de procedencia, causando graves perjuicios sobre todo al trabajador por cuenta propia, que se ve obligado a cerrar su negocio ajustándose al cierre de paso fronterizo o a horarios en la circulación sea fluida en los puestos fronterizos, lo que le imposibilitaría el ejercicio de la libre competencia con el resto de comercios que se ven favorecidos por esta restricción .Además este “pase” no solo se permitía la salida del territorio de un Estado y la entrada en otro vecino por periodos cortos de tiempo, sino que se podía circular libremente, con un derecho de estancia limitado a un cierto radio¹⁴⁰³ ,a ambos lados de la frontera¹⁴⁰⁴ .

Por su parte, el trabajador por cuenta ajena, tambien se ve sometido a discriminación con el resto de trabajadores, al no poder realizar actividad laboral en horarios nocturnos, horas extras, etc.

Otro aspecto relevante a subrayar es la temporalidad del permiso cinco años y lo que es quizás más destacable, el reconocimiento de poder renovar¹⁴⁰⁵ el mismo así como su validez territorial limitada a “las zonas fronterizas”. A nuestro juicio, se realiza con acierto por este

¹⁴⁰² SERRANO ARGÜESO, M. (2002).*Los derechos laborales en la nueva Ley de Extranjería. Un estudio comparado de las Leyes Orgánicas 7/1985, 4/2000 y 8/2000 a la luz del nuevo Reglamento de Extranjería*, en Rev. Española de Derecho del Trabajo, núm. 111, Mayo-Junio 2002, pág. 395.

¹⁴⁰³ Como señala MARCHAL ESCALONA, N Y MOYA ESCUDERO, M (2006). La zona fronteriza para los trabajadores españoles y andorranos la conforman la totalidad del territorio del Principado por parte de Andorra y los municipios del partido judicial de Seo de Urgel (Lérida) por parte de España. (Convenio sobre Seguridad Social para trabajadores españoles y andorranos para los trabajadores transfronterizos de 14 de Abril de 1978)(BOE de 21 de marzo de 1962)En el acuerdo entre España y Francia de 25 de enero de 1961 (B.O.E. de 21 de marzo de 1962), en el art. 2º de dicho Acuerdo de 25 de estableció que "se considerarán zonas fronterizas, a los efectos del presente acuerdo, las zonas que tengan, en principio, una profundidad de 10 kilómetros, de una y otra parte de la frontera".Mientras que el Acuerdo en materia de Seguridad Social para los trabajadores transfronterizos entre España y Portugal, de 15 de Julio de 1971(BOE de 4 de Septiembre de 1971) esta zona tiene una extensión de 20 Kilómetros. el acuerdo administrativo de nuestro país con Marruecos es 8 de Noviembre de 1979,(BOE núm.138/1985 de 10 de Junio de 1985, que aun no ha entrado en vigor) ,el convenio de Seguridad social entre España y Marruecos 8 de Noviembre de 1979,BOE núm.145/1982,de 13 de Octubre de 1982 ,en vigor desde el 1 de Octubre de 1982),modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de Enero de 1998 (En vigor desde 10 de Junio de 1985, BOE. núm. 138/1985, de 10 de Septiembre de 1985)

¹⁴⁰⁴ GLORIA PILAR ROJAS RIVERO(2007): Trabajadores transfronterizos: Artículo 84: autorización de trabajo por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos ,*Comentarios al Reglamento de extranjería* (coord.) por MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA, GLORIA PILAR ROJAS RIVERO, pags. 517-523, especialmente pág 518; *vid*, tambien estudio específico de este Reglamento de CARDONA TORRES, J., *Régimen Jurídico laboral de los extranjeros en España.*, J. M., Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1985.

¹⁴⁰⁵ Reconocimiento expreso del derecho a renovar el permiso tipo “F”, se produjo por primera vez en el RD 155/1996 de 2 Febrero, en el art 78.6 requiriéndose dos requisitos preceptivos para proceder a la misma: a) el titular continúe en activo y b) subsistan las circunstancias que motivaron su concesión.

Decreto, un tratamiento diferenciado, permisos A y B mismo tratamiento, C y E basta con que el titular se encuentre en activo y para el caso de fronterizos, se exige además de lo preceptuado para los trabajadores que estén en posesión del permiso C, (que estén en activo) deben además subsistir las circunstancias que motivaron su concesión(a nuestro juicio, la voluntad del legislador al ser tan exhaustivo con su renovación, es impedir que esta sea una vía de entrada para esta categoría de trabajadores, es obstaculizarles para obtener el cambio de permiso al de tipo C y poder de este modo obtener la residencia en España) .

En definitiva, se trata de un permiso de trabajo puro, tal y como lo define acertadamente MARTINEZ CANO CORTES. Y¹⁴⁰⁶, en el sentido que, no lleva aparejada la concesión de un permiso de residencia. En la actualidad, esta situación sólo puede darse respecto de los trabajadores de Andorra y Marruecos, puesto que el resto de países que lindan con España son ciudadanos de los países de la U. E. Su tramitación resulta sencilla, y el extranjero deberá acreditar su residencia en el país vecino, en la forma que se establezca normalmente a través de un certificado expedido por la autoridad administrativa del país de origen (GARCÍA CALABRES COBOS)¹⁴⁰⁷.

Por su parte, la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, realiza un tratamiento jurídico conjunto, si bien, diferenciado de los trabajadores transfronterizos y de la prestación transnacional de servicios, en concreto en el Título II, Capítulo III, relativo a la autorización de trabajo y regímenes especiales .Y mientras que al transfronterizo¹⁴⁰⁸, se define y se enumeran los requisitos que deben poseer para obtener esta condición. En cambio a los segundos, se pospone su desarrollo reglamentario para un

MARTINEZ CANO-CORTES, Y. *Comentario al artículo 17*, HUERTAS GONZALEZ, R., IÑIGUEZ HERNANDEZ, D. MARTINEZ CANO-CORTES, Y .y SANTOLAYA MACHETTI, P., (2000). En *Comentarios a la Nueva Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, Valladolid, Lex Nova, págs.119-123.

¹⁴⁰⁷ GARCÍA CALABRES COBOS., (2006). *Régimen Laboral de los trabajadores extracomunitarios* Revista Estudios y Monografías núm.3, publicado por la Junta de Andalucía pág. 134.

¹⁴⁰⁸ Destacan los estudios efectuados en nuestra legislación para esta categoría de trabajadores de RAMOS QUINTANA, M. I. (1989). *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, Tecnos; VVAA. LÓPEZ CUMBRE, L (2003). El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica, En, *Derechos y Libertades de los extranjeros en España* (coord) Lourdes López Cumbre... (et al) en Actas del XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gobierno de Cantabria, Tomo I, Santander; y por todos de GARCIA VALVERDE, M.D., (2001). Comentario a los artículos 42 Y 43 de la Ley de Extranjería e Integración Social en VV.AA Comentario al Artículo 43, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*... [et al.], (Directores) MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (2001), Granada, Comares.

futuro próximo. Analizando los requisitos concretos exigibles al trabajador fronterizo¹⁴⁰⁹, estos los podemos agrupar del siguiente modo:

a) Se vuelve a reiterar la obligatoriedad de que éstos trabajadores sean residente en la zona limítrofe, para que de este modo, se evite la picaresca, de que una vez obtenido el permiso de transfronterizo obtengan la residencia en España.

b) Se suprime la obligación de dichos trabajadores de regresar a su lugar de residencia al menos, una vez a la semana ,lo que compele a los mismos a regresar todos los días a su país, con el fin de evitar de que pernocten en España ,restringiendo esta normativa los derechos de éstos trabajadores.

c) Se omite referencia alguna en torno a la duración del permiso de trabajo para esta categoría de trabajadores así como sobre la renovación del mismo (lo que conlleva a la aplicación subsidiaria de la ley anterior ley 7/85 en cuanto que no se opone a esta redacción).

Por todo ello, la redacción literal dada por el art. 42 de la LO 4/2000 en materia de trabajadores transfronterizos es la siguiente:

1. Los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general.

2. Reglamentariamente se establecerán las condiciones para las autorizaciones de trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, de acuerdo con la normativa vigente.

Del contenido del presente artículo se deducen dos consecuencias importantes: a) estos trabajadores deben ser residentes en la zona fronteriza ,para poder ser titular de este permiso, lo que implica que esta categoría de trabajadores expresamente tenga prohibido residir en España, para que de este modo una vez haya conseguido el permiso de trabajo pueda solicitar la

¹⁴⁰⁹ Vid, examen de esta figura realizado por destaca el análisis pormenorizado de este tipo de autorización SERRANO ARGÜESO, M. (2002). Los derechos laborales en la nueva Ley de Extranjería. Un estudio comparado de las Leyes Orgánicas 7/1985, 4/2000 y 8/2000 a la luz del nuevo Reglamento de Extranjería», en *Rev. Española de Derecho del Trabajo*, núm. 111, Mayo-Junio 2002.Madrid. Civitas, pág 395 y MARTIN SEGURA, J. A. (2007).La problemática jurídica de los trabajadores transfronterizos, *Revista de Derecho Social*, núm.39.Albacete. Bomarzo, págs 177 y ss.

residencia¹⁴¹⁰;y b)prohibición de concesión de este tipo de permisos si el sujeto se encuentra subsumido en alguno de los apartados previstos en el art 26.1 de la citada Ley¹⁴¹¹

Por su parte, el Real Decreto 864/2001 de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO4/2000 de 11 de Enero¹⁴¹²,en su art 76,regula por primera vez y vuelve a repetir los requisitos exigidos con anterioridad para estos trabadores, si bien, creando un nuevo elemento “certificado de residencia en el país vecino” terminología que difiere gramaticalmente de que se realiza en la actualidad” zona fronteriza de un Estado limítrofe” y cuyo efecto más mediato es la aparición del “certificado de residencia en la zona limítrofe del país fronterizo”. Asimismo tal y como se establece en su disposición Transitoria Primera, los distintos permisos que habilitan para entrar, residir y trabajar en España y que estén en vigor, se prorrogara su vigencia por el tiempo que hubieran sido expendidos y en consecuencia esta norma es directamente aplicable, a los trabajadores fronterizos que se encuentren en esta situación. En relación con la renovación de permisos, a los que el presente Reglamento dedica la Disposición Transitoria Tercera, tampoco existe referencia alguna a los permisos “F”.Si en cambio, se señala que se produce la mutación de los permisos B iniciales pasarán a ser tipo C y los permisos de tipo B renovado y C pasarán a ser permisos de residencia permanente. Por lo que, se supone que los permisos tipo “F”, continúan inalterables en su contenido y vigencia.

De igual modo, la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de Diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En la misma, el legislador lo ubica en el art 76, englobado dentro de la rubrica ”regimenes especiales” amplia su definición y a su vez, añade una serie de mejoras técnicas a su redacción como son: circunscribe su ámbito territorial a una determinada zona fronteriza del territorio español, su concesión no genera derecho para obtener un permiso por

¹⁴¹⁰ MARTÍNEZ CANO, Y. (2000).*Artículo 41. El contingente de trabajadores extranjeros*, en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, pág. 228.

¹⁴¹¹ Los supuestos previstos en la Ley en los que no cabe la expedición de visado y por consiguiente no podrán entrar en España son :

- Expulsión durante el plazo señalado en la misma
- Los que tengan prohibida la entrada en España por causa legalmente prevista en la Ley o en virtud de Convenido Internacional suscrito pro nuestro país.

¹⁴¹² El Real Decreto 864/2001, de 20 de Julio, de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros deroga el anterior, *Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero*, de desarrollo de la Ley Orgánica 7/1985; a pesar de la derogación de la misma por la LO de extranjería, ha seguido vigente, en todo aquello en que no se opusiera a la nueva ley, hasta la entrada en vigor del Reglamento de desarrollo de la misma este será de aplicación subsidiaria .Y en concreto, en el artículo único del Real Decreto, en su Disposición Transitoria Primera, titulada” *Validez de permisos o tarjetas en vigor*” dispone que:” *Los distintos permisos o tarjetas que habilitan para entrar, residir y trabajar en España concedidos a las personas incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento que se aprueba mediante este Real Decreto y que tengan validez en la fecha de entrada en vigor del mismo, conservarán dicha validez durante el tiempo para el que hubieren sido expedidos*”.

cuenta ajena o propia distinto, su vigencia esta condiciona a que el trabajador siga prestando dichos servicios y se añade como causa específica de denegación exclusivamente para esta categoría de trabajadores, la pérdida de la condición de ser trabajador transfronterizo.

Con respecto, al Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre¹⁴¹³, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dedica un extenso tratamiento a los trabajadores transfronterizos (por primera vez, el legislador le confiere una regulación propia e independiente¹⁴¹⁴). En concreto, su desarrollo se realiza en el art 84 del citado Reglamento. Del análisis del presente artículo, extraemos las siguientes conclusiones:

a) Preocupación del legislador por especificar el alcance de este tipo de autorización.

b) Obligación formal del trabajador de obtener la tarjeta que le confiere este status.

c) Fijación de las condiciones necesarias para su renovación, causas para su denegación y aplicación (las causas generales de extinción son iguales que las previstas para el resto de autorizaciones).

d) Se realiza un tratamiento unitario de estos trabajadores, desmembrándose por primera vez de los trabajadores transnacionales de servicios que hasta es momento habían sido objeto de tratamiento conjunto.

e) En su concesión inicial se estará a lo dispuesto en las condiciones para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo ordinarias -apartado que ha sido añadido tras la reforma operada en virtud del Real Decreto 1162/2009, de 10 de Julio¹⁴¹⁵- que dispone lo siguiente: “cuando la competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta propia y ajena corresponda a la Administración autonómica, ésta será competente para la admisión, tramitación, resolución de solicitudes y, eventualmente, de los recursos administrativos, de acuerdo con lo previsto en este Reglamento para cada tipo de autorización,

¹⁴¹³ Vid, análisis de esta norma efectuado por SERRANO VILLAMANTA, F.J. (2006).El trabajo de los extranjeros e inmigrantes en España” (ed.) J. M. Ruiz de Ruidobro, *Regulación legal de la extranjería e Inmigración en España*, Madrid, publicado por Universidad Pontificia Comillas de Madrid, págs 180 y ss.

¹⁴¹⁴ Recordemos que en un principio recibían un tratamiento diferente pero conjunto en el mismo artículo que el trabajador de temporada. Este criterio cambia en la LO 4/2000, donde aparecen en su art 42, junto a la prestación transnacional de servicios. Pero no será hasta la promulgación del Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre, cuando adquiere entidad y autonomía propia, respeto al resto de categoría de trabajadores, reconociéndose sus peculiaridades y requisitos que le confieren un status y un tratamiento diferenciado respecto al resto de trabajadores.

¹⁴¹⁵ Por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre(, BOE núm. 177 de 23 de Julio de 2009)

es decir, las CCAA que tengan competencia¹⁴¹⁶ en materia de autorización inicial de trabajo, le corresponderá a partir de la entrada en vigor de esta norma el otorgamiento ,denegación ,resolución y recursos sobre esos trabajadores.

d) También en las sucesivas renovaciones se valora que el trabajador continúe en activo, la subsistencia de las circunstancias que motivaron su concesión y el cumplimiento de las condiciones establecidas a tal efecto. De otra parte, en cuanto a las causas de denegación de entrada solo son aplicables a esta categoría de trabajadores las derivadas de las autorizaciones de trabajo pero no para la residencia, puesto que, estos no residen en España, por lo que únicamente le resulta de aplicación las siguientes causas de extinción de residencia temporal: cumplimiento del plazo para que se expedido; renuncia expresa o tácita de su titular; por no haber procedido a renovara extraordinariamente su autorización estando obligado a ello por concurrir un estado de excepción alarma o sitio; no ser afiliado o dado de alta; aportar datos falsos o inexistentes; cuando deje de poseer pasaporte, documento análogo o, en su caso, cédula de inscripción; y, se añade como causa exclusiva exigible específicamente a esta categoría de trabajadores, la extinción del derecho a este permiso se condiciona a que este conserve la condición de ser trabajador transfronterizo, sin que se haga ninguna referencia por parte de la citada disposición a la posibilidad de establecer limitaciones de actividad o sector.

f) Además el citado RD de 2004, separa a esos trabajadores de la regulación conjunta que hasta ahora se venia haciendo con los trabajadores transnacionales. También dedica su Disposición Adicional 13¹⁴¹⁷ a este tipo de autorizaciones a las que se excluye si su actividad es de duración determinada de la prestación de desempleo, lo que les obligaba si querían tener derecho a esta protección social, a que el acuerdo internacional suscrito con el país de residencia del extranjero y España reconociera esta prestación o en su defecto acudir a la vía de contratar un seguro privado que cubra dicha contingencia.

A continuación, procedemos al desglose de los apartados que lo conforman, de forma pormenorizada para comprender la delimitación técnica y formal del mismo, donde se observa una preocupación desmesurada de *no dejar ningún cabo sin atar*, para encorsetar a este tipo de

¹⁴¹⁶ Las vías para adquirir competencia en materia estatal son las previstas en el art 150 CE, mediante el cual el Estado cede competencia propia a las CCAA a través de transferencia o delegación, o bien, que se trate de competencias asumidas en su Estatuto de autonomía y a partir de ahí, expandirlo a los títulos competenciales al máximo posible para poder habilitar una actuación autonómica global, en el campo de extranjería.

¹⁴¹⁷ Vid, examen riguroso de esta norma realizado por OLARTE ENCABO, S. (2006). Comentario a la Disposición adicional decimotercera” .En *El trabajo de los Extranjeros en España*, en esta misma obra Ramos Quintana, M” *El trabajo de los Extranjeros en España*”, MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA, MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ ... (et al) Madrid, Tecnos.

trabajadores y no dejar ningún vacío legislativo sin regular y que suponga una vía de entrada, sobre todo, para los trabajadores procedentes de Marruecos¹⁴¹⁸.

Por tanto, las novedades más destacables desde nuestro punto de vista son las siguientes:

En primer lugar, el apartado 1, en su primera parte, no es más que una reiteración de lo establecido por el Real Decreto 864/2001 de 20 de Julio. Sin embargo, en la segunda parte del mismo apartado, aclara en relación con la validez de este permiso queda circunscrito al ámbito territorial para el que se concede¹⁴¹⁹. Además se matiza la obligación que tiene este trabajador de regresar al país diariamente, desapareciendo la permisibilidad que estableció la LO 7/85 para estos trabajadores¹⁴²⁰

En segundo lugar, se observa como en el apartado 3, del art 84, se advierte al trabajador que el estar en posesión de esta autorización no genera derecho alguno a favor del mismo para poder obtener la autorización de residencia ni de trabajo, ya que esta autorización lo único que le habilita, es para trabajar en las zonas limítrofes a España. Expresamente se establece en el art 84, que la validez de la autorización, ya sea por cuenta propia o ajena, se encontrará limitada al ámbito territorial transfronterizo donde el trabajador presta sus servicios. En la actualidad, esta situación sólo puede darse respecto de los trabajadores de Andorra, Marruecos, Gibraltar puesto que el resto de países que lindan con España son ciudadanos de los países de la U. E¹⁴²¹. (Francia

¹⁴¹⁸ También existe otro país de procedencia del trabajador transfronterizo para España, y es de Portugal, que pese a que se adhirió junto a España a la CEE en 1986. Siendo 1991, con la firma del Acuerdo de Schengen, cuando se produce la apertura de las fronteras internas de la UE (aunque su aplicación no fue efectiva hasta 1995). Sin embargo, a pesar de ello, subsisten los trabajadores portugueses transfronterizos, (viven en Portugal y trabajan en España) recurriendo en la práctica a hacerle al trabajador transfronterizo el contrato de trabajo en Portugal, que tiene un salario mínimo inferior a España o por el contrario, su prestación de servicios se realiza subsumida en el mercado de la economía sumergida.

¹⁴¹⁹ A nuestro juicio, esta explicación era innecesaria, ya que se deduce implícitamente del sentido de la norma, puesto que si el permiso se concede por trabajar el extranjero en zona fronteriza limítrofe con España, su validez y vigencia, queda estrictamente limitada al ámbito territorial donde ejerce su actividad, sin que en consecuencia pueda entenderse, que puede ser aplicada a otro territorio distinto para el cual se otorgó.

¹⁴²⁰ Conviene recordar que el único texto normativo que otorga una mayor flexibilidad en cuanto al tiempo mínimo de estancia en el país de trabajo es precisamente la LO7/85 art 43, que paradójicamente, es la más restrictiva con los derechos de los trabajadores extranjeros en términos generales. Admitiéndose en la misma, que si no regresan diariamente a su país, al menos lo hagan una vez a la semana. Se observa, como a partir de esta ley, ninguna otra ley de extranjería promulgada hasta el momento en nuestro país, ha permitido que éstos pernocten en el país donde trabajan, ni tan siquiera para los trabajadores autónomos. Si bien, en la práctica habitual, este precepto es incumplido, ya que jamás se ha impuesto ninguna medida restrictiva para compeler a regresar a diario a su país y en la mayoría de los casos, no solo ellos, sino que a su vez, toda su familia convive en el país donde el trabajador se encuentra prestando sus servicios y sólo los fines de semana es cuando realmente, pernocta en el país de origen.

¹⁴²¹ Los nacionales de otros Estados Miembros de la Unión Europea, Espacio Único Europeo y Suiza no precisan obtener una autorización de trabajo como trabajador por cuenta ajena o propia, ya que la normativa de la UE sobre libre circulación de trabajadores es de plena aplicación, teniendo derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, en las mismas condiciones que los nacionales españoles.

y Portugal) Y aclara, que a pesar de no conllevar derecho para obtener el permiso de residencia o de trabajo, el haber tenido otorgada su concesión si puede ser tenida en cuenta, como medio probatorio, para evaluar la solicitud de estos permisos si el trabajador transfronterizo lo pide tal y como se señala literalmente este apartado:

3.” El hecho de haber sido titular de una autorización de trabajo por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos, no generará derecho para la obtención de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena, sin perjuicio de que sea tenida en cuenta para la valoración de las solicitudes que pudieran presentarse por el titular”.

En tercer lugar, se compele a este grupo de trabajadores, al cumplimiento de una serie de formalidades legales, entre las que se especifica expresamente el derecho y deber del mismo a obtener la correspondiente autorización de residencia¹⁴²², que les acredite como trabajador transfronterizo. De este modo, quedan sometidos al cumplimiento de los derechos y obligaciones en materia de documentación en condiciones iguales al resto de trabajadores extranjeros y para ello, el apartado 4 del art 84 al final, hace una remisión expresa al Título X, capítulo I y II, relativo a documentación y los derechos y obligaciones generales¹⁴²³ inherentes que su posesión comportan, que aparecen contenidas en los artículos 100-105 y cuyas especificaciones para los trabajadores transfronterizos y estudiantes, vienen recogidas el art 106 analizado prietamente en el apartado relativo a la situación de los trabajadores transfronterizos en Ceuta y Melilla.

En cuarto lugar, en el apartado 5 del citado artículo, se destaca por parte del legislador la obligación, por parte de las autoridades de renovar la tarjeta de transfronterizo, en tanto que,

¹⁴²² Evidentemente la autorización de que el trabajador reside en otro país y en una provincia determinada, debe aportarse como medio probatorio para por el trabajador para obtener el permiso “F”, el documento acreditativo será el padrón de la localidad donde resida, que deberá presentar traducido y legalizado a la lengua española, si se expide por Marruecos, Portugal o Andorra (catalán).

¹⁴²³ Estas obligaciones y derechos del trabajador en general y por supuesto aplicable al trabajador extranjero que tiene la condición de transfronterizos y que les habilita para entrar y salir de España, así como a acreditación del ejercicio de la actividad que motivo su otorgamiento y que podemos sintetizar en las siguientes: a)conservar su documentación; b) no ser privados de la misma salvo en los casos en que la Ley lo fije y previo cumplimiento de las formalidades contenidas en la misma; c) que le sea conferido un numero de identificación de extranjero(NIE);d)al otorgamiento de la tarjeta de identidad de la condición de trabajador transfronterizo; e) que se les expida una nueva tarjeta en caso de extravío, destrucción o inutilización de la tarjeta.

Junto a estos derechos, la Ley tambien fija una serie de obligaciones, entre las que destaca: a)el deber de exhibir la documentación, cuando sea requerido para ello por parte de la autoridad competente; b) tener en vigor su documentación; c) entregar el documento en la Comisaría de Policía o en los servicios policiales de las Oficinas de Extranjeros correspondientes al lugar donde residan, cuando haya finalizado el plazo de vigencia de la tarjeta o se haya perdido el derecho que justificó su expedición d) comunicar las modificaciones que impliquen alteración de la situación legal en España del titular de la tarjeta a efectos de expedición de nueva tarjeta adaptada al cambio o alteración producido, con la vigencia que determine la resolución que conceda dichas modificaciones; e) al pago de las tasas fiscales legalmente establecidas que conlleven la expedición, renovación o alteración de la tarjeta que reconozca la condición de trabajador transfronterizo.

subsistían las circunstancias que motivaron su expedición. Es decir, que en el momento que deje de prestar la actividad por cuenta ajena o propia que motivo su concesión, no existe derecho alguno para que se siga teniendo la titularidad y vigencia de la misma, por lo que, ésta deja de tener vigencia de forma automática, cuando cesan las causas que originaron su expedición, sin perjuicio de que sea tenido en cuenta para la valoración de otras solicitudes que pudieran presentarse por su titular.

La redacción que este Real Decreto confiere a este apartado es la siguiente:

5. Esta autorización de trabajo se renovará a su expiración en tanto el titular continúe en activo y subsistan las circunstancias que motivaron su concesión.

En quinto lugar, se indica que estas autorizaciones de trabajo para esta categoría de trabajadores, se denegara por las mismas causas que las establecidas para cualquier tipo de trabajador por cuenta ajena. Lo cual nos lleva a poner en relación este art 84 párrafo 6, del Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre, con el art 53.1 del mismo Texto, relativo a la denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena y cuyo contenido es el siguiente:

1.- La autoridad competente denegará las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena en los supuestos siguientes:

a) Consten antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.

b) Lo exija la situación nacional de empleo, sin perjuicio de los supuestos específicos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero.

c) Las condiciones fijadas en el contrato de trabajo u oferta de empleo, fueran inferiores a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad. También se denegará, en el caso de que la contratación fuera a tiempo parcial, cuando, por la duración de la prestación de servicios, la retribución sea inferior al salario mínimo interprofesional, en cómputo anual, en proporción al tiempo de trabajo efectivo, salvo que se tratase del cónyuge no separado de hecho o de derecho de residente legal, o de hijo en edad laboral y menor de 18 años, previamente reagrupados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41.6 del citado Real Decreto 2393/2004.

d) Cuando en los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud, la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que pretende cubrir por despido improcedente o nulo, declarado por sentencia o reconocido como tal en acto de conciliación, o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52.c del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor.

e) Cuando el empleador solicitante haya sido sancionado mediante resolución firme en los últimos 12 meses por infracciones calificadas como muy graves en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, o ,por infracciones en materia de extranjería calificadas como graves o muy graves en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto.

f) El empresario o empleador no garantice al trabajador la actividad continuada durante la vigencia de la autorización de residencia y trabajo, o bien cuando, siendo requerido para ello, en los términos establecidos en el artículo 51, no acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo.

g) Para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulando alegaciones inexactas, y medie mala fe.

h) Se carezca de la titulación especial exigida para el ejercicio de la concreta profesión o de la homologación o de la colegiación cuando así se requiera.

i) Conste un informe gubernativo previo desfavorable.

j) Concurra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud.

k) El empresario solicitante haya sido condenado mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores o contra ciudadanos extranjeros, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

2.-La denegación habrá de ser motivada y expresará los recursos que contra ella procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarlo y el plazo para interponerlos.

Es decir, la pérdida de la condición de trabajador transfronterizo, además de la concurrencia de alguna de las otras causas generales de denegación recogidas en el artículo 53 del Reglamento, para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, será causa de denegación de las autorizaciones de trabajo por cuenta propia o ajena para estos trabajadores transfronterizos. Aplicándose el mismo régimen de extinción de la autorización recogido en el artículo 75 del Reglamento.

Pero además introduce este apartado 6, una nueva causa de denegación de la autorización de trabajo, aplicable exclusivamente al trabajador transfronterizo y que es inherente y propia del mismo, que la condición *sui generis* que le hace quedar subsumido dentro de esta categoría específica de extranjero y que no es otra que la condición particular de ser transfronterizo, desaparecida esta circunstancia que motivo su inclusión en ordenamiento jurídico laboral y su

especial situación administrativa ante nuestro país, no existe ninguna justificación, para quedar encuadrado en la condición de trabajador transfronterizo y en consecuencia, para que pueda concedérsele autorización para trabajar en los territorios fronterizos con España.

Y por último, en relación con este artículo el apartado 7 del mismo, señala que las causas de extinción para este grupo de trabajadores, son idénticas al resto de autorizaciones. En consecuencia, sólo cabe la renovación de las mismas, si subsisten las causas que motivaron su concesión, es decir, que se renueve el contrato de trabajo por cuenta ajena o si es indefinido que se siga prestando el mismo, también si el sujeto continúa realizando una actividad lucrativa por cuenta propia, en el primer caso es preceptivo que el empresario cumpla con la obligación de dar de alta al trabajador por cuenta ajena y en segundo que el propio trabajador, como sujeto responsable proceda a su inclusión y alta en el sistema de Seguridad Social en España.

En la misma línea, se pronuncia el art 50 del Real Decreto 2393/2004 de 30 Diciembre, al regular los requisitos necesarios para obtener la concesión de autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena, donde se reitera la necesidad de para que el extranjero pueda conseguir dicha autorización deben tenerse en cuenta los siguientes requisitos:

a. Que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero¹⁴²⁴ (Por tanto, la entrada en nuestro país, debe ser con contrato de trabajo, lo mismo se exige para los trabajadores fronterizos)

¹⁴²⁴ Con la finalidad de aclarar el contenido del término situación nacional de empleo, se creó el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura, en virtud de RD 2393/2004 de 30 de Diciembre. En el mismo, se recoge las ocupaciones que presentan dificultades para ser cubiertas por los demandantes de ocupación inscritos en las oficinas de trabajo de las CCAA y que posteriormente el INEM trimestralmente elaboraba previa consulta con la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración y con el servicio público de empleo autonómico, que podrán incluir o excluir de dicho catálogo las ocupaciones que unilateralmente decidan, con la única obligación de comunicar esas modificaciones en el plazo de los 30 días siguientes al INEM. Esto permitirá que los empleadores, instarán la tramitación de autorizaciones para residir y trabajar dirigida a trabajadores extranjeros, cuando las vacantes de puestos de trabajo que necesiten cubrir, lo sean en ocupaciones incluidas en el citado Catálogo y que no hay trabajadores suficientes (nacionales, comunitarios o extranjeros que cuenten con permiso o no lo necesiten) para cubrir la oferta de trabajo para la que se solicita el permiso.

Sin embargo, para lograr un mayor acercamiento al mercado de trabajo y propiciar una información estadística más detallada y una mayor intervención de los agentes sociales, se dictó la Resolución de 14 de Noviembre del 2005, donde se solventa parcialmente esta problemática y además de procederse a modificar los procedimientos estadísticos hasta entonces utilizados, se fija que los servicios autonómicos y las Direcciones Provinciales del Servicio Público de Empleo estatal en el País Vasco, Ceuta y Melilla, puedan hacer inclusiones o exclusiones en dicho Catálogo Provisional, se modifica los plazos, fijándose a partir de la citada norma, en que debe hacerse antes de que finalice el segundo mes de cada trimestre natural, (anteriormente era 30 días) en estas propuestas serán informadas los agentes sociales (en Real Decreto del 2004 no existía este derecho a información hacia los mismos) y en aras a este resultado, se elabora la propuesta definitiva de dicho Catálogo por la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, para que ésta emita su informe preceptivo, antes de que se apruebe el Catálogo definitivo.

Por su parte, la calificación de una ocupación como de difícil cobertura, implica la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida al extranjero. Asimismo, se considerará que la situación nacional de empleo, permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura, cuando el empleador acredite la dificultad de contratación del puesto que pretende cubrirse, mediante la gestión de la oferta de empleo presentada ante el Servicio Público de Empleo concluida con resultado negativo. A este efecto, el servicio público de empleo encargado de la gestión emitirá, en el plazo máximo de 15 días, una certificación en la que se exprese que de la gestión de la oferta se concluye la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para aceptar la oferta¹⁴²⁵. Sin embargo, el cumplimiento de las formalidades descritas, impiden que en muchas ocasiones, que cuando el empresario demande una categoría de trabajadores, éstos lleguen a la localidad y empresario que los demanda en un plazo breve y son estas dilaciones las que provocan que se acuda a la contratación ilegal por parte del empresario o en otras algunas ocasiones, se recurre a las empresas de trabajo temporal, para solventar momentáneamente esta ausencia de mano de obra, si bien, en la práctica, sus demandantes suelen rechazar estas ocupaciones por tratarse de trabajos con poca retribución, baja cualificación y dada su penosidad los trabajadores españoles optan por rechazar.

b. Que se garantice al trabajador una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización para residir y trabajar.

c. Que las empresas solicitantes hayan formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentren al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social. En los términos establecidos en el artículo siguiente, se podrá requerir, además, al empresario que acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial.

d. Que las condiciones fijadas en la oferta de empleo, se ajusten a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad.

e. Que se posea la titulación, en su caso, debidamente homologada o que se acredite la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión.

f. Que los trabajadores extranjeros que se pretenda contratar carezcan de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.

¹⁴²⁵ Sin embargo, el cumplimiento de las formalidades descritas, impiden que en muchas ocasiones que cuando el empresario demande una categoría de trabajadores, éstos lleguen a la localidad y empresario que los demanda en un plazo breve y son estas dilaciones, las que provocan parcialmente que se acuda a la contratación ilegal por parte del empresario (además es más barato contratar a trabajadores ilegales) o en otras algunas ocasiones, se recurre a las empresas de trabajo temporal, para solventar momentáneamente esta ausencia de mano de obra, si bien, en la práctica, sus demandantes suelen rechazar estas ocupaciones.

g. Que los trabajadores extranjeros no se encuentren irregularmente en territorio español.

No obstante, la Ley exceptúa de la obligación de cumplir lo señalado en la situación nacional de empleo¹⁴²⁶ solo en dos casos: a) en los supuestos taxativos fijados en el art 40 de la LO 4/2000 de 11 de Enero; b) Convenio internacional bilateral o multilateral suscritos por España con los nacionales no pertenecientes a la UE.

En cualquiera de los casos, se procederá a la renovación del permiso tipo “F”, siempre que éste acredite la realización habitual de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

a. Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.

b. Que se haya buscado activamente empleo, participando en acciones que se determinen por el servicio público de empleo, o bien en programas de inserción socio-laboral de entidades publicas o privas que cuenten con subvenciones publicas.¹⁴²⁷

c. Que en el momento de solicitud de la renovación tenga un contrato de trabajo en vigor.

d. También, se renovara la autorización cuando el trabajador se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el art.38.3.b y c de la LO 4/2000 de 11 de Enero.

No obstante, la ley hace una aclaración desde nuestro punto de vista necesaria, al señalar que los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social, no impedirán la renovación de la autorización, siempre que se acredite la realización habitual de la actividad. En este caso, la autoridad competente, pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la situación de descubierto de cotización, a los efectos de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan.

¹⁴²⁶ Del análisis del art 40 de la LO 4/2000 de 11 de Enero, se desprende que en ninguno de sus 12 apartados, queda recogido excepción alguna, de tener que ajustarse el trabajador transfronterizo a la situación nacional de empleo, por lo que en consecuencia, queda compelido a que su contratación se efectúe, únicamente si el puesto de trabajo que pretende cubrir no es demandado por un trabajador español. Si bien, esta normativa su aplicabilidad queda atemperada, con el acceso de Ceuta y Melilla (ciudades fronterizas) en la elaboración del Catálogo de puestos de trabajo de difícil cobertura.

¹⁴²⁷ Este punto fijado en la ley, debería haber sido obviado desde mi punto de vista, ya es una falacia, puesto que, estos trabajadores no pueden inscribirse en el INEM, ni participar en acciones formativas ya sean de índole pública o privada, precisamente por su condición de transfronterizo.

Finalmente, la LOEXTR¹⁴²⁸, respeta la sistemática de la LOE y su contenido y hace un apostillamiento en el art 43.1 *in fine*” siéndoles de aplicación en cuanto a los derechos de seguridad social lo establecido en el artículo 14.1 de esta Ley”.Es decir, se reconoce a los extranjeros residentes el derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. La novedad por tanto de este precepto, reside en el reconocimiento expreso de los derechos de seguridad social en igualdad de condiciones que los españoles a los trabajadores transfronterizos, lo que indudablemente constituye una mejora de su sistema de protección social.

Por ultimo, el 12 de de Abril de 2011, ha sido aprobado el nuevo Reglamento de Extranjería, que entrara en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE, probamente se estima su vigencia para los meses de Junio o Julio del 2011.en cuanto a las novedades que presenta esta nueva disposición con respecto a esta categoría de trabajadores que figuran en los arts 182-184 son escasas y son las que seguidamente sintetizaremos:

- Se añaden un nuevo requisito para obtener este tipo de autorización por cuenta ajena: 183.2.No figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. (apartado 2 del art 183.2.a)
- Y en caso de que la actividad a desarrollara sea por cuenta propia, debe acompañarse de la previsión de que el ejercicio de la actividad producirá desde el primer año recursos económicos suficientes al menos para la manutención del interesado, una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad.(art 183.2.b. apartado7).Ante la falta de concreción de la cuantificación mínima precisa para la manutención consideramos este indicador se puede obtener mediante cheques, certificados, cheques de viaje o cartas de pago o tarjetas de crédito, acompañadas de una certificación bancaria de la cantidad disponible como crédito de la citada tarjeta o certificación bancaria, similar a la que se exige al extranjero que quiera residir en España sin realizar actividad lucrativa)
- Se determina que el ámbito geográfico de limitación de la autorización será el correspondiente a la Comunidad Autónoma en cuya zona limítrofe resida el trabajador extranjero y si se trata de una autorización temporal inicial para trabajador por cuenta propia esta deberá tener una vigencia mínima de 3 meses y máxima de 1 año.

¹⁴²⁸ 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(BOE núm.299, de 12 de Diciembre de 2009)(en adelante ,LOEXTR)

- Se detallan de forma mas pormenorizada los requisitos que deberán cumplirse para la obtención de la autorización de trabajo y sus efectos (arts. 184 sobre todo para los trabajadores que pretenden acogerse a este permiso para desarrollar una actividad por cuenta propia) así por ejemplo la vigencia de las sucesivas prórrogas coincidirá con la del contrato de trabajo o de la actividad por cuenta propia, con el límite máximo de un año.
- En ambos supuestos como novedad se establece que el trabajador transfronterizo deberá aportar penales de los 5 años anteriores a la solicitud, así como justificación que ha abonado las tasas.
- Subsiste lo preceptuado en el RD 1162/2009 para las CCAA, recogido actualmente en el 183.3. Cuando la competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta propia y ajena corresponda a la Administración autonómica, ésta será competente para la admisión, tramitación, resolución de solicitudes y, eventualmente, de los recursos administrativos, de acuerdo con lo previsto en este Reglamento para cada tipo de autorización. (No se dice nada de renovación). También se establece la obligación de preverse de tarjeta en el plazo de 1 mes, aun cuando su permanencia en España sea inferior a 6 meses.

4.6-ESTUDIO Y EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES TRANSFONTERIZOS EN AMBAS CIUDADES AUTÓNOMAS

4.6.1 SITUACIÓN DE LA POBLACIÓN MARROQUÍ EN LOS TERRITORIOS AISLADOS DE CEUTA Y MELILLA ANTES DE LA LEY ORGÁNICA 7/1985

Con respecto a una posible clasificación de los marroquíes que desarrollaban su actividad laboral en Ceuta y Melilla previo a la promulgación de la LO 7/85 de 1 de Julio sobre libertades y derechos de los extranjeros en España desde mi punto de vista estos se pueden vertebrar en los siguientes grupos:

1. Fronterizos:

- a. Por cuenta ajena.
- b. Por cuenta propia: Autónomos

2. Residentes en virtud de Tarjeta de Estadística (marroquíes o apátridas):

- a. Por cuenta ajena.
- b. Por cuenta propia: Autónomos

Empleadores

3. Residentes en virtud de Permiso de residencia y trabajo:

- a) Por cuenta ajena.
- b) Por cuenta propia: Autónomos

Empleadores

4. Falsos fronterizos que residían clandestinamente en la ciudad:

- a) Por cuenta ajena
- b) Por cuenta propia

5. Marroquíes sin tarjeta de estadística ni permiso de trabajo de ningún tipo en ambas ciudades.

Con respecto a los primeros- los puramente fronterizos-, se entenderían subsumidos en esta categoría, aquellos marroquíes que residen en su país de origen y diariamente atraviesan la frontera para prestar sus servicios en Ceuta y Melilla.

A este respecto, la OM de 4 de Octubre de 1979(de la Presidencia del Gobierno)¹⁴²⁹, reguladora de la concesión de permisos de trabajo de validez restringida, considera a este tipo de trabajadores, como posibles titulares de estos permisos. En base, al contenido de su art 1 apartado b), que establecía” que solo se podrán otorgar en dos supuestos:

- a. En aquellas actividades laborales de corta duración o de temporada.

¹⁴²⁹ Por la que se regula la concesión de permisos de trabajo de validez restringida a extranjeros(BOE núm. 241 de 8 de Octubre de 1979,Rec 23872)

b. En aquellas actividades laborales que se realicen en zonas fronterizas por trabajadores extranjeros que no tengan su residencia en España.

Sin embargo, esta Orden, al igual que la Ley 29/1968 de 20 de Junio¹⁴³⁰ en su art 4,1 c), establecía respecto a los permisos por cuenta ajena de validez restringida¹⁴³¹, que su validez se circunscribía aun único centro de trabajo, con una vigencia no superior a 6 meses, no *siendo susceptible de renovación*, debiendo el trabajador pagar una cuota tributaria de cien pesetas y el empresario otras cien pesetas por cada mes autorizado. Completada esta disposición por el Decreto 1870/1968 de 27 de Julio¹⁴³². No obstante, esta imposibilidad de renovación, no conllevaba a que el trabajador quedara indocumentado o no pudiera continuar prestando ni su categoría profesional, ni se haya producido baja del operario en la Seguridad Social. En realidad, a nuestro juicio, nos encontrábamos con una falacia jurídica, donde o bien, se ignora la renovación del derecho o, en otro caso, se desprecia lo preceptuado en el art 18 del RD 1870/1968, que literalmente define la renovación de un permiso de trabajo como” *Todos los casos en los que las condiciones profesionales del trabajador extranjero, no sufran alteración en relación con su situación anterior*”.

Consecuentemente esto nos lleva a plantarnos, si esta categoría de trabajadores se encuentra incluido realmente en el campo de aplicación de la Seguridad Social, a tenor del contenido del art 5 de la Orden de 4 de Octubre de 1979, relativo a la no obligación de cotizar por contingencia de desempleo, en aquellos supuestos en que el permiso de trabajo de validez restringida, fuera inferior al periodo de carencia necesario, para causar derecho a la prestación correspondiente. La problemática que la aplicabilidad de esta norma produjo, es que los marroquíes que, con esta modalidad de permiso de trabajo, venían prestando sus servicios en Ceuta y Melilla, se veían abocados a la negativa por parte de la entidad gestora correspondiente, a admitir la cotización por desempleo, aun cuando la empresa y el trabajador estén interesados en efectuarla, siendo a nuestro juicio, la interpretación del contenido en este precepto incorrecto, debido a que estos permisos de trabajo se han venido renovando de forma sistemática en ambas ciudades, hasta que entró en vigor la Ley 7/1985 de 1 de Julio .

Prueba de ello, se infiere en la línea seguida en Ceuta y Melilla, por la Dirección Provincial de Trabajo, que consideraba la no concesión de estos permisos si estos eran por

¹⁴³⁰ Dedicada a las exacciones para expedición de permisos de trabajo a súbditos extranjeros (BOE número 149 de 21 de Junio de 1968)

¹⁴³¹ Por la que se regula la concesión de permisos de trabajo de validez restringida a extranjeros(BOE núm. 241 de 8 de Octubre de 1979)

¹⁴³² Sobre el régimen de empleo, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España.

cuenta ajena, como causa de fuerza mayor impropia¹⁴³³, y señalaba indemnización al extranjero de una cantidad equivalente a veinte días de salario por año de servicio, en caso de de que el empresario no solicitara la “renovación” o “concesión de un nuevo permiso”. En este sentido, se ha manifestado en diferentes sentencias la Magistratura de Trabajo, al haber declarado la nulidad de la extinción por denegación del permiso de trabajo.

Observándose como ambos órganos están implícitamente reconociendo la existencia de una relación laboral prorrogada, a través de la concesión de sucesivos permisos de trabajo, de duración superior al periodo de carencia necesario para percibir la prestación por desempleo. De modo, que si lo realmente se expedía era “un nuevo permiso”, ni la Magistratura de Trabajo, ni mucho menos la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, por ser de la precisamente dimana el erróneo criterio de que no se están produciendo renovaciones, sino nuevas expediciones, deberían en ese caso haber señalado indemnizaciones, por tiempo superior al de vigencia de un permiso de trabajo de validez restringida, necesariamente inferior a seis meses, período que, como máximo, cabría considera como antigüedad en la empresa del extranjero.

Por lo expuesto, el problema de la expedición de permisos de validez restringida parece a primera vista, que solo afectaba a los trabajadores transfronterizos en ambas ciudades que venían prestando sus servicios por cuenta ajena. Nada más lejos de la realidad, puesto que, por inverosímil que parezca, estos mismos permisos también se concedían a los trabajadores por cuenta propia.

Los impedimentos a esta anómala interpretación de lo pueda ser un permiso de validez restringida son los contenidos en las siguientes disposiciones:

a) Ley 29/1968, dividía los permisos de trabajo en cuatro categorías, siendo la primera de ellas la de los permisos de trabajo por cuenta ajena, subdividiendo a éstos en tres grupos y constituyendo el tercero de ellos para los permisos de trabajo de validez restringida.

¹⁴³³La justificación de esta aplicación era que se considera una costumbre abonar una indemnización de 20 días de salarios por año trabajado en el supuesto de extinción de los contratos de validez restringida concedidos a trabajadores marroquíes en Melilla y Ceuta. cuando “no obran en los autos elementos en los que pudiera apoyarse la pretensión del recurrente” STS de 11 Mayo 1987/1987 [RJ 1987/3674]. Por tanto, no rige para la costumbre el principio *iura novit curia* debido a que el juzgador, a diferencia de lo que ocurre con las normas legales o reglamentarias, no tiene fácil acceso al conocimiento de una norma consuetudinaria que rige y se aplica sólo para el grupo social que le da vida⁴². Ahora bien, dicha prueba «no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público (art. 281.2 LEC). Apoyando esta postura en la tesis sostenida por DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., (2003). Sistema de Derecho Civil, Vol. I., 11.ª Ed., Tecnos, Madrid, pág 135 con respecto a la STSJ Valencia, de 29 Mayo 1996 [AS 1996/1615] ,que afirma que el principio *iura novit curia* “se circunscribe a las normas escritas que, forman el derecho escrito, interno y general, es decir, el obligado conocimiento de la norma jurídica por el órgano jurisdiccional, no se extiende a la costumbre y usos de empresa (art. 1.3 del Código Civil), que deberán ser probados por quien los alega”.

b) La misma Ley, establecía como periodo máximo de validez de estos permisos el de seis meses y prohíbe expresamente su renovación.

c) El art. 25 del Decreto 1870/1968, reitera lo expuesto en el apartado anterior.

d) En el mismo sentido, se pronunciaba la Orden de 4 de Octubre de 1979, reguladora de la concesión de los permisos de trabajo de validez restringida.

e) El art 7 del Decreto 1031/1980, establecía que estos permisos se seguirían rigiendo por las normas anteriores.

Evidentemente, al tratarse de un permiso de trabajo específico y exclusivo para el trabajo que se preste por cuenta ajena, sólo podía ser solicitado por las empresas que pretendan contratar a los extranjeros. En conclusión, se producía una nueva irregularidad: el permiso era solicitado por extranjero, y, además, para trabajar por cuenta propia, e incluso, constituirse en empleador con plantilla de trabajadores nacionales bajo su dependencia, como de hecho en la práctica se producía. (no existía ninguna normativa donde quede subsumido este tipo de permiso para el trabajador transfronterizo autónomo)

De modo que, los apartados b),c),d) y e) además de prohibir su renovación, limitaban su duración al plazo máximo de seis meses. Pero ¿Qué ocurría si un extranjero con permiso de validez restringida” por cuenta propia”, con plantilla bajo su dependencia, optase en un momento dado por no solicitar la renovación, amparándose en la expresa prohibición de la ley? Difícilmente podría la instancia competente, apreciar mala fe por parte del extranjero ¿Cómo habría de calificarse las extinciones de las relaciones laborales consiguientes? ¿Las indemnizaciones, caso de señalarse, quien vendría obligado a su abono? Obviamente, la ilógica actitud de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, al conceder estos permisos para trabajar por cuenta propia, pueden conducir a situaciones de inseguridad jurídica de difícil e imposible solución.

A ello, hay que añadir otra cuestión problemática, ¿Qué ocurre si el trabajador transfronterizo por cuenta propia, infringe el cumplimiento de sus obligaciones en materia de Seguridad Social y tiene a trabajadores a su cargo? ¿Quedaría exonerado del pago de cuotas, si no se le renueva el permiso de validez restringida por el cual viene trabajo? A nuestro juicio, y en base al art 12,1b) del Decreto 1880/1975 de 10 de Julio¹⁴³⁴, el empleador podían ser objeto de levantamiento de un Acta de Infracción, por incumpliendo de las leyes sociales, que regulan el empleo y el establecimiento de extranjeros en nuestro país, por infracciones cometidas contra

¹⁴³⁴ Decreto 1880/1975 de 10 de Julio, por el se aprueba el procedimiento administrativo especial para la imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y para la liquidación de cuotas de la Seguridad Social.

los trabajadores españoles y también contra los extranjeros, pero siendo éstos objeto últimos objeto de un procedimiento diferente, y en este sentido se pronuncia literalmente el citado artículo:

“las Actas de Infracción por incumplimiento de los preceptos que regulan el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los trabajadores extranjeros en España, se extenderán a los respectivos sujetos responsables en idénticos requisitos que los exigidos en el artículo noveno, y estarán sujetas a idéntica tramitación, con la única salvedad de que los sujetos responsables se encuentren en uno de los siguientes casos:

- a) Las empresas que empleen a dichos trabajadores en régimen de trabajo por cuenta ajena.*
- b) Los trabajadores extranjeros por cuenta propia.*

De su lectura, parece desprenderse un procedimiento sancionador para el empresario más riguroso que para los trabajadores nacionales, si bien, en realidad, tal y como se desprende de la regulación contenida en el art 11 a), donde se establece el procedimiento fijado por la ley, para la imposición de sanciones e infracciones en materia de emigración, son además de los generales previstos en el art 9a) del citado Decreto(nombre, apellidos del empleador, razón social, tipo de responsabilidad, solidaria o subsidiaria, infracción cometida, disposición que se infringe, circunstancias del caso, etc.), las especificaciones contenidas en el citado art 11 y que son las siguientes: nombres y apellidos de los emigrantes afectados, cuando la infracción se relacione directamente con los mismos, a tal efecto podrá citarse el nombre de uno de ellos, y el número de los demás.

A nuestro juicio, el legislador al dictar esta norma, su destinatario principal eran los españoles, que no habían sido objeto de encuadramiento por parte del empleador y que venían prestando sus servicios de forma irregular, y, por extensión se amplió su ámbito de aplicación a los inmigrantes, en cuanto trabajadores se encuentren prestando sus servicios en nuestro país, independientemente de que su situación laboral sea legal o no. Sin embargo, como venimos observando, al legislador sólo le interesará el número de trabajadores extranjeros que venían prestando sus servicios de forma ilegal en España, para de este modo, poder sancionar pecuniariamente al empresario, pero la norma no prevé, la regularización de los que venían prestando sus servicios de forma anómala, no se les concede ningún derecho, y lo único que les resta a éstos es formular la correspondiente reclamación económica, que podían hacer ante la “Magistratura de Trabajo”, si querían pleitear con el empresario, en este caso, tras levantarse la correspondiente “Acta”, los que verdaderamente sufrían perjuicios económicos eran los

empresarios, y éstos a cambio, se encontraban con el correspondiente despedido por la empresa, pero en modo alguno, dicho despido suponía reconocimiento económicos de sus servicios en la empresa, ni efectos jurídicos que le permitieran poder ulteriormente regularizar su situación administrativa.

En segundo lugar, se encontraban los titulares de Tarjeta de Estadística, A este respecto conviene advertir que la implementación del documento denominado “Tarjeta de Estadística”, ha sido una realidad constatable en ambas ciudades, hasta que entró en vigor la primera ley de extranjería, propiamente dicha en España, LO 7/85, su origen data de la coyuntura política de finalización del Protectorado Español en Marruecos¹⁴³⁵, dándose la circunstancia de que numerosos marroquíes residían en Ceuta y Melilla (ciudades que nunca formaron parte de dicho Protectorado). Lo procedente, en ese momento, hubiese sido, en aquel momento que la autoridad competente acordarse de que estos extranjeros legalizasen su residencia en territorio español, conforme a la legislación vigente, o, en caso de producirse ésta, disponer su salida de ambas ciudades.

Sin embargo, al ejecutivo de turno, le pareció poco lógico exigir a los naturales de un país, que estuvo mucho tiempo bajo protección española, que seguía siendo considerado después de su independencia como amigo, donde todavía existían muchos intereses españoles, y cuyos naturales, en definitiva, venían conviviendo con los habitantes de las dos ciudades largos años, e incluso muchos habían nacido en estas ciudades, y que quizás nunca llegaron a vivir realmente en Marruecos, cualquiera de las dos soluciones apuntadas: legalizar su residencia o abandonar el territorio nacional.

Por todo lo expuesto, y sobre todo con la intención de controlar de algún modo, la residencia de marroquíes en ambas ciudades, procurando no dañar los intereses de los que residían en ellas y bajo el síndrome de potencia administradora, que aunque ya habíamos dejado de serlo, nos habría de acompañar muchos años después, se promulgó un Bando¹⁴³⁶ en Abril de

¹⁴³⁵ El 17 de Junio de 1.956.

¹⁴³⁶ Documento aprobado por un Bando Abril de 1958 dictado por el Teniente General Gobernador de los Territorios de Soberanía Española en el Norte de África. Siendo posteriormente regulado por las Instrucciones de 2 Julio 1986, dictadas conjuntamente por los Subsecretarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y del Ministerio del Interior (No publicados en el BOE) en base a la potestad que les atribuía el art. 34 y 43 del Reglamento General de Extranjería, aprobado por Real Decreto 1.119/1986, de 26 Mayo en que se dispone que “ el permiso de trabajo, exigido por el art. 15 de la Ley, puede acreditarse mediante distintos documentos entre las que se contemplan junto a los permisos plasmados en un documento individual y específico, las autorizaciones colectivas, otros documentos oficiales o privados designados por la Dirección General del Instituto Español de Emigración, y asimismo, los que aquí son determinantes: los documentos dotados “de los efectos de la autorización para trabajar” por decisión del Ministerio de Trabajo “cuando circunstancias especiales así lo aconsejen, como ocurre en este caso, su finalidad declarada fuera : “evitar que una regularización documental, excesivamente formalista, pueda

1958, con el exclusivo objeto de efectuar un control de los marroquíes que residían en dichos territorios, a fines meramente estadísticos, no tenía más efectos que el control numérico, la identificación de su titular y su domicilio en Marruecos, pero la misma, no servía para nada más, sino para ejercer sobre los mismos un control estricto, por parte del Cuerpo General de Policía y Guardia Civil, tal y como se desprende de la denominación del documento¹⁴³⁷. No otorgaba más que el derecho de permanecer en la ciudad (no de pernoctar); no confería, en consecuencia, a sus titulares ningún derecho laboral ni social por la mera ostentación de esa tarjeta. Esta situación, dio lugar, a una situación injusta y de marginación de un colectivo de personas, que el legislador debió subsanar tras la promulgación de la LO 7/1985, pero que sin embargo, no lo hizo, y lo más que se consiguió fue el otorgamiento de un número determinados de nacionalidades para la población asentada en dichas ciudades, con el fin de corregir el clima de inestabilidad social, que la aparición de esta ley provocó en estos territorios, pero que no afectó en modo alguno, a los trabajadores transfronterizos que no tuvieran expedida Tarjeta de Estadística, tal y como se examina en el último apartado de esta pregunta.

Sin embargo, inmediatamente pudo comprobarse que el fin primario del nuevo documento, el control estadístico, se vio rebasado generosamente, pues en la práctica, su posesión implicaba el derecho a residir en la ciudad (derecho que no se reconoce en lo preceptuado en el citado Bando). Y evidentemente ante esta autorización de hecho de residir, conlleva implícitamente a la autorización para trabajar, pues para la expedición de este documento, jamás se exigió por parte de la autoridad española, que el marroquí acreditase unos ingresos o rentas que le permitiesen vivir sin trabajar. De hecho, la posesión del documento faculta para detentar la titularidad de vehículos de matrícula española u otras bienes muebles, y para la ocupación de viviendas en régimen de alquiler, previa autorización de la Delegación del Gobierno. Esto nos lleva a plantearnos las siguientes cuestiones ¿Cuál era el número de sujetos que se prevé que eran poseedores de dichas Tarjetas de Estadística? Lo cierto, es que su número

acarrear perjuicios no deseados a las personas asentadas con anterioridad a la Ley Orgánica 7/1985 en las ciudades de Ceuta y Melilla”. Por ello, entre otros extremos, en las citadas Instrucciones se establece que “el documento denominado “Tarjeta de Estadística”, expedido a ciudadanos originarios de las ciudades de Ceuta y Melilla, o con arraigo y residencia en las mismas, en edad laboral, quedará dotado de los efectos propios de la autorización para trabajar por cuenta ajena, en cualquier actividad laboral o profesional, en la localidad donde haya sido expedido”.

¹⁴³⁷ Periódico *El País* en el artículo rubricado *Chapa de perros* de 10 de Junio de 1985. En dicho artículo, se denunció públicamente a nivel nacional, la existencia de este tipo de documentación especial en las ciudades de Ceuta y Melilla. Y cuyos efectos se limitan a la simple identificación del portador y de sus familiares a cargo, careciendo de eficacia para comprar o alquilar una vivienda, ejercer el derecho al voto ni al subsidio para el desempleo, precisando además sus titulares un salvoconducto expedido por la Delegación del Gobierno para viajar a la península expidiéndose únicamente cuando existan circunstancias graves que así lo aconsejen. Y cuyo número de poseedores de dicho documento a juicio de ese periodo era en el año 1985 de 6.500 personas, a los que según dicha información deberían de sumarse los 20.000 restantes formados por apátridas y nacidos en Melilla.

era escaso, según el Ministro del Interior en aquel momento, José Barrionuevo, los titulares de esta tarjeta eran 6.306 personas de las que 5.332 correspondían a menores de catorce años. ¿Ante esta población tan reducida, cabría negar esta autorización en alguna ocasión? Aunque resulte inverosímil, las autoridades competentes, autorizaban al sujeto que estuviera en posesión de dicha Tarjeta a residir en dichas ciudades y en cambio, no los autorizaba a ocupar una vivienda. Y aunque, teóricamente no se permite la adquisición de inmuebles, también es cierto, que durante muchos años, con este documento, se realizaron compraventas de inmuebles¹⁴³⁸, y dichas transmisiones fueran liquidadas el pago de los correspondientes Derechos Reales por la Delegación de Hacienda, legalizando, en alguna medida, estas transferencias.

Asimismo, en un principio, se exigía por la expedición de este documento, que el marroquí, acreditase una residencia ininterrumpida en éstos territorios de al menos diez años, pero esta condición se fue atemperando, y, sólo se impuso durante los primeros seis meses de vigencia del citado Bando, ya que en la práctica, no se exigía residencia en ambas ciudades para su otorgamiento. En consecuencia, la expedición de este documento, que recaía en los Delegados de Gobierno, no ha sido jamás, un acto administrativo, que necesariamente ha de producirse de conformidad con un procedimiento regulado por una ley, sino que, en realidad, desde nuestro punto de vista, se trata de acto puramente político, cuya ejecución corresponde al Delegado de Gobierno en dichas ciudades, y que basa su decisión, apoyada eso sí, en un *Informe no vinculante*, realizado por la Comisaría de Policía. Además este hecho se agrava, porque este documento, también se ha venido concediendo a marroquíes indocumentados en su país de origen, es decir, sujetos nacidos en territorio español, pero que no son españoles y que a

¹⁴³⁸ GONZÁLEZ J. A. (1999). *Peculiaridades jurídicas de Melilla*, Revista la Venia, del Ilustre Colegio de Abogados de Melilla, núm. 18, pág. 12. Señala que tanto para que pueda adquirir un inmueble un no residente, como también para un español es preceptivo, "una autorización gubernativa" sólo aplicable a las ciudades de Ceuta y Melilla, cuya obligatoriedad viene impuesta en virtud, del RD374/1989 de 31 de Marzo, (a fecha de Agosto del 2007 continúa vigente este requisito) que señala: "cualquiera que fuese la nacionalidad del adquirente o interesado para la transmisión de la propiedad por cualquier título o constitución, transformación o modificación de derechos reales sobre bienes inmuebles radicados en Ceuta o Melilla. También se precisa autorización, para los proyectos de obras o construcciones de cualquier tipo o conservación de edificaciones preexistentes". La justificación de este requisito, obedece al escaso suelo de la ciudad y de este modo, evitar que mediante la figura del testaferro o persona interpuesta, impedir que la propiedad, de gran parte de ambas ciudades quede en manos de "extranjeros". No obstante, la argucia jurídica utilizada por el transfronterizo para adquirir un inmueble en Melilla o Ceuta, es contraer matrimonio con persona que tenga el DNI, y en este caso, en base, al art 1324 del Cc, que establece que "para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos serán bastante la confesión del otro...". En este caso, el cónyuge que tiene DNI, manifiesta que el que adquiere el inmueble.

Y el otro consorte, de nacionalidad no comunitaria, manifiesta que el importe del precio abonado, es propiedad exclusiva de su consorte, inscribiéndose con carácter "presuntamente privado", ya que la ley, no permite, que ni siquiera como ganancial en parte, un extranjero no comunitario pueda adquirir una propiedad en ninguna de éstas dos ciudades. Esta prohibición, también se extiende a las adquisiciones hereditarias, exigiendo que el heredero, se desprenda de los bienes así adquiridos, encontrándose obligado a transmitirlos a un español, en breve periodo de tiempo. También Vid, CALVO CARAVACA A. L. Y CASTILLO RIGABERT, F. (1985). Adquisición de inmuebles en España por extranjeros, *La Ley*, nº 1128, págs. 1-6.

su vez, tampoco son marroquíes propiamente dichos .es decir, a través de esta formula se produce encubiertamente la documentación de los apátridas.

En conclusión, la implementación de la Tarjeta de Estadística comporta, de hecho, el reconocimiento por parte de la Administración de una serie de derechos al marroquí titular de este documento, entre los que se encuentra el de residencia en la ciudad, y consecuentemente, el de trabajar, aunque sea previa obtención de un permiso de trabajo de validez restringida.

A su vez, dentro del contingente de marroquíes titulares de Tarjeta Estadística cabe distinguir, por su naturaleza dos grandes grupos:

a) Marroquíes con documentación que acredita su nacionalidad.

b) Sujetos de ascendencia marroquí, pero que nacieron y vivían en la Ciudad, aun cuando no poseen la nacionalidad española. Es decir, verdaderos apátridas.

Destaca el fenómeno de que en este contingente de marroquíes, se vuelven a repetir las anomalías anteriormente mencionadas, es decir, renovaciones de los permisos de trabajo y concesión a este colectivo de permisos “por cuenta propia”.Siendo paradójico, que es precisamente en este grupo, donde cuantitativamente es mayor, el número de “empleadores con permisos de trabajo de validez restringida” Esto nos lleva al planteamiento de la siguiente cuestión ¿No es contradictorio, que un trabajador fronterizo que carece de nacionalidad, pero que ha nacido en territorio español, y que, aunque no detenta la nacionalidad española, el único documento que acredita su nacionalidad, este expedido por la Administración española?.Si el término fronterizo, define al natural de un país que atraviesa o colinda con otro, y en términos laborales, seria el que atraviesa la frontera de su país para trabajar en el primero. Sin embargo, éstos extranjeros, al que hacemos referencia en este apartado, no cruzan ninguna frontera para efectuar su trabajo, porque viven desde que nacieron en España, no mantienen relaciones laborales por tiempo inferior a seis meses, la venían manteniendo en muchos casos, desde hacia muchos años, algunos incluso con anterioridad a la entrada en vigor del RD.1874/1978 y de la desafortunada OM de 4 de octubre de 1979,sin que se produjera novación de empresario, y sin que se suspendiera la relación laboral con el mismo ¿ sé puede seguir afirmando que estos trabajadores son fronterizos?¿Era el permiso de trabajo de validez restringida el instrumento adecuado para regular estas relaciones laborales?.Desde nuestro punto de vista, la respuesta es rotundamente negativa.

Por último quisiera dejar constancia, de que el único documento que acredita la residencia de trabajadores poseedores de la Tarjeta de Identidad para extranjeros, es un Bando dictado por una autoridad militar, que era en esa coyuntura histórica, la competente para dictar esta disposición, lo que nos traslada al problema de determinar el valor jurídico que tiene el Bando. En base a estos datos, como sabemos, que el valor jerárquico de un Bando es inferior al de la

ley, de ahí que sea cuestionable ,la aplicación dudosa de esta disposición ante la fuerza que conlleva el Decreto 1031/1980,que no es más que una reiteración de lo que venia siendo regulado por Ley 29/1968.

En tercer lugar, se encuentran los residentes en virtud de permiso de trabajo y residencia. Este colectivo estaba formado por un reducido grupo, que eran en realidad los auténticos destinatarios del RD1031/1980, donde se establecen que la prestación de servicios por parte de los mismos podía ser: por cuenta propia o por cuenta ajena.

Si bien, en la práctica, mayoritariamente su actividad era por cuenta propia, este tipo de prestación laboral empresarial, se ajustaba a lo estipulado en nuestra legislación y cuantitativamente su número era muy reducido.

En cuarto lugar, se encontraban los falsos fronterizos que residen clandestinamente en la Ciudad. Se trataba de marroquíes poseedores del permiso de trabajo de validez restringida, donde reciba la catalogación de transfronterizos, aunque en realidad, vivían de forma permanente en la ciudad, su situación administrativa era clandestina, al no estar provistos de ningún tipo de autorización de residencia. En realidad, constituían más que un problema laboral, una cuestión de índole gubernativa y su erradicación era competencia de la Delegación de Gobierno de ambas ciudades, que debería ordenar a las fuerzas de seguridad del Estado que fueran rechazados hacia Marruecos, e impedir su asentamiento en la Ciudad.

Resulta contradictorio, que estos extranjeros pudieran constituirse en empleadores, aunque no era frecuente esta vía, ya que la mera ostentación del permiso de trabajo de validez restringida, era titulo suficiente para que, la entidad gestora de la Seguridad Social correspondiente, admitiera la inscripción como empresa, así como, la afiliación del personal bajo su dependencia.

En quinto y último lugar, se encuentran los marroquíes sin Tarjeta de Estadística ni permiso de trabajo que trabajan en ambas ciudades. Este contingente lo conformaban, un elevado número de sujetos, que han ido creando una inmensa bolsa de trabajo sumergido en ambas ciudades, y que a pesar de la imparable labor de la Inspección de Trabajo en los últimos años, se ha incrementado notablemente su número. Destaca el hecho, de que a pesar de las sanciones que se imponen a los empresarios que contratan a éstos trabajadores por cuenta ajena, su número no disminuye, ya que, aunque el empleador deje de contar sus servicios, al no ser rechazados por las fuerzas de seguridad del Estado a su país de origen, continúan rotando en el mercado de trabajo local, siendo absorbidos por otro empleador que les vuelve a contratar, repitiéndose de este modo, el ciclo de colocación clandestina-acción inspectora y multa-extinción de la relación ilegal indefinidamente. Resultando obvio, que la opción que le queda al

transfronterizo ilegal para permanecer en ambas ciudades para lograr sobrevivir son dos: delincuencia o trabajo clandestino. Careciendo de todo tipo de derechos prestaciones¹⁴³⁹ y laborales.

En conclusión, la legislación española indica de forma clara cuáles son los requisitos para obtener una autorización de residencia y para obtener un permiso de trabajo, pero no es menos cierto, también que la Tarjeta de Estadística ,reconoció durante aproximadamente veintisiete años, un derecho a residir y trabajar en ambas ciudades a sus poseedores ,en concreto desde 1958 hasta 1985, que debió de tenerse en cuenta en la Ley de Extranjería¹⁴⁴⁰ , circunstancia que se omitió y que provocó importantes problemas sociales, económicos y políticos que aun perviven y que se podían haber soslayado¹⁴⁴¹ .

4.6.2- ACTUACION DE LA DIRECCION PROVINCIAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL ANTE ESTAS ANOMALIAS

Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta ¿Cuál ha sido la actuación de la Inspección de Trabajo ante estas irregularidades? Para responder a esta pregunta, hay que tener en cuenta, previamente que las circunstancias políticas, sociales, históricas y geográficas, han determinado una serie de atipicidades, de las que la más singular, es desde el punto de vista jurídico, el trabajo de los extranjeros en ambas ciudades, detentando éste, una consideración independiente y abstracta de la residencia o permanencia de los mismos.

En primer lugar, hay que hacer constar que el criterio seguido por la Administración ante esta situación anómala no ha sido el mismo a lo largo de los años, apreciándose una modificación en el mismo, subordinando su actuación fundamentalmente a motivaciones de índole política, laboral y social. Lo cierto es que la desidia de la Administración ante esta mano de obra, obedecía a la cobertura de un déficit de mano de obra española, y no fue considerada un

¹⁴³⁹ Según CARAVACA E. Y DE SANTOS M *Melilla y Ceuta. Las últimas colonias*. Edit Talasa. Madrid.1993.pag 100.En teoría, existe una diferencia entre los musulmanes melillenses y ceutíes. Éstos últimos si son incluidos, cuando trabajan, en la Seguridad Social. Por orden emitida por el general Vallespin, en la década de los 70(El País 9 de Febrero de 1987.

¹⁴⁴⁰ BELMONTE F. *La ley de extranjería y los problemas del colectivo musulmán*. Diario Sur.29 de Diciembre de 1985. El Delegado del Gobierno de Melilla, Andrés Moreno, durante dicho periodo, declaraba al citado diario, ” que quien no declarase su situación en los impresos previstos en la ley... deberá abandonar el territorio nacional y regresar a su país de origen o se dictara contra ellos la correspondiente Orden de Expulsión con prohibición de entrar en España durante tres años...sancionándose con multa de hasta dos millones a los que promuevan, medien o amparen situaciones ilegales de extranjeros”.

¹⁴⁴¹ CRESPO R., (1985). *Entre moros y cristianos*. Ediciones Andalucía. Granada1985, pág 149. Señala que estas revueltas sociales y políticas se mantuvieron durante los años 1985 – 87, a pesar de que el 21 de Mayo de 1985, el PSOE de Melilla suspendiera de militancia a Aomar Mohameddi Duddu cabecilla político de dichas revueltas.

“problema”, y por tanto, administrativamente, fue tolerada, y legislativamente, prácticamente ignorada, mientras existió pleno empleo en ambas ciudades, o más concretamente, hasta tanto que la Administración, no se vio agobiada por el síndrome de las “cifras del paro”, hecho que podemos situar al comienzo de los años sesenta.

Sin embargo, la cuestión cobra entidad creciente, en la misma medida en que se incrementa la cifra del desempleo a partir del año 1975, aproximadamente. Siendo a partir de esta fecha, cuando la Administración laboral, comienza a intuir la existencia de esta mano de obra extranjera, que por aplicación precisamente de la Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de Abril de 1968, y el art 11 del Convenio nº 97 de la OIT, donde se excluía, entre otros, a los trabajadores fronterizos, expresamente, del campo de aplicación de la Seguridad Social Española, por lo que no cotizaban al sistema, esta circunstancia incidía negativamente en el empleo de la mano de obra nacional, e indirectamente provocaba los sucesivos incrementos en las cifras del desempleo en ambas ciudades.

Para solucionar este problema, y como medida estrictamente política, se estimó que el medio más idóneo, era el encarecimiento de dicha mano de obra, y a tal efecto, ante la imposibilidad legal de establecer un impuesto con que gravarla, se invirtió la legislación que hasta entonces, impedía la afiliación de extranjeros al Régimen General de la Seguridad Social, salvo en lo referente a las contingencias de Accidentes de Trabajo y enfermedades Profesionales. Arbitrándose, la medida de imponer la obligatoriedad de cotizar por el resto de contingencias, a partir de la publicación de la Orden de 4 de Octubre de 1979, *“sobre permisos de trabajo de validez restringida”*, con el débil apoyo que deparaba su apartado 5, donde se establecía que *“en aquellos supuestos en los que el tiempo de duración de estos permisos sea inferior al periodo de carencia necesario para causar derecho a las prestaciones por desempleo, los sujetos obligados (empresas y trabajadores) no cotizaran por esta contingencia”*. De ello se infiere, que era obligatorio la cotización por los sujetos obligados de todas las contingencias, hecha la exclusión de la prestación por desempleo, y a su vez, hecha también la abstracción, en aquella fecha, de la inexistencia de Convenio de Seguridad Social con Marruecos y con posterioridad a la promulgación de dicho Convenio.

En relación con la valoración de la idoneidad de dicha medida política, habrá que extraerse en función de los resultados obtenidos. En estas fechas, resulta desalentador, comprobar que el terrible costo humano y económico que supuso la forzada regularización de mano de obra, no ha impedido que la cifra de parados siga incrementándose, hasta llegar a triplicarse en los últimos cinco años transcurridos desde la promulgación de la Orden de 4 de Octubre de 1979.

¿Qué mecanismos se utilizaron para realizar la pretendida regularización de mano de obra extranjera en ambas ciudades? Los mecanismos arbitrados fueron los siguientes:

1. Primera Etapa. Durante los primeros meses del año 1980, se pretendió censar la mano de obra extranjera ocupada en la ciudad, a partir de las declaraciones de los propios trabajadores. Este procedimiento absurdo, produjo en realidad, una mayor inflación en las cifras, puesto que, ante la expectativa creada del posible reconocimiento de un derecho, se falsearon datos y declaraciones por los propios declarantes, y hasta se propició la afluencia, para inscribirse en el censo, de marroquíes que nunca habían prestado servicios, que legalmente pudieran catalogarse como relaciones laborales. Desde nuestro punto de vista, hubiese sido más correcto y real, que la inscripción en este censo se hubiera efectuado, a partir de las declaraciones conjuntas de empleadores y trabajadores.

2. Segunda Etapa. Una vez censados, por el procedimiento antedicho la mano de obra extranjera, se preceptuó la necesidad de solicitar permisos de trabajo de validez restringida en su favor, por parte de los empresarios a los que estos extranjeros, venían prestando servicios.

Durante la primera etapa, se observa como la respuesta dada por la Administración fue discrecional¹⁴⁴², es el tal y como viene sosteniendo sin seguir un criterio reglado y uniforme para la concesión de los citados permisos; En unos casos, se atendió a la residencia del extranjero en cuestión y a la detención por parte del mismo de la Tarjeta de Estadística; en otros casos, por el contrario, se tuvo en cuenta, la duración de la relación laboral que con anterioridad se venía manteniendo con el empleador; y finalmente, se consideró el mayor o menor grado de especialización y la posible distorsión que pudiera ocasionar a la empresa el rechazo del trabajador, y en conjunto, todo acabó en un tremendo regateo, programado sectorialmente, donde se prometían o se concedían permisos de validez restringida a los trabajadores extranjeros, a condición de que el empleador contratara a un número determinado de españoles desempleados. Esta falta de igualdad, provocó discriminación en el otorgamiento de permisos.

¹⁴⁴²La discrecionalidad, la entendemos en el sentido en que se pronuncia la STS de 10 de Febrero de 1984, es decir, como resultado de una libertad decisoria, que se produce en el ánimo del órgano resolutorio y decisorio, siendo el resultado de un proceso razonado e intelectual en que sin duda, habrán de ser valoradas las circunstancias que pueden dar lugar y contribuir a que esa decisión que se adopte, obedezca a la mejor voluntad y criterio de la Administración. Si bien, esta debe ser encuadrada dentro de unos límites que le impone la Ley, respecto a la concesión de permiso de trabajo a extranjeros, y esta surge tal y como señala textualmente la sentencia del TSJ de Canarias, de 24 de Abril de 1992(Sala de lo contencioso-administrativo):

“la discrecionalidad administrativa, en el caso ,respecto del otorgamiento del permisos de trabajo a extranjeros ,surge cuando el ordenamiento jurídico, atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado ,lo que sea de interés público, por que no hay discrecionalidad al margen de la ley, sino sujetamente en virtud de la ley, y en la medida en que ésta lo disponga, dentro de la esfera de la mensurabilidad de todas las competencias públicas y porque solo puede estar referida a alguno o algunos de los elementos del acto, nunca a su bloque, ni a la existencia misma de la potestad, su fin, siempre publico, extensión y competencias para actuarla”.

¿Pero que ocurría si el permiso de validez restringida solicitado era denegado por parte de la autoridad laboral? Si este no se concedía y el empresario seguía ocupando en su centro de trabajo al trabajador extranjero, el empleador se convertía en infractor, siendo fuertemente sancionado por la Inspección de Trabajo.

Pero en cambio, si el empresario alegando la imposibilidad de seguir mantenido la relación laboral, como consecuencia, de la denegación del permiso de trabajo, declaraba la nulidad del acuerdo y la correspondiente extinción de la relación laboral, lo cual, conducía materialmente al empleador, a promover un expediente de regulación de empleo ante la Autoridad Laboral, en el que, previa consideración de que el supuesto venía a constituir “fuerza mayor impropia”(*factum principis*) en una generosa interpretación del art 49 del ET, se venía a declarar la extinción de la relación laboral por esta causa, y por consiguiente, la necesidad de abonar al trabajador afecto, las indemnizaciones previstas en el art 51 del citado texto legal¹⁴⁴³ relativo a *la extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor*, en su apartado diez, relativo a la indemnización, en el supuesto de ser autorizada la extinción, será de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades .

En el mismo sentido, se pronuncia el RD 696/1980, dictado en su desarrollo, que establecía veinte días de salario por cada año de servicio, en función de la antigüedad que quedará acreditada en el expediente, o de la que anteriormente se hubiera acreditado en el procedimiento ante la Magistratura de Trabajo, si el empresario optó inicialmente por el despido.

En conclusión, teniendo en cuenta, que muchas de las relaciones laborales databan de más de veinte años, el coste de la regularización de mano de obra fue enorme para muchas empresas, fundamentalmente para las de la construcción, que ocupaban los mayores contingentes de mano de obra marroquí. Pero es más, si se tiene en cuenta, que la denegación de un permiso de trabajo, jamás conllevó la expulsión del extranjero del territorio nacional, considerando también que muchos de los trabajadores a los que se negó el permiso de trabajo, tenían su residencia reconocida y regularizada, en virtud de la detención de una Tarjeta de Estadística, se dio la circunstancia de que, precisamente por seguir residiendo en estas ciudades, tras cobrar las indemnizaciones correspondientes a la extinción de la relación laboral en sus antiguas empresas, estos obtuvieron en un corto periodo de plazo, un nuevo permiso de trabajo, que les permita prestar sus servicios en nuevas empresas. Ejemplo de lo expuesto, lo constituye la sentencia Juzgado de lo Social núm. 1 de Melilla el 28 de Febrero de 1990, en procedimiento sobre despido interpuesto por doña Luisa Mohamed Mesaud, de nacionalidad marroquí, en

¹⁴⁴³ Ley 8/1980, de 10 de Marzo, del Estatuto de los Trabajadores, dictada por la Jefatura del Estado y publicada en el BOE num.64 de 1980.

posesión de la tarjeta de residencia, trabajadora al servicio de la empresa «Incomisa, S.L.», en la ciudad de Melilla, que fue cesada en su puesto de trabajo por carecer del correspondiente permiso para trabajar en España. La sentencia declaró probado que la empresa comunicó, el 27 de Diciembre de 1989, que la demandante fue notificada del despido con efectos desde el 15 de Enero de 1990, por no haber aportado la interesada el permiso de trabajo, y este no pudo ser concedido “al parecer” por no haber aportado la interesada la documentación necesaria. Interpuesto el recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del T. S. J. de Andalucía, esta dictó la Sentencia recurrida desestimando el recurso. Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de amparo, por supuesta violación de los arts. 14 y 24.1 CE., con la súplica de que se reconozca a la recurrente el derecho a poder trabajar por cuenta ajena en cualquier actividad laboral o profesional en tanto titular de la correspondiente tarjeta de estadística y, subsidiariamente, que se anulen las resoluciones judiciales frente a las que hoy se formula el amparo para que éstas se pronuncien sobre la validez de la tarjeta de residencia o estadística y sobre sus efectos de autorización implícita para trabajar. En virtud, de la cual se dicta la sentencia del STC 150/1994, de 23 de Mayo, destacamos la argumentación presentada por el Ministerio Fiscal, para denegar el amparo solicitado, los motivos alegados fueron los siguientes:

a) Respecto a la alegada violación del art. 24 del Texto constitucional, afirma que la resolución judicial impugnada, es congruente con lo pedido por las partes -que consistía en la procedencia o improcedencia de un despido y el presupuesto de su calificación jurídica lo era la tenencia o no del permiso de trabajo o de documento asimilado- al declarar la procedencia del despido partiendo de la ineficacia del documento que posee la recurrente. Por otro lado, sostiene que la resolución judicial contiene una motivación suficiente y adecuada a los fines de tutela judicial al razonar que la tarjeta de residencia no exime de la obligación de obtener el permiso de trabajo, ya que las instrucciones que habilitan la tarjeta de residencia como permiso de trabajo, no son vinculantes, al adolecer de la publicidad requerida por el Código Civil y que, no teniendo el carácter de norma sino de elemento de hecho, debió ser traída al proceso por lo que su consideración en ese momento como cuestión nueva viciaría el debate y la contradicción que no se llevó a cabo en primera instancia. En este sentido, termina afirmando que la aplicación de la normativa general (Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España) y la no específica de las Instrucciones (aprobadas por los Subsecretarios del Interior, Trabajo y Seguridad Social el 2 de julio de 1986) constituye un problema de selección de la norma aplicable sin dimensión constitucional.

b) En segundo término, en cuanto a la alegada infracción del art. 14 C.E., alega el Ministerio Fiscal que en la demanda se invoca genéricamente y falta el necesario término de comparación concreto que permitiera realizar el pretendido juicio de igualdad.

Por otro lado, sostiene que la resolución judicial impugnada razona con criterios objetivos que la legislación aplicable es la Ley Orgánica 7/1985 y el Reglamento para su Ejecución, ya que, el trato preferencial que reclama la recurrente, supondría una alteración jerárquica de las normas, una vinculación a disposiciones no publicadas y, el tratamiento de una cuestión nueva en trámite de suplicación, afirmando, por último, que no cabe la igualdad en la ilegalidad.

Por su parte, la Sala, mediante Providencia de 26 Julio 1993, acordó en virtud de los arts. 88.1 y 89.1 LOTC dirigirse al Subsecretario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y al Director general de Migraciones, para que, por el funcionario competente, en el plazo máximo de diez días: 1) se certificase el contenido de las Instrucciones o Circular de 2 julio 1986¹⁴⁴⁴, sobre autorizaciones de residencia y trabajo en las ciudades de Ceuta y Melilla; 2) se emitiera informe acerca de las normas que han regido la residencia y trabajo de los extranjeros en dichas ciudades, desde 1986 hasta el momento presente.

La demanda de amparo, apoyo las pretensiones de la recurrente, y se fundamenta en la vulneración de los principios de igualdad ante la Ley, igualdad para la contratación laboral, es decir, para el ejercicio del derecho al trabajo. Este derecho se encuentra reconocido en el art. 35 CE., pero sólo a favor de los españoles y a la tutela judicial efectiva consagrada en los arts. 14 y 24.1 CE. Asimismo la sentencia se apoya para su estimación, en que la actora disponía de un documento de identidad singular, expedida por las autoridades españolas a las personas originarias de Ceuta y Melilla, o con arraigo y residencia en ellas, denominado “tarjeta de estadística¹⁴⁴⁵”. Y que la posesión de dicha tarjeta conllevaba la autorización para trabajar por cuenta ajena en dichas ciudades españolas, en virtud de unas Instrucciones conjuntas de los Subsecretarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y del Ministerio del Interior, de fecha 2 Julio 1986, que habían sido comunicadas a las autoridades departamentales periféricas en aquellas ciudades. Por lo que los Tribunales de lo Social, deberían de haber tendido en cuenta, las Instrucciones dictadas por los Ministerios de Trabajo y de Interior, en virtud de la potestad que les atribuye el art. 34 del Reglamento General de Extranjería, aprobado por Real

¹⁴⁴⁴ Recordemos que Real Decreto 1119/1986, de 26 de Mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España Establece en su Disposición Adicional Primera, los procedimientos sobre extranjería, paso de fronteras y permiso de trabajo a extranjeros tendrán la consideración de procedimientos administrativos especiales, y continua señalando en la Disposición Adicional Segunda, que las resoluciones que dicten los órganos competentes de los Ministerios de Asuntos Exteriores, del Interior y de Trabajo y Seguridad Social, con base en lo dispuesto en el presente Reglamento, sobre concesión o denegación de visados, prorrogas de estancia o permisos de residencia y permisos de trabajo, así como sobre sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros, pondrán fin a la vía administrativa.

¹⁴⁴⁵ LERIA M Y ORTIZ SARACHO., (1991). *Ceuta y Melilla en la polémica*. Edit San Martín. Madrid, pág 217. Para un estudio mas detallado de las características de esta tarjeta. FERRER R.M. *Los derechos de los extranjeros en España*. Tecnos. Madrid. 1989, págs 250 y ss. GONZALEZ YANCI M. P., *La población musulmana de Ceuta y Melilla*. Actas del Congreso del Estrecho de Gibraltar celebrado en Ceuta 1987, pág 253.

Decreto 1.119/1986, de 26 mayo. En efecto, dicho precepto dispone que el permiso de trabajo, exigido por el art. 15 de la Ley, puede acreditarse mediante distintos documentos: junto a los permisos plasmados en un documento individual y específico, el Reglamento contempla las autorizaciones colectivas, otros documentos oficiales o privados designados por la Dirección General del Instituto Español de Emigración, y asimismo los que aquí son determinantes: los documentos dotados “de los efectos de la autorización para trabajar” por decisión del Ministerio de Trabajo, “cuando circunstancias especiales así lo aconsejen” (arts. 34 y 43 del Real Decreto 1.119/1986).

En este sentido, las Instrucciones de 2 Julio 1986, fueron aprobadas por las autoridades de los Ministerios de Trabajo y de Interior, atendiendo a “las circunstancias que históricamente han concurrido en la población de Ceuta y Melilla y que han provocado que quienes no estuvieran en posesión de la nacionalidad española se encontraran diversa o insuficientemente documentados”. Y su finalidad declarada fue “evitar que una regularización documental, excesivamente formalista, pueda acarrear perjuicios no deseados a las personas asentadas con anterioridad a la Ley Orgánica 7/1985 en las ciudades de Ceuta y Melilla”. Por ello, entre otros extremos, en las Instrucciones se establece que “el documento denominado Tarjeta de Estadística, expedido a ciudadanos originarios de las ciudades de Ceuta y Melilla, o con arraigo y residencia en las mismas, en edad laboral, quedará dotado de los efectos propios de la autorización para trabajar por cuenta ajena, en cualquier actividad laboral o profesional, en la localidad donde haya sido expedido”.

Otra de las causas que provocaron un mayor flujo en la contratación de trabajadores transfronterizos, se detectó singularmente en el sector de la construcción, donde a las empresas radicadas en la ciudad, muy estrictamente controladas, se les obligó a desprenderse de buena parte de sus trabajadores marroquíes, y simultáneamente, a empresas provenientes de la península, para la ejecución de contratos, se les concedieron cupos de mano de obra extranjera (la misma que ya había sido regularizada e indemnizada), ante la falta de personal especializado español que se encontrara inscrito en el INEM.

En conclusión, por motivaciones políticas más que por fundamentos jurídicos, se disminuyó progresivamente el número de trabajadores extranjeros con permiso de trabajo por cuenta ajena, pero paralelamente se incrementó la penetración de dichos extranjeros en actividades económicas, mediante la espúera habilitación de permisos de trabajo de validez restringida para la prestación de servicios por cuenta propia. No obstante, a pesar de que el objetivo de esta restricción, era evitar su regularización laboral, con el fin de que no se asentara a residir en ambas ciudades. Sin embargo, esta finalidad primaria no se logro, y por el contrario, se consiguió el efecto contrario. Es decir, aumento cuantitativo importante, de las cifras de marroquíes residentes de hecho o de derecho en ambas ciudades; multiplicación del número de

parados por tres(síntoma evidente de que el elevado costo que la regularización de mano de obra supuso para muchas empresas fue un freno para el empleo) lo que conllevó a una regresión económica que prácticamente aun perdura, con peculiaridades propias a nivel local de las mismas y que no pueden enmarcarse, dentro de las causas que convencionalmente justifican la crisis económica a nivel nacional.

La segunda etapa, se inicia a partir del año 1983, se observa un nuevo viraje administrativo, caracterizado por la tramitación de expedientes de regularización de empleo, promovidos a instancia de los propios trabajadores, y tramitados prácticamente sin la audiencia del empresario. Evidentemente, las resoluciones dictadas en tales procedimientos, fueron sistemáticamente recurridas por los empresarios, y revocadas en su totalidad por la Dirección General de Empleo, llegándose en tales casos, al agravio de que muchos marroquíes vieron extinguidas sus relaciones laborales sin indemnización alguna, y ello, a pesar del generoso espíritu que para favorecerlos, había inspirado la actuación de la autoridad laboral. En estos casos, también, se cambió el propósito de la Jurisdicción Laboral, y a partir de la fecha expresada, la Magistratura de Trabajo, con apoyo de una copiosa jurisprudencia producida en el tema, vino estimando que la denegación de permiso es causa de extinción laboral, independiente de la voluntad de las partes, quedando en consecuencia, imposibilitado el trabajador a continuar prestando sus servicios, lo que conlleva a que la referida extinción no origina derecho alguno a indemnización. Y a pesar de la vulneración del principio constitucional de igualdad, muchas de las sentencias dictadas fueron resultas negativamente en contra de los recurrentes, en base al art. 13.1 C.E, donde se establecía que el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Título I, por parte de los extranjeros, “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 la Ley”. Apoyando esta tesis jurisprudencial, se encuentran entre otras las sentencias STC 107/1984(En la que se desestimó el recurso de amparo que había sido interpuesto por un trabajador hispanoamericano, cuyo contrato de trabajo había sido declarado nulo por los Tribunales laborales, porque carecía de la preceptiva autorización de residencia, en base al artículo constitucional alegado, tal y como se recoge en el fundamento jurídico 3 de la sentencia). Y en el mismo sentido, se pronuncia las sentencias del STC 99/1985, 115/1987, 94/1993 y 116/1993.

En conclusión, con la finalidad de modular la situación de agravio que se producía en los trabajadores marroquíes en Ceuta y Melilla, puesto que, a la vista de los nuevos criterios de la Magistratura de Trabajo, éstos podían verse afectados por la extinción de sus relaciones laborales, como consecuencia de la denegación del permiso de trabajo, o simplemente por falta

de solicitud de su renovación por el empresario, y de conformidad, con el espíritu de potencia administradora, que tradicionalmente ha vendido informando a nuestra Administración, se arbitró como solución una fórmula contractual, suscrita por el empresario y el trabajador al solicitar el permiso, en la que, para los supuestos en que no procediera la “renovación del permiso” por falta de solicitud del empresario, se estipuló una indemnización de veinte días por año, como el tope máximo de doce mensualidades, este procedimiento ha permanecido en vigor, hasta que se promulgó en 1985, la primera ley de Extranjería en nuestro país.

Por todo ello, resulta evidente que la pretendida regulación del trabajo y residencia de marroquíes en estas ciudades, sólo era posible mediante una distorsión del sistema jurídico, forzando la aplicación de unas normas a supuestos distintos a los que su promulgación establecía, y a realidades sociales, que evidentemente, no creemos que estuviera en la voluntad del legislador regular.

Por otro lado, en relación con la OM de 4 de Octubre de 1979, desde nuestro punto de vista, su justificación y antecedente legislativo, y en definitiva, la autorización legislativa de que la Administración hizo uso al dictarla, ha de ser, la Disposición Transitoria Cuarta del Decreto 1870 /1968 de 27 de Julio, donde se previa que por el Ministerio de Trabajo, se dictarían las disposiciones precisas para su desarrollo, y las específicas para su aplicación en Ceuta y Melilla. Sin embargo, ni dicha Orden Ministerial, dicta disposiciones específicas para estas ciudades, sino que es de aplicación general, así como tampoco obedece al mandato del legislador, sino que, extravasando su mandato, se produjo con la intervención de los Ministerios de Trabajo, Interior y Sanidad y Seguridad Social, adoptando por ello, la forma de Orden de la Presidencia, lo que en modo alguno, resulta justificable.

A tenor de la Orden expuesta, esta solo prevé la concesión de permisos de validez restringida en dos casos:

- 1.- Actividades laborales de corta duración o de temporada.
- 2.- Actividades que se realicen en zona fronteriza por trabajadores extranjeros que no tengan su residencia en España.

Todo lo expuesto determina, que al no destinarse esta Orden a los trabajadores extranjeros que vienen prestando sus servicios en estos territorios aislados a actividades de temporada, por exclusión, su calificación con arreglo a lo preceptuado en dicha disposición se refiere a los fronterizos, por aplicación del art 7 del Texto Refundido de la Seguridad Social, del art 4 de la Orden de 28 de Diciembre de 1966, de la Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de Agosto de 1968 y del art 11 del Convenio 97 de la OIT , formalmente éstos deberían hallarse

excluidos del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social español, pero paradójicamente se encuentran incluido¹⁴⁴⁶.

De conformidad con este planteamiento ideal, solo mediante la distorsión de la norma, resulta concebible su aplicación. El problema se acrecienta, puesto que, los pretendidos fronterizos, en su inmensa mayoría no son tales, sino residentes de hecho en la ciudad, cuyo número real excede con creces al de permisos de trabajo concedidos, con lo que la pretendida regulación legal del problema de mano de obra extranjera, viene en realidad, a constituir la minimización de un problema más grave y subyacente ,que la permanencia en cada una de estas ciudades de una población entre 10.000 a 15.000 marroquíes, anteriores a la promulgación de la Ley 7/85, con situación administrativa legalizada, se estima que son aproximadamente 20.000, sin estatuto legal que les ampare.

En definitiva, la Orden Ministerial de 1979, responde a la situación de los trabajadores fronterizos o de temporada en España, que evidentemente produjo una regulación de un reducido número de trabajadores transfronterizos marroquíes en ambas ciudades, pero es una realidad, que el mayor contingente de marroquíes formal y materialmente, permanece en dichas ciudades, aunque a la vista de la legalidad no trabaje o no pueda trabajar. En consecuencia, desde nuestro punto de vista, se ha distorsionado la norma, o habría que distorsionarse la realidad para que la norma se ajustara a la misma y debería de haber tenido en cuenta, los precedentes legislativos de esta Orden Ministerial y adaptar la citada disposición a las atipicidades que presentan ambas ciudades.

Pero ¿Cual es la normativa vigente en la materia por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social? La respuesta nos la brinda el art 148 del Real Decreto 2393/2004 que dispone en materia de vigilancia laboral lo siguiente:

“La inspección en materia de trabajo de extranjeros se ejercerá a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que desarrolla las funciones y competencias que tiene atribuidas en su normativa específica, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 42/1997, de 14 de Noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y sus normas de aplicación.

Este organismo se encargará por tanto, de comprobar que los trabajadores extranjeros están debidamente documentados. Y en el caso específico de los trabajadores transfronterizos,

¹⁴⁴⁶ Surgiendo la s siguientes premisas ¿Que ocurriría en los casos de que el fronterizo que venga a prestar sus servicios a estas ciudades, sufra un accidente *in itinere* en territorio marroquí?; ¿o la dispensación de prestación medica, en caso de urgencia, aun residente en Marruecos?; ¿como se puede efectuarse un control real a la situación de Incapacidad temporal de un trabajador fronterizo que residente en Marruecos, etc?.

su misión es verificar que tiene la autorización en vigor y que ejercen la actividad concreta para la que se concedió la autorización (además de que la autorización es exclusivamente para trabajar en ciudades concretas) en ambos casos, la infracción se sancionará como muy grave en grado mínimo, con multa de 6.001 a 12.000€.”

De otro lado, para una labor eficaz por parte, de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, estas recaban información a las Oficinas de Extranjeros, sobre aquellas empresas que desean pretenden conseguir autorizaciones de trabajo (de residentes o fronterizos) por si incurrir en alguno de los motivos de denegación (como es el tener una sanción firme sobre materia de extranjeros en el ultimo año).

4.6.3. SITUACION DE LA POBLACION MUSULMANA EN CEUTA Y MELILLA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE LAS LEYES DE EXTRANJERIA EN AMBAS CIUDADES.

En primer lugar, se observa como en la propia LO 7/85 de 1 de Julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, no recoge en su articulado final ,plazo que fije la entrada en vigor de esta Ley, por lo que en subsidiariamente y en base, al art 2.1 del Cc ,”*esta entrará en vigor a los veinte días de su completa publicación en el BOE, si en ellas no se dispone otra cosa*”.Sin embargo, curiosamente esta Ley no entró en vigor en España, hasta el mes de Abril del año 1986,siendo pospuesta en tres ocasiones su entra en vigor. Sin embargo, es a este retraso no se subsanaron los defectos que adolecía la misma, debiendo a nuestro juicio, haberse tenido cuentas las peculiaridades específicas de la población que vivía o que sin vivir venia prestando sus servicios de forma regular en los territorios aislados de Ceuta y Melilla desde hacia más de veinte años. Siendo a nuestro juicio, discriminatorio, esta omisión legislativa, ya que en cambio, si se tiene en cuenta este hecho diferencial a otros colectivos, como sefardíes¹⁴⁴⁷,(con peso social importante en la Ceuta y Melilla) hispanoamericanos, brasileños, andorranos y filipinos que fueron objeto de un trato de favor por la Ley¹⁴⁴⁸, y en

¹⁴⁴⁷ Tambien se da una *vacatio legis* en relación con los hindúes, sin embargo, estos no rechazaron la ley, la razón, que lo justifica desde nuestro punto de vista, es que éstos normalmente tienen la nacionalidad inglesa, al haberla adquirido previamente en Gibraltar, o sino la tienen y quieren adquirir la nacionalidad española, su concesión es prácticamente automática, siendo aceptada en la mayoría de los supuestos, ya que éstos, no tienen vocación de permanencia en dichas ciudades, sus motivos migratorios son meramente económicos, y finalmente retornan a sus países de origen. Además, debe tenerse en cuenta que el colectivo de hindúes en ambas ciudades, es cuantitativamente muy reducido si lo comparamos con la población musulmán, ligada por razones históricas, geográficas, económica, sociales y culturales a dichos territorios.

¹⁴⁴⁸ Destaca el análisis de la discriminación de los marroquíes en estas ciudades tras en la entrada en vigor de la LO 7/1985, realizado por LAARBI A. L., (1988). *Melilla y el entorno moro* Edit por Graficas DC-88 .Madrid. págs 7-10.

cambio, en estas ciudades aisladas del resto de la península no se tuvo en cuenta la identidad cultural y social que tenía el colectivo musulmán anteriormente aludido, discriminación que provocó enfrentamiento entre los diversos grupos que cohabitan o trabajan en las citadas ciudades. Y que obligaba a una parte importante de los rífenos melillenses, incluso a los poseedores de una “Tarjeta de Estadística” a declararse extranjeros en sus ciudades, continuando de este modo acrecentando la discriminación jurídica, social, económica y cultural en la vida socio-política melillense y ceuti, contraria a la identidad social distintiva que pretendían conseguir. (LAARBI A. L.,)

Del contenido de la citada Ley, en concreto, de su art 15, se desprende que el extranjero que pretenda prestar sus servicios por cuenta propia o ajena en España, debe estar en posesión de permiso de trabajo, quedando sólo exceptuados de la tenencia de este documento, determinados colectivos señalados en el art 16, entre los que se encuentran los gibraltareños i), pero no los trabajadores musulmanes fronterizos de Ceuta y Melilla. En el mismo sentido, de exclusión se mantiene en art 18, del mismo Texto, relativo a la preferencia para la concesión y renovación de permisos de trabajo, dentro de los catorce supuestos contemplados relativos a esta preferencia, en el citado artículo 18, en su apartado f) se incluye expresamente a los de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatorianos o sefardíes¹⁴⁴⁹. Y, en su apartado g), a las personas originarias de la ciudad de Gibraltar, respecto de las actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta ajena. (Recordemos que ambos grupos hasta la entrada en vigor de la presente ley de extranjería, estaban exceptuados de la obligación de proveerse de dicho permiso. Observándose una omisión tácita y discriminatoria hacia los trabajadores transfronterizos marroquíes, que venían prestando sus servicios en ambas ciudades. Este olvido del legislador, pudo haber sido subsanado en el Decreto de desarrollo de dicha Ley. Sin embargo, vuelve a ser relegados y pese a la situación dispersa y caótica en que estos se encontraban (y que ha sido analizada en la pregunta precedente) consigue el efecto contrario, al hacer desaparecer en su Disposición Derogatoria “los permisos de validez restringida para extranjeros” que paradójicamente, sus titulares en dichas ciudades, eran los únicos que verdaderamente se encontraban en situación regular y que provocó consecuencias, sociales, políticas y jurídicas, que aun perduran en nuestros días.

¹⁴⁴⁹ ¿Por qué se incluyen a los sefardíes dentro de los colectivos que tiene derecho preferente para obtener un permiso y en cambio no se hace lo mismo con los marroquíes? ¿Que razón justifica esta discriminación étnica? Desde nuestro punto de vista, esta omisión obedece al escaso número de sujetos que constituyen esta comunidad, a su apoyo incondicional con el gobierno de turno en dichas ciudades y a que éstos han tenido tradicionalmente un peso social importante en ambas ciudades al tener un poder adquisitivo medio-alto. Y sobre todo, porque la mayoría de éstos, tenían la nacionalidad gibraltareña o habían nacido en Marruecos, pero figuraban inscritos en Consulado, circunstancia que no ocurría, con los musulmanes que se encontraban indocumentados en dichas ciudades.

Pero ¿Qué se pretendía con la entrada en vigor de esta ley en estas ciudades situadas fuera del contexto geográfico de la península y con unas características *sui generis* que históricamente han quedado patentes? En principio, la citada Ley, parece responder a la voluntad del legislador, de agrupar toda la legislación de extranjería existente hasta este momento en nuestro país y en particular, en ambas ciudades se pretendía que los ciudadanos marroquíes que estuvieran en posesión de la “Tarjeta de Estadística”(que no les confería derecho alguno) regularizar la situación documental de estos sujetos y sustituir dicho documento por la “Tarjeta de Extranjería”. Este cambio, debía solicitarse en el periodo comprendido desde el 9 de Octubre de 1985 hasta el 31 de Diciembre de 1986 inclusive.

De la lectura de la citada Ley y Reglamento de desarrollo, se desprende que los verdaderamente beneficiados por la aplicación de la misma, eran los extranjeros que estuvieran documentados, aunque solo fuera por la Tarjeta de Estadística. En realidad, la respuesta no es tan simple, ya que si éstos cambian su actual Tarjeta de Estadística por la Extranjería, se convierten en extranjeros, y esta situación no va a ser aceptada por este colectivo, que lo que verdaderamente desea es la nacionalidad española para poder ser titular de derechos. En esta situación controvertida, parte de esta población (un número indeterminado pero muy reducido) decide acogerse a esta Ley, pero su inmensa mayoría, tras presiones políticas, sociales y económicas decide acogerse al Documento Nacional de Identidad Provisional¹⁴⁵⁰, fruto de múltiples reuniones mixtas, sostenidas por el ejecutivo y los líderes de la población musulmana de dichas ciudades.

Esto nos lleva a plantearnos la siguiente cuestión ¿En que situación quedan los marroquíes nacidos en Melilla, pero que no han sido inscritos y que además carecen de Tarjeta de Estadística? La respuesta, viene dada en el art 17,3 del Cc español, que en su redacción dada por Ley 51/1982 de 13 de Diciembre, donde se establece: *Que son españoles de origen...los nacidos en España de padres extranjeros si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.*

Es decir, esta vía ha sido la habitualmente utilizada por los marroquíes que vivían en estas ciudades, que no siempre habían nacido en Melilla, ya que, en innumerables ocasiones habían nacido en Marruecos, pero su nacimiento no se había inscrito, o inscrito y previo soborno se había procedido a borrar la inscripción en Marruecos(práctica muy habitual en dicho país) .Siendo el mecanismo utilizado para poder hacer que este menor adquiera la nacionalidad española, era que la mujer embarazada diera a luz el hospital de Melilla, y con este parte

¹⁴⁵⁰ Este documento se implantó el 6 de Noviembre de 1986, en base al Decreto de 6 de Febrero de 1976, que permite esa expedición provisional de un Documento Nacional de Identidad, con eficacia habilitante, para que su titular pueda residir, trabajar y circular libremente por todo el territorio nacional durante el período de un año.

médico, acudir al Registro Civil, para que procediera a su inscripción. O bien, si no se había dado esta circunstancia, se recurría al socorrido procedimiento de acudir a la fórmula de la “*inscripción fuera de plazo*”. Recordemos que la inscripción de nacimiento en España, debe realizarse dentro del plazo ordinario establecido al efecto, que es de veinticuatro horas a ocho días, según dispone el art 43 de la Ley de Registro Civil¹⁴⁵¹, o bien, dentro de un plazo extraordinario contemplado en el artículo 166 Reglamento Registro Civil, de treinta días, cuando se acredite justa causa. El título para la inscripción del nacimiento dentro de los plazos señalados son: la declaración de nacimiento, art. 42 LRC, y 165 RRC¹⁴⁵²; y el parte médico del alumbramiento, art. 44 LRC y 167 RRC. Fuera de dichos plazos, la inscripción de nacimiento debe realizarse a través de un expediente registral, regulado en los arts. 311 y ss RRC, siendo competente para su resolución el Encargado del Registro Civil del lugar en el que se haya producido el alumbramiento, según las reglas generales de competencia de los expedientes registrales, art. 342 RRC.

No obstante, el problema surge cuando el menor marroquí no había nacido en el hospital de Ceuta o Melilla y lo hacía en el domicilio de sus padres, en tal caso, bastaba el informe del médico forense, para determinar presuntamente la edad del menor, la mera declaración de dos testigos que declararan este hecho, la declaración de los padres y verificación de la policía de que no estaba inscrito en las provincias limítrofes a Ceuta y Melilla, para que el Encargado del Registro Civil, procediera a su inscripción fuera de plazo. De modo, que cuando este menor alcanzaba la mayoría de edad, seguidamente solicitaba la nacionalidad española, que el Encargo del Registro Civil Central, realizaba en base a la inscripción registral del menor efectuada con anterioridad, bien con valor de simple presunción o bien por consolidación en aplicación del artículo 18 del Código civil.¹⁴⁵³ Siendo este procedimiento en muchas ocasiones utilizado, sin estrictos controles policiales sobre si existía una inscripción previa en Marruecos¹⁴⁵⁴.

Por todo lo expuesto, la aplicabilidad de la Ley de Extranjería en dichas ciudades, no fue pacífica, debido a la heterogeneidad de grupos de musulmanes, que se encuentran con graves problemas documentales y que tras la entrada en vigor de la Ley, se ven amenazados de una

¹⁴⁵¹ Ley del Registro Civil de 8 de Junio de 1957

¹⁴⁵² Decreto de 14 de Noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

¹⁴⁵³ LEIRA Y ORTIZ DE SARACHO M. *Ceuta y Melilla en la polémica, op cit* pág 48.

¹⁴⁵⁴ En otros casos se procedió previo a la entrada en vigor de la ley de Extranjería de 1985, a solicitar inscripciones de nacimiento marroquíes, que no solo eran mayores de edad, sino que algunos casos tenían cumplidos 70 años.

posible expulsión de las mismas. De otro lado, el proceso de protestas ante esta Ley, no fue el mismo en estas dos ciudades. Así mientras que en Ceuta fue más pacífico, en Melilla fue un proceso virulento y conflictivo, que enfrentó a los colectivos que residían en la misma.

De modo, que para solventar ese clima de inestabilidad social y política, el gobierno creó una *Comisión Mixta*, compuesta por musulmanes y la Administración, dejando a un lado al resto de colectivo poblaciones cristianos, hebreos e hindúes, lo que provocó, un mayor ambiente de malestar y crispación en dichas ciudades. Fruto de esta Comisión, fue el acuerdo sobre los siguientes puntos:

- 1) Estudio de los problemas específicos derivados de la integración de los musulmanes de ambas ciudades en la misma.
- 2) Elaborar un estudio estadístico sociológico sobre los ciudadanos que venían teniendo un cierto arraigo en estas ciudades.
- 3) Aceptación por este colectivo de la vigencia de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su consiguiente aplicación en todo el territorio nacional, dichos dirigentes se comprometen a sugerir criterios para definir el concepto de arraigo de los residentes en Ceuta y Melilla.

Fruto de dicho estudio estadístico, fue la elaboración de un censo del cual, se extrajo que la población musulmana residente en Melilla era a principios del año 1986, de 17.023 y 14.891 residentes en Ceuta¹⁴⁵⁵.

Como resultado de este estudio, se determina que pese a que la Ley de Extranjería, debe circunscribir su ámbito de aplicación a todo el territorio nacional y en consecuencia, es aplicable a aquellos ciudadanos que no tengan la nacionalidad española. Sin embargo, su aplicación debe ser modulada en ambas ciudades. La razón que justifica este tratamiento diferenciado, obedece a que en dichos territorios, existe un vacío documental, de un número indeterminado de marroquíes (menos de 6000) que pese a residir desde hace años en las mismas, carecen de documentación, lo que provoca discriminación hacia dicho colectivo. En conclusión, resulta necesario, que haya previamente que determinarse en dichos territorios, que personas tienen la nacionalidad española y en consecuencia, pleno derecho para ejercer todas las facultades y derechos que les otorgan las leyes; y quizás la novedad más importante, del ejecutivo, es precisar que ciudadanos que a pesar de carecer de dicha nacionalidad, pueden solicitar la misma

¹⁴⁵⁵ Datos numéricos extraídos del Diario de sesiones del Senado, Sesión Plenaria N° 19, de 10 de Febrero de 1987. De las respuestas realizadas por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social Sr. Chávez González págs. 702-712.

en base a demostrar una residencia legalizada en dichas ciudades. A este grupo de ciudadanos, dada la entrada en vigor (aunque tardía en Ceuta y Melilla) se les adjudicara un documento provisional, denominado Documento Nacional de Identidad Provisional¹⁴⁵⁶, con eficacia habilitante, para que su titular pueda residir, trabajar y circular libremente por todo el territorio nacional durante el período de un año y que sería sustituido por otro definitivo, cuando su titular cumplimentaran los tramites de su concesión¹⁴⁵⁷.

A tenor de lo expuesto, el panorama jurídico en que se encontraba el colectivo musulmán cuando entra en vigor la Ley de Extranjería en las ciudades de Ceuta y Melilla es el siguiente:

A).- Ciudadanos que estaban en posesión de la Tarjeta de Estadística¹⁴⁵⁸.

B).- Ciudadanos que se residían en dichos territorios, pero que se encuentran indocumentados, que no quisieran solicitar la tarjeta de extranjería, y cuya residencia, va a ser legalizada cuando soliciten y se les conceda el DNI Provisional, por un Juez especial nombrado para el otorgamiento de nacionalidades, siempre que éste verifique que éstos han nacido en Melilla o Ceuta y demuestren “arraigo” en la Ciudad.

C).- Apátridas, indocumentados o personas de otras nacionalidades, que no reúnan las circunstancias de arraigo, a las que se hará una aplicación ordinaria y normal de los preceptos contenidos en la Ley 7/1985 de 20 de Julio, correspondientes a los Derechos y Libertades de los extranjeros en nuestro país.

D).- Ciudadanos que estando en posesión de la Tarjeta de Estadística, no solicitan la nacionalidad dentro del plazo establecido, debiendo de acogerse posteriormente al “arraigo”.

¹⁴⁵⁶ La base legal e la que se apoyo el legislador para conceder éstos documentos se encuentra en Decreto de 6 de Febrero de 1876.

¹⁴⁵⁷ En cuanto al número de Documentos Provisionales de Identidad otorgados, debemos destacar en función de la información recogida por PLANET CONTRERAS A. I., *Melilla y Ceuta espacio-frontera Hispano-marroquíes* publicado por la ciudad Autónoma de Ceuta y Melilla, y por la UNED de Melilla, en el año 1998 en su Págs. 99-100. Que en el año 1986 el Ministerio de Justicia concedió 829 expedientes para la ciudad de Melilla y se denegaron 47, también está la expedición de la tarjeta legalizada de residente, de las que se han expedido 1.682 en la ciudad de Melilla. A finales de 1987, se habían concedido 3.500 nuevas nacionalidades y el mismo número estaba pendiente de resolución. El proceso de concesión de estos documentos se cerró en Diciembre de 1988, con la expedición de un total de 5.212 nacionalidades y más de 1000 pendientes de resolución en Melilla. En relación, al número de nacionalidades concedidas en Ceuta, se desconoce su número, pero sabemos, que fue inferior al de Melilla.

¹⁴⁵⁸ Se les concedería la nacionalidad de forma casi automática, siempre que lo hagan dentro de los plazos previstos para ello, es decir, 21 de Julio de 1985 a 31 de Enero de 1986. Asimismo mientras duraba el proceso de concesión, no se les exigía la tenencia de permiso de trabajo para poder desempeñar sus actividades en las ciudades de Ceuta y Melilla, debido al caos normativo, que la aplicación de la primera Ley de Extranjería supuso en dichos territorios.

E).- Apátridas e indocumentados que esperan que se inicie un nuevo proceso de concesión de nacionalidad, y que en consecuencia continúan en situación irregular.

Por otra parte, debemos precisar que la aparición del DNI Provisional,(que no otorgaba derecho al voto hecho importante, si tenemos en cuenta el práctico estancamiento demográfico de la población europea y la elevada tas de natalidad de la población marroquí) ante la multiplicidad de situaciones en la que se encontraba este colectivo y debido al cambio tan brusco que supuso el paso de un vacío documental, a una proliferación normativa, provocó un clima de confusión no solo para la población marroquí de ambas ciudades, sino tambien para los profesionales del Derecho, y que conllevan a que estas atipicidades e irregularidades en su mercado laboral aun subsistan¹⁴⁵⁹. Además a nuestro juicio, se cometió el error, fue el trato diferencial que se dio en ambas ciudades, en relación con el permiso de trabajo, ya que en Ceuta, desde que entró en vigor la Ley de Extranjería de 1985, si el titular de Tarjeta de Estadística, solicitaba el DNI Provisional, y lo acreditaba ante la Comisaría de Policía, no se le exigía permiso de trabajo hasta que se procediera a la resolución de la solicitud.

En cambio en Melilla, el procedimiento si bien era el mismo, la vigencia de esta excepción, se produjo de forma más tardía que en Ceuta, en concreto, en Septiembre de 1987, lo que provoco dilaciones innecesarias, a los titulares de dichas Tarjetas. Pero la confusión legislativa no finalizaba ahí, debido a que el legislativo lleva a cabo de forma simultánea dos procedimientos diferentes. De modo que, si el trabajador extranjero marroquí que siendo titular de esta Tarjeta de Estadística, no querían acogerse a la solicitud del DNI Provisional, como paso previo para obtener posteriormente la nacionalidad española, o por el contrario, no quería simplemente adquirir dicha nacionalidad y conservar la suya propia (la marroquí).Se les otorgaba otra vía para regularizar su situación en España, y que era la concesión de un permiso de de residencia en nuestro país, de diez años renovable. Resulta paradójico, que el trabajador transfronterizo que se encuentra en posesión de “Tarjeta de Estadística” que no quiera acogerse, a un DNI Provisional(que siempre que acredite que ha trabajo en Melilla o Ceuta se le va a conceder)y que en menos de un año adquiere la nacionalidad española, con los consiguiente derechos y deberes inherentes a la misma, opte por un permiso de residencia, de diez años, eso si renovable a que continúe prestando sus servicios o por un permiso de trabajo especifico de trabajo transfronterizo, que solo tiene una vigencia limitada de cinco años¹⁴⁶⁰, siendo renovable el mismo, si continua prestando sus servicios y que no otorga derecho, a residir en la zona

¹⁴⁵⁹ Iniciativas parlamentarias nº 184/005460 y 184/0054555, publicadas en el BOCGD 116,Pags 147-148.

¹⁴⁶⁰ Art 75 Tipos de Permisos de Trabajo del Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero, del Ministerio de la Presidencia, por el se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 7/1985 de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. (BOE de 23 Febrero 1996).

fronteriza donde desempeña su trabajo habitualmente. En consecuencia, el procedimiento abierto de concesión de nacionalidad a los titulares de tarjeta de estadística y sobre todo, de otros marroquíes que sin estar en posesión de la misma, acreditaran residencia o trabajo en dichos territorios, pese a no tener dicha documentación, supuso un incremento en la residencia en ambas ciudades de un importante número de trabajadores marroquíes, mayor al que habitualmente existía.

En consecuencia la concesión de nacionales en Ceuta y Melilla fue la recogida en la presente Tabla.

AÑO	1986	1987	1988	1989	1990
CEUTA	762	1674	1231	1432	1243
MELILLA	832	3090	1890	560	170

Fuente: Ministerio de Justicia

Como consecuencia del volumen de demandas de tramitación de nacionalidades, en Marzo de 1987 se creó el “juzgado de nacionalidades”, donde se tramitaron aproximadamente unas 13.000 nacionalidades.

Otro problema subyacente, que provocó la concesión de nacionalidad a los titulares de la “tarjeta de estadística”, es que sus titulares adquirirían la nacionalidad española por concesión. En este supuesto, se exige la renuncia a la nacionalidad previa que pudieran tener. Sin embargo, la legislación marroquí, no es concordante con la española y no hace perder la nacionalidad. En el Derecho español se exige e renuncia, pero el Derecho marroquí, sigue considerándole nacional de Marruecos aunque haya adquirido y haya hecho el acto de renuncia expresa.¹⁴⁶¹

¹⁴⁶¹ A pesar de que el art 19 de la Mudawana de 6 de Septiembre de 1958, donde se señala que son causas de pérdida de la nacionalidad marroquí por las siguientes causas:

- a). Adquisición voluntaria de otra nacionalidad.
- b). Cuando un nacional ingresa en la administración pública de otro Estado. (Tiene seis meses desde la notificación de la pérdida, para que decida si quiere conservarla o si se ratifica en la pérdida de la nacionalidad marroquí)
- c). Cuando preste el servicio militar en otro país.

En la práctica, en Marruecos sólo realmente se pierde la nacionalidad del país, cuando el sujeto comete acciones u omisiones tipificadas en los arts 22-24 de la Mudawana y que en definitiva se pueden resumir en dos motivos tasados:

No obstante, la vía más importante de entrada de extranjeros en estas ciudades, ha sido el que muchos marroquíes, (cuantitativamente superior el número de familiares de trabajadores transfronterizos que utilizaban este procedimiento) consistente en venir a “dar a luz las mujeres marroquíes en dichos territorios”, con la finalidad, de que al ser inscrito el recién nacido en un Registro Civil español, este al cumplir los dieciocho años, quedando expedita el acceso para adquirir la nacionalidad española. Y subsidiariamente, si a través de este procedimiento no se conseguía este fin, quedaba aun expedita la vía del art. 22.1,a)b) de la Ley 36/2002, de 8 de Octubre de modificación del Cc, en materia de nacionalidad, por el que los extranjeros (a excepción de los hijos de padre o madre que haya sido originariamente español y nacido en España, pueden optar a la nacionalidad española sin límite de tiempo o de edad) que hubieran nacido en España o que hubiera ejercido la facultad de optar dentro del plazo estipulado para ello,(el plazo para estipulado para ello será de un año) pueden utilizar los mecanismos previstos para adquirir la nacionalidad española por residencia estipulados en el Art 23 del Cc.

¿En que consistía el aludido arraigo pro el cual se procedió a conceder DNI Provisionales a los titulares de la Tarjeta de Estadística? .La ley no define el termino, hasta que se promulgó el RD 864/2001,de 20 de Julio, por el que se aprobó el Reglamento de Ejecución de la Ley 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y se limita a distinguir los tipos de arraigo que admite nuestro derecho en materia de extranjería y que son los siguientes: arraigo social, familiar y laboral, académico o de otro tipo y que sean relevantes para apreciar el interés del recurrente en residir en el país y determinen la prevalencia de tal interés particular para la concesión del permiso de residencia temporal solicitado. Apareciendo este concepto, por primera vez utilizado en materia de migración tras la promulgación de la Ley de extranjería 4/2000, modificada por la Ley 14/2003, que prevé en su artículo 31 que la Administración, podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, pero no define el concepto de arraigo. Esto ha obligado a la jurisprudencia a ir perfilando este concepto, quedando configurado el mismo como *concepto jurídico indeterminado*, cuya concesión se subordina a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, sin que deba interpretarse que estos vínculos de tipo económico, social, familiar o laboral hayan de concurrir acumuladamente para entender que existe esa situación de “arraigo”.¹⁴⁶²

-
- 1) Falta de lealtad hacia el país.(Se incluye en este supuesto el incumplimiento de sus obligaciones militares, o la comisión con fines de lucro de actos perjudiciales a los intereses de Marruecos)
 - 2) Cuando el sujeto, haya sido declarada culpable de determinados delitos.

¹⁴⁶² Esta tesis es sostenida por Sentencia de 1 Sep. 2004 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Cádiz, en un procedimiento iniciado bajo el anterior RD 864/2001, reconoce la existencia de

Sin embargo, el termino de arraigo en materia de extranjería, que no llegó a ser recogido por la Ley, hasta que se promulgó el citado RD 864/2001, de 20 de Julio, fue creado en Febrero de 1986, tras los acuerdos adoptados por los representantes de los Ministerios del Interior y Justicia, con la intermediación de la oficina del Defensor del Pueblo, y representantes de las comunidades musulmanas de ambas ciudades, y en concreto, surge en la creación de la Comisión Mixta, para dar solución a los conflictos presentados por la aplicación de la Ley de Extranjería. (Ley de 1985). Siendo en Abril de 1987, cuando efectivamente se comienzan a expedirse dichos DNI Provisionales únicamente para dichas ciudades, siendo el Juez Encargado del Registro Civil para nacionalidades, el competente para apreciar si en cada caso concreto, y a su criterio, existía “*arraigo por parte del solicitante*” para su concesión.

En conclusión, existe por tanto un tratamiento diferenciado y segregacionista, de los marroquíes por parte de la LO 7/1985, de los marroquíes en relación con otras nacionalidades. Defecto que pudo haber sido subsanado por el citado Decreto 1119/1996, pero en su lugar, se revoca en su única Disposición Derogatoria, la Orden que regulaba la expedición de permisos de validez restringida para extranjeros, que paradójicamente, sus titulares en dicha ciudad, eran los únicos que verdaderamente se encontraban en situación regular, circunstancias que provocaron consecuencias, sociales, políticas y jurídicas, que aun perduran en nuestros días. La opción de los marroquíes ante la LOE es contradictoria, debiendo optar por una de las siguientes vías:

- a) permiso de residencia y trabajo
- b) DNI provisional
- c) solicitar la concesión de un permiso de residencia en España de diez años renovable a que continúe prestando sus servicios
- d) pedir el permiso de trabajo específico de trabajo transfronterizo

arraigo en una extranjera que acreditó llevar en España más de tres años y contar con inserción en el mercado laboral. El Tribunal se fundamenta para ello, en que no puede entenderse que lo establecido en el art 41 sobre el “Permiso de residencia temporal y su renovación”. apartado 2.d) señala:.....2. *El permiso de residencia temporal podrá concederse a los extranjeros que se encuentren en España y se hallen en los siguientes supuestos: d) Aquéllos que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años y en los que concurra una situación excepcional y acreditada de arraigo, considerando como tal la incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles.* De modo, que del precepto reglamentario antes referido, la restricción del concepto de arraigo, como concepto jurídico indeterminado, ha sido perfilado jurisprudencialmente y en base, a normas con rango de Ley. Tesis sostenida, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3, de Bilbao, en Sentencia de fecha 3 de Octubre de 2006, por la que se reconoce el arraigo como concepto jurídico indeterminado. Esta postura, esta en concordancia con la Ley de Extranjería 4/2000, modificada por la Ley 14/2003, que prevé en su artículo 31 que la Administración podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, no limitando lo que debe entenderse por arraigo.

Si se acogen a la primera solución -cambiar su Tarjeta de Estadística por la de Extranjería- se convierte en extranjeros, esta situación controvertida no va a ser aceptada de buen grado por este colectivo, que lo que verdaderamente desea es la nacionalidad española para poder ser titular de derechos (solo se acogen a esta solución un número indeterminado muy reducido)

En cambio, si optan por la segunda vía, aunque no de forma automática pero si en un breve espacio de tiempo (aproximadamente un año) van a ser documentados con el DNI Provisional (Destaca el estudio de este nuevo documento Planet Contreras A. I.1998: 99-100) .Siendo esta la solución más ajustada a sus pretensiones pero que no las colmaba plenamente, puesto que, este nuevo documento, no conlleva idénticos derechos que el DNI normal(por ejemplo impide el derecho político al voto de su titular) y si alguna ventaja laboral temporal- si el titular de Tarjeta de Estadística, solicitaba el DNI Provisional, y lo acreditaba ante la Comisaría de Policía, no se le exigía permiso de trabajo hasta que se procediera a la resolución de la solicitud que en el caso de Melilla permanecieron en vigor hasta Septiembre de 1987)- Resultando paradójico, que el trabajador transfronterizo que se encuentra en posesión de “Tarjeta de Estadística” que no quiera acogerse, a un DNI Provisional(que siempre que acredite que ha trabajado en Melilla o Ceuta se le va a conceder)y que en menos de un año adquiere la nacionalidad española, con los consiguiente derechos y deberes inherentes a la misma, opte por un permiso de residencia, de diez años, en caso de que no sea solicitada la nacionalidad o no cumplan los requisitos necesarios, eso si, renovable a que continúe prestando sus servicios o por un permiso de trabajo específico de trabajo transfronterizo, que solo tiene una vigencia limitada de cinco años , siendo renovable el mismo, si continua prestando sus servicios y que no otorga derecho, a residir en la zona fronteriza donde desempeña su trabajo habitualmente. En consecuencia, el procedimiento abierto de concesión de nacionalidad a los titulares de tarjeta de estadística, y sobre todo, de otros marroquíes que sin estar en posesión de la misma, acreditaran residencia o trabajo en dichos territorios, pese a no tener dicha documentación, supuso un incremento en la residencia en la ciudad autónoma de Melilla de un importante numero de trabajadores marroquíes.

A tenor de lo expuesto, se plantea la siguiente premisa ¿Cuál ha sido el tratamiento realizado por el resto de Leyes de Extranjería dictadas en nuestro país con respecto a este colectivo de trabajadores? Lo cierto, es que la incidencia de las leyes posteriores a la 7/85 de Extranjería, en la materia que nos ocupa ha sido prácticamente nulas, salvo alguna algunas novedades introducidas por el RD864/2001,de 20 de Julio¹⁴⁶³, donde en su art 76,se dice que se concederá este tipo de permiso a los trabajadores que residiendo en la zona fronteriza de un

¹⁴⁶³ BOE de 21 de Julio de 2001 por el que aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 4/2000 de 11 de Enero.

Estado limítrofe al que regresen diariamente, desarrollen actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español a las que estará limitado su ámbito geográfico. Se subraya por parte del legislador en este precepto, la vigencia y validez del permiso a un ámbito geográfico limitado y se recoge también como novedad en nuestro Derecho, la invocación que se realiza a que el extranjero resida en un Estado limítrofe, lo que conlleva a introducir desde nuestro punto de vista, una llamada de atención a la soberanía del Estado, que anteriormente en la LO 4/2000 de 11 de Enero, en su art 43 no realizaba, donde solo se hacía alusión a la zona limítrofe tal y como expresamente señala en citado artículo:

“Los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general”

Por su parte, el RD 2393/2004 de 30 de Diciembre (BOE 7/1/2005), por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, en la redacción dada en su art 84.1 señala:

Se concederá este tipo de autorización a los trabajadores que, residan en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regresan diariamente, desarrollan actividades lucrativa, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español. Su validez estará limitada a este ámbito territorial, tendrá una vigencia máxima de cinco años y será renovable”.

La única modificación que introduce en relación con la Ley que le precede (4/2000 de 11 de Enero, es en relación con la especificación que se realiza en la misma, en torno a las actividades a desarrollar por estos sujetos: lucrativas, laborales o profesionales. Así como en cuanto, al carácter de la prestación: por cuenta propia o ajena. Del análisis de este precepto, se desprende que en realidad, estas pormenorizaciones no son más que copia de las introducidas en el art 75 del RD 155/1996, en su apartado III, rubricado permisos por cuenta propia o ajena para trabajadores fronterizos Tipo F, indicando que “se concederá este tipo de permiso a los trabajadores que desarrollen actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español y que regresan diariamente a la zona fronteriza de un país vecino, en el que residen”.

Si bien, en la materia que nos ocupa, hay que subrayar la importancia que para la misma ha tenido el RD 2393/2004 de 30 de Diciembre, el proceso extraordinario de regularización, para los trabajadores que se encontraban en todo el territorio nacional, desprovistos de autorización para trabajar y residir, se les brindó la oportunidad de regularizar su situación que pudieran demostrar su situación laboral, para lo cual, se les otorga un plazo para conseguirlo de

tres meses a partir de la entrada en vigor del Real Decreto¹⁴⁶⁴. Para ello, se posibilitará que puedan obtener una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, a aquellos extranjeros que puedan demostrar que cumplen las condiciones establecidas en la Disposición Transitoria Tercera¹⁴⁶⁵. Para garantizar que este proceso se ciñe a quienes tengan una

¹⁴⁶⁴ Según la Disposición Final Cuarta, el presente Reglamento entrara en vigor al mes de su publicación en el BOE(7/01/2005)

¹⁴⁶⁵La citada Disposición regula un procedimiento general aplicable a los extranjeros que pretendan regularizar su situación en España y otro específico para las empleadas de hogar que prevé un tratamiento jurídico diferente. Sin embargo, en ambas ciudades autónomas, este proceso de regularización apenas a sido solicitado por los marroquíes que estando en condiciones de transfronterizos o apátridas en el mercado de economía sumergida en las mismas, ha hecho dejación de este derecho como consecuencia de diversos factores: no encontrarse empadronado(requisito imposible de justificar para el trabajador transfronterizo), demostrar contrato de trabajo de 6 meses y sobre todo el más importante, desde nuestro punto de vista, no encontrarse sus puestos de trabajo catalogados dentro de la los que figuran en el listado de la situación nacional de empleo. En cambio, las empleadas de hogar, al tratarse su prestación de puestos de trabajo de difícil colocación, muchas de ellas aprovecharon esta situación para insertarse legalmente en el mercado laboral local de ambas ciudades en situación aparentemente regularizada. El contenido liberal de la citada Disposición Tercera es el siguiente:

1. En el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, los empresarios o empleadores que pretendan contratar a un extranjero, podrán solicitar que se le otorgue una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que el trabajador figure empadronado en un municipio español al menos con seis meses de anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y se encuentre en España en el momento de realizar la solicitud.

b) Que el empresario o empleador haya firmado con el trabajador un contrato de trabajo cuyos efectos estarán condicionados a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitado.

En el contrato de trabajo, el empresario se comprometerá, con independencia de la modalidad contractual y el tipo de contrato utilizado, al mantenimiento de la prestación laboral por un período mínimo de seis meses, salvo en el sector agrario, en el que el período mínimo será de tres meses.

En los sectores de la construcción y la hostelería, el cumplimiento del compromiso de mantenimiento de la prestación laboral de seis meses podrá llevarse a cabo dentro de un período máximo de doce meses.

Cuando los contratos de trabajo sean a tiempo parcial, el período de prestación laboral se incrementará proporcionalmente a la reducción sobre la jornada ordinaria pactada en dicho contrato, en los términos que establezca el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

c) Que se cumplan los requisitos contemplados en el artículo 50 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para el otorgamiento de una autorización para trabajar, con excepción de lo dispuesto en sus párrafos a), b) y g).

2. Con sujeción a los requisitos establecidos en los párrafos a) y c) del apartado anterior, y en idéntico plazo al establecido en este, podrán solicitar igualmente la concesión de una autorización inicial de residencia y trabajo los extranjeros que pretendan desarrollar su actividad en el ámbito del servicio del hogar familiar, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un titular del hogar familiar.

Para ello, deberán acreditar que reúnen los requisitos previstos por la legislación aplicable a los efectos del alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social como empleados del hogar discontinuos y que van a realizar un número de horas de trabajo semanales no inferior a 30, en el cómputo global. Las prestaciones laborales concertadas a estos efectos deberán de abarcar un período mínimo de actividad de seis meses. Los extranjeros que puedan desarrollar una actividad en el servicio del hogar familiar a tiempo completo para un solo empleador, podrán obtener la autorización de conformidad con el apartado primero de esta disposición siempre que cumplan los requisitos establecidos en ella.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y la disposición adicional cuarta de su reglamento, el Ministerio de Administraciones Públicas

vinculación cierta y comprobable con el mercado de trabajo, se exigirá, salvo en el servicio doméstico por_horas, que sean los propios empleadores los que presenten la solicitud de autorización y los que presenten el contrato que les vinculará con el extranjeros cuya regularización se pretende.

Otra novedad a destacar, aparece en el art 106 del citado Real Decreto del 2004, referente a las tarjetas que se deben expedir a estos trabajadores, a estos se les exige obtener una tarjeta de identidad de extranjero, en las mismas condiciones que los demás extranjeros (por tanto tendrán en su numeración la letra X), pero con el distintivo de fronterizo. El citado artículo señala lo siguiente:

1. Los extranjeros que se encuentren en España en situación de estancia por estudios o investigación de duración superior a seis meses, así como los trabajadores transfronterizos, deberán solicitar y obtener la tarjeta de estudiante y de trabajador transfronterizo, respectivamente, para acreditar su condición. Dichas tarjetas deberán solicitarse en los términos establecidos en este Reglamento para la tarjeta de identidad de extranjero.

podrá habilitar, mediante instrumentos adecuados previstos en la legislación vigente, otras oficinas públicas para la presentación de las solicitudes.

4. Las solicitudes basadas en lo dispuesto por esta disposición transitoria se tramitarán con carácter preferente. La presentación de la solicitud supondrá el archivo de oficio de cualquier otra solicitud de residencia o de residencia y trabajo para el mismo extranjero presentada con anterioridad.

5. La autoridad competente, a la vista de la documentación presentada, resolverá de forma motivada y notificará al empresario o empleador, en los casos del apartado uno, y al propio trabajador extranjero, en los casos del apartado dos, la resolución sobre la autorización de residencia y trabajo solicitada. Cuando la resolución fuese favorable, la autorización concedida estará condicionada a que, en el plazo de un mes desde la notificación, se produzca la afiliación y/o alta del trabajador en la Seguridad Social. La notificación surtirá efectos para que se proceda al abono de las tasas correspondientes. Resultará de aplicación lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a los efectos del plazo para la resolución de las solicitudes.

6. Cumplida la condición de afiliación y/o alta, la autorización comenzará su período de vigencia, que será de un año. Transcurrido el plazo de un mes desde la notificación de la autorización sin que se haya cumplido la condición señalada, la autorización quedará sin efecto. En este caso, se requerirá al empresario o empleador en los casos del apartado 1, y al propio trabajador extranjero, en los casos del apartado 2, para que indique las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral, con la advertencia de que, si no alegase ninguna justificación o si las razones aducidas se considerasen insuficientes, podrán denegarse ulteriores solicitudes de autorización que presente.

7. Durante el mes inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la autorización, el extranjero deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, que será expedida por el plazo de validez de la autorización.

8. La concesión de la autorización determinará el archivo de los expedientes de expulsión pendientes de resolución, así como la revocación de oficio de las órdenes de expulsión que hayan recaído sobre el extranjero titular de la autorización, cuando el expediente o la orden de expulsión correspondiente esté basada en las causas previstas en el artículo 53. a) y b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La denegación de la autorización implicará la continuación de los expedientes de expulsión y la ejecución de las órdenes de expulsión dictadas”.

2. El Ministro del Interior dictara las disposiciones necesarias para determinar las características de dichos documentos, previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería.

Se observa, un dato importante que se extrae del contenido del presente artículo y es de que la tarjeta difiere en el caso específico de los trabajadores transfronterizo, siendo diferente a la que se expide al resto de trabajadores residentes, sino no habría una excepción como indica el punto 2. En Melilla, a estos trabajadores se les entrega una tarjeta diferente a la de los residentes, aunque en Ceuta parece ser, que durante un tiempo se entregó la misma que a los residentes, dando lugar a confusión jurídica, ya que esta última tarjeta señala en su encabezamiento "Autorización de Residencia", con lo que llevaría a equívoco al tener una tarjeta de "residencia" en la que constara "NO AUTORIZA A RESIDIR" como si figuraba expresamente en las tarjetas expedidas en Melilla a los trabajadores transfronterizos. (Errata que fue aprovechada por muchos abogados de Ceuta para conseguir la autorización de residencia temporal)

Este último Real Decreto, es el que está en la actualidad en vigor, con algún cambio añadido por el RD 1162/2009 de 10 de Julio, que permite a las CCAA con competencia en materia de autorización, expedición, renovación, y extinción de permisos iniciales, que estas puedan tramitar y conocer de todo permiso de trabajo de extranjeros en nuestro país incluido por supuesto de de trabajadores transfronterizos. También conviene recordar que el trabajador transfronterizo, posee una segunda residencia temporal en el Estado de empleo (esto ocurre de forma encubierta en los territorios asilados realizándose el contrato de arrendamiento con español familiar del trabajador transfronterizo que suscribe el contrato como propio para favorecer la estancia del trabajador transfronterizo) rompiéndose de este modo, la obligación que conlleva esta categoría de trabajadores de residir en su país de origen (que debe ser otro distinto al de la UE), debiendo darse para que esta relación subsista una circulación regular y prolongada en el tiempo entre el domicilio y el lugar de trabajo.

En resumen, transcurridos tres años desde la entrada en vigor de la LO en Melilla, se publican los siguientes datos, ofrecidos por el Grupo de Iniciativas Territoriales, sociedad contratada por el Ministerio del Interior para coordinar actuaciones en Melilla, sobre la situación de los 20.000 musulmanes residentes en Melilla:

- Unos 3.500 musulmanes han regularizado su situación y disponen de DNI
- Otros 5.000 tienen ya finalizados los trámites de acceso a la nacionalidad española.
- Y otros 1.500 disponen de carnet de identidad provisional.

En suma, esta ley trata como "extranjeros" a la población de origen marroquí asentada e incluso nacida en Ceuta y Melilla. Lo cual nos plantea la incógnita de ¿que ocurrió con los 10.000 solicitantes que no lograron ser documentados? La respuesta es obvia, siguen en la

ciudad, sin ser documentados y negando acogerse a los procesos de regularización que cíclicamente se han dictados en nuestro país. De otra parte, las diferentes modificaciones realizadas posteriormente a la ley de extranjería, no han tenido incidencia particular en la población musulmana de Melilla. A ello, hay que sumar que, en virtud del Protocolo de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, nuestro país en virtud de una Declaración que figura en el Anexo III, sobre las ciudades de Ceuta y Melilla¹⁴⁶⁶, en su apartado b) dispone lo siguiente: “*Continuara igualmente aplicándose el régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo entre Ceuta y Melilla y las provincias de Tetuán y Nador*”. De cuyo contenido se desprende que los residentes de Tetuán pueden acceder a Ceuta sin visado al igual que los ciudadanos de Nador pueden acceder a Melilla sin cumplir esta exigencia administrativa. En cambio, el apartado c) del mismo documento aclara lo siguiente: “*A los nacionales marroquíes no residentes en las provincias de Tetuán y Nador y que deseen entrar exclusivamente en las ciudades de Ceuta y Melilla, se les seguirá aplicando un régimen de exigencia de visado, la validez de documento será limitada a las dos ciudades citadas y permitirá múltiples entradas y salidas*”. Por tanto, a los marroquíes no residentes en Tetuán y Nador, si se les va a exigir si quieren acceder exclusivamente a Melilla y Ceuta un visado limitado y múltiple que es diferente al que se le va a exigir para acceder a otras partes del territorio español.

En base a lo expuesto podemos resumir las siguientes características que tienen las autorizaciones para los trabajadores transfronterizos: Solo conlleva autorización para trabajar no para residir; se circunscribe al ámbito geográfico para el que se expide- que en el caso de España se limita a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla-; su duración es de cinco años renovable mientras subsista las circunstancias que motivaron su concesión; puede ser por cuenta propia, en tal caso debe aportar acreditar la viabilidad del proyecto empresarial debiendo de presentar personalmente su solicitud ante la Delegación del Gobierno en la que deberá además acreditar que se encuentra en situación legal(si es de Tetuán o Nador no precisar visado y si es residente en otra zona de Marruecos deberá presentar visado limitado múltiple) que previa verificación de sus datos por la Policía, se le concede la autorización por un periodo máximo de cinco años. En cambio, si es trabajador transfronterizo presta sus servicios por cuenta ajena, le resulta de aplicación la Situación Nacional de Empleo y solo puede acceder a los puestos que se encuentren recogidos en el Catalogo de Ocupación de Difícil Cobertura, que actualmente debido a su carácter restringido obstaculiza que éstos puedan acceder a este tipo de autorización. También hay que añadir que a los requisitos dispuestos en los arts 50 y 51 del Reglamento 2393/2004 para la concesión inicial de este tipo de autorizaciones, los trabajadores transfronterizos de Ceuta y Melilla deben además acreditar la siguiente documentación:

¹⁴⁶⁶ DOUE núm. L 239 de 22 de Septiembre de 2000

Certificado de residencia de Marruecos, Antecedentes penales de Marruecos, Certificado de Familia(todos estos documentos traducidos y legalizados) , Reconocimiento medico hecho en España, Contrato de trabajo y Copia de la ultima declaración de renta del empleador en Melilla.

Lo expuesto nos plantea las siguientes cuestiones ¿Cuál es número real de trabajadores transfronterizos que existe en la actualidad en la ciudad de Melilla?¿.¿Cuáles son las actividades efectivamente desarrolladas por este colectivo? Actualmente el número de trabajadores transfronterizos que prestan sus servicios en la ciudad autónoma de Melilla es reducido aproximadamente 2400 (García, V. (2010), distribuyéndose entre los siguientes sectores productivos: empleadas de hogar (1200), construcción¹⁴⁶⁷ (500), hosteleria (60), metal (60) y comercio (50).

De lo expuesto se deduce que las actividades más demandadas en Melilla, son las de empleadas de hogar (1.200), frente al resto de actividades que en total suman 2.400) debido a la confianza, seguridad y uso de la misma lengua, estas circunstancias hacen que estas trabajadoras y los trabajadores transfronterizos marroquíes, sean solicitados preferentemente, a los trabajadores latinoamericanos, cuya inserción en el mercado local, es prácticamente inexistente. Le siguen en orden de importancia, los trabajadores que prestan sus servicios en actividades de la construcción, comprendiendo en este grupo, sobre todo trabajos penosos o de baja cualificación. También destaca por su número el grupo de trabajadores dedicados a “la cocina y personal encargado de la elaboración de alimentos”, la razón de la contratación de los trabajadores transfronterizos en dichos servicios, obedece a que dado cuantitativamente la importancia de personas que profesan la religión islámica, estos son en la mayoría de las ocasiones los encargados de la elaboración de los alimentos en los centros públicos donde el número de beneficiarios musulmanes es notable(colegios, guarderías, CETI, etc.)

De otro lado, en relación con la Ciudad de Ceuta, la situación los únicos datos que disponemos son los siguientes a día 11 de Febrero del 2003 estaban vigentes 544 permisos tipo F, cuyo desglose es el siguiente¹⁴⁶⁸:

¹⁴⁶⁷ Actualmente se enfrentan al problema de que muchas empresas subcontratistas que prestan sus servicios en Melilla, traen con ellas a sus propias cuadrillas de trabajadores, lo cual, no solo les impide acceder a ese puesto de trabajo sino que además estos tienen que proveerse de la Tarjeta Profesional de la Construcción (TPC), que será obligatoria a partir del 1 de Enero de 2012, ya que para obtenerla tienen que demostrar que están trabajando, de modo que, si el trabajador de la construcción transfronterizo no ha sido dado de alta no se le expide al igual que tampoco se hace si se encuentra desempleado ya que si pretende volver a trabajar le exigen tener esta tarjeta, por lo que es “la pescadilla que se muerde la cola”.

¹⁴⁶⁸ Según la Delegación del Gobierno de Ceuta, las tarjetas que están concedidas legalmente ascienden en la actualidad a 2.093, a fecha de Mayo del 2007.

TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS EN CEUTA	
PESCADORES	22
EMPLEADOS/AS SERVICIO DOMESTICO	310
CONSTRUCCIÓN	117
TOTAL	544

Fuente: Delegación del Gobierno de Ceuta

De lo que se desprende que su número es más reducido que el de Melilla, sin embargo, hay que tener en cuenta, el proceso de regularización del mes de Enero del 2005, donde también un importante número de empleadas de hogar, se insertaron inicialmente de forma regular en el mercado de Ceuta. Si bien, la realidad, coincide prácticamente con lo sucedido en Melilla, en relación con esta categoría de trabajadores en general y en particular, con las empleadas de hogar anteriormente analizadas.

En definitiva, los puestos a cubrir por los trabajadores transfronterizos primordialmente son los prestados por cuenta ajena sometidos a la “Situación Nacional de Empleo” que se inician por el empresario ante la oficina de extranjeros correspondiente mediante el modelo EX05. El resto de actividades no incluidas en la catalogación anterior, si forman parte del contingente, y en consecuencia, hay que acudir al INEM para ser cubiertos. De modo, que solo en el caso, de no existir profesionales del puesto de trabajo requerido-nacional o comunitario- se concede la autorización para el trabajador transfronterizo que lo solicite. Sin embargo, puede observarse como los criterios para la concesión de esta autorización de trabajo para este grupo de trabajadores difiere en ambas ciudades, que a pesar de tener características similares, a simple vista, no son iguales. La razón de esta diferenciación, obedece a la discrecionalidad de la Administración, que no hay que confundir con arbitrariedad, y que la jurisprudencia, siempre sobre la línea del perfil del principio de legalidad de la Administración, a diferenciado sin fisuras y nítidamente.

Es por ello, por lo que la concesión de las autorizaciones de trabajo a los trabajadores extranjeros, tras la entrada en vigor del RD2393/2004 ha sido muy mesurado, tal y como se desprende de su art 50, donde se regula la forma de determinar la “situación nacional de empleo”, a través de la publicación trimestral en el BOE del catálogo de puestos de trabajo de difícil cobertura por provincias, Ceuta y Melilla”. Aunque no deja de ser cierto, que la “situación

nacional de empleo”, es un instrumento político del que la jurisdicción, no tiene control al elaborarse por el Servicio Público de Empleo Estatal. Y en consecuencia, en ambas ciudades, la autoridad que tiene la potestad (delegada) de conceder dichas autorizaciones de trabajo, son los Delegados de Gobierno en las mismas, de lo podemos dirimir, la conclusión, de que es un cargo público, el que en dichas provincias toma las decisiones administrativas sobre la concesiones de permisos de trabajo a trabajadores transfronterizos.

Pero ¿En que consisten realmente estas diferencias de los documentos requeridos a los trabajadores transfronterizos en ambas ciudades? En primer lugar, quiero hacer la salvedad, que sólo pueden ser trabajadores transfronterizos en dichos territorios, los marroquíes residentes en la provincia de Nador, en el caso de Melilla, y los marroquíes residentes en la provincia de Tetuán en el caso de Ceuta. Aclarada esta cuestión, procederemos al examen pormenorizado de dichas diferencias, para lo cual, es obligado hacer constar, de que la relación de documentos que se solicitan a los trabajadores extranjeros solicitantes de la “*autorización fronteriza*”, se realiza de forma distinta en ambas ciudades, teniendo en cuenta, que en ambas se hace una separación oficiosa, dependiendo del tipo de actividad que se solicita, para lo cual se establecen tres grupos: empleados de hogar fijos, discontinuos y resto de trabajadores fronterizos.

Antes de proceder a especificar dichas diferencias, hay que determinar cual es el marco normativo que establece el R.D 2393/2004, de 30 de Diciembre, que figuran en el art 51.2 del citado Texto para los trabajadores por cuenta ajena que lo soliciten:

a).- NIF y documento de inscripción de la empresa en la Seguridad Social, o documento acreditativo de hallarse exento; y en el caso de que la empresa, este constituida por una persona jurídica, documento publico que otorgue su representación legal a, favor de la persona física que formule la solicitud.

b).- El contrato de trabajo o la oferta de empleo en el modelo oficial establecido.

c).- Cuando la autoridad competente lo considere necesario para asegura que el empresario, pueda hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo, éste deberá acreditar, con los medios económicos, materiales o personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a dichas obligaciones.

d).- Copia del pasaporte, o documento de viaje en vigor, del trabajador extranjero.

e).- Aquéllos documentos que justifiquen si son alegados por el interesado, alguno de los supuestos específicos establecidos en el art 40 de la LO 4/2000 de 11 de Enero.

f).- La titulación o acreditación de que se posee la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión, cuando proceda, debidamente homologada.

g).- Otros documentos que se hayan determinado mediante Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para evaluar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art 50 del presente Reglamento.

Para los trabajadores por cuenta propia se solicitan, según el referenciado Texto los requisitos prevenidos en el art 59.2 y que son los siguientes:

a).- Copia del pasaporte, o documento de viaje, en vigor, del solicitante.

b).- Certificado de antecedentes penales o documento equivalente, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que no deben constar condenas por conductas tipificadas en la legislación penal española.

c).- Certificado sanitario, con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el reglamento sanitario internacional.

d).- La titulación o acreditación de que se posee la capacitación exigida par el ejercicio de la profesión cuando proceda, debidamente homologada.

e).- Acreditación de que se cuenta con la inversión económica necesaria al que se hace referencia en el artículo anterior, o bien, el compromiso suficiente de apoyo por parte de las instituciones financieras.

f).- Proyecto de establecimiento o actividades a realizar, con indicación de la inversión prevista, su rentabilidad esperada y, en su caso, puesto de trabajo cuya creación se prevea.

g).- Relación de las autorizaciones o licencias que se exijan para la instalación, apertura o funcionamiento de la actividad proyectada o para el ejercicio profesional, que indique la situación en la se encuentran los tramites para su consecución, incluyendo, en su caso, las certificaciones de solicitud ante los organismos correspondientes.

Visto los requisitos legales, se pueden observar como además de los mismos se exige en ambas ciudades una documentación complementaria obligatoria para la obtención de la correspondiente autorización inicial. (en el Anexo, figura en el cuadros números 1-3, (1)tarjeta de extranjeros, (2) autorización de trabajo por cuenta ajena de trabajador transfronterizo Régimen General de la Seguridad social,(3)renovación de permiso tipo “F” para trabajador por cuenta ajena).

CEUTA	MELILLA	EN LAS DOS CIUDADES
Certificado de residencia de Marruecos. Legalizado por el	Certificado de residencia de Marruecos. Legalizado por el	Certificado de residencia de Marruecos. Legalización por

Ministerio de Asuntos Exteriores en Tetuán. Traducción jurada del documento al español	Ministerio de Asuntos Exteriores en Nador. Traducción jurada del documento al español	el Ministerio de Asuntos Exteriores español. Traducción jurada del documento al español
Traducción del certificado de residencia al español	Traducción del certificado de residencia al español	Traducción del certificado de residencia al español
Certificado medico oficial hecho en España	Valido el certificado medico sea hecho en Marruecos	Certificado medico
	Copia de la ultima declaración de renta del empleador en Melilla	
	Certificado de Familia, traducido en Melilla si tiene familia. Si esta casado, original y copia de la “yuyia” ¹⁴⁶⁹ , legalizada por el Ministerio de Asuntos Exteriores en Nador	
Certificado de nacimiento en Marruecos: legalizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores en Tetuán.	Certificado de nacimiento en Marruecos: legalizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores en Nador.	Certificado de nacimiento en Marruecos: legalizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores español.
	Se exige la entrega personal del empleador en la “oficina de Extranjería” de la oferta genérica del INEM.	Certificación negativa del Servicio Publico de empleo Estatal, sobre demandantes de empleo en la actividad (aunque en la práctica no se tiene en cuenta).

Fuente: Elaboración Propia.

Para el caso, de empleados de hogar discontinuos:

CEUTA	MELILLA
Se exige un mínimo de tres empleadores para su concesión a partir del RD 2393/2004.	Se hace caso omiso a la Ley, y no se conceden este tipo de autorizaciones de trabajo(aunque hay algunas en vigor, anteriores a la promulgación del citado Reglamento)

Fuente: Elaboración Propia.

Por tanto, en relación con el resto de trabajadores transfronterizos por cuenta ajena, del resto de sectores, se subordinara su concesión, a que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero. Tanto en Ceuta como en Melilla, se crearon unas comisiones a la entrada en vigor del RD 2393/2004, en las que intervinieron diversos cargos de la Administración, sindicatos y la patronal, que permitió que extendiera el cupo de trabajadores transfronterizos en aquellas actividades en las que se demandaba más mano de obra. En la

¹⁴⁶⁹ Documento acreditativo del matrimonio hecho en Marruecos, inscrito en el Libro de Familia marroquí, rubricado con el nombre de “Mudawana”.

actualidad, esta Comisión está desactivada(en Melilla dejó de funcionar a los tres meses de su inicio, en Ceuta a los cinco meses)y solo se permite la contratación de empleados de hogar(siguiendo criterios políticos) .De otra lado, tambien hay que precisar, en cuanto a la documentación requerida a este grupo de trabajadores marroquíes transfronterizos por cuenta ajena, es exactamente igual que la solicitada a las empleadas de hogar discontinuas, con la única salvedad, que el trabajador debe aportar la titulación homologada(sólo será válida si es expedida por el Ministerio de Educación y Ciencia) o certificación de experiencia profesional, en concordancia con la actividad que se demanda. Y que el empleador, además de los requisitos señalados en la Ley, debe aportarse, si el trabajador va a prestar sus servicios en los puestos de los mercados locales, certificado de la ciudad autónoma de dicha solicitud y número de puesto donde va a prestar sus servicios.

Pero desde nuestro punto de vista, la aportación más novedosa que se realiza en relación con estos trabajadores sujetos a esta modalidad contractual, es que deben presentar fotocopia de la inscripción en la Seguridad Social y nos parece sorprendente, puesto que a las empleadas de hogar¹⁴⁷⁰, ya sean fijas o discontinuas a pesar de exigírseles que presente la afiliación y alta de la misma¹⁴⁷¹ para solicitar el documento que les acredite como trabajadora trasfronteriza, lo que a la postre conlleva, a que éstas al venir obligadas a darles de alta el empleador, titular del hogar, cuando tenga empleada una persona a su servicio para labores domesticas, de manera exclusiva y permanente. A estos efectos, cuando la persona empleada fija, preste sus servicios para una persona empleadora y la duración de los mismos sea superior a la mitad de la jornada habitual(igual o mas de 80 horas mensuales).Sin embargo, en la practica, este acto de

¹⁴⁷⁰ Régimen Especial de las Empleadas de Hogar, regulado por Real Decreto 1424/1985 de 1 de Agosto. La normativa aplicable en materia de autorización de trabajo para dichas empleadas, cuando estas prestan sus servicios de forma exclusiva y permanente es la contenida en los Arts 50,53.1 y 84 del RD 2393/2004 de 30 de Diciembre. Siendo competente para el otorgamiento de permiso tipo “F” par la misma ,el Delegado del Gobierno en Ceuta y Melilla, en virtud de lo regulado en la Orden INT /985/2005 de 7 de Abril, en su art 2, establece expresamente lo siguiente:“*Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales ,en las ciudades de Ceuta y Melilla y los subdelegados del Gobierno, ejercerán en su respectivo ámbito territorial en la materia que nos ocupa las siguientes competencias en base al art 2 de la citada Orden y en relación con el art 5.2 de la Ley 4/2000 ,pueden disponer ,con carácter individual ,por razones debidamente motivadas de seguridad pública y por el tiempo imprescindible, ordenar a los cuerpos de seguridad, el alejamiento de los extranjeros de dichas ciudades, en los siguientes casos:*

“Art2.1...Que se encuentren en Ceuta o Melilla y vayan a ser trasladados a otros lugares del territorio español, cuando dicho traslado haya sido autorizado con fundamento en la admisión a tramite de su solicitud de asilo, o para documentarles mediante permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

2.2 Que habiéndose traslado desde Ceuta o Melilla, a otros lugares del territorio español, en virtud de autorización concedida en los términos del párrafo anterior, se encuentre no obstante en cualquiera de ambas Ciudades.

¹⁴⁷¹ Obligación tambien fijada de forma general para todo trabajador por cuenta ajena en el art 38.3 *in fine* de la LOEXTR.

encuadramiento era omitido por el empresario¹⁴⁷², sin que la Inspección de Trabajo, lo sancione por esta omisión, salvo en el caso, de que la empleada de hogar realizara la denuncia(en caso de despido o diferencias con el empleador, a sabiendas de que resulte de ser comprobados como ciertos los hechos, va llegar a un acuerdo con el empleador en el acto de conciliación, en el que le abonará una indemnización por los servicios prestados y sabe que no va a volver a ser contratado por el mismo o en defecto de acuerdo, el cabeza de familia será condenado a la diferencia de salarios no percibidos, vacaciones y salario de tramitación y que debido a la demanda de sus servicios pronto volverá a encontrar empleo) ,o bien, de oficio por la actuación de la Inspección de Trabajo, conocimiento de la Seguridad Social, o denuncia particular (de sujeto diferente de la trabajadora)y cualquiera de éstos, lo ponga en conocimiento de la Inspección de Trabajo.

Otro supuesto distinto, es el de empleada de hogar discontinua,(Figura en el Anexo, en los números,4-6,la autorización de trabajo inicial, la renovación de autorización y el contrato tipo por el que formalizan su prestación de servicios habitualmente en la Ciudad Autónoma de Melilla) en este caso, el alta le correspondería a la propia empleada de hogar, cuando trabaja en más de una vivienda, debiendo ser abonada la parte de cuotas correspondientes al empleador, por los diferentes empleadores a los que esta presta sus servicios, siendo sujeto responsable del pago ante la Seguridad Social, la propia trabajadora, y los empleadores quedarían relegados a la condición de sujetos obligados. En este caso, se exige que la prestación de servicios sea como mínimo de 72 horas al mes que se llevaran a cabo, al menos, durante 12 días.(trabajadora discontinua) Pero, de nuevo, tampoco existe ningún control por parte de la Inspección de Trabajo de esta categoría de prestación de servicios, y normalmente la empleada(en el caso de que el cabeza de familia le pague su parte correspondientes de cuotas, tampoco la ingresa, debido a que normalmente, éstas en la mayoría de las ocasiones, son las que sostienen económicamente a su familia y al ser “transfronterizas ilegales”,no ingresan dicha aportación, porque la necesitan para el sostenimiento de su familia, siendo en este caso, la carga de la prueba más difícil para ésta, a la hora de demostrar, que efectivamente vienen prestando sus servicios para diferentes cabezas de familia ya que la situación de alta de pleno derecho, desde nuestro punto de vista, no existe, al ser imputable dicho acto administrativo, al propio trabajador, que ha omitido voluntariamente su encuadramiento en el sistema y en consecuencia, no puede reclamar en caso, de que se actualice cualquier contingencia, cobertura por parte del mismo.(Este supuesto, a pesar de que el Decreto del 2004 no hace ninguna especificación, ha llevado a que en la practica no se expiden permisos tipo F para empleadas de hogar transfronterizas cuando estas son discontinuas)

En consecuencia, debido a éstas circunstancias, cuando la trabajadora empleada de hogar, no queda encuadrada en el sistema por causa imputable o no la misma y comienza a prestar sus servicios a otro empleador o empleadores, sin obtener previamente “*la Tarjeta de Trabajadora Transfronteriza*” y vuelven a entrar en la espiral de la ilegalidad. Por todo ello, nos resulta imposible, cuantificar cual es el número real de trabajadoras trasfronterizas empleadas de hogar, que realmente se encuentran prestando sus servicios en ambas ciudades autónomas, pero para comprobar el número aproximado, solo hay que acudir de siete y media a diez de la mañana a los puestos fronterizos de Tajar(en Ceuta) y de Beni Enzar y Farhana en Melilla y comprobar *in situ* el número de trabajadores que lo atraviesan provistos mayoritariamente por la referenciada “Tarjeta”,y cuantos lo hacen provistos únicamente con el “pasaporte” o la “Necua”(Documento de Identidad Marroquí).Además se observa, que es habitualmente inferior, el número de los que salen de dichas ciudades¹⁴⁷³ a los que entran ,la razón que justifica este hecho, no es otra que muchos de ellos pernoctan de forma ilegal en dichas ciudades, invirtiéndose el fenómeno normalmente los fines de semana y vísperas de festivos, donde un importante número de éstos aprovecha para regresar con el resto de su familia a Marruecos(otro contingente de éstos trabajadores suele alquilar una vivienda en Ceuta o Melilla, a través de un familiar que es quien suscribe el contrato de arrendamiento,(que a su vez recibe ayuda social de la Ciudad Autónoma por el pago de la renta de arrendamiento) y viven de forma habitual en estas ciudades, con su familia más próxima, regresando los fines de semana con el resto de la familia a Marruecos).

Conviene recordar que el tratamiento especial que se realiza a las empleadas de hogar, se encuentra justificado en el apartado 2, de la Disposición Transitoria Tercera, apartado 6, prevé que, en el caso de que hubiera transcurrido el plazo de un mes desde la notificación de la resolución por la que se concede la autorización solicitada, sin que se hubiera cumplido la condición de afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social, la autorización quedará sin efecto, requiriéndose, en este caso, al propio trabajador extranjero para que indique las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral, con advertencia de que, si no alegase ninguna justificación o si las razones aducidas se considerasen insuficientes, podrán ser denegadas ulteriores solicitudes de autorización que presente.

Se observa, como lo previsto en la Ley no se ajusta en modo alguno, a la realidad laboral de este colectivo de trabajadoras, que pese a que muchas de ellas, en las fecha de la

¹⁴⁷³ Según información obtenida de la Policía Nacional en Melilla, la hora limite para que los marroquíes de la provincia de Nador y de Tetuán, en las que pueden atravesar las fronteras con Ceuta y Melilla, provistos únicamente de la Necua o del pasaporte es a las siete de la mañana a siete de la tarde en verano y de siete de la mañana a seis de la tarde en invierno.

regularización solicitaron sus empleadoras la tarjeta, esta obligación legal no se ha llevado a la ejecución hasta el 8 de Mayo de 2005, en que finalizó el último proceso de regularización llevado a cabo en nuestro país. De modo que, como consecuencia de este incumplimiento de encuadramiento por parte del empleador en materia de Seguridad Social, estas siguen engrosando el mercado de economía sumergida en ambas ciudades.

Y por último, queremos hacer constar otra diferenciación que tienen entre sí los trabajadores fronterizos de Ceuta con los de Melilla. Los primeros una vez cumplimentadas las prevenciones legales: Tarjeta tipo F, contrato de trabajo y presuntamente alta ante la Seguridad Social, concluyen sus trámites administrativos y gubernativos, por lo que su situación es regular y ajustada a derecho a todos los efectos.

Si extrapolamos estas formalidades legales a Melilla, su situación es bien distinta. Y es que en esta Ciudad Autónoma, se exige además para que se pueda otorgar dicho permisos, que tanto empleador como empresario, presten su conformidad por escrito y de forma personal ante la Delegación del Gobierno de dicha Ciudad, no sólo del contrato sino también de la “Advertencia de los requisitos legales básicos”¹⁴⁷⁴. ¿En que consisten dichos requisitos, (Figura en el Anexo en la página 7, el documento que expide la Delegación de Gobierno de Melilla, para todo trabajador transfronterizo, que vaya a prestar servicios en la misma, debiendo ser firmado dicho documento en la “Oficina de Extranjería” de dicho Organismo, en presencia del funcionario, de forma conjunta por el empleador y el trabajador, pero creemos conveniente comentar su contenido de forma pormenorizada).

En primer lugar, se observa, como la primera prevención que estos establecen para ambas partes es la siguiente:

PRIMERO: Que según establece el Art.84 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre, el permiso de Trabajo de la clase “F”, no autoriza al trabajador a residir en esta Ciudad, por lo que debe abandonar el Territorio Nacional diariamente.

El incumplimiento de este requisito podrá ser causa de iniciación de expediente de Expulsión del Territorio Nacional del trabajador y de la correspondiente sanción administrativa al empresario, conforme al art 57 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de Noviembre.

A tenor literal de lo expuesto, se deduce que tácitamente que este permiso no autoriza al trabajador transfronterizo a residir en el lugar donde presta sus servicios. Recordemos que el citado art 84.1 señala: *Se concederá este tipo de autorización a los trabajadores que residan en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regresan diariamente....*

¹⁴⁷⁴ En número I, del Anexo figuran los requisitos legales básicos, exigidos únicamente en Melilla, a los trabajadores transfronterizos que pretenden prestar servicios por cuenta propia o ajena en dicha Ciudad.

Por su parte, el art 57.4 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de Noviembre, al que hace referencia el citado RD del 2004, en realidad, lo que hace en su redacción no es más que recoger lo preceptuado por el art 57.4 de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que señala en concreto lo siguiente:

“La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado”.

Y cuyo contenido ha sido modificado por con la LO 11/2003 de 29 de Septiembre, que mejora el Texto anterior, además de dar una redacción a los arts 57.4 y 62.1, respecto al primero, el vigente Texto supone una mejora, y aclara que la expulsión además de conllevar *en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado*, implicará también *el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España*.

Lo cual conlleva a una agilización en la tramitación administrativa y penal, cuando que queda reflejada en la celeridad con la que se procede, cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta castigado con una pena privativa de libertad inferior a seis años, si existe orden de expulsión debidamente dictada, se autorice judicialmente la expulsión.

Por su parte, en relación con el art 62.1, donde se prevé que el juez instructor pueda acordar el ingreso preventivo en un centro de internamiento, en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión, siempre que lo acuerde, mediante auto motivado, y previa audiencia al interesado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que *“carezca de domicilio o de documentación...”*

a. Si bien, esta potestad, sólo se otorga para una serie de supuestos taxativos, en concreto, los preceptuados en algunas de las causas previstas en los en los párrafos a y b del apartado 1 del art 54, así como a, d y f del art 53. Los motivos señalados en el art 54.1, se refieren a la realización de actividades que atenten a la Seguridad del Estado, o actividades encaminadas a favorecer la inmigración o promoverla con animo de lucro. Mientras los motivos recogidos en el art 53, para los que se prevé esta expulsión mediata del extranjero, el que a nosotros más nos interesa es el que figura en el apartado a) y b) que establece:

Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

b. Por su parte, el apartado d), se refiere a las medidas concretas impuestas al extranjero, de alejamiento de fronteras y el a la realización de actividades contrarias al orden publico. Y el apartado f) del mismo artículo relativo a la participación del extranjero en actividades contrarias al orden Publico, tipificadas como tales, en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Por último hacer constar, que los trabajadores transfronterizos en nuestro país, la denegación y extinción del citado permiso, se encuentran subordinados, de conformidad con lo prevenido el RD 2393/2004 de 30 de Diciembre, por las causas generales previstas en la citada disposición, por la cláusula exclusiva que conlleva este status de de pérdida de dicha condición y que han sido analizadas previamente en la pregunta anterior.

Finalmente pasamos a analizar la cuestión más controvertida respecto a estos trabajadores. ¿Cuales son sus derechos laborales? ¿Gozan de los mismos beneficios que el resto de trabajadores en materia de Seguridad Social?

En principio, antes de adentrarnos en el tema, conviene precisar que la aplicación de estos derechos tanto laborales como sociales, tienen se encuentran sobornados a la *lex loci laboris*, del país donde el trabajador realiza habitualmente la prestación de servicios si no se realiza su trabajo habitualmente en el mismo país, donde se encuentra el establecimiento que lo haya contratado. Si bien, esta regla general, es susceptible de excepciones a favor de determinados colectivos¹⁴⁷⁵: a) Pertenecientes a organismos públicos o internacionales; b) Desarrollo de la actividad en lugares especiales; c) Ejercicio de la actividad laboral en varios Estados Miembros; y, c) Inactivos.

De modo, que el trabajador trasfronterizo, en ambas ciudades autónomas, puede encuadrarse en el apartado 3 ,sin perjuicio, de la aplicación de los Convenios Internaciones suscritos entre España y Marruecos, que analizaremos de forma pormenorizada en la siguiente epígrafe) .Si bien, adelantamos las siguientes conclusiones que a nuestro juicio se extrae en relación con los citados derechos:

a. El principio de libertad de circulación, no es aplicable a esta categoría de trabajadores ni a sus familiares, debido a la naturaleza consustancial que deriva de los requisitos legales que exige nuestra legislación, con respecto a los mismos, que son inherentes a su condición, ya que éstos deben desarrollar su actividad profesional en un área geográfica concreta, en particular, la que figura en el citado permiso, siendo excluyente para que ese ejercicio profesional pueda ser

¹⁴⁷⁵ IZQUIERDO CARBONERO F. J. (Secretario del Juzgado de lo Social Único de Ceuta). *La problemática de la prueba de la relación laboral de los trabajadores transfronterizos*. Revista electrónica. Baylos del Ilustre Colegio de abogados de Ceuta. núm. ° 6.Enero 2007. <http://www.icace.org/>

ejercitado, en otro lugar distinto al que se otorga¹⁴⁷⁶. Tesis reformada por el art 184. 2 nuevo Reglamento de 2011 que dispone que se determina que el ámbito geográfico de limitación de la autorización será el correspondiente a la Comunidad Autónoma en cuya zona limítrofe resida el trabajador extranjero.

b. El principio de igualdad en relación con el resto de trabajadores correspondientes a su categoría profesional, también quiebra ya que éstos, no tienen el derecho a residir en el lugar donde trabajan, debiendo trasladarse todos los días a su país de origen. Surgiendo el problema de la “*la carga de la prueba*” cuando este sufre un *accidente in itinere* en el país de origen. Este principio, debe ser puesto en concordancia con el “*derecho a la vivienda*”¹⁴⁷⁷, de la que éstos

¹⁴⁷⁶ En consecuencia, si el trabajador extranjero transfronterizo pretende viajar a otra parte del territorio español, diferente de la zona comunitaria donde viene prestando sus servicios, debe acreditar :

a. Pasaporte con visado de entrada, (al estar incluido en los supuestos contemplados en el apartado 3 del artículo 6 del citado Reglamento de Extranjería, que excluye expresamente a los siguientes grupos: los extranjeros titulares de una Tarjeta de Identidad de Extranjero, de una *tarjeta de estudiante extranjero*, de una *tarjeta de acreditación diplomática*, o de una autorización de regreso, ni los titulares de una *tarjeta de trabajador transfronterizo* respecto a la entrada en el territorio español que forma frontera con el país del trabajador pero no en cambio, si pretende entrar en otra parte del territorio español diferente al que parece en la Tarjeta en este caso si será exigible visado) títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, a efectos de comprobar su titularidad y si aparentemente cumplen los requisitos necesarios, art 27 del Reglamento de Ejecución de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración Social, reformada por LO 8/2000, de 22 de Diciembre .

b. Justificar los motivos del objeto y condiciones de la estancia de conformidad con lo dispuesto en el art 23 del citado Reglamento.

c. Demostrar tener recursos económicos suficientes (art 24 del mismo Reglamento en concordancia con la Orden de la Presidencia del Gobierno 1282/2007, de 11 de Mayo, (BOE Nº 113). Que regula el ingreso de personas no comunitarias en España y la cuantía de los medios económicos mínimos que exige nuestro país, a partir de Mayo del 2007, equivalen al 10% del salario mínimo interprofesional bruto, multiplicado por el número de días que pretendan permanecer en España. “Dicha cantidad será, en todo caso, de un mínimo que represente el 90% del salario mínimo interprofesional vigente (con independencia del tiempo de estancia previsto”).

d. Cumplir los requisitos sanitarios necesarios cuando así lo determine el Ministerio del Interior, de acuerdo con el Ministerio de Sanidad y Consumo (art 25 del citado Reglamento).

¹⁴⁷⁷ En la práctica, sin embargo, la mayoría de los trabajadores transfronterizos, tienen una vivienda en Melilla y otra en Marruecos. Con respecto a la primera, para su ocupación se sirven de un familiar provisto de DNI que se suscribe el arrendamiento, siendo ocupada por los trabajadores transfronterizos y sus familiares. Y en el caso, de que su situación económica les permita adquirir una vivienda, estos lo hacen a través de “*testaferro o persona interpuesta*”, puesto que, en Ceuta y Melilla, se exige una autorización gubernativa regulada en Real Decreto 374 /1.989 de 31 de Marzo señala que “cualquiera que fuese la nacionalidad del adquirente o interesado “, *para la transmisión de la propiedad por cualquier título o constitución, transformación o modificación de Derecho Reales sobre bienes inmuebles radicados en Melilla y Ceuta Asimismo también es preceptiva dicha autorización para los proyectos de obras o construcciones de cualquier tipo o conservación de las edificaciones preexistentes*”. De este modo, se impide que estos puedan adquirir bienes los extranjeros en ambas ciudades, ya que debe informar positivamente sobre dicha autorización el Delegado del Gobierno de las mismas. Este hecho además es corroborado por el artículo 1.324 del Código Civil, que establece que “para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos será bastante la confesión del otro “En tal caso, suele comparecer el cónyuge con DNI como adquirente y el otro consorte de nacionalidad no comunitaria, manifiesta que el importe del precio abonado es propiedad exclusiva de su consorte, inscribiéndose con carácter “presumiblemente privado” ya que la ley no le permite que un extranjero no comunitario pueda adquirir una propiedad en Melilla aunque sea como parte de la masa de gananciales. Además esta norma se amplía incluso a las adquisiciones hereditarias exigiendo que el heredero se desprenda de los bienes así adquiridos transmitiéndoselos debiendo transmitirlos a un español en breve periodo de tiempo.

trabajadores y sus familiares carecen, debido a que la ley expresamente prohíbe el derecho a residir y en consecuencia, tampoco, tienen derecho a ser empadronados, con lo que también se les priva del derecho a la participación política (al no poder ser empadronados no pueden ser ni electores ni elegibles en las elecciones locales, aunque en realidad residan la mayor parte del tiempo en Melilla, y paradójicamente hacen lo contrario a lo estipulado en la Ley, regresando a Marruecos, normalmente los fines de semana donde tienen una segunda vivienda, generalmente en propiedad, ya que el precio de la misma es muy bajo, y el nivel de rentas de éstos trabajadores, si los comparamos con Marruecos es muy elevado, a pesar de la precariedad de sus retribuciones), a percibir servicios sociales propios de la Comunidad Autónoma donde prestan sus servicios. (Siendo de nuevo el requisito del Padrón necesario para el disfrute de determinadas prestaciones sociales). Además esta prohibición de residencia, es llevada a sus últimos extremos, en la Ciudad de Melilla, donde a tenor de lo dispuesto en las “*Advertencias Legales Necesarias*” que estos deben suscribir para que se les pueda conceder o renovar el permiso tipo “F” del que son titular, en caso, de comprobar por parte de las autoridades policiales el incumplimiento del trabajador de esta prohibición, puede ser objeto de sanción con una “Orden de Expulsión”, por la que se le prohíbe la entrada en dicha ciudad y anejo a la misma la prohibición por consiguiente de poder trabajar, con lo que se vulnera de nuevo el derecho al trabajo de dicha categoría de trabajadores. Como consecuencia de lo expuesto, tampoco tiene derecho al ejercicio de actividad docente e investigadora ni derecho a reagrupación familiar y a la enseñanza no obligatoria, puesto que a pesar de que su situación es legal en nuestro país no pueden residir en el mismo.

c. Derecho a la asistencia sanitaria¹⁴⁷⁸, para el titular y sus familiares a cargo. Se rigen por lo regulado en convenios bilaterales, (todo el contenido de derechos y deberes de estos trabajadores son en realidad regulados por Tratados Bilaterales y no por Convenios Internacionales)¹⁴⁷⁹ puesto que el trabajador reside en un Estado no miembro de la UE. Estos se reciben en Marruecos, de acuerdo con lo previsto en el Convenio de 8 de Noviembre de 1979, entre España y el Reino de Marruecos. En base al mismo, éstos deben recibir dicha asistencia en

Asimismo, sus hijos son escolarizados en colegios hispanos-marroquíes existentes en dichas ciudades, lo que les permite pasar más rápidamente el control fronterizo en caso de ser ilegales (dado que sus hijos según nuestra legislación tampoco tienen derecho a la educación en el lugar donde trabajan sus progenitores, en el caso de los trabajadores transfronterizos que nos ocupa) y sus mujeres son absorbidas generalmente por el mercado local, dentro de la ilegalidad, a través de la prestación de servicios como empleadas de hogar.

¹⁴⁷⁸ Estudio interesante sobre los derechos de asistencia sanitaria para estos trabajadores y sus familiares es el realizado por MARCHAL ESCALONA N., (2001). *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, en AA. VV. Comares. Granada,

¹⁴⁷⁹ OLARTE ENCABO, S., (2007). *Comentario a la Disposición Adicional Decimotercera*. Cotización por la contingencia de desempleo. Comentarios al Reglamento de extranjería coord. Por Margarita Isabel Ramos Quintana, Gloria Pilar Rojas Rivero, Lex Nova, págs. 985-990

el país de origen si son beneficiarios o en el de trabajo si es el titular, la justificación de esta norma obedece (al menos en teoría) evitar desplazamientos de los familiares del trabajador correspondiendo el reembolso de los gastos a la sanidad pública española. Si bien, de nuevo la realidad, no coincide con lo suscrito en el Acuerdo, y en la práctica estos trabajadores y sus familiares, utilizan preferentemente los servicios que les proporciona nuestro sistema sanitario, ya que a pesar de que en ocasiones tengan que recorrer una gran distancia sus familiares a cargo para recibirlo, también es cierto de que es una realidad innegable que la sanidad marroquí, hoy por hoy, deja mucho que desear.

d. Derecho al trabajo y su correlativo deber de trabajar, también aparece mermado respecto a esta categoría de trabajadores, ya que estos, no pueden en la mayoría de las ocasiones desarrollar el trabajo que desean, sobre todo si su actividad, se presta por cuenta ajena, encontrándose limitados por el encorsamiento que fija el Gobierno, cuando publica cada año, los puestos de trabajo de difícil cobertura. De modo, que si su trabajo, no parece en este listado gubernativo, sólo les queda expedita la vía de la ilegalidad, para poder trabajar o bien prestar servicios en otra actividad diferente a la suya, siempre que hayan conseguido la correspondiente homologación del Ministerio de Educación y Ciencia de su país.

e. Derechos sociales de reunión, manifestación, huelga y de sindicación. Con respecto a los dos primeros, estos pueden ejercer estos derechos al igual que cualquier otro extranjero siempre y cuando y cuando sean pacíficas y hayan obtenido la correspondiente autorización. En relación, con el derecho de huelga, el ejercicio, de este derecho, lo podrán ejercer en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores españoles, de conformidad con lo preceptuado en el art 28 de nuestro Texto Constitucional. Y en referencia al derecho de sindicación, al igual que el derecho precedente, no tienen limitación en cuanto su ejercicio, pueden ser en consecuencia, electores y elegibles. Sin embargo, merece subrayar, la escasa actuación que se ha llevado a cabo hasta el momento, en torno a esta categoría de trabajadores y sus familiares por parte de los sindicatos locales y por extensión en los nacionales. La justificación, de esta desidia obedece desde nuestro punto de vista, al escaso número de trabajadores que integran este colectivo, no les presta la defensa necesaria que demandan y al intereses contrapuestos que representan para las organizaciones sindicales, la defensa de los trabajadores que viven en esas dos ciudades autónomas y que en innumerables ocasiones, no consiguen trabajos porque estos al estar encuadrados dentro de la economía sumergida, es desempeñado por transfronterizos ilegales, con trabajo en precario, bajas retribuciones, y al margen de la legislación laboral y social exigible.

f. En relación con el derecho a la justicia gratuita no existe un derecho subjetivo por parte de este grupo de trabajadores a su titularidad, ya que la UE, solo reconoce este derecho para los litigios transfronterizos entre dos ciudadanos europeos pertenecientes a la UE, y que se

encuentren dentro del ámbito de aplicación señalado por la Directiva 2003/8/CE del Consejo, cometiéndose por el legislador español a nuestro juicio, el error de no recoger en el contenido de esta ley en la LO14/2003 de 20 de Diciembre, reformadora de la LO 4/2000 de 11 de Enero, sobre derechos y libertades publicas de los extranjeros en España, desaprovechando la oportunidad que se le brindaba de implantar de forma clara la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en nuestro país. Tampoco se adapta a la realidad el RD 9961/2003 de 25 de Julio, que debía de haber sido promulgado desde nuestro punto de vista con posteridad a la Directiva 2003/8/CE del Consejo de 27 de Enero, por el cual, se mejora el acceso a la justicia gratuita a los trabajadores transfronterizos y cuyos defectos mas sobresalientes son entre otros: a) Su indefinición en el concepto de residencia legal en un Estado miembro; b) no pronunciarse sobre la fijación de un conjunto de derechos de contenido mínimo que debe tener la justicia gratuita de forma generalizada sino que traslada esta responsabilidad a los Estados miembros; c) gran dispersión normativa en el ámbito de aplicación de la citada Directiva, quedando excluidas las materias, fiscal, aduaneras y administrativas y circunscribiéndose exclusivamente a materia civil y mercantil d) Queda relevada subsidiariamente su aplicación frente a los Convenios bilaterales o multilaterales suscritos por los Estados miembros, siempre que su contenido en esta materia sea mas favorable; e) Desprotección en la trasposición de esta Directiva, no existiendo coincidencia entre su ámbito de aplicación y de protección que debería ser más extenso generalizando su contenido a todos los extranjeros que carezcan de recursos para litigar, sin tenerse en cuenta su situación administrativa y de este modo, tras la reforma del art 22.2 de la LO 14/2002 de Extranjería, proceder a dotar de un contenido pleno a los arts 24 y 119 de nuestra Carta magna y quedar relegada como en la actualidad al conocimiento de los litigios transfronterizos entre dos ciudadanos europeos pretendientes a la UE y que se encuentra n en consecuencia subsumidos dentro del ámbito de aplicación señalado por la Directiva 2003/8/CE del Consejo¹⁴⁸⁰.

g. Derecho a las prestaciones contributivas¹⁴⁸¹ que otorga nuestro sistema de Seguridad Social¹⁴⁸², (cuando se trata de prestaciones de contenido económico, el trabajador transfronterizo, prefiere hacer efectivo su cobro en la Ciudad Autónoma, con el fin de evitar ser objeto de

¹⁴⁸⁰ LARA AGUADO, A (2004). Litigios transfronterizos y justicia gratuita (apropósito de la Directiva 2003/8/CE del Consejo) Rev. Derecho Comunitario, Vol. 8. núm. 17, págs. 85-116.

¹⁴⁸¹ *Ut infra* en la pregunta siguiente, se analiza pormenorizadamente el derecho a la prestación por desempleo de los citados trabajadores.

¹⁴⁸² El Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de Noviembre de 1979 (BOE de 13 de Octubre de 1982) en su art 7 prohíbe la reducción, modificación, suspensión, retención o gravamen de pensiones, subsidios, rentas o indemnizaciones concedidas en virtud de la legislación de la otra parte. Existiendo una clara colisión con lo preactuado por la disposición adicional decimotercera del vigente Reglamento del 2004, en el que se excluyen expresamente los contratos de trabajo de los transfronterizos de cotización por desempleo.

corrupción y ver de este modo mermado sus haberes)¹⁴⁸³ pero en cambio, se les priva el derecho a las prestaciones no contributivas que pudieran corresponderles, al figurar como uno de los requisitos básicos para su concesión, el deber de residencia, y al prohibírseles expresamente a dichos trabajadores el derecho a residir, se les esta privando por extensión del reconocimiento a las prestaciones no contributivas¹⁴⁸⁴. Asimismo tampoco cumplen el requisito preceptivo que fija la ley 26/1990, de 20 de Diciembre¹⁴⁸⁵, reguladora de las “pensiones no contributivas” de ser español, quebrándose de nuevo el principio de igualdad de trato. De modo que, en materia de Seguridad Social, se rige por lo establecido contractualmente en los convenios bilaterales siempre que el trabajador no pertenezca a un Estado que no forma parte de la UE como ocurre en el caso de los trabajadores transfronterizos que prestan sus servicios en Ceuta y Melilla. En cambio, si se trata de trabajadores fronterizos, es decir, que el empresario y trabajador residen en dos países diferentes de la UE, la normativa aplicable será la comunitaria y en concreto la establecida por el Reglamento 1408/71/CE o si se trata de q los ciudadanos del EEE y de Suiza y a los ciudadanos de terceros países, les será de aplicación el Reglamento 859/2003, que establece que el régimen de Seguridad Social aplicable será el del país de empleo.

h. Del tratamiento legislativo en nuestra ley, se observa como el trabajador trasfronterizo en materia de desempleo, se encontraba excluido del derecho a dicha prestación y correlativamente del derecho al cobro de dicho subsidio, extendiéndose dicha exclusión a los siguientes grupos: trabajadores de temporada, estudiantes con autorización para trabajar y trabajador empleado en el sector del servicio domestico. Sin embargo, tras la modificación producida por la LOEXTR en art 43.1 *in fine*” (...) *siéndoles de aplicación en cuanto a los*

¹⁴⁸³ Paradójicamente el cobro hasta hace cinco años solía efectuarse través de “graduados sociales”, cuando se trate de pensiones de invalidez, muerte y supervivencia y jubilación, debido a las dificultades que presentan las entidades financieras, para hacer efectivo su cobro. Sin embargo, esta tendencia ha cambiado por parte de los bancos, ha cambiado debido al enorme volumen de ingresos y remesas que supone la inmigración y los consiguientes beneficios bancarios que reporta.

¹⁴⁸⁴ Este punto tiene una importancia notable, en relación con” la prestación familiar por hijo a cargo modalidad no contributiva”, debido a que, uno de los requisitos preceptivos para su otorgamiento es que las personas, padre o madre o, en su defecto, la persona que reglamentariamente se establezca residan legalmente en España, esta condición se considera cumplida en el supuesto de que sean trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, que se encuentren en situación asimilada a la de alta y coticen en el correspondiente régimen de Seguridad Social español, si estos requisitos, lo extrapolamos a la referida prestación, se observa como éstos no residen en España y además se les prohíbe expresamente su residencia, haciendo extensivo el contenido de este precepto a los trabajadores que realicen prestaciones transnacionales de sus servicios, y en cambio, no se extiende su contenido a los trabajadores transfronterizos, creemos que por la razón anteriormente señala, lo que consideramos de nuevo, una clara discriminación hacia los mismos.

¹⁴⁸⁵ Real Decreto 357/1991, de 15 de Marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas (integrada en el Real Decreto Legislativo anterior), modificado por el Real Decreto 118/1998, de 30 de Enero, por el que se modifica el Real Decreto 357/1991, de 15 de Marzo, en cuanto a comprobación de los requisitos de insuficiencia de recursos para causar derecho a Pensión no Contributiva del Sistema de la Seguridad Social.

derechos de Seguridad Social lo establecido en el artículo 14.1 de esta Ley”. Parece extenderse el derecho a los trabajadores transfronterizos a la prestación por desempleo, lo cual constituye una mejora en su sistema tuitivo de protección social, pero que como factor negativo supone un descenso en su contratación al obligar a los empresarios a cotizar también por la contingencia de desempleo, de la que estaban exentos hasta ahora, por los fronterizos, lo cual iguala los costes salariales de estos trabajadores con los residentes y hace menos rentable, desde el punto de vista empresarial, la contratación de fronterizos basada únicamente en una cotización inferior a la Seguridad Social.

i. En relación con las garantías judiciales del ejercicio de sus derechos, conviene señalar que para verificar que a pesar de no tener el permiso tipo “F”, ha venido prestando servicios como trabajador transfronterizo en el marco de la ilegalidad laboral, a este le corresponde la carga de la prueba de que efectivamente venía prestando sus servicios al empleador, para lo cual deberá recurrir necesariamente a la Inspección de Trabajo (Acto de conciliación previo), y en caso de no llegar a acuerdo, a la vía judicial, ante el Juzgado de lo Social, para lo cual deberá valerse de los medios de prueba necesarios para demostrar que efectivamente existía dicha prestación de servicios, circunstancias que son difícilmente demostrables, dado que si acude con testigos de la misma empresa, estos corren con el riesgo de ser despedidos, además de que el empresario también puede servirse de la prueba testifical y alegando el principio *in dubio pro reo*, al ser los medios probatorios los mismos, sino se aporta nada más el empresario quedará absuelto. Debiendo en consecuencia, recurrir el trabajador a aportar otro tipo de pruebas: fotografías con sus compañeros de trabajo, prueba documental del propio cliente donde se haga constar su conocimiento físico del lugar donde ha desarrollado la prestación laboral cuya existencia quiere demostrar; indicar las horas de trabajo, si los empleados fichan o no, medio de control de horario, situación física de las dependencias, colocación de la maquinaria en su caso, si tienen aseos individuales o colectivos, color de los azulejos (por qué no), etc. Es decir, una serie de datos que se nos pasan por alto y que sólo puede llegar a conocer alguien que efectivamente haya prestado la relación laboral en el centro de trabajo y con el empresario que la niega. Lógicamente, y por disposición legal, el abogado no puede pedir el interrogatorio de su propia parte, pero sí presentar una documental con este contenido (incluir croquis, descripción de funciones, tipo de maquinaria...)¹⁴⁸⁶. En consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24 CE y el derecho aun proceso con todas las garantías de defensa recogido en el art. 119 CE debe extenderse, en nuestro país, sin limitaciones, a los extranjeros. Y puesto que la tutela judicial efectiva tiene una importante manifestación en el derecho a la asistencia jurídica gratuita, con el fin de asegurar la igualdad de defensa y representación procesal a todo aquel que carece de medios económicos y es por ello, y en aplicación de la trasposición de la

¹⁴⁸⁶ IZQUIERDO CARBONERO. F. J. cit pag 74 <http://www.icace.org/>

Directiva 2003/198/CE a nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo dentro del campo de aplicación subjetivo de la misma a los trabajadores nacionales de terceros países que residan legalmente en otro Estado miembro y entre ellos se encuentran incluidos los trabajadores transfronterizos migrantes extranjeros que prestan sus servicios en nuestro país¹⁴⁸⁷. Ahora bien, no debemos olvidar que el propio TJCE reiteradamente ha mantenido que *«la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de sus disposiciones en una norma legal expresa y específica y, en función de su contenido, puede ser suficiente un contexto jurídico general, siempre que este último garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva de manera suficientemente clara y precisa, para que, si la Directiva tiene como fin crear derechos en favor de los particulares, los beneficiarios estén en condiciones de conocer todos sus derechos y ejercerlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Este último requisito es particularmente importante cuando, la Directiva tiene por objeto conferir derechos a los nacionales de los demás Estados miembros»*. Del mismo modo la STJCE de 10 de mayo de 2001, *Comisión/Países Bajos*, C-144/1999, recuerda que *«según jurisprudencia reiterada, si bien es cierto que la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, sin embargo es indispensable que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales»*, y a tenor de la STJCE de 23 de marzo de 1995, *Comisión/Grecia*, C-365/1993, “según lo ha puesto ya de manifiesto el Tribunal de Justicia, este último requisito es particularmente importante cuando la Directiva de que se trata tiene por objeto conferir derechos a los nacionales de los demás Estados miembros”. En consecuencia, desde nuestro punto de vista resulta extensible el derecho a los trabajadores transfronterizos el derecho a la justicia gratuita en el marco de los litigios transfronterizos de los trabajadores que vienen prestando sus servicios en Ceuta y Melilla, si bien para que ello es preciso que el Convenio que los regula así lo contemple.

j. Existe una causa propia de extinción de la autorización de trabajo para este tipo de trabajadores (la no renovación de su Tarjeta de Identidad que le impide el acceso al territorio español y el desempeño de actividad) por aplicación analógica desde nuestro punto de vista del art 10 del Reglamento actual 2393/2004 vigente y su correlativo desarrollo legal dispuesto en la LO 14/2003 en su art 26. Además de las dos nuevas causas añadidas en el Reglamento aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de Abril de 2011 de desarrollo de la LOEXTR. para los que

LÓPEZ ÁLVAREZ A., ORTEGA GIMÉNEZ, A., GONZÁLEZ DE HEREDIA M^a R., (2005). *Nuevas perspectivas del derecho a la asistencia jurídica gratuita*. Publicado por la Ley, núm.3, págs. 1493-1502

pretendan desempeñar su actividad por cuenta ajena: No figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido ; y, que se tenga la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión. Y si es por cuenta propia, que acredite disponer de recursos suficientes para su mantención durante el primer año de actividad.

k. Por ultimo la legislación aplicable en caso de controversias en el contrato de trabajo, el régimen jurídico aplicable a esta categoría de trabajadores, es la del lugar donde presta sus servicios en base al Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980 y de la Directiva 96/71/66 traspuesta a la legislación española por la Ley 45/1999 su 29 de Noviembre.

De otro lado, se viene observando actualmente como en la prestación de servicios transfronterizos en general y por extensión en ambos territorios, la adopción de la forma de subcontratación, especialmente en el sector de la construcción provocando una palpable vulneración en los derechos laborales de esta categoría de trabajadores (tendencia que no es novedad, y que tal y como señala ZUFIAUR NARVAIZA, J. M., amenaza con desequilibrar profundamente los mercados de trabajo de los Estados miembros y los derechos de sus trabajadores)¹⁴⁸⁸

Por último, no queremos obviar en este tema la configuración de los puestos fronterizos, los accesos a la ciudad de Ceuta realizan por las fronteras terrestres del “Tarajal” para vehículos y perronas) y el “Benzú”(exclusivamente para personas provistas de permiso de trabajo en vigor tipo ”F” procedentes del pueblo marroquí de el Belyounech).Otro tanto, así ocurre en Melilla, donde la entrada de personas y vehículos se realiza por la frontera terrestre de Beni-Enzar ¹⁴⁸⁹ y la de Farhana para los residentes del pueblo marroquí del mismo nombre(En esta ultima el acceso sea o no titular de permiso de residencia, tanto en verano como en invierno, es de siete de la mañana a nueve de la noche, transcurrido ese horario, tampoco se permite a los

¹⁴⁸⁸ ZUFIAUR NARVAIZA, J. M., (2006). *La movilidad geográfica del empleo* .Rev. Relaciones Laborales, Noviembre 2006, núm. 21, pag 95. Que sostiene acertadamente que si Europa quiere preservar su modelo social de Estado de bienestar, precisa de un mercado de trabajo en los que se cumplan los principios de igualdad de salario, igualdad de trato y acceso a las ventajas sociales.

¹⁴⁸⁹ En este puesto fronterizo, la entrada la efectúan tanto los transfronterizos legales a los que no se les exige horario alguno para su entrada y salida, en cambio par los ilegales, que prestan sus servicios en Melilla, y solo se les exige la Necua o la presentación del Pasaporte si se le fija un horario de entrada, en verano de siete de la mañana a ocho de la tarde y en invierno, de ocho de la mañana a siete de la tarde, transcurrido ese horario, se les prohíbe el paso fronterizo por cualquiera de las dos fronteras terrestres situadas en la ciudad. Existe otra tercera frontera terrestre la de “Mariguari” cuyo paso se reserva exclusivamente a los niños marroquíes que vienen a estudiar a la escuela marroquí. La residencia marroquí” y cuyo acceso queda reservado al periodo lectivo escolar, y de paso es aprovechado por los familiares que pasan con el menor para acceder más rápidamente a Melilla, sin tener que esperar las interminables colas, de transfronterizos legales e ilegales ,contrabandistas y vendedores ambulantes que llegan a diario a nuestra ciudad, a “buscarse la vida” ,quedándose buena parte de los mismos a pernoctar en la misma y marchándose los fines de semana por la dificultad anteriormente aludida de la presión cuantitativa tan importante, que éstos ejercen para poder acceder a la ciudad.

españoles el acceso a Marruecos por ese puesto fronterizo, debiendo en tal caso, acudir al puesto de Beni-Enzar, que permanece abierto las veinticuatro horas).

Por su parte, la competencia en el control de dichos puestos es realizada por los Cuerpos de Seguridad del Estado, en concreto en Ceuta por el Cuerpo de la Policía Nacional para el puesto del Tarajal, en virtud de la delegación de competencia efectuada por la Delegación del Gobierno de Ceuta, de fecha 13 de Febrero de 2001 y la vigilancia del puesto de Belyounech, la tiene encomendada exclusivamente de la Comandancia General de la Guardia Civil.¹⁴⁹⁰ En cambio, en Melilla, el control de los puestos fronterizos, es realizado conjuntamente por la Policía Nacional y la Guardia Civil.¹⁴⁹¹

Finalmente hay que mencionar en la ultima regularización extraordinaria realizada en nuestro país que finalizo el 7 de Mayo de 2005, se han presentado 215 solicitudes registradas en Melilla y 68 en Ceuta .Observándose como el proceso de regularización no se ajustaba a la realidad de estas autonomías, donde la mayoría de los inmigrantes irregulares no son residentes, sino que viven en Marruecos, pero cruzan diariamente la frontera para trabajar en Ceuta y Melilla. En consecuencia, no podían cumplir el requisito de estar empadronados en España antes del 8 de Agosto de 2004.Ello ha obligado a la puesta en marcha de otro proceso especial para los transfronterizos con el fin de dar una salida a estos trabajadores residentes en Nador, procedimiento paralelo al que se desarrolló en todo el país y cuyo resultado ha sido 373 solicitudes para legalizar a este tipo de empleados, de las que 227 ya han sido aprobadas¹⁴⁹².En cualquiera de los casos, conviene recordar que los marroquíes que prestan sus servicios en Ceuta y Melilla, ya sean como transfronterizos o como cualquier otra figura se niegan a acogerse a dichos procesos de regularización que se efectúa por el legislador de extranjería, de ahí el escaso numero de solicitudes, la justificación de inactividad obedece a que ellos no se consideran extranjeros ni tampoco transfronterizos, y lo que quieren es obtener la nacionalidad española.

Por otra parte, circunscribiéndonos a los trabajadores transfronterizos su régimen jurídico viene determinado por los tratados bilaterales entre los Estados afectados y no por los convenios internacionales al no residir en el país en el que trabaja(Olarte Encabo, S.2006)¹⁴⁹³.A este

¹⁴⁹⁰ CASAS SÁNCHEZ, J (2005).*La inmigración fronteriza en Ceuta* publicado en Revista de Estudios fronterizos núm. 3, págs. 445-467

¹⁴⁹¹ La normativa aplicable a Melilla sobre la competencia en materia de control de puestos fronterizos, esta actualmente regulada en virtud de ORDEN INT/2103/2005, de 1 de Julio, por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los Servicios Centrales y Periféricos de la Dirección General de la Policía.

¹⁴⁹² Periódico el Mundo *Ceuta y Melilla afrontan como legalizar a los trabajadores transfronterizos* de 23 de Junio de 2006.

respecto, tal y como ya apuntamos España y Marruecos no tiene suscrito acuerdo específico en materia de Seguridad Social para los trabajadores transfronterizos, por lo que, le resulta de aplicación el Convenio suscrito en esta materia en general para todo trabajador marroquí que preste sus servicios en España en vigor desde el año 1985.

A continuación, procederemos a sintetizar las reglas específicas que se siguen para las prestaciones a que este colectivo tiene derecho, cuyo régimen se regula por el Convenio Hispano Marroquí de 8 de Noviembre de 1979¹⁴⁹⁴, modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 1998, en vigor desde el 1 de Octubre de 1982¹⁴⁹⁵. En primer lugar, respecto a estas prestaciones hay que tener en cuenta que:

- En su art 2, se especifica los diferentes regímenes y contingencias a los que son aplicables el citado Convenio, quedando excluido de su ámbito objetivo únicamente el desempleo.

- En el art 3 del citado instrumento, se determina cual es su ámbito de aplicación integrado por: los trabajadores marroquíes o españoles, que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas partes contratantes, así como a sus familiares o supervivientes y los apátridas y refugiados.

- En lo relativo a la obligación de cotizar, se determinará de acuerdo con la legislación de la parte en cuyo territorio se ejerza la actividad, quedando sometido a la legislación de una parte el trabajador que en ella desarrolle su actividad, con las excepciones que, para casos especiales, establece el art 6 del Convenio (trabajador desplazado por su empresa para desarrollar su trabajo en otro Estado, el personal itinerante que preste sus servicios en una empresa de transporte, los agentes diplomáticos y personal al servicio de la administración de una de las partes contratantes, los trabajadores marroquíes que presten sus servicios en un buque y que sea remunerado por empresario).

- Para adquirir las prestaciones de carácter contributivo previstas en el Convenio se pueden sumar los períodos de seguro cumplidos en España y en Marruecos. Que son aplicables a todas los regímenes y contingencias a excepción del subsidio de desempleo. (art 2 del Convenio).

- Las prestaciones económicas de carácter contributivo se podrán percibir con independencia de que el interesado resida o se encuentre en España o en Marruecos fijándose para ello las siguientes reglas fijadas: a) se acuerda por ambos Estados, que se pueden totalizar

¹⁴⁹⁴ Ratificado por Instrumento de 5 de Julio de 1962(R. A. 1982/2695)

¹⁴⁹⁵ BOE. núm. 245, de 13 de Octubre de 1982 y BOE. núm. 282, de 24 de Noviembre de 2001

los periodos de seguro cumplidos en los mismos; b) tambien, se realiza la aclaración, en orden a las prestaciones de naturaleza económica, de que el interesado se le reconoce derecho a las mismas, independientemente de que su residencia se fije en España o en Marruecos; c) los beneficiarios de las prestaciones que cumplan con los requisitos exigidos por las legislaciones de ambos Estados para tener derecho a una pensión contributiva, podrán percibir ésta de cada uno de ellos; d) cada país abonará directamente al beneficiario sus prestaciones de forma directa.

- En relación con el derecho a la de asistencia sanitaria, en base a lo dispuesto en el art 15.1, reconoce al trabajador el derecho a que este reciba dicha prestación en especie en el país donde se encuentre el beneficiario, de conformidad con lo establecido por la legislación sanitaria de ese país, durante el tiempo que la ley lo determine, que será donde el trabajador ese afiliado o donde se le abone la pensión. En cambio sus familiares residentes en Marruecos, tengan derecho a esta prestación, a cargo de de España, pero prestada por Marruecos y cuya extensión y modalidades del servicio de las prestaciones se prestara de conformidad con la legislación que aplique dicha Institución (art 9)

- En caso de que el trabajador sea declarado en situación de incapacidad temporal, para el reconocimiento de esta prestación se suman, si es necesario, los periodos de seguro de ambos países.

- Tambien tiene derecho a la asignación por hijo a cargo, aunque los hijos residan en Marruecos. De acuerdo con las normas de prioridad establecidas en el citado Convenio bilateral, si el cónyuge del trabajador realiza actividad laboral en Marruecos, y los hijos de ambos residen en ese país, el abono de la prestación familiar corresponderá a la Institución marroquí. Por tanto, se deberá solicitar al Organismo de enlace competente información sobre la situación laboral del cónyuge, previamente a la concesión de la prestación.

- En caso de pensión de jubilación, invalidez o muerte (arts 14-21) las reglas que se aplican son las siguientes. Cada país examinara por separado la solicitud de pensión de la siguiente forma: Si el interesado alcanza derecho a la pensión sin necesidad de sumar los periodos de seguro del otro país, le concederá la pensión que le corresponda teniendo en cuenta, únicamente sus propios periodos de seguro. Si el interesado no alcanza derecho a la pensión según el apartado anterior, se sumarán los periodos de seguro acreditados en el otro país. El importe de la pensión no será integro sino según la proporción existente entre los periodos de seguro cumplidos en el país que la otorgue y la suma de los periodos de España y Marruecos pero para que esto se produzca es preciso que el trabajador haya cubierto en el otro Estado Parte una carencia mínima de doce meses.

- Se hace una especificación, en materia de viudedad, que en caso de que existan varias beneficiarias con derecho a esta prestación, su distribución se realizara conforme a la legislación marroquí¹⁴⁹⁶ (art 23)

- De otra parte, en cuanto a las prestaciones por defunción, se rigen por la ley aplicable al asegurado al momento de fallecimiento, si tiene derecho conforme a las legislaciones de los dos Estados , el reconocimiento se regulara por la ley del Estado donde había residido .Y si este no cumple la carencia necesaria en el Estado de empleo, para tener a esta prestación esta será completada por periodos de seguro cumplidos por el trabajador del Estado Parte donde estuvo asegurado por ultima vez(arts 24-25).

- Respecto a las prestaciones por accidente de trabajo, estas se regirán por la ley que fuera aplicable al trabajador al momento de accidente o de contraer la enfermedad. En concreto, las prestaciones serán determinadas conforme a la legislación de la Parte contratante aplicable al trabajador en el momento del ejercicio de la actividad expuesta al riesgo, incluso si ésta ha sido diagnosticada por primera vez en el territorio de la otra Parte contratante. En el supuesto de que, el trabajador hubiese realizado un trabajo expuesto a este riesgo específico en los territorios de ambas Partes, la pensión se calcularán totalizando los periodos de seguro cubiertos en la actividad sometida al mismo riesgo en ambas Partes, y serán abonadas a prorrata conforme a los duración de los periodos cubiertos en cada Parte.

- De otro lado, merece especial atención, el art 33 del Título III, del citado Convenio, donde se establece *“Para determinar la base de calculo de la prestación, cada Institución competente aplicará su legislación propia, sin que en ningún caso, pueda tomarse en*

¹⁴⁹⁶ ¹⁴⁹⁶ Recordemos que la poligamia en Marruecos, se ha estado practicando sin restricción hasta la reforma del Código de Familia hasta el año 2003, aplicándose en la actualidad de forma restringida y como un derecho personal de la mujer, que en caso de que esta haga constar en el acta de matrimonio, la prohibición de que la ejerza el marido esta quedar prohibida por fuerza de ley. De conformidad con lo preceptuado en el art 40 de la Mudawana dispone que: *“Se prohíbe la poligamia si cabe temer una injusticia entre las esposas, y se prohíbe también se ha sido prevista en el acta del matrimonio la opción de la monogamia.”*Ahora bien, si la poligamia no está prohibida por parte de la esposa en el acta del matrimonio, se someterá a unas condiciones muy restrictivas, dependiendo de una autorización judicial y la mujer tendrá derecho a pedir divorcio, En el caso de que el tribunal autorice la poligamia no se podrá contraer el segundo matrimonio hasta que se comunique a la futura segunda esposa de que su futuro esposo ya está casado y lo aceptará. Este artículo, puesto en correlación con el art 9 del Código Civil español, en que se señala que *“La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley, regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia, y la sucesión por causa de muerte”*. Y continua estipulando en su apartado 2 que *“Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos; elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y a falta de dicha residencia por la del lugar de celebración del matrimonio”*.En base a lo expuesto, la ley aplicable a los cónyuges marroquíes y su familia ,es su ley personal, siendo competentes los tribunales españoles en aplicar dicha ley en base al art 22 de LOPJ.

consideración los salarios percibidos en la otra Parte contratante”, continua señalando que para el calculo de la base reguladora, por parte española se realizara cuando todo o parte del periodo de cotización elegido por el solicitante para el calculo de su base reguladora sobre el salario mínimo vigente durante dicho periodo, o sobre las bases que, en su caso, hubiera escogido el trabajador para su cotización.

En ningún caso, la base reguladora de la prestación para los trabajadores por cuenta ajena, será inferior al promedio de las cuantías que hubiera tenido el salario mínimo interprofesional durante el periodo elegido. Al hilo de lo expuesto, se nos plantea la siguiente premisa, ¿Si cuantitativamente el número de trabajadores marroquíes que trabajan en territorio español es mucho mayor, que de españoles que lo hacen en territorio marroquí, es probable que el número de marroquíes que, habiendo cumplido periodos de cotización en su país de origen, pasasen después a engrosar las filas de los que continúan su vida laboral en territorio español, y muy especialmente en Ceuta y Melilla? .Y considerando lo determinado en el referido art 33, para los supuestos de prestaciones económicas por las contingencias¹⁴⁹⁷ de vejez, invalidez, supervivencia y enfermedad profesional, en aquellos casos, en que se tuvieran derecho a la prestación en virtud del periodo de cotización en su país, al considerársele como cotizado en España y con arreglo al salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, saldrían beneficiados en el calculo del importe de la prestación, ya que la base cotizada en Marruecos correspondería aproximadamente a un 24% de la que, en virtud de lo preceptuado, les seria considerada.

A sensus contrario, los españoles que hubieran cubierto la mayor parte del periodo de cotización en Marruecos, igualmente saldrían beneficiados, al reclamar las prestaciones en España, no hay que olvidar que, este colectivo de trabajadores es ínfimo. En todo caso, serian las arcas de la Seguridad Social española las que, en cualquiera de los supuestos, soportarían el gasto de las prestaciones económicas, sin la compensación de cotizaciones previas adecuadas.

De otra parte, cuando se dice que”...*en ningún caso, puede tomarse en consideración los salarios percibidos en la otra Parte contratante...*”, conllevaría a que la posible prestación económica que correspondiera percibir a un trabajador español de la Seguridad Social marroquí, será calculada con arreglo al salario mínimo interprofesional vigente

¹⁴⁹⁷ El problema del computo para calcular la totalización del periodo cotizado para las contingencias que cubre el Convenio, no surge en el caso de enfermedad común ni maternidad, puesto que, para el primero, el país obligado es donde el trabajador preste sus servicios y para el segundo, la prestación corre a cargo del país donde se produce el alumbramiento(art 11 del Convenio).Asimismo en caso, de que el trabajador se traslade a su país de origen, por vacaciones o autorización justifica, si el o su familia requieren atenciones medicas por enfermedad o maternidad, serán prestadas por el país de origen ,si bien, los gastos corren a cargo del país de empleo(Art 12 del Convenio).Ahora bien, si se tiene derecho a pensión o renta de ambas partes contratantes por las contingencias de enfermedad o maternidad, estas corresponde su abono a la Parte, donde reside el trabajador con su familia.

en Marruecos en el periodo equivalente, siempre muy inferior al efectivamente cotizado en España.

- No obstante, el art 34 del citado Convenio, prevé el establecimiento de acuerdos administrativos y técnicos necesarios para la aplicación del Convenio que, en líneas generales, parece confuso, impreciso y de muy difícil cuando no imposible interpretación.(recordemos que estos acuerdos jamás se han llegado a crear y en consecuencia a aplicar)

- Finalmente en relación con la prestación por desempleo de estos trabajadores, anteriormente en la Disposición Adicional Decimotercera del R. D. 2393/2004 de 30 de Diciembre, expresamente se señalaba que no cotizaban por la contingencia de desempleo, lo que evidentemente conllevaba su exclusión del derecho a dicha prestación. Actualmente tras la reforma operada en la LOEXTR en su art 43.1 *in fine* señalando que “Los extranjeros residentes *tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles*”, parece haberse hecho extensivo el derecho a dicha prestación a pesar de no figurar contenida esta ampliación en el citado Convenio entre España-Marruecos(lo que a mi juicio considero un error ya que hubiera dado mayor claridad y seguridad jurídica a los trabajadores transfronterizos que prestan sus servicios en Ceuta y Melilla). Como en cambio si se ha hecho, expresamente para los trabajadores españoles que prestan sus servicios en Andorra en virtud de la Ley 35/2010 de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, y la Repercusión para la Población Trabajadora de Origen o Nacionalidad Extranjera de 17 de Septiembre de 2010¹⁴⁹⁸, en su Disposición Adicional 18, donde a pesar de que tampoco figura en el Convenio de Seguridad Social con ese país la cobertura de desempleo ,se recoge esta mejora en la protección social exclusivamente a los trabajadores transfronterizos españoles que prestan sus servicios en Andorra, siempre que acrediten periodos suficientes de ocupación cotizada previamente en España y cumplan el resto de los requisitos exigidos, podrán acceder a las prestaciones por desempleo en España al quedar en situación legal de desempleo en Andorra.

Además el sistema de protección social de los trabajadores transfronterizos de Ceuta y Melilla es inferior que el que disfrutaban el resto de trabajadores transfronterizos en nuestro país, tal y como queda de manifiesto en el hecho de que sus hijos no reciban educación en España, ni que la asistencia sanitaria le sea prestada a los familiares en nuestro país, ni tampoco pueden ser beneficiarios de las prestaciones no contributivas.

Pero además de los límites a los derechos sociales impuestos por el citado Convenio, (sirva de ejemplo que la pensión de jubilación en Marruecos en los últimos 23 años, sólo se ha

¹⁴⁹⁸ BOE núm. 227 de 18 de Septiembre de 2010.

revalorizado una vez, mientras que la del pensionista marroquí en España se revaloriza anualmente). Actualmente, también se les pretende excluir de las bonificaciones de cuotas en materia de Seguridad Social, que disfrutaban los trabajadores que prestan sus servicios por cuenta propia o ajena en las actividades encuadradas en los Sectores de Comercio, Hostelería, Turismo e Industria, excepto Energía y Agua que presten sus servicios en Ceuta y Melilla¹⁴⁹⁹ respecto de sus cuotas a la Seguridad Social por contingencias comunes con una vigencia en principio dispuesta hasta 5 de Marzo de 2012. Recientemente se le ha sido reconocido el derecho al cobro del plus de residencia, por parte del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Armuña, J. 2010)¹⁵⁰⁰ si así figura en contrato o convenio colectivo, al igual que el resto de trabajadores españoles, a pesar de no residir en Ceuta o Melilla, es notoria la tolerancia administrativa en la aplicación de la norma en cuanto son los fines de semana cuando tales trabajadores fronterizos regresan a su país de origen”, puesto que, su exclusión supone una conducta discriminatoria prohibida en el art 24 de la CE.

4.7.-CONCLUSIONES

La situación del trabajador transfronterizo va a estar en función de cada legislación, observándose como a esta categoría de trabajadores se les ha aplicado un estatuto de “trabajador transfronterizo” del que se han desprendido en muchos casos, y que se separan de los principios generales del derecho en vigor. (ZUFIAUR NARVAIZA, J. M.)¹⁵⁰¹

De modo que, ese establecimiento de toda frontera conlleva a una serie de consecuencias en las zonas limítrofes de los Estados como es el caso de Ceuta y Melilla¹⁵⁰² con el vecino Tajar y Nador, donde se aprecian una serie de diferencias de orden jurídico y administrativo, cuya regulación lógica sería el Tratado Internacional, dada las relaciones de vecindad¹⁵⁰³ interestatales que las caracterizan y cuyo objeto sería favorecer la cooperación para facilitar las

¹⁴⁹⁹ ORDEN TIN/530/2010, de 5 de Marzo, por la que se proroga la aplicación de las bonificaciones de cuotas regulada en la Orden TAS/471/2004, de 26 de febrero, por la que se dictan normas para la aplicación de las bonificaciones de cuotas establecidas por el apartado 2 de la disposición adicional trigésima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, respecto de empresas y trabajadores por cuenta propia de las Ciudades de Ceuta y Melilla

¹⁵⁰¹ - ZUFIAUR NARVAIZA, J. M., *La movilidad geográfica del empleo*. (págs. 85-87) Op. cit, pag 79.

¹⁵⁰² Clarificador es el examen de Melilla como ciudad frontera realizado por LOPEZ, T., GONZALEZ, V., HERRERA, L y LORENZO O., (2007). Melilla: Ciudad fronteriza internacional e intercontinental. Análisis histórico, económico y educativo. Frontera Norte. Enero-Junio, año/vol. 19, núm. 37, México.

¹⁵⁰³ Destaca el estudio sobre las relaciones de vecindad entre ambos Estados circunscritas a los territorios de Ceuta y Melilla realizado por CEMBRERO, I., (2006). Vecinos alejados. Los secretos de la crisis entre España y Marruecos, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, Madrid.

relaciones respecto a los sujetos que viven y trabajan en lugares diferentes de sus Estados de origen, pero en el caso específico de estudio no ocurre así, debido a que de una parte, Marruecos no reconoce la situación política de ambas ciudades¹⁵⁰⁴ y de otra la UE no reconoce a dichos territorios como “zonas ultraperiféricas de la Unión”. Sin embargo, esto no es óbice para que ambas ciudades puedan en el ámbito de sus competencias celebrar acuerdos entre si.

Recordemos que las competencias propias de la Ciudad Autónoma de Melilla y Ceuta vienen reguladas en los arts 21 y 22 de sus respectivos Estatutos y cuyas materias se refieren a: ordenación del territorio, carreteras y transporte terrestre, turismo, sanidad e higiene, protección del medio ambiente y protección civil. De modo que, un posible Convenio con Marruecos siempre que se refiere a las materias anteriormente enunciadas (el resto son competencias del Estado en virtud del art 149.1.3 CE) debe ser tomada en cuenta la ciudad autónoma¹⁵⁰⁵. Todo ello sin perjuicio de que ante la ausencia de tratado bilateral entre ambos Estados, estas puedan concluir convenios de colaboración previa conformidad expresa de los gobiernos implicados.

Además al tener España suscrita la “Carta Europea de Autonomía Local”, en base a lo dispuesto en el art 10.3 de la misma se permite a las entidades locales¹⁵⁰⁶ (recordemos que tanto Ceuta como Melilla tienen una naturaleza híbrida de CCAA y Ayuntamiento) en condiciones eventuales previstas en la Ley, cooperar con las Entidades de otros Estados¹⁵⁰⁷. Y a pesar de que la regulación de las relaciones laborales es competencia exclusiva del Estado, ello no impediría que existiera una cooperación transfronteriza para facilitar el acceso a los puestos fronterizos por parte de estos trabajadores, facilitar la educación de los hijos en centros españoles así como prestarles el derecho a la sanidad a los familiares a su cargo, etc.

Por ello, para poder comprender la situación actual de los trabajadores transfronterizos en nuestro país en general y particular en los territorios aislados de Ceuta y Melilla, debemos de tomar como punto de partida la Orden de 4 de Octubre de 1979, reguladora de los “permisos de

¹⁵⁰⁴ GARCIA RODRIGUEZ I. (1999). *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*. (Melilla, 6-9 de Abril de 1999. Cursos Internacionales de la Ciudad Autónoma de Melilla y la Universidad de Alcalá. dirigido por JIMENEZ PIERNAS C. Editado Servicio de Publicaciones de la universidad de Alcalá, págs. 134-148.

¹⁵⁰⁵ SANCHEZ RODRIGUEZ P. (1984). *El proceso de celebración de tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y practica) internacional*. Law Association. Madrid, pág 25.

¹⁵⁰⁶ Recordemos que el “convenio marco europeo de cooperación transfronteriza” de 21 de Mayo de 1980 a juicio de LOCATELLI, R (1982). *Cooperación transfronteriza en Europe*. Rev. Benelux 1982/4 pág 41. Sostiene que el fin perseguido por dicho Convenio es que la Administración local pueda desarrollar relaciones con las autoridades locales y regionales limítrofes, no obstante no hay que olvidar que los asuntos objeto de dicha cooperación resultan ajenos al círculo de intereses y competencias de los órganos estatales porque incluso pueden carecer de toda experiencia y preparación en la materia tal y como señala LOPEZ RAMÓN F., (1988). *Régimen jurídico de los acuerdos de cooperación transfronteriza entre entidades territoriales* Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 12(1998) pág 135-155.

¹⁵⁰⁷ BOE de 24 de Febrero de 1989.

trabajo de validez restringida”, cuya irrupción en el panorama legislativo español, obedece desde nuestro punto de vista, en el deseo del legislador de encarecer el coste de la mano de obra marroquí en dichas ciudades y de este modo, obligar al empleador a contratar trabajadores españoles residentes en Ceuta y Melilla. El origen de este problema surge en el año 1978, donde los transfronterizos que venían prestando sus servicios en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, sólo tenían cubiertos por el sistema de Seguridad Social, en nuestro país, las prestaciones derivadas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional. Es a partir, de ese momento cuando quedan integrados en el sistema con derecho a las prestaciones, si bien, con una igualdad recortada en relación con el resto de trabajadores nacionales (Recordemos que entre otras no tienen derecho a la prestación por desempleo) pero además, los que en ese momento tuvieran 51 años, aunque cotice plenamente al sistema (están obligados por ley) éste no les va a cubrir, ya que no cumplen con la carencia de quince años exigida en ese momento por la Ley. De modo, que nos encontramos con una *cotización transferida*, que no va a revertir en ningún momento en el trabajador cotizante. Al llegar al gobierno de UCD, se moviliza a la población a inscribirse en el INEM, y se comienza a tomar como referencia para contabilizar el paro, no sólo a los que habían perdido el trabajo, sino también a toda la población que jamás había trabajado: amas de casa, estudiantes (que aun no ha concluido sus estudios), trabajadores que quieren mejorar en su empleo, etc. De este modo, el desempleo que en ambas ciudades no había superado los 500 demandantes, pasa a tener cuatro dígitos.

Como consecuencia, se comete el error político de dificultar la inserción de estos trabajadores en el mercado laboral local y a cambio, se favorece la contratación de españoles (cuyas cifras desempleo eran falsas, por las razones expuestas anteriormente).

Esto provoca, que la posibilidad de lanzamiento económico de ambas ciudades se vea truncada, ya que hasta el año 1978, la mano de obra extranjera era muy barata (Recordemos que a estos trabajadores solo se les paga el SMI) ,y debido a que no se pueden cubrir estos puestos de trabajo que el mercado demanda con trabajadores transfronterizos, se obliga a las industrias españolas a establecerse en Marruecos (pagando los salarios fijados por la legislación marroquí) en lugar, de hacerlo en las ciudades de Ceuta y Melilla.

Y a pesar, de que en el año 1982, se firma el Convenio de Seguridad Social con Marruecos, el sistema de protección social de esta categoría de trabajadores que se reconoce continua siendo recortado, ejemplo de ello lo conforman las prestaciones sanitarias, si bien, deben ser prestadas en el país de origen del trabajador. En consecuencia, es España la que debe desembolsar estos gastos realizados por la Seguridad Social marroquí, pero como se desprende del contenido de esta cuarta parte, hasta la fecha el citado Convenio a resultado ser inaplicable, ya que el trabajador fronterizo, y en la practica, toda la población próxima a Marruecos, utiliza habitualmente los servicios sanitarios de ambas ciudades autónomas, los motivos de esta

preferencia descansan en el principio de universalidad que rige en nuestro derecho en el plano teórico y en el plano práctico, en que los servicios sanitarios españoles ofrecen mayor calidad y son gratuitos a diferencia de los prestados en Marruecos.

Por tanto, el resultado fue totalmente distinto al pretendido, originándose una disfunción en las consecuencias, entre las circunstancias que provocan esta desviación, hay que destacar el *Plus de residencia*¹⁵⁰⁸. Que aunque si bien, en su origen, se aplicó exclusivamente a los funcionarios, su ámbito de aplicación se fue extendiendo paulatinamente al resto de la población, lo que ha propiciado una inflación galopante que continúa hoy día, aun ritmo imparable para cualquier tipo de actividad que se realice en cualquiera de estas ciudades autónomas. Y en lugar, de procurar conseguir la complementariedad entre Marruecos y ambas ciudades y de este modo, mejorar las relaciones de vecindad¹⁵⁰⁹ que no siempre han sido pacíficas, el legislador optó por la exclusión del marroquí, ejemplo de ello, es cuando se construye en Melilla, la fábrica de generación de electricidad "ENDESA", cuya finalidad era acometer el suministro eléctrico de la ciudad, esta fábrica cuyas instalaciones, básicamente se circunscribían a la puesta en funcionamiento de una maquinaria de vapor, de la II Guerra Mundial, enajenada a los alemanes, se optó por ubicarla prácticamente en el centro de la ciudad, en concreto, en la "Explanada de la Playa de San Lorenzo", en lugar, de hacerlo, en la zona próxima a Marruecos, en concreto al puesto fronterizo de Beni-Enzar, que hubiera sido lo deseable, desde nuestro punto de vista, y de este modo, se habría propiciado la venta por parte de Melilla de electricidad a Marruecos, a cambio de agua, (ya que en la zona próxima a Melilla abunda este elemento y tiene además gran calidad) y a través de esta vía, se hubiera dado una complementariedad económica necesaria entre Melilla y Nador en lugar, de un enfrentamiento económico entre las mismas, con lo que ambas partes se hubieran visto favorecidas. Otro tanto, ocurre con la instalación de una planta incineradora de residuos de basuras¹⁵¹⁰ en el año 1.993

¹⁵⁰⁸ Retribución salarial creada en virtud de la Orden Ministerial de 11 de Noviembre de 1.958. Del contenido de la misma se desprende que, los trabajadores por cuenta ajena que residen y prestan sus servicios en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, Islas Baleares y Canarias, (en el caso de estas islas el deseo del legislador era diferente, atraer a población peninsular española hacia las mismas para que resida y ocupe puestos no cubiertos por los autóctonos de las Islas a cambio de recompensa económica por este desplazamiento) perciben con carácter general en concepto de plus de residencia, un 25 por 100 del salario base, o en su defecto, del salario mínimo interprofesional. Sin embargo, el trabajador transfronterizo, al no pernoctar en dichas ciudades, no se le reconocía este derecho, sin embargo tras la sentencia de 8 de Abril del TSJA se les reconoce este Plus siempre que este venga recogido en convenio colectivo o contrato individual.

¹⁵⁰⁹ A juicio de ANDRASSY J., (1951). *Les relations internationales de voisinage*. R. des C., T79.(II) pág 138 se comete el error de crear exclusivamente las comisiones fronterizas encargadas de la cooperación en esta materia entre Estados centrales sin participación local alguna.

¹⁵¹⁰ Según los cálculos realizados por Guelaya-Ecologistas en Acción de Melilla, calculan que el precio medio de incinerar una tonelada de basura, le cuesta a la Ciudad de Melilla 60 euros por tonelada, aproximadamente. (año 2008) Una cantidad que supera el coste de su traslado hacia centros ubicados en otros puntos del territorio nacional.

en Melilla, que podría haberse hecho en Beni-Enzar y financiado por el gobierno autonómico en colaboración con el central, pero que no se hizo, contraviniendo de este modo, lo dispuesto por la normativa comunitaria de la Unión Europea, en cuanto, al reducción, reutilización y reciclaje de residuos, además que la incineración exige la instalación de un vertedero de residuos tóxicos y peligrosos para la eliminación de las cenizas resultantes de dicho proceso y esta obligación medioambiental en nuestra ciudad autónoma se incumple totalmente.

Otra situación similar es la que ocurre en Ceuta donde actualmente se pretende la implantación de una planta incineradora¹⁵¹¹ al igual que en Melilla (a fecha de Marzo de 2011, se continúa trasladando los residuos que se generan en la ciudad a la península con el consiguiente coste económico)pero cuya solución(a la vista de los resultados de la puesta en funcionamiento de esta instalación) .Desde mi punto de vista, sería la ubicación de dicha planta en la provincia de Tetuán (Marruecos próxima a Ceuta)con la consiguiente disminución de costes por parte de de la ciudad autónoma y el incremento de actividad laboral que esto comporta para los habitantes de dicha provincia .

De otra parte, estamos convencidos de que uno de los problemas más graves, en el que han errado las diferentes leyes de extranjería en España, es favorecer únicamente al marroquí que residía en éstas ciudades autónomas y olvidarnos de los transfronterizos, no integrarlos- éstos que vienen a diario a prestar sus servicios en nuestras ciudades- y que se han visto perjudicados por la falta de servicios sociales, sanitarios y asistenciales en Marruecos,(hospitales escuelas, residencias, etc....)en los que existen deficiencias cuantitativas y cualitativas graves. Por todo ello, a nuestro juicio, estos servicios deberían no solo ser financiados por España y la Unión europea sino que además debían de ser prestado por personal español financiado por la Administración Central (como ocurre en el ámbito educativo de secundaria, cuyo ejemplo más palpable lo encontramos en el IES Lope de Vega de Nador y los destinatarios actuales de la enseñanza que se imparte en el mismo).

Asimismo a nuestro juicio el problema fundamental que impide el pleno reconocimiento de derechos laborales y sociales a esta categoría de trabajadores, estriba en la falta de recogimiento por parte de Marruecos al reclamar las ciudades de Ceuta y Melilla como parte integrante de su territorio y no reconocer a estos territorios la condición de frontera. Esto provoca que la cooperación transfronteriza entre las entidades territoriales de Tajar y Oujda con Ceuta y las de Nador y Farhana con Melilla, solo se desarrollen parcialmente siendo llevadas a cabo de forma tacita, al no quedar las mismas recogidas en un régimen jurídico consuetudinario,

¹⁵¹¹ La implementación de una planta incineradora para gestión de residuos de Ceuta, aparece prevista en el futuro Plan Nacional de Residuos Urbanos (PNRU) de la ciudad.

tal y como queda reflejado en el paso fronterizo de estos trabajadores por los puestos habilitados al efecto y en determinadas materias específicas como es el caso de la cooperación escolar.

Apareciendo estos dos aspectos interrelacionados en la práctica, de modo que, a los trabajadores transfronterizos se les permite la entrada por la frontera siempre que acrediten la mera presentación de la tarjeta de identidad de extranjero¹⁵¹² o su Necua (Documento de Identidad) sin necesidad de visado si son vecinos de dichas provincias marroquíes, o solicitar un visado múltiple limitado (Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, Anexo III, sobre las ciudades de Ceuta y Melilla) si son vecinos de otra provincia de Marruecos. Además la justificación de esta discriminación positiva obedece a que en el Tratado de Amistad y Buena Vecindad firmado con Marruecos, se regulan entre otras materias la cooperación cultural entre ambos Estados, en consecuencia, a los estudiantes marroquíes de zonas limítrofes a Melilla y Ceuta (a pesar del no reconocimiento de la situación de frontera de ambas ciudades) se les permite la entrada en época escolar y según el calendario marroquí a ambas ciudades, mediante la exhibición de un “certificado que asisten a la Escuela Hispano-Marroquí” acompañado de alguno de sus progenitores a los que se les exige actualmente pasaporte marroquí en vigor que acredite la filiación (hasta el año 2006 bastara la NECUA en vigor y en el certificado que expedía la Delegación del Gobierno a estos niños les autorizaba a pasar cualquiera que fuera la fecha incluso si el progenitor carecía de documentación) con el fin de facilitarle el copioso tránsito fronterizo de primera hora de la mañana. El problema real surge cuando esta permisibilidad se extrapola al campo del Derecho del Trabajo en General y en particular, al de los derechos laborales (jornada de trabajo, estabilidad en el empleo, salarios dignos, etc.) no tutelándose debidamente el ejercicio de dichos derechos par esta categoría de trabajadores, siendo a nuestro juicio, el papel que debe desarrollar los sindicatos (a pesar del escaso numero de trabajadores que legalmente ostentan la condición de fronterizos) en colaboración con una labor mas rigurosa de la Inspección de Trabajo, para lo cual habría que dotarla de mayor medios humanos y materiales si verdaderamente queremos que el principio de igualdad entre los trabajadores de la misma categoría profesional sea una realidad.

Otro problema transversal que debe ser analizado, es el papel de las ONG’ s, nos referimos a que al estar politizadas, al depender de fondos públicos, no logran desempeñar sus funciones con la independencia necesaria. Para lo cual, creemos que debería de cambiarse la ubicación actual de las ONG’s en estas ciudades autónomas y ser reubicadas en Marruecos, en la zona próxima a dichas ciudades, para que de este modo, estas puedan estar más cercanas a la realidad del problema de la inmigración en general y de los trabajadores transfronterizos en particular y a

¹⁵¹² El art 43 de la LO 4/2000 de 11 de Enero, ha sido sustituido por el art 106 del reglamento actual RD 2393/2004 de 30 de Diciembre, lo que ha supuesto la sustitución de la tarjeta tipo “F” por la Tarjeta de Identidad de Extranjero, con el distintivo de fronterizo.

pesar de que continúen, con la financiación estatal española y de la propia UE, buscar fondos propios o generar ingresos para conseguir sus objetivos con imparcialidad y no con la subordinación de los poderes públicos como esta sucediendo hoy día¹⁵¹³.

En situación similar se encuentran los sindicatos, que pierden el carácter reivindicativo y de defensa de los trabajadores, cuando estos no son españoles. ¿Qué ocurre con los inmigrantes en general y en especial con los trabajadores transfronterizos?, porque no se realiza una defensa de sus derechos cuando estos son extranjeros? ¿Por qué el problema es tratado sutilmente y no con tanta vehemencia como cuando se trata de trabajadores españoles? ¿Han perdido los sindicatos su esencia de lucha por los intereses de los trabajadores y se están vendiendo a la clase política de turno que los sufraga, dedicándose a otros objetivos que tienen más trascendencia para la opinión pública y que les dará más representativa en las próximas elecciones sindicales? ¿No es más cierto, que al tratarse de un número reducido de trabajadores, que la clase política ignora, no es conveniente realizar una auténtica lucha de clase por los mismos? En mi opinión, las organizaciones sindicales en nuestro país, no se adentran en el problema, porque no le interesa al poder político que los financia y además en estas dos ciudades existe un arraigado “temor al moro” y la defensa de los derechos de los transfronterizos, conllevaría tener una respuesta impopular e improductiva para los sindicatos, ya que estos mayoritariamente no se encuentran sindicados y su actividad, mayoritariamente se encuadra en general dentro del marco de la economía sumergida y particular en el sector informal. Por todo ello, creemos que el sindicato deberían de realizar una profunda reflexión desde sus bases, formalizar contratos para esta categoría de trabajadores, reivindicar derechos para los mismos, (ejemplo de ello, es cuando se deniega un permiso al trabajador transfronterizo, y este tiene tres meses para la interposición del correspondiente recurso contra dicha denegación, pero al no estar amparado por el beneficio de justicia gratuita y no encontrarse el trabajador afiliado al sindicato, porque carece de recursos suficientes para el pago de la cuota sindical, queda en una situación de indefensión por falta de medios) para a través de una mayor acción sindical por parte de los sindicatos más representativos, tanto a nivel nacional como local, hacer valer los derechos de estos trabajadores y de este modo, volver a encontrar la identidad que ha perdido y hacer suyo y propio el problema de la inmigración en general y los trabajadores transfronterizos en particular, constituyen el acicate necesario para ello.

De otro lado, resulta es un hecho contable en ambas ciudades, de que cuando ha existido en el mercado de trabajo una bolsa de 5000 a 6000 marroquíes en situación ilegal, se ha

¹⁵¹³ A fecha de Agosto del 2007, en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, las ONG's, que desempeñan su actividad en las mismas en materia de inmigración, se quejan de la escasa actividad que tienen en la actualidad, porque no se está dando la masificación del año anterior de inmigrantes y ven peligrar la llegada de partidas presupuestarias para seguir implantadas en dichas ciudades. En realidad, están haciendo una *industria de la pobreza de los inmigrantes*.

precedido a regularizarlos bien a través de la “Tarjeta de Estadística” bien a través actualmente de la “Tarjeta de Extranjeros”, lo cual provoca el efecto llamada, sobre el resto de la población marroquí que evidentemente desea mejorar sus condiciones laborales, económicas y sociales¹⁵¹⁴.

Pero además en ambas ciudades autónomas, tras la promulgación de la LO 7/85 de de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Es que, se utiliza frecuentemente y desde nuestro punto de vista con demasiado abuso, el término “población de hecho” “población de derecho” para referirnos, a la población residente en las mismas de origen marroquí, pero este concepto jurídico indeterminado, no responde a la realidad jurídico legal de dichas ciudades. Desde nuestro punto de vista, en esta indeterminación jurídica, hay en realidad un problema de residente con o sin derechos y una población de hecho, con derechos recortados, y que en la mayoría de las ocasiones también reside ilegalmente en las mismas y cuya defensa de derechos, parece ser olvidada por las organizaciones sindicales, ONG’ s, etc. De ahí que a menudo, nos olvidamos que la población realmente residente en Ceuta y Melilla, es española y marroquí, las razones que a nuestro juicio, hacen que nos olvidemos de los problemas que presentan la inmigración en general y la categoría de trabajadores transfronterizos en particular, obedece entre otras razones, que al tratarse de un problema lejano geográfica y cuantitativamente reducido, que se le resta la relevancia que en realidad tiene. Sin embargo, cada vez más aumenta cuantitativamente más su volumen y hasta que la situación no estalle y surjan conflictos sociales, no se buscara una solución real a los mismos. Pero esta respuesta debe ser concensuada políticamente (personalmente creo que un futuro a largo plazo la fórmula por la que se decantara políticamente ambas ciudades, será la cosoberanía impuesta por el Estado en un futuro. A pesar de no ser la voluntad querida por la mayoría de la población residente en ambas ciudades, pero debido a la progresiva marroquinización de Ceuta y Melilla, parece encaminarse en esta vía el futuro de ambas ciudades) y en este caso ¿Qué pasaría con los trabajadores transfronterizos?¿Seguirían existiendo?¿Con que derechos?.Sin embargo, tras la promulgación de la LOEXTR, parece vislumbrarse una voluntad aberturista de sus derechos (si bien únicamente se ha restringido al desempleo) pero el nuevo Reglamento ya aprobado de

¹⁵¹⁴ Recordemos que actualmente la diferencia de renta entre Marruecos en relación con Ceuta y Melilla, es quince veces inferior. Es decir, hay una diferencia de renta más elevada, de la que existe en otras zonas fronterizas, por ejemplo entre EEUU y México, de hay la atracción de esta población por conseguir trabajo en Ceuta o Melilla, dando igual que sea legal o ilegal. Un ejemplo de la desviación y abuso del derecho, que se esta realizando como consecuencia, de mejorar su situación social por parte de los trabajadores transfronterizos, y en particular por las mujeres,(sobre todo de las que prestan sus servicios como empleadas de hogar) es alegar ante las instancias policiales y judiciales españolas “malos tratos por parte de su marido”,siendo en la practica en la mayoría de las ocasiones falso, para de este modo, conseguir una vivienda de protección oficial, resaltando paradójico , que como consecuencia de su estructura familiar, están obligadas a vivir con la suegra, marido e hijos, en una situación de subordinación .Siendo un hecho constatable, que la mayoría de la familia de la trabajadora trasfronteriza, no trabaja y viven exclusivamente de los ingresos que ésta aporta. De modo, que se da, de nuevo un desfase entre la realidad y los hechos alegados por estas trabajadoras para de este modo generar derechos económicos y sociales, de los no son destinatarios, dada su condición de “transfronterizos”.

desarrollo de la LOEXTR, ha desaprovechado la oportunidad que se le brindaba de haber ampliado la protección social y laboral de este colectivo de trabajadores, así como de haber aclarado de una vez por todas su derecho o no a la protección del desempleo.

Asimismo creemos que la clave de la confusión que caracteriza la situación de los extranjeros en las ciudades de Ceuta y Melilla, proviene de la disociación existente entre el tratamiento del régimen de permanencia y de la regulación de las relaciones laborales existentes y susceptibles de mantenimiento sucesivo. Desde nuestro punto de vista, cuando el legislador permitió que una disposición¹⁵¹⁵ de rango inferior a la Ley, regulara una situación de hecho, si su finalidad era estadística, ¿Por qué no se configuró el documento únicamente con una fotografía y un número y un domicilio a efectos de localización? Y en cambio, se optó por realizar una disfunción en su contenido. Convirtiéndose en fuente de derechos (El titular de esta Tarjeta en la práctica podía pernoctar en estas ciudades, arrendar una vivienda, contratar el suministro eléctrico, el agua, etc.).

Cualquier normativa, que en un futuro se arbitre en el futuro Reglamento de Extranjería, deberá de tener en cuenta, las singularidades de ambas ciudades, y para ello deberá de tenerse en cuenta los siguientes factores:

1. Que existe una población de hecho, en situación de apátrida en muchos casos, cuya regulación demanda una decidida voluntad política, que habrá de pasar primeramente por su cuantificación exacta, seguidamente, por su absoluta inserción en un contingente¹⁵¹⁶, para finalizar en la concesión de un estatuto personal ,que tal vez, no admita otra salida que la aplicación del Código Civil, en materia de adquisición de nacionalidad española, hecha la abstracción de la reserva de orden público, que actualmente impide su concesión.

2. Como consecuencia de lo anterior, habrá de admitirse que el trabajo no solo ha de ser premisa, sino consecuencia necesaria de la existencia de esa población naturalizada, por lo que habrá de proveerse, a fin de que, quien resida en la ciudad tenga trabajo o idénticas expectativas de obtenerlo. Pero evidentemente, no se puede conseguir estos objetivos, si para que estos puedan obtener la renovación de su tarjeta, una vez expirado el plazo de vigencia de la misma, se les impide la participando en las acciones que se determinen por el servicio público de

¹⁵¹⁵ Bando de Abril de 1958, por el que se creó la “Tarjeta de Estadística” dictado por un Teniente General Gobernador de los Territorios de Soberanía Española en el Norte de África, y, cuyo objeto exclusivo era realizar un control estadístico como su nombre indica, sobre los marroquíes que residían en dichos territorios.

¹⁵¹⁶ Destaca el análisis general de esta figura realizado por APRELL, LASAGABASTER, (1997). La fórmula «contingente de autorizaciones» como condicionante para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios, *RAP*, núm. 93, págs13-25.

empleo o bien en los programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas que cuente con subvenciones públicas¹⁵¹⁷

3. A pesar de que a los trabajadores fronterizos de Marruecos se les aplica la legislación existente de la Ley de extranjería, y que tienen similares derechos que los trabajadores emigrantes en lo relativo a la concesión de sus permisos iniciales y las sucesivas renovaciones, no obstante, su no residencia oficial en ambas ciudades autónomas, les impide ser beneficiarios de determinadas prestaciones, fundamentalmente no contributivas, así como de la asistencia sanitaria para sus familiares (se les puede prestar en Marruecos a través del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social)¹⁵¹⁸, del derecho a la educación de sus hijos, o de la devolución de la renta pagada a Hacienda, al tributar como renta de no residente al tipo del 24%, muy superior a lo normal en trabajadores que perciben el salario mínimo, como es en la mayoría de los casos. A ello hay que unir, su exclusión en los Planes de Empleo de dichas ciudades, donde no solo se les excluye por las propias instrucciones del INEM, sino que su condición de no residentes les impide ser beneficiarios de aquellas medidas de fomento del empleo que se lleven a cabo con los trabajadores más necesitados de ambas ciudades, sin perjuicio de la dificultad que entrañaría hacerlos partícipes de los mismos. Una solución posible sería la creación de un plan de empleo específico en el país de residencia, pero en un momento de crisis económica con una población en paro de 11.000 melillenses no parece viable.

4. Respecto del marroquí que no tenga regularizada su residencia en la ciudad, habrá de determinarse dentro del concreto marco de cada sector económico, que cantidad de mano de obra, resulta posible sustituir progresivamente, y que número de trabajadores marroquíes, propiamente fronterizos, resulta insustituibles. A este respecto, resulta evidente que, mientras que los puestos de trabajo en pequeñas industrias de reparación o transformación, no ofrezcan dificultad a la hora de plantear una sustitución progresiva y programada, existen actividades

¹⁵¹⁷ Recordemos que tal y como establece el art 54 del Reglamento 2393/2004 ,para que se pueda proceder a la renovación de la tarjeta tipo “F”,es necesario, que la actividad laboral se interrumpa por causas ajenas a su voluntad, si tuvieron al menos una actividad de tres meses al año, y si se acredita que han buscado activamente empleo” y ¿como va a buscar un nuevo empleo, si se le impide el acceso a los Planes formativos o inscribirse para poder realizar una búsqueda de empleo?. Asimismo si se crean Planes de empleo para los trabajadores transfronterizo ¿No se estaría creando un *Plan de Empleo* para un país extranjero? Desde nuestro punto de vista, esta discriminación positiva que señala la ley ,es justificada, debido a que los trabajadores residentes en dichas ciudades autónomas ,tienen que soportar una fuerte presión del mercado ilegal ,una gran tasa de paro ,una economía estancada y hoy por hoy ,la única formula conocida para la defensa de sus derechos ,es a través de mantener una discriminación negativa hacia los trabajadores transfronterizos, además no existe ninguna normativa internacional, que no establezca una protección en el empleo de sus nacionales, para salvaguardar a los mismos de la mano de obra extranjera.

¹⁵¹⁸ Es interesante la aportación de REDONDO HERMIDA, A. G., (1988). El Derecho comunitario y los Convenios bilaterales en materia de seguridad social, *AL*, núm 18, págs 49 ss; y, GALIANA MORENO, M. (1987). Notas para el estudio del art. 1.4 del ET, *AL*, núm.39, págs 2169 ss.

absolutamente subsidiarias y dependientes del trabajo de fronterizos, ya que no existen trabajadores españoles que, bien por la naturaleza misma del trabajo, o bien, por el superior status adquirido, estén dispuestos a cubrir dichos puestos de trabajo.

5. También sería deseable la creación de instrumentos jurídicos internacionales para favorecer las relaciones entre zonas limítrofes, pero con la agilidad propia de la normativa interna. Un paso interesante lo construiría la creación de Cooperación Transfronteriza entre las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla directamente con Marruecos. El modelo lo podemos encontrar en nuestro país en el régimen jurídico de la cooperación transfronteriza entre entidades territoriales, que tiene su origen en la cooperación que se llevaba a cabo entre Entidades Locales de España próximas a Portugal o Francia. (no obstante, el principal problema que hay que salvar es el político al no reconocer Marruecos la soberanía de estos territorios y ser necesario para su realización el respeto a las disposiciones constitucionales de los Estados, el marco de las competencias de las entidades territoriales internas, las competencias de los Estados en materia de relaciones internacionales y de orientación política general y las normas de control o tutela a que estén sometidas las entidades territoriales.)

6. Otra solución apuntada podría ser promover algún tipo de acuerdo entre España y Marruecos, o entre la Unión Europea y Marruecos, en el marco jurídico de la cooperación transfronteriza, y en el entorno de los proyectos de colaboración, programas INTERREG, o Acuerdos preferenciales, ya existentes, que permitieran suscribir Convenios de colaboración transfronterizas entre Melilla Nador y entre Ceuta y Tánger, en los que se intentara plasmar todas las ideas de desarrollo local y regional que se viesen necesarias y entre las que tendrían una especial relevancia las actividades comerciales y laborales (MARTÍN SEGURA J. A.)¹⁵¹⁹.

7. Si verdaderamente se pretende conseguir la legalización de la mano de obra extranjera deberían a nuestro juicio seguirse los siguientes pasos:

a. Plasmar en una ley las circunstancias peculiares que presenta la población extranjera que presta sus servicios en dichas ciudades, y lo más importante, ejecutarlas¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁹ *La problemática jurídica de los trabajadores transfronterizos, op cit* pág 140

¹⁵²⁰ Hemos venido observando, como la a pesar de la voluntad del legislador de regularizar las atipicidades existentes en ambas ciudades, tal y como data en el Decreto 1870 /1968 de 27 de Julio, en su Disposición Transitoria Cuarta, esta voluntad no ha tenido reflejo en la OM de 1979, ni en las disposiciones ulteriores a la misma. A nuestro juicio, el momento idóneo hubiera sido la incorporación en la Ley 7/85 de 1 de Julio "Sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España" tal y como se hizo, se justifico en su Preámbulo y tuvo su reflejo concreto, en su art 18.3. En esa coyuntura histórica, debería de haberse introducido por el legislador, un trato preferente para la obtención de nacionalidad y de permiso de trabajo para los marroquíes que estuvieran en posesión de la Tarjeta de Estadística y de

b. Declaraciones de las empresas, que les permitan legalizar la mano de obra extranjera que viene prestando habitualmente sus servicios en la misma, y cuyos puestos de trabajo no están catalogados como de difícil cobertura, sin imposición de sanciones al empresario y con la aplicación de las bonificaciones que las diferentes modalidades de contratación ofrece la Ley.

8. En la futura regulación de estos permisos, sería deseable un esfuerzo superador del actual sistema de atribución individual, estudiándose la posibilidad de llegar a formulas de contratación colectiva con grupos de trabajadores debidamente organizados y representados, lo que conllevaría a una mayor permeabilidad fronteriza, actualmente hipoteca, por la veleidad en cuanto, a la restricciones que se producen en las ciudades fronterizas con Ceuta y Melilla, sobre trafico de bienes¹⁵²¹ y de personas. La solución apuntada de contrato de grupo, es una formula similar a la que utiliza Gibraltar con los trabajadores transfronterizos procedentes de la Línea de la Concepción, el contrato se suscribe con el jefe de grupo al que se acompaña la relación de trabajadores que componen la plantilla. De este modo, estos trabajadores obtendrían una mejora defensa de sus derechos y al ejercicio de derechos de naturaleza social, asistencial y sanitaria, en Ceuta y Melilla, y pernoctarían en su país de origen. Además de estas ventajas, hay que tener en cuenta, las consecuencias positivas, que reportarían la cesación en la expedición de documentos individuales, fuente interminable de reivindicaciones sobre derechos adquiridos que cesarían automáticamente desde nuestro punto de vista, cuando el contrato se haga en grupo.

9. A raíz de la implementación del contrato de grupo con trabajadores transfronterizos marroquíes, se podría favorecer la instalación de fábricas e industrias en Ceuta y Melilla a menos costes que en la península, sin llegar a equipar los salarios de estos trabajadores transfronterizos con las reducidas retribuciones de Marruecos. (como ejemplo ilustrativo, imaginemos la el revuelvo que supondría a la economía autonómica, la instalación en su territorio de Zara, Don algodón, DELFI, etc.) Este error político y administrativo, lo están

aquéllos que pese a carecer de la misma, acrediten residencia y trabajo en ambas ciudades con un antigüedad mínima de cinco años, y para ello, desde nuestro punto de vista, se tendría que haber introducido un nuevo apartado, inserto en el tratamiento preferente que se realiza a: hispanoamericanos, filipinos y andorranos y a los gibraltareños. De este modo, esta *vacatio legis* podría haber solventado muchos problemas sociales, políticos y jurídicos que se han producido en ambas ciudades y que las leyes posteriores en la materia, tampoco se han preocupado de reparar.

¹⁵²¹ *Vid*, a este respecto ORTÍZ LALLANA, M. (1990). Libertad de establecimiento y empresas multinacionales, *AL*, nº 11 y 12, págs 129-141; y, en materia de cual sería la competencia judicial para la resolución de conflictos FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., (1991). Competencia judicial internacional y ley aplicable al contrato de trabajo en las relaciones internacionales, *Al* núm. 41.

padeciendo la económica de ambas ciudades, siendo los grandes beneficiarios de esta ineficiencia económica paradójicamente Marruecos¹⁵²².

10. Control exhaustivo del ejercicio de actividades por cuenta propia, por parte de los extranjeros, y revisión de las situaciones de hecho que actualmente se detectan, teniéndose presente que siempre habrá de primarse al trabajador por cuenta ajena, frente al trabajador por cuenta propia.

11. Una vez documentados y contingentados los extranjeros que prestan servicios en dichas ciudades, proceder a un estricto control policial, erradicando absolutamente la presencia de indocumentados o clandestinos.

12. Mentalizar a la población española, sobre la necesidad y conveniencia de contar siempre con un contingente irreducible de trabajadores fronterizos en dichas ciudades.

13. Creación de un plan progresivo de sustitución de mano de obra, procurando durante su desarrollo, mantener la tasa de desempleo que no sobrepase el 10% de la población laboral activa. Según mi estimación personal, el ritmo de sustitución de mano de obra puede cifrarse entre un 10% al 20% anual de los marroquíes actualmente ocupados.

14. Cumplimiento de la Inspección e Trabajo de sus funciones en su labor inspectora y sancionadora. De modo, que si la trabajadora trasfronteriza empleada de hogar no ha sido dada de alta por el cabeza de familia, dejar sin validez ese permiso e impedir el paso de dicha trabajadora, ya que las fuerzas de seguridad saben tácitamente de que esta va a continuar prestando sus servicios para ese empleador o cualquier otro dentro del mercado de económica sumergida, en que habitualmente se mueve esta actividad en estas ciudades. Además desde nuestro punto de vista, si el legislador tuviera una voluntad real de erradicar a la población trasfronteriza en estas ciudades autónomas, lo único que debe hacer es ir a cualquier domicilio y verificar al igual que se hace en cualquier empresa si la trabajadora que esta prestando sus servicios esta dada de alta en el sistema de seguridad social e imponer sanciones en caso de que se incumplan dichas obligaciones.

15. Por ultimo, frente a lo que ha venido sucediendo en las diferentes leyes de extranjería, procurar que en un futuro, el legislador realice un tratamiento unitario e insoluble, de los términos permanencia y trabajo ,de conformidad con lo que, vienen regulándose en otros países

¹⁵²² En el periódico “*Melilla Hoy*” de 9 de Noviembre de 1986, en su Pág. 4, queda patente el enfrentamiento entre el recién nombrado Delegado del Gobierno Manuel Céspedes y el colectivo “*Terra Omnium*”, sobre la negativa del gobierno español, a permitir el derecho a participar en las elecciones municipales de 1987 celebradas en la ciudad, a los musulmanes provistos de DNI Provisional o en vía de concesión. También resulto en estas fechas, un fracaso el intento por parte de la Delegación del Gobierno, de crear un órgano denominado GAISE, cuya finalidad era la creación de un Gabinete de Iniciativas Socio-Económicas entre Melilla y Nador y que pretendía en realidad, crear próximo al puesto fronterizo un macro- instalación, destinada a favorecer el trafico de mercancías entre las fronteras y específicamente el contrabando de la misma hacia Marruecos.

Europeos, para evitar situaciones discriminatorias que se están produciendo en ambas ciudades con respecto fundamentalmente al colectivo de trabajadores transfronterizos marroquíes, que si bien, cuantitativamente su número no es muy elevado, social, económicamente y jurídicamente demandan una solución inmediata hacia unas reivindicaciones laborales y administrativas que por aunque legislativamente la ley no se les haya otorgado aun hoy día en nuestro país, moralmente todos sabemos que deberían de tener derecho a ellas.

16. En definitiva, el fenómeno del trabajo transfronterizo, esta interrelacionado estrechamente con las decisiones políticas. La realidad en la que vivimos a diario en ambas ciudades, nos induce a creer, que existe una importante bolsa de trabajo ilegal, que no corresponden con el número de autorizaciones que se conceden y que el mercado autonómico demanda. Desde esta óptica, parece pues, aconsejable aumentar el número de autorizaciones concedidas a trabajadores transfronterizos, si bien, bajo una estricta supervisión, de la Inspección de Trabajo, de la Seguridad Social y de la Delegación del Gobierno. Y si bien es cierto, que las empresas que utilizan ilegales probablemente seguirán haciéndolo en un futuro próximo, aunque tuvieran la opción de legalizar su situación, debido al constante "abuso" que les permite ejercer sobre estos trabajadores.

17. También no hay que obviar, es escaso interés, que se realiza por parte del legislador, a este tipo de contrato, muestra de ello, es la escueta y concisa regulación sobre la materia que se realiza en un solo artículo, del Real Decreto 2393/2004. Y a pesar que el Reglamento de 2011, dedica tres artículos a los mismos, en realidad, las novedades que presentan son pocas y no afectan a su estatuto jurídico. Pero esta desidia no es exclusiva de nuestra legislación, ya que del análisis efectuado sobre el tratamiento de estos trabajadores por la legislación europea, se desprende que, el esta se centra en tipificar la situación y derechos de los trabajadores residentes en algún Estado miembro, sean o no nacionales de otro Estado de la Unión, pero se omite una normativa común sobre cuales son los derechos y cual es la situación administrativa de estos trabajadores, trasladando el problema a cada Estado miembro, para que arbitre de forma unilateral la solución discrecional que le parezca más conveniente.

En conclusión, para finalizar el presente trabajo querría constante algunos comentarios personales sobre determinados puntos tratados en el presente trabajo:

✓ Tanto en Ceuta como en Melilla, a los trabajadores transfronterizos se les solicita, tanto para autorización inicial par trabajar como las renovaciones sucesivas, el "*Certificado de Residencia de Marruecos*". Aunque la Administración, es competente para solicitar aquellos documentos que estime conveniente, en principio, no existe ningún motivo razonable para su solicitud. Ahora bien, a nuestro juicio, la solicitud de este certificado constituye una salvaguarda para que el trabajador no pueda solicitar "nunca" una autorización de residencia y trabajo

alegando residencia efectiva en dichas ciudades, ya que ha estado aportando un documento oficial de Marruecos que indica que reside en su territorio.

✓ Las solicitudes de Renta del último año a los empleadores (para las empleadas de hogar) también es un dato a destacar, por cuanto que, sigue mediando la posibilidad de la administración de solicitar los documentos que estime pertinentes. Pero a nuestro juicio, la realidad es bien distinta, lo que se pretende es evitar que los cabezas de familia sin medios económicos, obtengan autorizaciones para empleadas de hogar fronterizas, que puedan ser explotadas al no recibir las remuneraciones que exige la legislación vigente.

✓ En Melilla, en concreto, no se autoriza la concesión de permiso de transfronterizo por la actividad de empleada de hogar discontinuo, es decir, contratadas por más de un empleador. El motivo, tiene una doble vertiente: uno administrativo porque a la Administración le resulta más complicado controlar esta modalidad contractual y otro puramente político, para evitar el incremento de trabajadoras transfronterizas dedicadas a esta actividad. (Paradójicamente y por razones que desconozco en Ceuta, si se admite este tipo de autorización y contratación para las empleadas de hogar discontinuas).

✓ Entre los motivos de denegación de las autorizaciones(de todo tipo para extranjeros) se aduce por la Administración de forma reiterada la “*mala fe*” del solicitante, este es tema resulta controvertido, ya que esta debe ser probada recayendo la carga de la prueba sobre la Administración, y esa apreciación solo la puede realizar el juez, a nuestro juicio, la Administración no es competente para denegar una autorización alegando un fundamento tan voluble y de tan difícil cuantificación como es la buena o mala fe del solicitante.

✓ Asimismo, el tema de las Tarjetas que se dan a los trabajadores transfronterizos, presentan un defecto de forma y una curiosidad innegable la ciudad de Melilla, tras la entrada en vigor del último Reglamento de Extranjería(año 2004) ,se comprobó que las tarjetas que se enviaban desde Madrid para que se expidieran a los trabajadores transfronterizos de dicha ciudad, eran las mismas que para los residentes, con la mención expresa en su encabezado de “*Tarjeta de Residencia*”,hecho que motivó, que la Delegación del Gobierno de dicha Ciudad, tuviera que acordar con los Servicios centrales del Ministerio del Interior, para que a estos trabajadores se les expendiera el modelo de la antigua tarjeta,(diferente) en el que no aparece que tipo de autorización es en el anverso, y en el reverso es donde se aclara la residencia En Ceuta, las tarjetas “nuevas” circularon durante un corto periodo de tiempo, en la actualidad son iguales a las de Melilla. El problema fundamental que contenía es que la Tarjeta creada en virtud del Reglamento vigente de Extranjería, al expresar que autoriza a residir, propicio que cualquier abogado que se precie, puede hacer valer este derecho ante un tribunal y de este modo, transcurrido cinco años este trabajador transfronterizo se encontraría con derechos

adquiridos para obtener la residencia en nuestro país, finalidad que en modo alguno, parece desprenderse del contenido del RD 2324/2004 de 30 de Diciembre.

✓ Justificación de la aplicación a esta categoría de trabajadores del “Impuesto Renta de no Residentes”, puesto que, si reciben asistencia sanitaria y prestaciones económicas de España, en contrapartida parece lógico que tributen por los rendimientos de su trabajo a cambio de las prestaciones (aunque recortadas) que reciben del Estado español¹⁵²³. La reapuesta dada por los trabajadores para eludir el pago, consiste en preferir trabajar en la economía sumergida en dichas ciudades y dada que su finalidad es conseguir la estancia y residencia en España(en concreto en ambas ciudades),conservar su segunda vivienda en Marruecos, y transferir las rentas obtenidas de su trabajo, sin control bancario, personalmente cuando van los fines de semana a Marruecos, a través de cualquier familiar que lleve en metálico dichas aportaciones dinerarias, eludiendo de este modo, la doble imposición y existiendo en la practica solo una, la que realiza Marruecos, que en el destino final de la mayor parte de sus remuneraciones obtenidas en España.

✓ Consideramos no ajustado a derecho, que a estos trabajadores se les prive del derecho a la educación en el país donde trabajan(y que en la practica es donde residen).De modo que, no se les reconoce el derecho a la educación para sus hijos en España, a pesar de ser un derecho fundamental consagrado en nuestra Carta Magna, en su art 27, por no cumplir el requisito de residencia(en realidad lo que no cumplen es el requisito del Padrón¹⁵²⁴ por no permitírseles pernoctar en dichas ciudades autónomas)debiendo acudir para formar a sus hijos a Marruecos, o a la “Residencia de Estudiantes Marroquíes”, instalada en la ciudad, donde la enseñanza se

¹⁵²³ Es interesante el estudio general realizado por BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1974). Normas tributarias extranjerías y conflicto de leyes, *Temis (Symbolae García Arias)*, núm. 33-36, págs. 679-699.

¹⁵²⁴ De conformidad con lo previsto en la Ley 7/85, de 2 de Abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, en su art 15.1 :”

“*Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año....*”

Y Artículo 16.1:

“El Padrón Municipal, es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos.”

En base a dicho articulado, también el trabajador transfronterizo, deberá de ser inscrito en el Padrón ya *de facto*, reside en España (Ceuta y Melilla), pero al no permitir la Ley esta residencia, se le priva de los derechos inherentes que la inscripción el Padrón el reportaría, como por ejemplo: derecho a viviendas sociales, a guarderías y centros escolares para sus hijos, a pensiones no contributiva, a desempleo, a que se le preste la asistencia sanitaria para sus familiares en España, etc. A nuestro juicio, la única formula posible para que a estos trabajadores se les amplíe el marco de sus derechos, es la elaboración por parte de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, de un *Plan integral*, que responda a la nueva realidad social existente en las mismas, y sólo de ese modo, se pueden resolver problemas concretos como Seguridad, urbanismo y vivienda, cultura, participación ciudadana, servicios Sociales, y empleo.

imparte en árabe y posteriormente, se plantea el problema de integración cuando estos pasan a centros españoles, que tienen un sistema educativo distinto, planes de estudios diferentes, distintos sistema de homologación, etc.... con lo que de nuevo se vuelve a quebrar el principio de igualdad.

✓ Este recorte de derechos de los trabajadores transfronterizos, conlleva paralelamente, aun *dumping social*, pues existen empresas locales que subsisten gracias a trabajadores transfronterizos ilegales, pueden competir en precios con otras que lo hacen con trabajadores autóctonos¹⁵²⁵.

✓ Existe desde nuestro punto de vista, un incumplimiento de la integración de este colectivo de trabajadores en las políticas de empleo, puesto que, de conformidad con lo preceptuado en el art 26, de la Ley 56/2003, de 16 de Diciembre, relativo a la “legislación básica de empleo”¹⁵²⁶, se fija como una preocupación especial por parte del legislador en dictan políticas de empleo, de los trabajadores emigrantes, de conformidad con lo establecido en la legislación de extranjería. Sin embargo, en la práctica, esto se convierte en un postulado pragmático y se prohíbe expresamente la inscripción de los trabajadores transfronterizos en el INEM, lo que conlleva de nuevo hacia una discriminación de este colectivo de trabajadores. Defecto subsanado por el art 43.1 de la LOEXTR que los equipara en materia de derechos de seguridad social y que por analogía considero que también es aplicable a los derechos laborales, puesto que si un trabajador transfronterizo provisto de tarjeta de trabajo cesa en su prestación de servicios-voluntaria o involuntaria- aunque este realice su prestación en las ciudades de Ceuta o Melilla, no existe desde mi punto de vista ningún obstáculo para que este se inscriba en el INEM y recibir formación, el no admitirlo sería contrario al art 24 de la CE y al ET.

✓ Otro problema subsidiario que plantea la inmigración de los marroquíes a España, es que estos, tras obtener el permiso de residencia en nuestro país y tras la primera renovación del mismos, cuando ya se admite el cambio de empleador y ámbito geográfico, muchos cambian su domicilio a estas ciudades y consiguientemente solicitan la reagrupación familiar, normalmente numerosa, ampliándose de esta forma las prestaciones sociales, económicas, etc. Si bien, esto es

¹⁵²⁵ Interesante es el análisis en esta materia realizado por GOMEZ, I., (2007).La económica sumergida en la ciudad autónoma de Melilla. Informe consultoría elaborado por ZIES Investigación y Consultoría, S.L; HERCE, J. A., y SOSLVILLA-RIVERO, S., (2005). El no magreb: implicaciones económicas para (y mas alla de) la región. Documento de Trabajo 12/2005, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid; y, LOPEZ BUENO, J. M., (2008).Melilla una oportunidad para las relaciones hispano-marroquíes, Ediciones Académicas, Madrid.

¹⁵²⁶En base a la Resolución de 11 de Julio de 1996, conjunta de las Direcciones Generales del Instituto Nacional de Empleo y de Trabajo y Migraciones, por la que se dictan instrucciones sobre inscripción de extranjeros en las oficinas del INEM.

una falacia, ya que en realidad viven en Marruecos, pero con documentación española y son acreedores de nuestro sistema de Seguridad Social y de los beneficios que esto conlleva.¹⁵²⁷

En definitiva, la solución del problema de estos trabajadores, pasa a nuestro juicio, por la creación de una cooperación trasfronteriza entre entidades territoriales, propiciadas por la Iniciativa comunitaria INTERREG, como por acuerdos bilaterales entre España y Marruecos, y cuyo ámbito de aplicación se circunscribiría a las provincias de Nador, Farhana y Mariguari con Melilla y Tetuán, y Tánger con Ceuta, pero para que esta se pueda realizar, es necesario un respeto de ambas partes, de sus leyes, de su Constitución, de su soberanía, siendo necesario para ello, el soporte del Estado para fijar un marco de competencias peculiares que deben asumir dichas ciudades autónomas, bajo la tutela y supervisión del Estado.(como el suscrito entre España y Portugal en el año 2002 para los trabajadores transfronterizos). Sin embargo, esta solución difícilmente se puede llegar a ejecutar, en la medida en que Marruecos, no reconoce la existencia de fronteras con España, a través de Melilla y Ceuta, tampoco reconoce la soberanía del Estado Español sobre dichas ciudades, además nos encontramos frente aun Estado alauita que ha castigado y continua haciéndolo a las provincias de la zona marroquí situada en “El Rif” y cuyo futuro económico, regional o local, no constituye en modo alguno, al mal menos hasta el momento, una preocupación del Estado, y esperamos que en un futuro próximo, esta actitud cambie, ya difícilmente podemos propugnar un codesarrollo, cuando no existe el respeto a la legitimidad de ambas partes. Y en todo, esta encrucijada socio-económica y política, se encuentran los grandes perjudicados, que son sin lugar a dudas, los trabajadores transfronterizos, que por una cuestión de Estado ven mermados sus derechos y esperan que en futuro próximo, Marruecos y España, la CCAA, las organizaciones empresariales y los sindicatos como defensores de grupos de trabajadores, les amparen y se les reconozcan los derechos que por justicia natural y por derecho, creemos que son acreedores.

La solución al menos parcial de sus problemas pasa por una reforma del actual Convenio con Marruecos(lo cual aportaría claridad y seguridad a este colectivo) de una normativa específica en determinadas materias como ha ocurrido con los trabajadores transfronterizos andorranos, de una mejora en el Reglamento pendiente de aprobación de la LOEXTR en cuanto a su tratamiento o finalmente de que la jurisprudencia vaya corrigiendo la segregación que presenta la relación laboral a este segmento de trabajadores, su precarización y la restricción de sus derechos sociales y laborales hecho que se agrava fundamentalmente de una parte, por no ser residente y de otra, porque en la mayoría de los casos su situación es irregular.

¹⁵²⁷ CASAS SÁNCHEZ, J la inmigración fronteriza en Ceuta *op. cit.* pág 78

4.8.-CONCLUSIONES FINALES

La inmigración constituye hoy día la expresión de una "nueva" cuestión social, como la "cuestión social obrera" lo fue del siglo XIX y primer tercio del siglo XX, apreciándose como ha dejado de ser un fenómeno histórico asociado a movimientos de población de periodos concretos para convertirse en una realidad de carácter estable que se inicia en Europa y que se ha extendido a España. Nuestro análisis, lo hemos circunscrito fundamentalmente a este último punto. Llegando a la conclusión a lo largo de esta tesis, de que esta inmigración económico-laboral, ha pasado en unas pocas décadas de ser considerada un fenómeno marginal, a ser actualmente una realidad estructural con todas sus implicaciones: sociológicas, económicas, políticas, sociales, jurídicas, etc. Precisamente ésta última dimensión es la que ha presentado avances y retrocesos significativos y relevantes en los últimos años, que está transformando la ciudadanía, donde existe una falta de atención a los derechos fundamentales de los inmigrantes. De ahí que, parte de la doctrina encabezada entre otros por LUIGI FERRAJOLI enfatice en la urgencia de *“tomar en serio los derechos declarados solemnemente en documentos internacionales, para ello diferencia los derechos fundamentales del hombre de los derechos de la ciudadanía, otorgando signos de inclusión o igualación, ahora excluyentes y discriminatorios”*. Observando como si bien, la línea actual avanza hacia una concepción de la ciudadanía más personalista, tendente a la universalidad de derechos, de la persona como derecho inclusivo frente a la sociedad. Además debería ayudarse a los inmigrantes a integrarse en la sociedad para adquirir determinados derechos de base, junto con sus correspondientes obligaciones. Esta responsabilidad cívica podría preparar la adquisición de la nacionalidad y ofrecer la posibilidad de una participación política ulterior a los inmigrantes residentes a largo plazo. No obstante, de nada sirve que se les otorguen derechos a los inmigrantes sino estos no se les proporcionan mecanismos para garantizar su efectividad.

1. *Por tanto, la primera conclusión que apuntamos, es el hecho de la inmigración actualmente es un fenómeno estructural de mercado de trabajo internacional, fruto de la desestructuración social y económica de los países de origen y de las desigualdades económicas entre unos países y otros.* Apreciando como mientras de una parte se acepta, y se fomenta, ese proceso de apertura y de libre circulación puesto en marcha a nivel comunitario para sus ciudadanos, no ocurre igual con respecto al extracomunitario por el nivel de interconexiones globales, por otro, se reafirma el papel de la soberanía nacional, a través de las políticas de inmigración, mediante el restringimiento de las fronteras frente al extracomunitario.

En esta contextualización debido a los planteamientos anteriormente mencionados consideramos de vital importancia rescatar desde sus orígenes teóricos y prácticos, el tema de la dignidad del migrante, que como ser humano, y antes de tener el estatus de migrante, no solamente tiene el derecho de buscar el bienestar para sí mismo y para los suyos, sino que más

aún, es un ser dotado de derechos por la dignidad inalienable que posee y que como tal tiene el derecho de gozar plena e íntegramente de su condición humana, aún con el estatus de residente, extranjero, legal o de ilegal en cualquier Estado del mundo. Sin embargo el problema surge al efectuar el anclaje del respeto de estos derechos irrevocables del individuo ante la falta de un marco único de derecho internacional sobre migraciones, que ponen en evidencia como las cuestiones de migración prima la soberanía estatal sobre los derechos humanos.

2. *Al hilo de la cual surge la segunda connotación destacable de este fenómeno - el dinamismo del fenómeno de la inmigración extranjera-* Lo cual exige mutaciones continuas de su regulación, que conllevan consiguientemente a inestabilidad normativa y inseguridad jurídica. Y cuyo correctivo exige un marco normativo racional y equilibrado, que combine control público y garantías para la población inmigrante, pero debido al actual contexto de globalización, tratar seriamente el problema de inmigración exige necesariamente elaborar una política migratoria multidisciplinar que defina y aborde con rigor este fenómeno de alcance mundial con tolerancia y solidaridad y no únicamente como fenómeno aislado de nuestro país, que combine el reconocimiento de derechos de los inmigrantes con un procedimiento estable para el acceso al trabajo, sobre todo de los extracomunitarios que aparecen desregulados por parte de la normativa internacional, comunitaria y nacional. Partiendo del examen de la evolución normativa de la extranjería en España, se aprecia como el legislador realiza una regulación sesgada, cambiante y diferenciada subordinada a la condición jurídico-administrativa que detente el inmigrante. Viéndose obligado a optar por uno de los siguientes modelos: a) regulación propiamente dicho, que conlleva a una apuesta por normas de orden público y seguridad; ó, b) inmigración, fundamentada en la idea de la integración social, basada en el reconocimiento de un estatuto jurídico a los extranjeros inmigrantes. Decantándose el legislador español de extranjería por una solución híbrida, si bien, predominando la primera propuesta a pesar de reiteradamente señalar como uno de sus objetivos la consecución de la integración social del inmigrante en la sociedad española. Además la LOEXTR, también ha respondido a establecer claramente el sentido laboral que se da a la inmigración como señaló en su momento el Ministro de Trabajo español *“la entrada de inmigrantes se tiene que ajustar a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo (punto III párrafo II Exposición de Motivos)* y que también se recoge en el nuevo art 72 del mismo cuerpo legal relativo a la Comisión Tripartita de Inmigración, en la que se vuelve a destacar el reconocimiento del carácter laboral de la inmigración, como se desprende de su composición integrada por organizaciones empresariales y sindicales más representativas, y de su derecho a ser informada sobre las propuestas de Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura.

3. *De modo que, continuamos percibiendo al inmigrante como mano de obra deshumaniza. A lo expuesto debe añadirse que, el acceso al mercado laboral no es igual para*

todo los inmigrantes. Estableciéndose diferenciaciones en función de las necesidades del mismo. Observándose como existe un tratamiento jurídico desigual en cuanto a los inmigrantes que acceden a nuestros territorios vertebrándolos en diferentes grupos: alumnos procedentes de terceros países a efectos de estudios de intercambio de alumnos, practicas no remuneradas o servicios de voluntariado, o, los altamente especializados ,cuyo acceso al mercado laboral es mas fácil al flexibilizar los requisitos necesarios para su contratación frente a las restricciones generales a la inmigración poco cualificada, si bien, esta contratación preferente debe hacerse planificadamente fomentando la inmigración circular que facilite el desarrollo de los países de origen, y de este modo, compensar los efectos negativos que conlleva la fuga de cerebros, sin perjuicio de que ineludiblemente esta singularidad provoca una segregación laboral y que puede llegar a lesionar el principio de igual de trato sino se realiza dentro de un marco global de la política europea de inmigración.

Desde mi punto de vista la vigente ley 2/2009 de extranjería ha errado en algunos de sus preceptos, si bien circunscribiré esta referencia a los siguientes que a continuación paso a exponer:

a) A pesar de que tanto en su Exposición de Motivos, como los arts 2 ter y 2 bis, de esta última reforma se positiviza la integración en una ley de esta naturaleza, no se le ha dotada a esta de un contenido técnico jurídico, al haberse omitido por parte del legislador de extranjería cada uno de los derechos humanos de los que son titulares lo inmigrantes, para ello ha apostado en el art 2 ter por un modelo de integración multicultural(igualdad respetando al máximo los derechos de las minorías) abogando por el respeto de las identidades y culturas de los inmigrantes dentro del marco conformador de la Constitución y la ley, sin embargo en el mismo precepto especifica que esta labor se realizará mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constituciones y estatuarios de España y de la UE, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, etc. Observándose como la integración a la que hace referencia el legislador español es únicamente la social, que se conforma como un deber –obligación para el inmigrante - a mi juicio, la solución mas acertada hubiera sido optar por un modelo de intercultural entendida “como el reconocimiento de la legítima pluralidad de las culturas compatibles con la tutela de los valores comunes irrenunciables, porque están fundados en los derechos humanos universales” ya que esta es actualmente la única solución que permite que el proceso de integración se realice de forma bidireccional (y no como hasta ahora de forma unidireccional) .No obstante, para poder implementar este modelo debe realizarse conjuntamente la integración económica –jurídica del inmigrante en un contexto determinado.

Además un tratamiento en la igualdad puede hacerse con el reconocimiento de la diversidad, pero esto no implica que se implanten políticas específicas que sean exclusivas. A lo expuesto debe añadirse que, ante la llegada de un migrante, se establecen distintos momentos,

previos a llegar a la integración: primera acogida, acogida propiamente dicha, y, la propia integración. Pero del examen del citado artículo, no se recogen específicamente cada una de estas fases sino que por el contrario, solo se establece la integración social como un deber de promoción de las Administraciones Públicas que figurara con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos que estas desarrollen. Sin embargo, mientras subsista una movilidad social limitada, nula o insuficiente participación sindical y política y segregación socioeconómica y laboral, esta integración no se hará efectiva. Asimismo considero incongruente por parte del legislador no haber hecho referencia expresa en los arts 2 ter o 2 bis al vigente Plan Estratégico de Inmigración y Ciudadanía, que reivindica como principios básicos: igualdad, ciudadanía e interculturalidad, que expresan una voluntad integradora basada en la igualdad en derechos y obligaciones y el reforzamiento de la conciencia ciudadana de todas las personas que conviven en el territorio español en un marco de interacción socio cultural, como en cambio si lo ha hecho con el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo.

b) Otro punto a destacar, es en materia de protección de derechos fundamentales, no hay que obviar que el legislador constitucional español opto por la formula del Estado Social, lo cual implica dos consecuencias primordiales: primero, la responsabilidad de los poderes públicos en la garantías del derecho en si, y, en segundo lugar, la obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas oportunas para garantizar la efectividad del derecho. Al hilo de lo expuesto, hay que añadir que nuestro ordenamiento jurídico interno se haya vinculado por los acuerdos suscritos por nuestro país, y este sentido vinculante ha sido recogido por el legislador de extranjería en el art 3.2 de la LOEXTR que dispone lo siguiente: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias vigentes en España”*. Además no hay que olvidar que la doble remisión que se hace en la CE a los derechos fundamentales en los arts 13.1 y en el 10.2. En el cuanto al primero, recoge el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros respecto a la titularidad sobre los mismos pero subordinado a lo que dispongan los Tratados y la Ley. Mientras que en el segundo, el art 10.2 de la CE, conecta los derechos fundamentales y las libertades públicas con los derechos humanos. En consecuencia, los extranjeros que se encuentran en nuestro país, están imbricados por la normativa vigente, de idéntica manera que los ciudadanos españoles, normativa que incluye, entre otros hechos constitutivos de delito y castigados con la correspondiente pena a determinar por la Autoridad judicial, sin que la búsqueda de un trabajo digno que permita llevar una vida en mejores condiciones pueda tipificarse como un delito, siendo esta causa una de las principales motivos (si no la principal) de que las personas migren a Europa y tomen a España como el destino inicial. No obstante, continuamos percibiendo el trabajo migrante desde un punto de vista utilitarista laboral, tal y

como se desprende del hecho de que si bien, el Tribunal Constitucional ha resuelto los indicados recursos de inconstitucionalidad, entre otras, en las sentencias 236/2007 de 7 de Noviembre, y 259/2007 de 19 de Diciembre, reconociendo que la exigencia que la indicada ley imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga y asistencia jurídica gratuita, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, por tanto, contraria a la Constitución, a obligado a que el TC una nueva clasificación de los derechos fundamentales en relación con la dignidad de la persona y para determinar el grado de vinculación con la misma , se establece que las diferencias entre los inmigrantes en función de su situación administrativa se subordina aun un nuevo parámetro, el concepto jurídico indeterminado de la dignidad humana que actualmente fija los siguientes condicionantes : a) El contenido esencial del derecho(referidos al tipo abstracto de derecho y de los intereses que estos protegen) y su conexión con la dignidad humana; b) los tratados internacionales tambien delimitan el contenido del derecho; y, c) finalmente, la CE puede establecer condiciones al ejercicio por los extranjeros de determinados derechos y libertades, siempre que protejan dicho contenido esencial del derecho, preserven otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos y guarden la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida. Por tanto, el TC no utiliza exclusivamente un criterio interpretativo unánime, sino que este variara en función del derecho ante el que se encuentre: literal del precepto, sistemático al ponerlos en relación con la propia ley; la CE o los Tratados; o, el objetivo al conectarlo con la realidad social. De ahí que, por ejemplo en materia de asistencia sanitaria, el TC no lo equipare el derecho a la salud con el derecho a la vida consagrado en art 15 de la CE o el derecho a la integridad física y moral, puesto que a juicio de nuestro Alto Tribunal, no toda afectación de la salud es lesiva contra los referenciados derechos, debiendo de analizarse por tanto en cada caso, el grado o intensidad de dicha afectación, para determinar si existe o no lesión del art 15.En cualquiera de los casos, en particular, en relación con este derecho a la sanidad no se establece diferencia de protección entre españoles y extranjeros sino que en realidad lo que establece es un mayor o menor intensidad en la cobertura del mismo, dependiendo esta extensión de que se encuentre encuadrado en un grupo vulnerable: menores, mujeres embarazadas o urgencias, o que se encuentre inscritos en el Padrón Municipal siendo este el condicionante que determina en el resto de los casos la extensión del derecho a la salud de los extranjeros en nuestro país.

c) Asimismo, una de las causas que ha motivado la actual reforma, tal y como se contempla en la Exposición de Motivos de la LOEXTR, es la realizar una aproximación global al fenómeno migratorio, lo cual exige la adaptación de la reciente normativa a las nuevas competencias autonómicas recogidas en los Estatutos de Autonomía. Para conseguir este objetivo es preciso que exista un acercamiento entre ambas Administraciones y de este modo

lograr una convergencia entre las mismas, que conduzca a transformar el derecho de extranjería vigente en un derecho propiamente migratorio en un futuro próximo. Este primer intento de aproximación es realizado por la LOEXTR, al atribuir a la Administración autonómica (competente en materia de integración), la determinación en la mayoría de los procesos que fijan las situaciones jurídico-administrativas de buena parte de la población extranjera que desea venir a establecerse en España o que ya se encuentra aquí. La justificación de este viraje legislativo en política migratoria, ha sido debido a nuestro juicio a dos hechos fundamentalmente: STC 31/2010 de 28 de Junio y asunción de nuevas competencias por las CCAA, tras la promulgación de la LOEXTR. En cuanto la primera, es fruto del recurso de inconstitucionalidad que planteo el Estatuto de Autonomía de Cataluña, sobre las materias - inmigración y extranjería- ,donde fue resulta la cuestión competencial en su fundamento jurídico nº 83, al declarar conforme a la Constitución el artículo 138 de dicho cuerpo legal, sometiéndolo únicamente a una interpretación determinada.

En definitiva, esta sentencia, viene a aclarar que pese a que la CE establece que constituye una competencia exclusiva del Estado la regulación de la inmigración, además del régimen de extranjería, el asilo y el refugio, es cierto que, el incremento de extranjeros inmigrantes en España, ha dado lugar a que por parte de las CCAA y los Ayuntamientos se haya venido prestando atención asistencial a este colectivo, aunque en los Estatutos de Autonomía no figurara dicha previsión. Desde esta perspectiva se puede afirmar que las competencias que las CCAA, han ejercido en estos pasados años no son en realidad competencias propiamente destinadas al colectivo inmigrante, sino que constituyen el ejercicio de las propias competencias autonómicas sectoriales en educación, sanidad, asistencia social, vivienda, cultura...etc. Que se aplican también a estos ciudadanos para propiciar su integración social. Por ello, para entender correctamente el alcance de la competencia sobre integración de los inmigrantes se impone la superación de su restringida comprensión inicial recogida en la originaria LO 4/2000, que atribuía al Estado “un título horizontal” en inmigración. Esta puntualización es importante, ya que en los derechos de contenido prestacional corresponde al Estado fijar un marco básico y a partir de aquí, compete a las CCAA, en su caso, llevar a cabo el desarrollo correspondiente más allá del estándar mínimo de los servicios destinados a la integración de los inmigrantes. Quedando de este modo, palmariamente reflejado el carácter compartido de la materia competencial “inmigración”, a cuya formalización más allá del artículo 149.1.2 CE hemos asistido con algunas de las recientes reformas estatutarias.

Al hilo de lo expuesto, partiendo de la premisa de que el Estado le corresponde la competencia exclusiva en materia laboral y a las CCAA su ejecución, surge la problemática de delimitar ambas parcelas, en materia específicas como son la concesión y renovación de los

permisos de trabajo como competencia plena, al encuadrarse esta actuación en el título “ejecución laboral” y no en el de “inmigración”, dando como resultado un sistema de cogestión necesario entre las Administraciones implicadas. Siendo necesario la modificación de los Estatutos de Autonomía para lograr la adaptación de la normativa a las nueva competencias autonómicas. Esperemos que ello no suponga un aumento de la descoordinación entre las Administraciones encargadas de gestionar el fenómeno migratorio, puesto que si esta labor no se realiza racionalmente, se pueda provocar un mayor incremento de la actual inseguridad jurídica existente.

d) En otros casos, en cambio el derecho si se hace depender exclusivamente de la situación jurídica administrativa del inmigrante como ocurre en el caso del derecho al acceso a la Seguridad Social y en materia de derecho al trabajo, que se subordina su disfrute a que estos detenten la situación administrativa de residencia arts 10 y 14 de la Ley .A este respecto, para ser beneficiarios de las prestaciones que el sistema anteriormente a la reforma operada por la LOEXTR se distinguían tres situaciones : a) los que tienen autorización de residencia y trabajo; b) los que solo tenían autorización de residencia; y, c) los que no tenían ninguna de estas dos autorizaciones. En el primer caso, al haber cotizado y ser dado de alta por el empresario tiene derecho a los dos niveles que otorgar el sistema contributivo y no contributivo. Mientras que en segundo supuesto, tendría derecho a las prestaciones no contributivas si cumple el tiempo de residencia legal exigido y también incluso a las de carácter contributivo consecuencia de las responsabilidades que hubiera podido incurrir el empresario al no cumplir con los requisitos señalados de cotización y alta y ;y, en ultimo lugar, en el caso de que este prestara sus servicios sin permiso de trabajo ni alta en el sistema, el sistema le otorga acceso a ciertas prestaciones que serán las contempladas en los convenios internaciones y aquellas otras que determine la ley de extranjería, que son las dispuestas en el apartado 1 del art 14 , que son los servicios y prestaciones sociales básicos que en el mismo articulo en su apartado 3, se reconoce a los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa, pero en las que expresamente se subraya que no comprenden la prestación por desempleo. En consecuencia cualquier extranjero que se encuentre en nuestro país realizando una prestación laboral, tiene derecho a las prestaciones que confiere el sistema de seguridad social español, si bien, únicamente los residentes tienen derecho tanto a las prestaciones sociales básicas como a las específicas (tanto del Estado como de las CCAA) en igualdad de condiciones que los españoles. Además con la finalidad de evitar esta situación fragmentaria, la LOEXTR acertadamente, ha establecido una autorización dual de residencia y trabajo, de forma que ambas se concederán conjuntamente solucionando de este modo a partir de su vigencia, esta multiplicidad de situaciones que propiciaban inseguridad jurídica al extranjero. Finalmente la nueva redacción del art 14, incluye una excepción al requisito de la residencia, con relación a los extranjeros con

discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España. De modo que, a estos se les exime de la obligación de tener la residencia legal en nuestro país, pero a cambio se le exige tener un domicilio habitual en nuestro territorio, surgiendo el problema de cual es el medio probatorio de esta situación, la solución parece venir dada por considerar el Padrón como medio de prueba de esta realidad tal y como señala el art 16.1 de la LBRL “*constituye prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual...*”, otorgando al mismo un valor de presunción *iuris tantum*, es decir, admite prueba en contrario y obliga a probar a quienes pretendan desvirtuarlas, cuando en realidad debería de darse a mi juicio a dicho documento un valor *iuris et de iuris*, ya que existen indicios autosuficientes que no admiten prueba en contrario, el problema surge si el inmigrante irregular con hijo a su cargo no se encuentra empadronado, planteándose la disyuntiva si sería admisible como medio probatorio otros medios probatorios como : contrato de agua, electricidad, declaraciones de los vecinos, etc. A este respecto conviene recordar próximo en el tiempo, la iniciativa del Ayuntamiento de la localidad española de Vich, en la provincia de Barcelona que determino no empadronar a migrantes irregulares- si bien la medida fue paralizada- o el Ayuntamiento de Sant Andreu de Llavaneres, que manifestó su intención tras la entrada en vigor de la LOEXTR, de denunciar a las policía a aquellos extranjeros que estando en situación irregular se empadronen en sus municipios, entre otros.

Desgraciadamente los obstáculos para acceder al Padrón Municipal no son exclusivos de estos ayuntamientos, en otros pueblos y ciudades españolas, sin existir instrucciones formales en este sentido, proliferan las trabas burocráticas para dificultar el acceso al Padrón y cuya imposibilidad a su acceso tiene un doble efecto perverso. Por una parte, condena a miles de personas a la inexistencia jurídica, y de otra parte, les niega la posibilidad de regularizar su situación.

e) Otro derecho que ha sido puntualmente reformado, es el de reagrupación familiar, donde si bien, continua vigente la óptica mercantilista de las política migratoria europea de efectuar un tratamiento exclusivamente individual del trabajador extranjero de manera que para entrar legalmente en un país sólo se aceptan los individuos y no se tiene en cuenta su realidad familiar. La actual normativa española, a pesar de continuar siendo restrictiva presenta las siguientes novedades. En primer lugar, se produce una aproximación de la norma a las distintas realidades familiares al incluir a las parejas de hecho heterosexual(pero como factor negativo continua excluyendo los supuestos de convivencia homosexual) y las ha equiparado a todos los efectos al cónyuge, pero a su vez, también ha restringido seriamente la reagrupación de los familiares ascendientes, de manera que no sólo se mantiene el requisito de la dependencia económica con respecto del solicitante sino que ahora sólo pueden serlo los padres del solicitante, es decir parientes en primer grado, que tengan más de 65 años y siempre

que el reagrupante tenga la condición de residente de larga duración. Excepcionalmente se podrá aceptar al ascendiente menor de 65 años cuando concurren razones de carácter humanitario. Por tanto, se establece una clasificación entre quienes tienen “*mas derecho*” a reagrupar a su familia en este sentido el art 18.1 segundo párrafo señala que *“La reagrupación de los familiares de residentes de larga duración, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la UE y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores, podrá solicitarse y concederse, simultáneamente, con la solicitud de residencia del reagrupante”*. Lo cual, viene a establecer claramente el tipo de migrantes que se quiere en España, pues en el párrafo primero del mismo artículo dispone: *“Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la reagrupación familiar cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial, con excepción de la reagrupación de los familiares contemplados en el artículo 17.1 d) de esta Ley, que solamente podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración.”* En consecuencia, hay una preferencia establecida por el legislador de extranjería español para reagrupar, optando preferentemente por el colectivo de migrantes que obtengan “una tarjeta azul”, la cual se convierte en un instrumento para atraer inmigrantes altamente cualificados profesionalmente, creando una evidente discriminación frente a los inmigrantes poco cualificados. En segundo lugar, sigue primando el criterio de suficiencia de recursos frente a la protección a la familia para poder ejercitar este derecho, sin que el legislador los cuantifique, limitándose a efectuar una serie de orientaciones, no obstante excluye a efectos de la valoración de ingresos aquellos “prevenientes del sistema de asistencia social”. Por tanto, “a sensu contrario” sí que se computarán las prestaciones que no sean asistenciales. Actualmente tras la aprobación por el Consejo de Ministros del nuevo Reglamento de 2011, en el art 54 se especifican cuantos son los medios económicos que tiene que disponer un extranjero extracomunitario para poder reagrupar a su familia, con base en el IPREM; (2 miembros: 175% IPREM); si más de 2 personas se añadirá un 50% IPREM, sobre la base de 225% para tres miembros. Expresamente se refiere a la acreditación de la posibilidad efectiva de disposición de los medios económicos tomando en consideración la perspectiva de mantenimiento de una fuente de ingresos en el año inmediatamente posterior a la presentación de la solicitud de autorización. La cuantía podrá ser minorada excepcionalmente cuando el reagrupable sea menor de edad. Y se contempla la posibilidad de contabilizar los ingresos de familiares en línea directa en primer grado, residentes en España y que convivan con el reagrupante.

Una novedad interesante en este derecho, en la LOEXTR, es la supresión del obstáculo del estado civil de “casado” de los hijos que les impedía ser reagrupado. Pero quizás una de las reformas que mas controversia ha suscitado, ha sido la posibilidad de reagrupar a los hijos legalmente incapacitados que sean mayores de edad siempre que no puedan objetivamente ser capaces de proveer sus necesidades debido a su estado de salud, segregando transversalmente a los menores discapacitados que no tengan problemas de salud, dejando de nuevo en manos de los tribunales la inclusión de los mismos en materia de reagrupación. Tampoco ha resultado acertada a mi juicio, la exclusión de la reagrupación de los ascendientes dependiente económicamente de varios hijos.

Otro aspecto destacable es la modificación operada sobre los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales, del cónyuge e hijos reagrupados que cuando alcancen la edad laboral podrán trabajar sin necesidad de obtener autorización de trabajo, de este modo, estos podrán adquirir una autorización de residencia independiente del reagrupante, bastando para ello acreditar la suficiencia de recursos económicos independientes del mismo, sin limitación sectorial o geográfica, lo que facilitará la adecuada inserción laboral y viabilizará su integración social.

f) También una mejora importante relacionada con el derecho de reagrupación, es el viraje legislativo que se ha producido en relación con la mujer extranjera que ha sido reagrupada por su agresor, en tal caso, actualmente se da una protección a la víctima, permitiéndose que esta obtenga una autorización de residencia y trabajo independiente del agresor, desde el momento en que se hubiera dictado a su favor una “*Orden de Protección*” o en su defecto, exista “*Informe del Ministerio Fiscal que admita que existen indicios de esta violencia*”, a diferencia de la exigencia establecida en la legislación anterior, de que para producirse dicha actuación tuitiva esta debía “tener medios económicos suficientes”. A mi juicio, este tipo de reagrupación plantea varios problemas, el primero de ellos, es el problema para la mujer que haya sido objeto de este tipo de violencia, en el supuesto de que ambas partes se reconozcan agresión mutua, en lugar de alegarse únicamente por parte de la víctima “legítima defensa”, este hecho conlleva a que esta se le imputen unos antecedentes penales que le impedirán acceder a la autorización de residencia y trabajo. A lo expuesto hay que añadir, un segundo problema, que también desde mi punto de vista, hubiera necesitado mayor perfilación legislativa, me refiero al hecho de que las mujeres siguen sometidas a riesgo de que se continúe con el expediente sancionador que esta suspendido -durante un mes plazo que tiene la víctima para pedir la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales- que novedosamente no requerirá aportar oferta de trabajo siendo posible su concesión de modo provisional aún sin haber recaído sentencia. Pero si no se obtiene dicha Orden, el procedimiento sancionador continúa, pero no necesariamente

acabará en expulsión sino en multa. Mientras que si hay sentencia penal condenatoria se le concede la autorización de trabajo, en caso contrario se le impone una multa. Además una vez concluido el procedimiento penal, esta no se encuentra impune ante la normativa que impone el control migratorio, de ahí que, la ley continúe teniendo un efecto disuasorio, que hace que la víctima deba tener una certeza de obtener una sentencia condenatoria del agresor, ya que su actuación hace que pase de ser invisible para las autoridades policiales a evidenciar su situación irregular, lo que pone de manifiesto que nuestra legislación de extranjería siga anteponiendo la defensa del interés público derivado de su régimen sancionador a la situación de la mujer víctima de maltrato, lo cual, produce una doble vulnerabilidad de la víctima extranjera. Siendo los tribunales los que tiene que corregir estos efectos perniciosos tal y como ha ocurrido en la STC 60/2010 de 7 de Octubre de 2010, en el que se planteo el problema relativo a los presupuestos de constitucionalidad de las leyes penales, y en concreto, si se han lesionado alguno de estos principios : personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: validez del precepto legal que establece la imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento. Donde la Sala en su Fj 10 *in fine*, estimo que la finalidad inmediata perseguida por el legislador mediante el art. 57.2 CP es, la de proteger los bienes jurídico-constitucionales tutelados por los tipos penales a los que se refiere el art. 57.1 CP -vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.- mediante la evitación de futuros ataques que no se individualizan sólo ni únicamente por el hecho de ser violentos -ya que no todos esos delitos lo son-, sino sobre todo, por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares definidas en el propio art. 57.2 CP. Asimismo, junto a esta finalidad directa o inmediata, la configuración que del alejamiento realiza el citado precepto, tiene también otras finalidades secundarias como la creación de un espacio de confianza capaz de generar libertad en el disfrute de las posiciones en las que se concretan esos bienes jurídicos, así como la de eliminar la venganza privada y, con ello, evitar futuras lesiones de esos u otros bienes jurídicos. En definitiva, el Tribunal considera que la protección de la vida, integridad física, libertad y patrimonio de las victimas es protegible, además accesoriamente a través declarar constitucional la orden de alejamiento, se evitan daños futuros que pudiera padecer la victima de dicho agresor. Por tanto, hoy día, en España es muy difícil para una mujer víctima de malos tratos denunciar a su pareja, más aún si se encuentra en España de forma irregular y su situación económica es precaria y tiene hijos a su cargo.

g) Al hilo de lo expuesto, se encuentran las víctimas de trata de seres humanos, sobre todo en dos aspectos específicos: asistencia jurídica especializada y en materia de protección integral a las víctimas en situación de estancia irregular. Actualmente para abordar el

problema de estos sujetos hay que acudir a la remisión a dos normas: la LOEXTR(que se aplicara a todas la víctimas de trata y no sólo a las víctimas de explotación sexual) y una propuesta de modificación del actual delito de trata en el proyecto de ley de reforma del Código Penal, que si bien es cierto que, la reforma del Código Penal prevista diferencia entre el tráfico y la trata, esta distinción no se realiza de forma nítida, puesto que no existen diferencias sustanciales en cuanto al computo de la pena entre ambas figuras(la trata de seres humanos conlleva penas de 5 a 8 años mientras que por favorecer la migración irregular las penas son entre 4 a 8 años).

Tampoco esta distinción aparece clara en la actual LOEXTR, ya que del examen de su art 59 rubricado “colaboración contra redes organizadas “se observa como mezcla a las víctimas de ambos tipos penales tráfico y trata, manteniendo la idea de control sobre la de protección, primando este hecho sobre su condición de ser sujeto de derechos, creando una evidente desprotección ante un sujeto cuya situación es aun más vulnerable como es el caso de las víctimas de trata. De ahí que, como mecanismo para evitar eludir el castigo contra el presunto autor de los mismos, establece que en el momento en que el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero expulsado o con un expediente de expulsión abierto pueda testificar como víctima o testigo en un procedimiento penal por un delito de trata o tráfico, podrá pedir que no se ejecute la orden de expulsión o, si se ha procedido a su expulsión, que se autorice su regreso para que testifique. Por tanto, el legislador a mi juicio, ha perdido la oportunidad que le brindaba esta nueva disposición y subsanar los defectos que anteriormente venimos padeciendo y que perviven, puesto que una cosa es la protección de la política de extranjería y del tráfico de inmigrantes, y otra bien distinta, la trata de seres humanos que es explotación (laboral o de prostitución).En este sentido, resulta clarificador la definición dada por el Protocolo de Palermo en el 2000 de ambas figuras, en la que se define al tráfico ilícito de migrantes como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado del que no es nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio material”. Es decir, hay una movilidad transnacional voluntaria, si bien hay una serie de sujetos que se benefician económicamente de esa movilidad. En cambio la trata, es “la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.”Por tanto, no hay libertad de la voluntad de la persona para realizar dicha movilidad geográfica. Además ambas figuras tienen el denominador común que para ser objeto de protección es precisa una denuncia (que presuntamente se cree falsa) por ello se da un plazo de reflexión a las víctimas de trata(art 59 bis) de al menos 30 días sobre la colaboración que se

va a prestar(a mi juicio plazo muy reducido cuya fijación definitiva corresponderá al futuro Reglamento su duración).Pero incomprensiblemente ese periodo de reflexión, puede ser revocado o denegado por razones de orden público ¿ entonces como se la protege mientras decide o no denunciar?.En conclusión, si partimos de la premisa de la prostitución es una actividad voluntaria (ya que sino nos encontraríamos ante un ilícito penal) que el legislador hoy por hoy, se niega a normativizar. Por tanto, el art. 59 confunde el tráfico y la trata y luego duplica las medidas al hablar de víctimas de trata. Si no es así, si no confunde y el art. 59 se dirige a un grupo de personas diferente del art. 59 *bis*, entonces está reconociendo que existe la posibilidad del trabajo sexual (no sólo de la explotación sexual), y se está negando su regulación y su protección a través del derecho. Pero hoy por hoy, el legislador español no se mueve en esta línea de reconocimiento tal y como queda puesto de manifiesto en el Informe Final de Ponencia núm.154/9 de 13 de Marzo de 2007, que cerró el debate en la Comisión del Congreso sobre la situación de la prostitución en el Estado español, en el que se incidió en que no podía ser un trabajo, por ser incompatible con la normativa laboral. (A este respecto conviene puntualizar que, a día de hoy, 7 de Marzo de 2011, bajo la referencia B 256-6, se encuentra en fase de enmiendas los arts 31 bis sobre violencia de genero y 59 bis sobre trata de seres humanos de la LOEXTR)

h) Otro punto objeto de crítica, es la “ordenación de flujos migratorios”, donde si bien es cierto que en la actualidad, cualquier Estado de derecho receptor de inmigrantes ha de mantener permanentemente el objetivo de canalizar legal y ordenadamente los flujos migratorios. Para lograr dicho objetivo el Estado debe tener en cuenta los parámetros inmediatos de la capacidad de acogida y las necesidades del mercado de trabajo. Actualmente las vías regulares de entrada en nuestro país son: la contratación colectiva de origen, el régimen general y los visados de búsqueda de empleo. Siendo efectuada la canalización de la gestión de las demandas empresariales generalmente por los Servicios Públicos de Empleo, a través de su inclusión en el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura o por la Comisión Laboral Tripartita. Sin embargo, la mayoría de las contrataciones de migrantes en nuestro país se efectúa fuera de este marco regulador, observándose como a pesar de que hoy día , nuestra economía gira en torno a las PYMES, estas apenas utilizan la vía de la contratación colectiva de origen, además de las razones generales de tener un carácter hermenéutico en el aspecto formal, desajuste con las realidades del mercado que les impide cubrir los puestos de trabajo cuando se demanden y no después cuando las necesidades ya han desaparecido, hay que adicionar el problema específico que tienen las PYMES, por la imposibilidad de agrupar previamente sus ofertas, lo que las obliga a acudir al régimen general, que les compele a esperar que el INEM, verifique que no existen nacionales ni extranjeros residentes que puedan prestar sus servicios, y

en tal caso, se ofertan estos puestos en el Catálogo de Dificil Cobertura, en aquellos países con los que España haya suscrito acuerdo, que generalmente carece de un servicio público de promoción de ofertas, selección de personal y formación para el mismo. Sin embargo, este procedimiento además de lento es ineficaz, puesto que no es capaz de cuantificar la escasez de mano de obra necesaria, de ahí, que una solución posible a este problema pase por combinar el Catálogo con un cupo anual de trabajadores extranjeros. Además se le deben ampliar competencias al INEM, que le permita conectarse con los organismos análogos correspondientes de los países de origen, para organizar las labores de promoción de ofertas y selección de candidatos adecuados. Otro mecanismo auxiliar para ordenar los flujos puede ser la creación de la “Agencia Estatal de Migraciones” (que se adelantó su creación en el año 2004 y que aun no ha llegado a materializarse) cuya función primordial era la de desarrollar y ejecutar las competencias estatales en materia de regulación e integración social de los inmigrantes, así como la de programar y gestionar las diversas actuaciones de asistencia y apoyo a los emigrantes españoles en el extranjero. Si bien, su implementación puede ser beneficiosa, debería de haberse creado antes de las CCAA ejerciten las competencias que tienen conferidas en sus Estatutos de Autonomía en materia migratoria tras las reformas que se han producido en los mismos en el periodo 2006-2007. Asimismo también es recomendable la creación de una “ventanilla única” con la finalidad de agilizar los trámites administrativos con los que se encuentra actualmente el inmigrante en nuestro país y que a su vez canalice las competencias de las diferentes instancias de la Administración que intervienen en la política de inmigración. No obstante, todas estas medidas son ineficaces sino se complementan con un reforzamiento real de las fronteras, donde figuren detalladamente las salidas y entradas de trabajadores extranjeros en nuestro país y se constante en una “base de datos única” y actualizada que permita cuantificar el número de extranjeros que se encuentran prestando sus servicios en España y que a su vez, sirva de parámetro cualitativo sobre las actividades específicas que estos están desarrollando y de este modo lograr aproximar la oferta a la demanda de puestos reales.

Además este proceso de canalización y ordenación de flujos es inaplicable si la Administración no abandona la utilización reiterada del mecanismo de las “regularizaciones” para absorber la migración irregular, ya que esto crea unas expectativas al inmigrante que espera cumplir los requisitos exigidos en el nuevo proceso de regularización, la solución por drástica que parezca a mi juicio pasaría por regularizar a los que sean regularizables, y a los que no, compelerles a abonar nuestro país, a través del “retorno voluntario”. Si bien, este proceso de regularización no debe conllevar un coste cero para el empresario que obtenido unas ganancias de esta contratación irregular, y que ha dejado de ingresar aportaciones sociales a las arcas de la Seguridad Social, para ello, sería preciso una labor exhaustiva llevada a cabo por parte de la Inspección de Trabajo, que haga aflorar la economía sumergida y el trabajo irregular

de la inmigración y solo así los empresarios acudirían a regularizar a aquellos inmigrantes que precisen vía arraigo laboral.

i) Otro punto controvertido, son las deficiencias técnicas que presenta el procedimiento sancionador. Donde hasta ahora, el concepto devolución se empleaba jurídicamente con un significado preciso y diferenciado de la expulsión, como se aprecia en los arts. 22, 28, 34 y, sobre todo, 58.2 de la anterior versión de la Ley de Extranjería. Sin embargo, actualmente la LOEXTR, le dota un carácter de imprecisión, extendiendo su ámbito subjetivo a todos los extranjeros que han accedido irregularmente, tanto a los detectados en la frontera como en el interior del país, por lo que habrá de entenderse que el legislador se refiere, propiamente, al fortalecimiento de los procedimientos de devolución y también a los de expulsión de quienes acceden y permanecen ilegalmente, por lo tanto, se realiza una aproximación conceptual entre ambos términos. De modo que, aunque la expulsión del extranjero, continúa siendo una sanción a diferencia de la devolución que no tiene esta connotación sino la de ser una medida administrativa de policía dirigida al restablecimiento del orden jurídico previamente vulnerado. Por tanto, no será necesario un expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que habiendo sido expulsados hubieran entrado en España y de los extranjeros que pretendieran entrar ilegalmente en el país, incluyéndose los interceptados en las fronteras. Asimismo la actual normativa, sigue idéntica sistemática que la ley precedente, en cuanto a la tipificación de sanciones incorporando nuevos ilícitos en materia de extranjería como son celebración de matrimonios falsos, la promoción de la inmigración irregular por medios indirectos o el falseamiento de los datos para el empadronamiento. Sin embargo, se siguen sin corregir las disfunciones existentes en el procedimiento sancionador que se manifiestan tanto en la iniciación, tramitación y resolución de los mismos y en la pervivencia de tres procedimientos distintos: preferente, ordinario y simplificado. De modo que, infracciones de la misma gravedad merecen procedimientos sancionadores distintos, a pesar de que, al final pueda imponerse la misma sanción. Generalmente el legislador optara por el procedimiento preferente y sumario que ofrece menos garantías al interesado,(entre sus peculiaridades destaca que la sanción puede ser aplicada de forma inmediata, y de este modo, dejar sin tutela judicial efectiva debido a los plazos en que se resuelven los recursos contencioso-administrativos 48 horas para formular alegaciones y 3 días para aportar pruebas, en lugar de 15 días y 30 días que se exigen para las mismas actuaciones en el procedimiento ordinario) si este se encuentra ante un extranjero irregular en territorio español, que no acredite identificación alguna, puesto que su no detención presupone para la Administración un intento de evitar o dificultar su expulsión y que una vez incoado finaliza en la expulsión o no del territorio sin que quepa su sustitución por multa. Coetáneamente subsiste un procedimiento ordinario, aplicable también a los supuestos de

infracciones graves y muy graves contemplados en los arts. 53 y 54, siempre que no corresponda al procedimiento preferente para otras infracciones de la misma gravedad y tipificadas en los mismos preceptos pero en distinto apartado clasificatorio. Los cuales simultáneamente también coexisten con un procedimiento simplificado para las infracciones que tengan esta naturaleza. Todo lo expuesto nos plantea la siguiente premisa .En medio de esta dispersión ¿Puede el interesado elegir procedimiento que considere más ventajoso exigiendo la incorporación a las nuevas normas, que en unos casos son francamente más ventajosas que las anteriores? Otra novedad reciente, es la promulgación de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 Abril de 2011, relativo a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, donde por primera vez se reconoce un tratamiento diferenciado de este delito a hombres y mujeres, amplía el concepto de trata. De su sistemática divide en 36 Considerandos y 23 artículos, dedica tres Considerandos a menores en general y a los no acompañados en particular y en su parte positiva destina siete artículos a su tratamiento. Merece subrayarse, una serie de novedades referidas a este último subgrupo como son entre otras: establecer medidas de acogida y garantías procesales , entre las que destaca la necesidad de que lo antes posible se le nombre un tutor o representante, con objeto de proteger los intereses del menor, debido decidirse con la mayor intermediación posible sobre su futuro para el cual ofrecen las siguientes soluciones como duraderas; el retorno y la reintegración al país de origen o al país de retorno; la integración en la sociedad de acogida; o ,la concesión del estatuto de protección internacional o la concesión de otro estatuto con arreglo al Derecho nacional del Estado miembro. También, se sugiere a los Estados miembros que tengan en cuenta, las especificidades relacionadas con el género y los derechos de los menores, se reitera la necesidad de formación específica para todo el personal que tenga que tener contacto con menores (agentes de policía, inspectores de trabajo, funcionarios de fronteras, personal sanitario, abogados, fiscales, etc).En caso de dudas sobre su minoría de edad, hay que inmediatamente prestarles asistencia, apoyo y protección ,además se especifica como han de ejecutarse estas medidas. En cambio, si la víctima de trata no tiene la condición de menor, la asistencia y apoyo por parte del Estado miembro solo es obligada durante el proceso de identificación y el periodo de reflexión, transcurrido el mismo, si no reúne las condiciones para la obtención de un permiso de residencia o no tiene, por otra parte, el estatuto de residente legal en el Estado miembro, o si la víctima ha abandonado el territorio de dicho Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no está obligado a seguir prestándole asistencia y apoyo en virtud de la presente Directiva. Y solo excepcionales en caso necesario, debe seguir prestándose asistencia y apoyo durante un período apropiado después del proceso penal, por ejemplo si la víctima recibe tratamiento médico como consecuencia de un daño físico o psicológico grave resultante del delito o si su seguridad corre peligro debido a sus declaraciones en el marco del citado proceso penal.

4. *El impacto de la inmigración en las fronteras de Europa con África -Ceuta y Melilla- exigen la revisión del actual modelo y sus consecuencias constituye, un reto básico en el reto de la política europea de vecindad.* Las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla son sin lugar a dudas un foco de atracción para la población circundante, con niveles de desarrollo notablemente inferior, por lo que se registra una fuerte afluencia de inmigrantes, cuya etnia ha ido variando a lo largo de su historia, pero cuyo mayor peso por su importancia cuantitativa y cualitativa lo constituye la población marroquí, que inicia este periplo en el año 1950, pero que no será hasta finales de los ochenta y principios de los noventa cuando se intensifica. Podemos distinguir dos momentos decisivos en su configuración: la LO 7/1985 y la firma en Junio de 1991 de los Protocolos de adhesión al Acuerdo de Schengen por España. En cuanto la primera, provocó una situación anómala y antijurídica - la segregación de parte de la población marroquí que vivía o prestaba sus servicios en estas ciudades o que incluso había nacido en ellas- lo cual dio lugar a un movimiento civil de lucha por su no aplicación, y a su vez, aun procedimiento abierto de concesión de nacionalidad a los titulares de tarjeta de estadística, y sobre todo, de otros marroquíes que sin estar en posesión de la misma, acreditaran residencia o trabajo en dichos territorios, pese a no tener dicha documentación, lo cual, desencadenó un incremento en la residencia en ambas ciudades de un importante número de trabajadores marroquíes. En segundo lugar, en virtud del Protocolo de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, nuestro país debido a una Declaración que figura en el Anexo III, sobre las ciudades de Ceuta y Melilla, en su apartado b) dispone lo siguiente: *“Continuara igualmente aplicándose el régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo entre Ceuta y Melilla y las provincias de Tetuán y Nador”*. De cuyo contenido se desprende que, los residentes de Tetuán pueden acceder a Ceuta sin visado al igual que los ciudadanos de Nador pueden acceder a Melilla sin cumplir esta exigencia administrativa. En cambio, el apartado c) del mismo documento aclara lo siguiente: *“A los nacionales marroquíes no residentes en las provincias de Tetuán y Nador y que deseen entrar exclusivamente en las ciudades de Ceuta y Melilla, se les seguirá aplicando un régimen de exigencia de visado, la validez de documento será limitada a las dos ciudades citadas y permitirá múltiples entradas y salidas”*. Por tanto, a los marroquíes no residentes en Tetuán y Nador, si se les va a exigir si quieren acceder exclusivamente a Melilla y Ceuta un visado limitado y múltiple que es diferente al que se le va a exigir para acceder a otras partes del territorio español.

La aplicación de estas disposiciones relajaron en cierto modo el control de sus líneas fronterizas terrestres y tuvieron como efecto inmediato la aparición de un nuevo flujo migratorio procedente del África subsahariana, que llega a estas ciudades por vía terrestre, aprovechando la

continuidad territorial y el especial estatuto jurídico de estas ciudades, para llegar a cualquier ciudad española o del resto de Europa. Siendo la característica fundamental de esta migración, su vocación de no permanencia, que alcanzo su punto mas enfático en el año 1995, con la llegada masiva de inmigrantes subsaharianos, circunstancia que origino un nuevo reto jurídico” una salida legal a esta inmigración”, ya sea repatriándolos al país del que proceden —esto es, Marruecos, con quien se firma en Febrero de 1992 un convenio sobre circulación de extranjeros que hayan entrado ilegalmente y que fue el detonante de que Marruecos publicara en el año 2003 la” ley de extranjería marroquí” o bien, facilitarles la documentación en tanto que solicitasen asilo en España o los que pudieron acogerse la LOEX, siendo generalmente trasladados a la península para descongestionar sus instalaciones. Este desbordamiento migratorio en ambas ciudades, que carecía de infraestructuras y medios económicos y humanos necesarios para esta población, obligo a reclamar por parte de las autoridades locales la implicación de instancias diferentes - Administración del Estado, Defensor del Pueblo o el Parlamento Europeo-. Apreciándose como este proceso hoy día, continúa perviviendo y se ha convertido en un problema estructural para ambas ciudades. La respuesta actual pasa por su ingreso en los Centros de Internamiento y posteriormente enviarlos a la península para su repatriación. La entrada en funcionamiento del Sistema Integrado de Vigilancia Exterior previsto en el *Programa Greco* y el reforzamiento del perímetro fronterizo no han conseguido blindar las fronteras de las ciudades completamente, actualmente continua siendo constante y regular el flujo migratorio de este colectivo junto a kurdos, iraquíes e incluso paquistaníes, que han llegado a través de la frontera terrestre de las ciudades pero previsiblemente sin haber atravesado por tierra Marruecos aunque hayan arribado a sus costas y cuya única esperanza es ser trasladados a la península-con o sin documentación-

5. De otra parte, la actual LOEXTR aborda, con mayor o menor acierto, la realidad migratoria de los menores inmigrantes no acompañados, que plantea una serie de retos a los que no prestaba atención la anterior normativa y cuyas consecuencias más destacables desde mi punto de vista son las siguientes:

a) La primera referencia a este colectivo el propio Preámbulo en su epígrafe VII, hace una mención especial a los mismos y a su integración, la cual debe ser un objetivo expreso del conjunto de las políticas llevadas a cabo por las distintas Administraciones Públicas. Integración de estos menores en la sociedad española que, eso sí, es subsidiaria, pues sólo tendría lugar cuando la repatriación a sus países de origen no fuese posible. La opción prioritaria, que después se reflejará en su articulado, es la repatriación, la cual no va encaminada exclusivamente a la reagrupación familiar. Ya en la parte positiva de la Ley, aparece de nuevo referencia a esta cuestión, en el apartado 3 del nuevo art. 2 ter, relativo a la “Integración de los inmigrantes”, en el que se plantea la necesidad de colaboración y cooperación entre todas

las Administraciones Públicas implicadas (Estatal, Autonómica y Local). Por tanto, la cooperación y coordinación interinstitucional de los agentes implicados es el instrumento necesario mediante el cual se va hacer efectiva dicha integración. Conviene recordar que con anterioridad, la LOEXT únicamente aludía a este colectivo con relación a su situación de residencia. En este sentido, es especialmente significativo como el art. 35 ha pasado de titularse “Residencia de menores” a “Menores no acompañados”.

b) En materia de derechos, La LOE sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que, como se ha indicado, es de aplicación a los menores extranjeros, precisamente por la dualización de su condición: menor e inmigrante. Reconocía expresamente los derechos a la educación (art. 9) y a la asistencia sanitaria (art. 12). Sin embargo, posteriormente la LOEX pretendió restringir estos derechos reconocidos en Convenios Internacionales y en la legislación nacional a este colectivo. En este sentido, es importante traer a colación la STC 236/2007 de 7 de Noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la LOEX, que reformaba la LOE declaró que ” limitar el derecho a la educación no obligatoria a los extranjeros “residentes” era inconstitucional .

Situación similar ha ocurrido en relación con el derecho la tutela judicial efectiva de un menor inmigrante pendiente de expulsión, también el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en sus Sentencias 183/2008 y 184/2008 de 22 de Diciembre, reconociendo este derecho actualmente. También se modifica el art. 14.2 relativo al *Derecho a Seguridad Social y a los servicios públicos*, incluyendo una excepción al requisito de la residencia, con relación a los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, otorgándoles el derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que necesiten. De este modo, se cumplen dos de los objetivos fijados por la LOEXTR: a) necesidad de incorporar a la LEX la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dando para ello una nueva redacción acorde con la Constitución, a los artículos de la misma que se han declarado inconstitucionales; y, b) necesidad de adaptar la referida Ley Orgánica a la nueva realidad migratoria en España. Por todo ello, el nuevo art. 35 mencione que “La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor”. Por tanto, queda claro que los menores extranjeros, al margen de su situación administrativa en España, gozan de todos aquellos derechos reconocidos a la infancia y a la adolescencia en los convenios internacionales y en la legislación del Estado y de las CCAA.

c) Asimismo otra cuestión polémica es la determinación de la edad para precisar la minoría de edad de la persona extranjera extracomunitaria, ya que entre otras consecuencias comportara su puesta “a disposición de los servicios competentes de protección de menores de

la Comunidad Autónoma en la que se halle”, mientras que si el extranjero fuera mayor de 18 años, en cuanto inmigrante ilegal, sería abandonado a su suerte y podría ser objeto de expulsión en cualquier momento, siendo responsabilidad de la Administración Estatal. Los problemas que plantea esta determinación de la edad han dado lugar a la reciente Consulta *sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados* (Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2009).

Fruto de la cual, se aprobó una *Proposición no de Ley* del Grupo Parlamentario Vasco, sobre disposición del Gobierno a instar al Fiscal General del Estado a que dicten instrucciones en donde consten criterios homogéneos y únicos para determinación de la edad para todas las fiscalías de fecha de 16 de Febrero de 2010 . De modo que, si se constata que efectivamente estamos en presencia de un menor inmigrante, el Grupo de Menores lo trasladará, de acuerdo con un Protocolo de derivación, al centro de protección autonómico que corresponda. A partir de este momento la responsabilidad con respecto a dicho menor pasará de la Administración Estatal a la Administración Autonómica competente en materia de protección de menores.

d) Otra modificación destacable en esta materia es la relativa a la fase de investigación, ya que anteriormente la LOE en su art 35.3 disponía que: “ La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España”.Por su parte, el Reglamento de 2004, en su art. 92.4, en cambio, tras reproducir textualmente este apartado de la Ley, ya preveía que, de acuerdo con el principio del interés superior del menor, la repatriación a su país de origen pueda acordarse tanto para *la efectiva reagrupación familiar del menor*, como para *la adecuada tutela de los servicios de protección de menores del país de origen*. Sin embargo, la actual reforma de la LOEXTR, elimina la referencia al principio de reagrupación familiar. Siendo criticable la omisión de este principio, ya que con ello se está primando la repatriación, en lugar del interés del menor, por más que se condicione esa puesta a disposición ante los servicios de protección de menores de su país de origen al hecho de que se den “*las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos*”.No obstante, la nueva redacción de la LOEX en su apartado 5 del art 35, recoge la obligación de la Administración del Estado de solicitar informe sobre las circunstancias familiares del menor, así como la alusión del derecho del menor a ser oído en el procedimiento administrativo sobre su repatriación. Esta garantía, no es nueva, venía ya recogida en el Reglamento de 2004, si bien, ordenando que la decisión final se tomara “*después de haber oído al menor*”.

e) Por lo que respecta a la averiguación de la identidad del menor y sus circunstancias personales y socio-familiares, debemos poner en relación los apartados 5 y 10 del

art. 35. De su contenido se desprende que la Administración del Estado (a través de la Comisaría General de Extranjería y Documentación) tiene encomendada la función de averiguar la identidad y las circunstancias personales y socio-familiares del menor inmigrante no acompañado. Sin embargo, lo más habitual es que los únicos datos que se tiene del menor son los que ha recabado los Servicios de Protección de Menores de la respectiva Comunidad Autónoma que ha obtenido mediante entrevistas con el menor inmigrante no acompañado. En consecuencia, debido a la importancia en esta fase sobre el futuro del menor, el legislador de extranjería ha ampliado la posibilidad de establecer no solo él sino también a partir de ahora, las CCAA, colaboración de las autoridades de los países de origen de los menores que no se ha de circunscribir exclusivamente a la repatriación sino que se deben extender también a la prevención de la inmigración ilegal de estos menores y a su protección, además esta extensión de competencia a las CCAA tal y como se constata en el art 35.2 debe hacerse procurando que “*la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia*”.

f) En cualquiera de los casos que la decisión que adopte la Administración debe ser haciendo prevalecer este principio tuitivo de minoría de edad sobre la condición de extranjería. De modo que, si finalmente se acuerda su permanencia en España, solución subsidiaria que solo se acordara solo cuando no sea posible la reagrupación familiar del menor o su puesta a disposición del Servicio de Protección de Menores de su país.

En su defecto, este debe ser documentado, a este respecto el Reglamento de 2004 establece un plazo de el plazo de nueve meses desde la puesta del menor a disposición de los servicios competentes de protección de menores, Transcurrido ese plazo, que por cierto, la LEX ni antes (art. 35.4) ni ahora (art. 35.7) establecía como condición temporal, esta autorización debe otorgarse y sus efectos se retrotraerán. (Debería, en la próxima reforma del Reglamento, establecerse dicho plazo como límite máximo para otorgar dicha autorización y no como plazo de espera).

A pesar de ello, no existen unos criterios comunes actualmente entre las diferentes CCAA para documentar al menor, llegando en la mayoría de las ocasiones a no llegar a ser documentados cuando han alcanzado la mayoría de edad. De ahí, que futuro Reglamento prevé como posible solución establecer un plazo de 60 días si el menor ha alcanzado la mayoría de edad y no ha sido documentado por los servicios competentes de las CCAA para que pueda solicitar este derecho. Mientras tanto, para suplir esta deficiencia, hoy día, en base a lo dispuesto en el Reglamento de 2004, siempre que estos menores hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por la entidad de protección de menores para lograr su integración social, dicha entidad podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales (art. 92.5). Por su parte, el apartado 9 del art 35 de la LOEXTR, amplía estos supuestos a dos nuevas circunstancias: continuidad en

los estudios que se estuvieran realizando; y, su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo.

g) Pero en los escasos supuestos en que los menores de edad son documentados por las CCAA antes de cumplir la mayoría de edad, la vigencia de su autorización temporal se hace coincidir su caducidad con el día anterior a aquél en que el menor alcanza la mayoría de edad. A mi juicio, la solución sería solicitar la renovación de su autorización temporal y no solicitar una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

En todo caso, se deja abierta la vía siempre de la repatriación, a pesar de que el menor haya sido documentado, siendo muy cuestionable que redunde en el interés del menor esta posibilidad que deja abierta el legislador.

Conviene además aclarar que la Administración de la CCAA, desde que la Administración del Estado declare que va a permanecer en España dicho menor, tiene el deber de declarar la situación formal de desamparo, asumiendo desde ese momento la CCAA la tutela del mismo. Por otra parte, si no parece existir duda alguna sobre la conveniencia de la permanencia del menor inmigrante en nuestro país, la Administración Autónoma competente en materia de protección de menores deberá, incluso antes de que la Administración del Estado se pronuncie a favor de dicha permanencia, declarar en desamparo al menor. El problema que se plantea es cuando estos se fugan a otra CCAA, sobre si mantiene dicha protección o si por el contrario procedería su revocación. El legislador de extranjería parece haber encontrado una solución posible: *“las CCAA podrán llegar a acuerdos con las CCAA donde se encuentren estos menores para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración”*(art 35.12). La solución apuntada es positiva, siempre que la comunidad autónoma receptora garantice mejor el proceso de tutela y residencia y que ofrecen mejores recursos socioeducativos y no se realice para encubrir otra finalidad distinta como la de allegar fondos a sus arcas.

h) Resulta paradójico que las Administraciones autonómicas opten por el acogimiento residencial de los menores inmigrantes no acompañados y no lo hagan en cambio por el acogimiento familiar, posibilidad que les brinda el legislador en el art 172.3 del Cc al referirse a la guarda, solución que parece ser más efectiva desde el punto de vista de la integración.

i) De otro lado, recordar que la Administración no solo incumple su deber de documentar, y asumir la tutela, sino que también lo hace con el reiterado deber de integración, que no debe restringirse a prestar formación reglada obligatoria, sino que debe ir también dirigida fundamentalmente a prestarles formación ocupacional- sobre todo a los menores

inmigrantes que a partir de cumplir los 16 años- si lo que realmente se pretende es lograr su inserción laboral, facilitándole para ello el acceso a las escuelas talleres o cursos del INEM.

Resultando positivo que el legislador les exima de autorización de trabajo para el ejercicio de aquellas actividades que, a propuesta de la entidad de protección de menores que los tutela, favorezcan su integración social (art. 41.1.j), así como de la exclusión de los supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo, si están provistos de autorización de residencia, están bajo la tutela de la administración y es improbable que retornen a su país de origen.

j) Por último, no menos polémico el apartado 11 del art 35 de la LOEXTR, que introduce la que la Administración General del Estado y las CCAA puedan establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados. Cada convenio especificará el número de menores que la entidad en cuestión se compromete a tutelar, indicándose el lugar de residencia y los medios materiales que se destinarán a la atención de los menores tutelados. La legitimación para promover judicialmente esta tutela ordinaria corresponderá a la Comunidad Autónoma bajo cuya custodia se encuentre el menor, debiéndose adjuntar en su solicitud el convenio correspondiente y la conformidad de la entidad que tutelaré al menor. Esta medida ha sido criticada incluso por alguna que otra organización no gubernamental, entre otras por SOS Racismo, que considera que el hecho de atribuir dicha tutela ordinaria solamente cuando se trate de menores extranjeros no acompañados y no al resto de menores conculcaría el principio de igualdad (habrá que estar por tanto muy atentos a como se articulan estos convenios, a que realmente respondan al interés del menor y no de una cesión de fondos por las CCAA a estas organizaciones sin animo de lucro a cambio de que estas asuman el problema). En cualquiera de los casos, este traspaso de funciones, debe realizarse únicamente en los casos estrictamente necesarios, en un régimen de transparencia- modificándose necesariamente el Código Civil y la LOPJM- todo ello, sin perjuicio que estas actuaciones administrativas sobre menores, sigan siendo objeto de un control estricto por parte de la Administración autonómica. Por tanto, debido a la especial vulnerabilidad y desprotección del colectivo referenciado, su control y legalidad debe ser responsabilidad institucional de dicha Administración y también de la estatal, por tratarse de un deber moral y legal que tiene todo Estado en materia de protección de menores.

k) Por último, una novedad importante, que recoge la LO 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria, es el tratamiento diferenciado como uno de los grupos vulnerables, el de los menores de edad en general(art 46) para a continuación en el artículo siguiente, definir las situaciones que son objeto de protección, ya que las causas de sus miedos pueden ser distintas a las de los adultos y pueden necesitar una protección especial que

normalmente desconocen que tienen derecho, para finalizar en el art 48, dedicado a los menores no acompañados. En el último supuesto, deben los servicios de la CCAA establecer la tutela de los mismos y prestarles la asistencia que requieran, para ello debe serle nombrado inmediatamente un asesor legal e intérprete, que debe tener una preparación específica en temas de menores y de asilo. En cuanto a las pruebas de determinación de la edad, son idénticas que para el resto de menores, el plazo para resolver será el previsto en el procedimiento de urgencia, por encuadrarse dentro de unos motivos específicamente contemplados para la aplicación del mismo, y que por tanto será como máximo de 3 meses (el ordinario es de 6 meses ampliable). En cualquiera de los casos, no debe ser devuelto a su país, salvo que se acredite fehacientemente que ni él ni su familia va a ser objeto de persecución de ningún tipo. Uno de los aspectos negativos que presenta esta normativa es la exclusión de extensión de su ámbito subjetivo a los países no pertenecientes a la UE. A pesar de ello, la valoración en su conjunto es positiva y representa un salto cualitativo respecto a la normativa anterior, respondiendo tal y como se recoge en la Exposición de Motivos” en profundizar en la mencionada línea garantista derivada del interés superior del menor”.

En resumen, se aprecia como la situación de los menores ha ido evolucionando positivamente en nuestra legislación pasando de una desregularización a una protección legislativa cada vez mayor. Sin embargo el camino aun esta inconcluso; y, donde sigue detectándose en muchas ocasiones las consideraciones a favor del control de fronteras y de regulación de flujos, frente a las políticas sociales del sistema de protección de menores. Siendo actualmente el operador jurídico el que va imponiendo cada día a fuerza de sentencia a la Administración a cambiar su forma de actuar en esta materia de conformidad con el “interés superior del menor”. Sin embargo, todavía se observa como se continúan vulnerándose derechos reconocidos por nuestro país en los instrumentos internacionales, no se respetan absolutamente las garantías procedimentales como: el derecho a la audiencia, el retorno o la notificación expresa que le permita ejercitar su derecho a la defensa durante la repatriación, etc. Actualmente tras la aprobación del nuevo reglamento de ejecución de la LOEXTR, se ha reordenado y organizado mejor el contenido de los preceptos relativos a los menores extranjeros, precisando aquellos procedimientos que quedaban mal resueltos en el RD 2393/2004, introduciendo una definición que en el anterior Reglamento no existía sobre menores no acompañados; se añade el supuesto de menores víctimas de redes de trata de seres humanos; se crea un Registro de Menores extranjeros no acompañados donde se anotaran los datos de identificación del menor; se avanza en la voluntad de crear un Protocolo que unifique criterios e información para la identificación de menores y determinación de la edad, para su puesta a disposición de entidades públicas de protección de menores y, sin duda, servirá para determinar su posible repatriación; se modifica la regulación y desarrollo de todo el

procedimiento de repatriación de menores realizando un tratamiento integral; intervención del representante del menor desde que se acuerda de incoación del procedimiento; se le va a permitir en esta fase al propio menor intervenir por sí mismo o a través de representante que designe-si tiene dieciséis años -.En la propia resolución o en documento aparte, se hará expresa mención a la necesidad de solicitar el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para el ejercicio de éste, en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa (art. 191.2, a nuestro juicio esta asistencia debe ser prestada desde el momento que es localizado un menor) ;al crearse la nueva figura de “autorización de residencia del menor no acompañado” desde que se verifique su imposibilidad de repatriación y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores se esta otorgando a este el carácter de limite máximo; y finalmente, se establecen dos procedimientos en cuanto a la forma de documentación del menor, una vez cumple los 18 años, en función de si ha llegado a ser titular de una autorización de residencia durante su minoría de edad y los requisitos para acceder a la misma. A nuestro juicio, si esta reforma no solo se preocupa de dar un contenido técnico-jurídico en materia de menores sino que se lleva a su ejecución material y se acompaña de una necesaria reforma de la LOPJM , sustentado en un sistema de cooperación orgánica, financiera y funcional entre las diferentes administraciones implicadas, donde en lugar de descansar el sistema en la óptica de distribución de responsabilidades entre las diferentes administraciones, en lugar de hacerlo atendiendo a la protección tuitiva que precisa el menor , siendo un problema que deben solventar conjuntamente las Administraciones implicadas, ya que nos encontramos ante un problema integral del Estado y no exclusivo de la Administración autonómica donde el menor se encuentre, al que se le debe dotar lo antes posible de documentación y ofertarles formación profesional y estudios dirigidos a su integración sociolaboral acorde a sus necesidades y reivindicaciones, en cualquiera de los casos, éstos deben estos ser tratados como lo que son realmente menores, debiendo hacer prevalecer el interés superior del mismo, sobre cualquier otro, que tal y como establece la Convención de los Derechos del Niño , que es el eje de toda respuesta atinente a los menores y que debe primar sobre cualquier otro interés legitimo.

6. *Uno de los múltiples y complejos problemas a los que se enfrenta el derecho laboral en general son los derechos sociolaborales de los trabajadores inmigrantes en general, y de los trabajadores transfronterizos en particular, siendo uno más de los problemas que afecta de forma especial a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, máxime teniendo en cuenta que son ciudades fronteras donde históricamente ha existido una disociación entre los derechos sociolaborales y las políticas migratorias que han propiciado no sólo las diferenciaciones de estatuto jurídico, sino, en general, las restricciones a la contratación legal de*

extranjeros favorecen y alimentan de algún modo el trabajo irregular en la economía sumergida, promoviendo hasta cierto punto la inmigración ilegal. La multiplicación de colectivos a nivel internacional que carecen de derechos, o que se les somete a una precarización en sus relaciones laborales, es un hecho generalizado. Ambas ciudades presenta una singularidad socioeconómica propia, debido a su particular espacio físico, reducido y aislado, en un entorno económico, político, tecnológico y cultural notablemente distinto al suyo propio, donde no solo son objeto de migraciones sino que su conformación es fruto de las mismas, tal y como lo evidencia el hecho de la mayor parte de la población melillense y ceuti actual, es fruto de migraciones de descendientes o ascendientes de tercera línea de consanguinidad o afinidad, lo cual ha provocado que su mercado de trabajo haya sido muy volátil. Por otro lado, la mayoría de residentes no nacidos en España nacieron en Marruecos, y más de la mitad de ellos tienen la nacionalidad española. Lo expuesto conduce a que exista una connotación de diferencia en su mercado - la segmentación de la oferta laboral en es el origen étnico- de ahí, que no resulte extraño que la mayor proporción de población que se dedica al trabajo irregular sea la musulmana, que ha nacido generalmente en estos territorios y no se encuentra documentada o lo está incorrectamente o son apatridas.

Este hecho es enormemente significativo desde el punto de vista de la percepción social de la economía sumergida y del empleo irregular, ya que pone de manifiesto que el fenómeno no se alimenta a partir de inmigrantes ilegales sino que responde a la dinámica propia del mercado laboral de la ciudad. En consecuencia este mercado de trabajo tradicionalmente se ha caracterizado por su dualización singular en función de los orígenes étnicos y geográficos de la población, en tanto que los puestos de trabajo menos cualificados son ocupados por la mano de obra inmigrante, residente o no en Melilla. Situación que está dando lugar, en connivencia con los otros aspectos señalados, a la expansión del mercado paralelo de trabajo alimentado tanto por población residente en la ciudad como por los denominados trabajadores de frontera. Estos últimos, parte de los mismos viven en dichos territorios aislados, generalmente han entrado bien por medios legales a través de permisos temporales de residencia que se les caducan y no regresan, o bien, permanecen en dichas ciudades de forma ilegítima ante la desidia de la autoridad gubernativa y que cohabitan con otro grupo reducido de trabajadores de la misma categoría que viven en Marruecos y prestan sus servicios en estas ciudades autónomas y que se rigen por el Convenio Hispano Marroquí de 1979, modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 1998, cuyas condiciones en materia laboral y de seguridad social son más gravosas que la de que tienen la misma categoría de trabajadores que presta sus servicios en el resto de la UE o en Andorra o Portugal, tal y como lo evidencia el hecho de que sus familiares no puedan recibir asistencia sanitaria o educación en el país donde prestan sus servicios entre otros. Finalmente a estos trabajadores actualmente de forma tácita se les viene reconociendo el

derecho a la prestación por desempleo, tras al reforma operada por la LOEXTR en el art 43, sin que se haya producido la incorporación de esta modificación en el Convenio de Seguridad Social suscrito entre ambos países, como en cambio si se ha hecho, para los trabajadores españoles que prestan sus servicios en Andorra en virtud de la Ley 35/2010 de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, y la Repercusión para la Población Trabajadora de Origen o Nacionalidad Extranjera de 17 de Septiembre de 2010, en su Disposición Adicional 18, donde a pesar de que tampoco figura en el Convenio de Seguridad Social con ese país la cobertura de desempleo ,se recoge esta mejora en la protección social exclusivamente a los trabajadores transfronterizos españoles que prestan sus servicios en Andorra, siempre que acrediten periodos suficientes de ocupación cotizada previamente en España y cumplan el resto de los requisitos exigidos, podrán acceder a las prestaciones por desempleo en España al quedar en situación legal de desempleo en Andorra. De ahí que, la solución a sus problemas pase a nuestro juicio por una reforma del actual Convenio con Maruecos, de una normativa específica en determinadas materias como ha ocurrido con los trabajadores transfronterizos andorranos, de una mejora en el Reglamento pendiente de aprobación de la LOEXTR, que haga desaparecer esta segmentación étnica, que provoca una segregación laboral y social de esta categoría de trabajadores y consiguiente su precarización y desigualdad ,que sino se crean medidas para difuminarlas y abolirlas pueden abocar de nuevo en un futuro próximo en la repetición de confrontaciones sociales, políticas y económicas en ningún caso anhelamos su vuelta.

Este abanico de conclusiones indeterminadas en algunos casos a las que he llegado, si las extrapolamos al ámbito geográfico de Ceuta y Melilla, provoca aun mayores problemas si cabe si concretizamos los efectos directos de la inmigratorio, ya que la lejanía y la no peninsularidad de sus territorio, con características propias no son contempladas en toda su amplitud por Europa, que debería de catalogarlas como regiones ultraperiféricas (seria la octava región ultraperiférica de Europa, algo que requiere la modificación de los Tratados de la UE ,sin perjuicio de que no sea posible que la que destine parte de sus recursos en beneficio del desarrollo de dos regiones de un país de la UE (España) como Melilla y Ceuta). En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea en el Asunto C-288/02 sobre Grecia, Considerando núm. 46 de 21 de Octubre de 2004, las contempla expresamente al afirmar que “si bien es cierto que con respecto al continente africano los puertos de las referidas ciudades son continentales, no es menos cierto que, con respecto al continente europeo y, en particular, a la península ibérica, tales puertos pueden asimilarse a los puertos insulares debido a la falta de conexiones terrestres con la España”.Sin embargo, su no inclusión en el listado regiones ultraperiféricas, conlleva efectos económicos negativos que entorpecen el desarrollo de la mayor parte de las regiones untraperiféricas de la Unión Europea. Por tanto, en base a su

situación geográfica como “puente” hacia Europa, su emplazamiento físico en África, el importante trasvase poblacional que se da a diario de los marroquíes como consecuencia de la actividad económica hacia dichos territorios , y otros muchos elementos, hacen que, todo ello, unido al proceso globalizador actual ,impongan que el análisis minucioso del fenómeno sea una labor que exija un examen pluridisciplinar, que reclama el establecimiento de un plan integral nacional, europeo y regional que abarque contenidos muy por encima de las meras medidas policiales y de control.

En consecuencia, estas peculiaridades de no peninsularidad deberían de ser contrarrestadas con un mayor protagonismo de las instituciones de las Ciudades Autónomas,(hecho que no se ha producido) pero al mismo tiempo requieren que se preste mayor atención por parte no sólo del Estado sino también de la Unión Europea a la hora de configurar políticas de inmigración en las que se tengan en cuenta estas y otras circunstancias coyunturales, dando lugar a algo mas que una mera declaración de intenciones, que afronten el problema desde su vertiente más realista, para ello sugiero la creación de el establecimiento en las dos ciudades de algún organismo comunitario encargado de la supervisión, estudio o análisis de estas políticas, así como la implementación de programas específicos de las nuevas tecnologías y el desarrollo I+D+I. Apostando por el desarrollo integral de la región utraperiferica donde se encuentran dichos territorios, debido a la doble vecindad entre ambos pueblos-histórica y culturales- sustentadas en continuidad y eficacia, políticas que tengan el apoyo de la sociedad. Y tal como señala NAIR: “Una política favorable debe sustentarse en tres pilares. En primer lugar, una gestión inteligente y flexible de las fronteras, basada en la racionalización y la movilidad; en segundo lugar, una política de integración en base a una política de ciudadanía integral y, en tercer lugar, un pilar de ayuda a los países de origen” .

Por tanto, debe buscarse los efectos beneficiosos que generan estas migraciones internacionales en general en nuestro país y en particular en Ceuta y Melilla, y buscar la solución más correcta a los problemas que se suscitan mediante el establecimientos de un sistema de conjunción de elementos que influyen en la decisión final y que se traduce en la aprobación de los textos normativos que regulen la materia, ya que aunque las leyes no pueden ser la única solución, sí contribuyen a gestionar esta cuestión que afecta a los fundamentos de la civilización y a las propias vidas de muchos seres humanos directamente afectados por ella. Sin olvidarnos que las personas pueden encontrarse regular o irregularmente en el territorio de un Estado -las personas siempre son legales- lo único que pueden ser ilegales sus actos. Lo cual obliga a que España y Marruecos se “entiendan”, puesto que el primero necesita la colaboración de Marruecos en el control de la inmigración irregular, mientras que el segundo, necesita el apoyo de España, o al menos su neutralidad, en sus esfuerzos por aproximarse a la Unión Europea. De hecho, España ha sido una de las principales impulsoras de la incorporación del

norte de África a la política de vecindad europea, diseñada originalmente para atender a los países de Europa del Este, sin posibilidades a medio plazo de incorporación a la Unión y, más recientemente, de la concesión a Marruecos de un "estatuto avanzado" en la UE. De modo que, la reclamación política sobre los territorios geopolíticos de Ceuta y Melilla, deben pasar aun segundo plano y centrarnos en los intereses comunes que ambos Estados tienen - el progreso económico y social de su población- lo demás son meros roces entre vecinos.

Por último, el nuevo Reglamento sobre cómo implantar la ley de extranjería y los procedimientos de inmigración regular, también introducen algunas modificaciones (aun pendientes de perfilar), sin olvidar que la ley apenas ha variado, como tampoco lo han hecho los principales mecanismos para generar inmigración regular. Es decir, que la contratación en el país de origen y el "arraigo laboral", que han sido los principales mecanismos para la inmigración regular durante los últimos años en España, se mantienen por el momento, con tan sólo ligeras modificaciones (cabe destacar que el "arraigo laboral" supone que el inmigrante tiene que acreditar en virtud del nuevo Reglamento 2 años como inmigrante irregular y que existan relaciones laborales superiores a seis meses. A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite) lo cual es contraproducente si el objetivo es acabar con el fenómeno de la inmigración irregular. Tampoco parece que se hayan obtenido los resultados esperados en lucha contra la contratación ilegal, puesto que la demanda de mano de obra extranjera regular sigue siendo la misma, en cualquiera de los casos, una vía de solución posible sería ajustar el contingente anual de contratos en origen y aumentar el número de los "visados de búsqueda de trabajo" de tres meses para ciertos empleos. Sin embargo, estos mecanismos serán probablemente eficaces para la demanda del perfil de algunas categorías de trabajadores - como puedan ser los altamente cualificados-, en los que se puede retrasar la contratación en espera de la idoneidad del candidato pero no en el trabajo en la hostelería o en la construcción. De ahí que, conseguir una inmigración regular en trabajos de baja cualificación, no es viable tampoco con la contratación en origen de los inmigrantes, puesto que esta dirigida a una inmigración para satisfacer la demanda laboral a medio o largo plazo. Pero debido a los sectores a los que se dirige son versátiles y donde la mayor parte de los empresarios no disponen de la información necesaria para predecir sus necesidades de mano de obra futura, aun para un mañana muy próximo. De modo que, para conseguir una aproximación entre ambas variables, la solución factible sería formular un objetivo de inmigración anual, basándose en una evaluación continua de la capacidad de absorción de mano de obra inmigrante del mercado de trabajo español. Esto exigiría un sistema por ejemplo de visados generales de búsqueda de trabajo junto con un riguroso seguimiento del progreso de los inmigrantes en busca de trabajo,

preferiblemente a través del Instituto Nacional de Empleo (INEM). Por motivos evidentes el seguimiento también debería diseñarse de tal forma que, considerase soluciones para aquéllos que no consigan integrarse en el mercado laboral español, tales como una repatriación organizada al vencimiento del visado. O dicho de otro modo, el objetivo de las futuras políticas de inmigración debería ser proporcionar mano de obra inmigrante en vez de proporcionar puestos de trabajos para los inmigrantes potenciales, como es el caso actual.

En resumen, en las prolijas exposiciones incorporadas a la presente tesis, he pretendido poner de manifiesto la necesidad de efectuar un tratamiento jurídico y humanitario de la inmigración, de forma independiente del lugar especial en la que se halle el individuo. La filosofía que ha inspirado la reforma de la ley 4/2000 no responde a este concepto amplio, global y flexible que creemos que podría dar respuesta a las necesidades y las insuficiencias que desde hace tiempo han puesto de manifiesto las viejas políticas de inmigración: desbordamiento de los mecanismos de asilo y refugio, incremento de la inmigración de carácter irregular, consolidación del negocio del tráfico de personas. Asimismo hemos realizado una aproximación a las diferentes comunidades migratorias que se han producido en las ciudades de Ceuta y Melilla, cuyo resultado nos ha evidenciado su valoración desigual y van desde la ausencia de cualquier aproximación ,la escasez de estudios sobre las diferentes comunidades que han migrado a estos territorios, y la apertura de nuevas perspectivas que no son objeto de interés inicialmente dentro de estos territorios por un intento mas político de no indagar en el pasado .Sin embargo considero que es necesario realizar (como al menos mi modesta contribución con este trabajo he pretendido)una aproximación a la historia de estas comunidades, para comprender su situación actual, las razones que han motivado su crecimiento, sus problemas, los retos a los que se enfrenta y las posibles vías de solución, desde un punto de vista hasta ahora no analizado –la situación sociolaboral-.

4.9. BIBLIOGRAFIA FINAL

AUTORES

-AAVV (2001). Marchal Escalona, N .Trabajadores transfronterizos Artículo 43.1, en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, (coord) por Mercedes Moya Escudero, Alcobeda Francos, A.... (et al); prólogo, Sixto Sánchez Lorenzo) .Granada. Comares, pág 344.

AAVV (2001).MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (Directores) (2001), Comentario al Artículo 43, en " Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)... [et al.]", Granada. Comares.

-VVAA. LÓPEZ CUMBRE, L (2003). El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica, En, *Derechos y Libertades de los extranjeros en España* (coord) Lourdes López Cumbre... (et al) en Actas del XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gobierno de Cantabria, Tomo I, Santander.

-AAVV. SLOCKER TORRES, A., (2006). La aplicación del modelo europeo de calidad E.F.Q.M. al nuevo Reglamento Europeo de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social , *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, num.64.

- ABAD L. V., (1993a). *La educación intercultural como propuesta de integración*, en AA.VV., *Inmigración, pluralismo y tolerancia*, Editorial Popular, Madrid.

ABAD, L V., (1993 b) *La educación intercultural como propuesta de integración*, en AA.VV., *Inmigración, pluralismo y tolerancia*, Editorial Popular, Madrid.

-ACOSTA ESTÉVEZ, J. B. (1988). Libre circulación de trabajadores, política social, y derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en la C.E.E, Barcelona (PPU).

-ALONSO GARCIA, R., (1994). *Derecho comunitario (Sistema constitucional y administrativo de la Unión Europea)* (1994). CEURA, Madrid.

-ALVAREZ CORTES, J.C. (2001) .La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario, Tecnos, ACARL, Madrid.

-ANDRASSY J. (1951). *Les relations internationales de voisinage*. R. des C., T79. (1951-II)

-AÑÓN ROIG, M.J., (1988). *Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías*, en AA.VV., *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

-APRELL LASAGABASTER, M.C. (1987).Expulsión de extranjeros y control de la discrecionalidad administrativa”; *RAP*, núm. 114.

-APRELL LASAGABASTER, M.C., (1996). El nuevo Reglamento de la LO 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España” *RAP*, núm 140.

-APRELL, LASAGABASTER, M.C., (1997). La fórmula «contingente de autorizaciones» como condicionante para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios, *RAP*, núm. 93.

- ARA PINILLA, I (1990). *Las transformaciones de los derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid.

-BALIBAR, E., (1995). La ciudadanía europea, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm.3.

-BALLESTEROS GONZÁLEZ, J. M. (1973). La regulación jurídica de la seguridad social en el marco de las Comunidades Europeas, *AESJ*, vol. II, 1973.

-BÁRCENA, F. y JOVER, G. (2005): La ciudadanía imposible. Pensar al sujeto cívico desde una pedagogía de la mirada, en ORAISÓN, M. (coord.), *Globalización, ciudadanía y educación*. Barcelona, Octaedro/OEI.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1974). Normas tributarias extranjeras y conflicto de leyes, *Temis (Symbolae García Arias)*, núm. 33-36, págs.

-BORRÁS RODRÍGUEZ, A., (1995). La aplicación en España del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, *Anales de la AMN*.

-CABEZA PEREIRO, J. (2000) La cuestión social en el derecho originario de la Union Europea, *Documento Laboral* núm.32.

-CALVO CARAVACA A. L. Y CASTILLO RIGABERT, F. (1985). Adquisición de inmuebles en España por extranjeros, *La Ley*, nº 1128.

- CARDONA TORRES J. (1985). *Régimen laboral de los Extranjeros en España*. Editada por Bosch. Barcelona.

-CARRASCOSA, M.D. (2004). La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: *Ley aplicable* y vejez en el Reglamento 1408/1971. Madrid: Consejo Económico Social.

-CARRASCOSA BERMEJO, M. D. (2006) Ponencia rubricada” Protección social de las relaciones laborales extraterritoriales”, celebrada en la Facultad de Derecho de Zaragoza de 14 de Diciembre de 2006.

- CACHÓN, L. (1995).*Equal opportunities for immigrants and ethnic minorities and the labour market in Spain*”, en *Preventing Racism at the Workplace*. European Conference Madrid 15-16 November 1995, European Foundation for Improvement of Living and Working Conditions, Dublin.

-CARAVACA E. Y DE SANTOS M., (1993). *Melilla y Ceuta. Las últimas colonias*. Edit Talasa. Madrid.

-CASTRO CID, B DE (1988). *Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales*, en Anuario de Filosofía del Derecho.

-CASAS SÁNCHEZ, J (2005). *La inmigración fronteriza en Ceuta* publicado en Revista de Estudios fronterizos núm. 3.

- CEMBRERO, I., (2006). *Vecinos alejados. Los secretos de la crisis entre España y Marruecos*, Galaxia Gutemberg-Círculo de Lectores, Madrid.

- CRESPO R (1985). *Entre moros y cristianos*. Ediciones Andalucía. Granada.

-DANESE, G. y STOCCHIERO, A. (2000). *Una política di Integrazione circolare degli immigrati*, en Cespi, *Immigrazione e processi di internazionalizzazione dei sistemi produttivi italiani*, Working Paper núm. 9.

- DE LUCAS MARTÍN, J (1999). *Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías*, en AA.VV., *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

-DE LUCAS MARTIN, J (2001). *Pactos de Estado, contrato social y pacto ciudadano. El pacto ciudadano en torno a la inmigración*”, en FERNÁNDEZ SOLA, N. /CALVO GARCÍA, M. (eds.), *Inmigración y derechos*, Zaragoza, Mira Editores.

- DE LUCAS MARTÍN, J (2002). *Problemas teóricos y sociológicos de la inmigración en España*, en *Sociologia del Diritto*, XXIX/2002/2, Instituto di Filosofia e Sociologia del Diritto Università degli Studi di Milano, Milano, II quadrimestre 2002.

-DESDENTADO BONETE, A., (2004).Trabajadores desplazados y trabajadores transfronterizos en la Seguridad social europea del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004, en *Revista del MATS* núm.64.

-DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., (2003). Sistema de Derecho Civil, Vol. I., 11.ª Ed., Tecnos, Madrid.

-ESPINAR VICENTE, J., M., (1995).Consideraciones en torno al Libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social, en AA.VV., *El Libre Desarrollo de la Personalidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares.

-FERRAJOLI, L., (1999).*Derechos y garantías: La ley del más débil*. (Trad. De Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Ed, Trotta, Madrid.

-FERRER, R.M., (1989). *Los derechos de los extranjeros en España*. Tecnos. Madrid.

- LAARBI A. L., (1988). *Melilla y el entorno moro* Edit por Graficas DC-88 .Madrid.

- LARA AGUADO, A (2004).*Litigios transfronterizos y justicia gratuita (apropósito de la Directiva 2003/8/CE del Consejo)* Rev. Derecho Comunitario, Vol. 8.núm.17.

- LERIA M Y ORTIZ SARACHO (1991).*Ceuta y Melilla en la polémica*. Edit San Martín. Madrid.

-LARENZ, K., (1975). *Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. Español) por M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel.

LIROLA DELGADO, M. I. (1994) *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Madrid, Civitas.

- LÓPEZ ÁLVAREZ A., ORTEGA GIMÉNEZ, A., GONZÁLEZ DE HEREDIA M^a R., (2005). *Nuevas perspectivas del derecho a la asistencia jurídica gratuita*. Publicado por la Ley, núm.3.

-LOPEZ BUENO, J. M., (2008). *Melilla una oportunidad para las relaciones hispano-marroquíes*, Ediciones Académicas, Madrid.

-LOPEZ RAMÓN F .*Régimen jurídico de los acuerdos de cooperación transfronteriza entre entidades territoriales* Revista Aragonesa de Administración Publica, núm. 12.

-LOPEZ, T., GONZALEZ, V., HERRERA, L y LORENZO O., (2007). *Melilla: Ciudad fronteriza internacional e intercontinental. Análisis histórico, económico y educativo*. Frontera Norte. Enero-Junio, año/vol. 19, núm. 37, México.

-LOCATTELLI, R (1998) .*Cooperación transfronteriza en Europe*. Rev. Benelux 1982/4

-LOSADA GONGALEZ, H (2004). *Estatuto legal de los extranjeros en España*, en AAVV *Tratado de Extranjería*, Palomar Olmeda, A (coord) Aranzadi, Guipúzcoa.

- LLUIS J. Y NAVAS (1958).*Restricciones al trabajo de extranjeros en España*. R.G.L.J., Septiembre de 1958.

-LUCAS MARTÍN, J DE (1999). *Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías*, en AA.VV., *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

- LUCAS MARTÍN, JAVIER DE (2002). *Problemas teóricos y sociológicos de la inmigración en España*, en *Sociologia del Diritto*, XXIX/2002/2, Instituto di Filosofia e Sociologia del Diritto Università degli Studi di Milano, Milano, II quadrimestre 2002.

- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ C. R., (1989). *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad*. Edit Kursaal Donostia.

-FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., (1991). Competencia judicial internacional y ley aplicable al contrato de trabajo en las relaciones internacionales, *Al* núm. 41.

- FERRER R. M. (1989). *Los derechos de los extranjeros en España*. Tecnos. Madrid.

- GALIANA MORENO, M. (1987). Notas para el estudio del art. 1.4 del ET”, *AL*, núm.39.

-GALIANA MORENO, J. M., (2002) .La libre circulación de trabajadores en el ámbito comunitario europeo, en AAVV *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro*, Madrid (Consejo General del Poder Judicial).

GARCÍA MURCIA, J. (2003). La singular relación entre Derecho Comunitario y Derecho Interno: A propósito del Real Decreto 178/2003, sobre entrada y permanencia de ciudadanos comunitarios, *Aranzadi Social*, núm. 10.

- GARCIA RODRIGUEZ I., (1999). *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural. (Melilla 6-9 de Abril de 1999)*. Cursos Internacionales de la Ciudad Autónoma de Melilla y la Universidad de Alcalá. dirigido por JIMENEZ PIERNAS C. Editado Servicio de Publicaciones de la universidad de Alcalá.

- GARCÍA DE COTÁZAR Y NEBREDA C., (2000). *La Situación de los Extranjeros ante el Sistema de Protección Social Español*. Revista Foro de la Seguridad Social Nº 2. Octubre del 2000.

-GARCÍA CALABRES COBOS. (2006). *Régimen Laboral de los trabajadores extracomunitarios* Revista Estudios y Monografías num.3,” publicado por la Junta de Andalucía.

-GIL MENDOZA, R., (1962). Síntesis de la legislación española sobre extranjeros, *RDN*.

-GOMEZ, I., (2007). La económica sumergida en la ciudad autónoma de Melilla. Informe consultoría elaborado por ZIES Investigación y Consultoría, S.L.

- GONZÁLEZ J. A. *Peculiaridades jurídicas de Melilla*. Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Melilla, 1999.núm. 18

-GONZALEZ CAMPOS L I., SANCHEZ RODRÍGUEZ P Y SAENZ DE SANTA MARIA A *Curso de Derecho Internacional Privado*. Civitas.1998

- GONZALEZ YANCI M. P., *La población musulmana de Ceuta y Melilla*. Actas del Congreso del Estrecho de Gibraltar celebrado en Ceuta 1987.

-HERCE, J. A., y SOLVILLA-RIVERO, S., (2005). El no magreb: implicaciones económicas para (y mas alla de) la región. Documento de Trabajo 12/2005, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid.

-IRIARTE A., (1985).De la reciprocidad a la igualdad en el goce de los derechos civiles por los extranjeros: examen de su evolución histórica en el ordenamiento español (1808-1979), *Estudios Deusto*, Bilbao.

-QUIRÓS FONS, A. (2003) .Refundición de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: Propuesta de Directiva de 2003, *Aranzadi Social*, núm. 20.

-MAQUEDA, ABREU, M., (2009). *Prostitución, feminismos y derecho penal*, Comares, Granada.

- MARCHAL ESCALONA N., *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, en AA. VV. Comares. Granada, 2001.

- MARÍN LÓPEZ, A., (1973). La aplicación territorial de las normas de la seguridad social”, *AESJ*, vol. II.; *id.*, Régimen de entrada, permanencia y salida en territorio español de los extranjeros, *AESJ*, vol. V, 1976; *id.*; y, El contrato de trabajo en Derecho Internacional Privado, *AESJ*, vol. VI, 1977.

- MARTÍNEZ CANO, Y. *Artículo 41. El contingente de trabajadores extranjeros*, en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

- MARTINEZ CANO-CORTES, Y.: *"Comentario al artículo 17*, HUERTAS GONZALEZ, R., IÑIGUEZ HERNANDEZ, D. MARTINEZ CANO-CORTES, Y .y SANTOLAYA MACHETTI, P., *Comentarios a la Nueva Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, Valladolid, Lex Nova, 2000

- MARTÍN SEGURA J. A., *La problemática jurídica de los trabajadores transfronterizos*. Revista de Derecho Social. núm. 39. (2007).

-MARTÍN VALVERDE, A., (2002) .El contenido instrumental del derecho de libre circulación de trabajadores: del Tratado de Roma al Tratado de Ámsterdam, en *AAVV: Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro*, Revista del Ministerio de Trabajo y de la seguridad social núm 57.

-MARTÍN VALVERDE, A. (2004) .Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario, *Actualidad Laboral*.

-MARTINEZ DE PISON, J., (2004). Pactos de Estado, contrato social y pacto ciudadano. El pacto ciudadano en torno a la inmigración”, en FERNÁNDEZ SOLA, N. /CALVO GARCÍA, M. (eds.), *Inmigración y derechos*, Zaragoza: Mira Editores.

- MERCADER UGUINA, J.R. y MUÑOZ RUIZ, A., (2001). El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32.

-MIQUEL CALATAYUD, J. A., (1992). Consideraciones sobre el derecho a la igualdad en general y en relación con los extranjeros”, *RCDI*.

- MIQUEL CALATAYUD, J. A., (1993). El régimen preferencial en materia de extranjería y los nacionales iberoamericanos. *RCDI*, 1993.

-MONTOYA MELGAR A., (2006). *Tendencias actuales sobre el ámbito personal del derecho del Trabajo*. Publicado en Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación” núm. 36.

- NAIR (2006). *Política de inmigración*, Diario ABC 5 de Marzo de 2006.

- OLARTE ENCABO, S., (2007). *Comentario a la Disposición Adicional Decimotercera. Cotización por la contingencia de desempleo. Comentarios al Reglamento de extranjería* coord. Por Margarita Isabel Ramos Quintana, Gloria Pilar Rojas Rivero, 2007, Tecnos.

-ORTIZ ARCE DE LA FUENTE A. (1982).*Régimen jurídico de los trabajadores transfronterizos en el marco de las Comunidades Europeas*. Revista de Instituciones Europeas 1982, Vol.9, núm.1, Enero-Abril 1982.

-ORTÍZ LALLANA, M. (1990). Libertad de establecimiento y empresas multinacionales, *AL*, núm. 11 y 12.

-PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., (2002) .El ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de circulación de trabajadores (el concepto de trabajador en el derecho comunitario europeo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), en AAVV, *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro*, Madrid (Consejo General del Poder Judicial).

- PARRENO, M (2007). Trabajadores transfronterizos. [Transcripción en línea]
Disponible en: <http://www.consumer.es>. [Consultada 2010, marzo 02]

-PECES-BARBA, G (1995). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*,
Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid.

- PÉREZ-CABALLERO, L. (1989). El programa ERASMUS, un impulso a la
cooperación universitaria en la CEE. Revista cuenta y razón número 44.

PEREZ DE LOS COBOS, F., (1994). *El derecho social comunitario en el Tratado de la
Unión Europea*, Madrid, Civitas.

- POLO SÁNCHEZ, M. C.: *Derechos fundamentales y libertades públicas de los
trabajadores extranjeros en España*, Madrid (CES), 1994.

- PLANET CONTRERAS A. I., *Melilla y Ceuta espacio-frontera Hispano-marroquíes*
publicado por la ciudad Autónoma de Ceuta y Melilla, y por la UNED de Melilla, en el año
1998

-RAMOS QUINTANA, M. I. (1989). *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid,
Tecnos.

- RAVENTÓS M. y NOGUER, (1926). “Situación jurídica de los extranjeros en España,
RCDI.

- REDONDO HERMIDA, A. G., (1988). El Derecho comunitario y los Convenios
bilaterales en materia de Seguridad Social, *AL*, núm 18.

-RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M., (1987). *Métodos para el conocimiento del Derecho*,
Madrid, Universidad Complutense.

-ROJAS CASTRO M., (1993) .Derecho Comunitario Social, Comares, Granada; del mismo, Seguridad Social Comunitaria, Federación Española de Asociaciones de Emigrantes Retornados, Málaga 2002.

-ROJAS RIVERO, G.P.,(2007) Trabajadores transfronterizos: Artículo 84: autorización de trabajo por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos .En *Comentarios al Reglamento de extranjería* (coord.) por Margarita Isabel Ramos Quintana, Gloria Pilar Rojas Rivero , Valladolid, Lex Nova-

-ROJO TORRECILLA, E., (2011). Ponencia: La Seguridad Social de los trabajadores extranjeros: Ciudadanos de primera o segunda En el I Congreso de Migraciones de Andalucía celebrado en Granada, 16-17 de Febrero de 2011.

- SANCHEZ RODRIGUEZ P. *El proceso de celebración de tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y practica) internacional*. Law Association. Madrid 1984.

-SEMPERE NAVARRO, A.V., (2004).Coordenadas de la Seguridad Social comunitaria: el Reglamento

883/2004, en *Aranzadi Social*, núm. 9.

- SERRANO ARGÜESO, M. (2002). *Los derechos laborales en la nueva Ley de Extranjería. Un estudio comparado de las Leyes Orgánicas 7/1985, 4/2000 y 8/2000 a la luz del nuevo Reglamento de Extranjería*. Rev. Española de Derecho del Trabajo, núm. 111, mayo-junio 2002.

-SERRANO VILLAMANTA, F.J. (2006).El trabajo de los extranjeros e inmigrantes en España” (ed.) J. M. Ruiz de Ruidobro, *Regulación legal de la extranjería e Inmigración en España*, Madrid, publicado por Universidad Pontifica Comillas de Madrid.

-SOLANES CORELLA, A (2002).Las fronteras europeas frente a la inmigración: regulación jurídica de extranjeros extracomunitarios en Italia y España, en *Sociología del*

Diritto, XXIX/2002/2, Instituto di Filosofia e Sociología del Diritto Università degli Studi di Milano, Milano, II cuadrimestre 2002.

-SWYNGEDOUW, E. (1992).The Mammon Quest, Globalisations, Interspatial Competition and the Monetary Order: the Construction for New Scales, en M. DUNFOR & G. KAFKALAS, *Cities and regiones in the New Europa, The Global-Local Interplay and Spatial development Strategies*, Belhaven Press, London.

- TABARINI CASTELLANI AZNAR M. *Los Derechos de los trabajadores extranjeros: Puntos críticos*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 63. Año 2006

-VIÑAS FARRÉ, R., (1998). Los regímenes especiales de extranjería en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, *Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, núm. 3.

- ZUFIAUR NARVAIZA, J. M., *La movilidad geográfica del empleo*. Rev. Relaciones Laborales, Noviembre 2006, núm. 21.

TEXTOS INTERNACIONALES

- Convenio de Nueva York de 18 de Julio de 1951 y el de 31 de Enero de 1967, sobre el Estatuto Jurídico para los Refugiados respectivamente.

-Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (BOE núm.243 de 10 de Octubre de 1079).

-Directiva 68/360 CEE del Consejo de 15 de Octubre de 1968.Requisitos tarjeta de residencia o establecimiento de los nacionales de los Estados miembros de la UE.(DOUE núm. L 257, de 19 de Octubre de 1968)

-Reglamento núm. 143 de la OIT relativo a la igualdad en el trabajo de los inmigrantes de 1975, *sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes* BOE núm 135, de 7 de Junio de 1967.

-Carta Social Europea de 18 de Octubre de 1961. Aprobada en Estrasburgo, el 29 de Mayo de 1996, instrumento de ratificación el 29 de Abril de 1980. (BOE núm. 145/1983, de 18 de Junio de 1983)

-Convenio Europeo relativo al Estatuto jurídico del Trabajador Migrante Aprobada en Estrasburgo, el 29 de Mayo de 1996, instrumento de ratificación el 29 de Abril de 1980.

-Consejo Europeo de Seguridad Social de 14 de Diciembre de 1972.

-Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante de 24 de Noviembre de 1971. Aprobada en Estrasburgo, el 24 de Noviembre de 1977, instrumento de ratificación núm 093 del Consejo de Europa, el 29 de Abril de 1980 (BOE núm. 145/1983, de 18 de Junio de 1983)

-Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares Adoptada por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 45/158, de 18 de Diciembre de 1990 (no ratificada todavía por España)

-Resolución del Consejo de la UE de 20 de Junio de 1994, relativa a las limitaciones de la admisión de nacionales de países no comunitarios para trabajar en el territorio de los Estados miembros Diario Oficial C 274 de 19 de Septiembre de 1996.

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales BOE núm.243 de 10 de Octubre de 1979

- Reglamento Nº 15/61 de la CEE (DO núm. 57 de 26 de Agosto de 1961)

- Reglamento N° 38/64/CEE del Consejo, de 25 de Marzo de 1964, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad DO N° 62 de 17. 4. 1964.

-El Tratado de Roma de 25 de Marzo de 1957

-DOCE N° C 224 de 31 Agosto 1992.

-Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, firmado entre la UE y los países de la Asociación Europea de Libre Cambio , Oporto 2 -5-1992.(DOCE de 3 de Enero de 1994 y BOE de 25 de Enero de 1994)

-Directiva 90/364/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia, DO L 180 de 13.7.1990

-Directiva 90/365/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, DO L 180 de 13.7.1990

-Directiva 93/96/CEE, DO L 317 de 18.12.1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

-Reglamento (CEE) n° 1251/70 de la Comisión, de 29 de Junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después haber ejercido en él un empleo.

-Directiva 75/34/CEE del Consejo, de 17 de Diciembre de 1974, relativa al derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia.

- Consejo Europeo de Ámsterdam (16 y 17 de Junio de 1997) entrando en vigor el 1 de Mayo de 1999(DOC 340 de 10.11.1997)

-Reglamento 1408/1971 de de 14 de Junio, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. (DOL núm. 149, de 5 de Julio de 1971)

-Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional. (XVIII.12.B) Nueva York, 15 de Noviembre de 2000 BOE núm. 295 de 10 de Diciembre de 2003)

- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el 15 de Noviembre de 2000 (BOE núm. 296 de 11de Diciembre de 2000)

-Directiva 90/364/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de carácter general, DO L 180 de 13 de Julio de 1990.

-Directiva 90/365/CEE del Consejo relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, DO L 180 de 13de Julio de1990.

-Directiva 93/96 del Consejo, de 29 de Octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, DOL L 317 de 18de Diciembre de 1993.

-Reglamento N ° 883/2004 de 29 Abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social DO L 314 de 7 de Junio de 2004.

-Reglamento (CE) N ° 859/2003 del Consejo de 14 de Mayo de 2003 destinado a los nacionales de terceros países que por motivos de nacionalidad no les resulta de aplicación otra disposición.

- Reglamento (CEE) N ° 1661/85 de 13 de Junio de 1985 por el que se establecen las adaptaciones técnicas de la normativa comunitaria en materia de seguridad social de los trabajadores migrantes de Groenlandia.

-Directiva 98/49/CE del Consejo de 29 de Junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad.

-Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios

-Reglamento (CE) n° 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social

-Dictamen del Comité de Regiones” (DOUE de 18 de Febrero de 2005,núm. 43)

- Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de Septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

- Reglamento 1612/68 CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, JO L 257, de 19 de octubre de 1968 (EE 05 Vol. 01).

-Reglamento comunitario 1408/71/CEE de 14 de Junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149 de 5 de Julio de 1971).

-Convenio en materia de Seguridad Social de 9 de Noviembre de 2001 entre Andorra y España "BOCG. Sección Cortes Generales", serie A, número 250, de 8 de Febrero de 2002.

-*Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento* (DOCE N° 36/1962 de 15 de Enero)

-Tratado de Maastricht aprobado el 7.2.1992 y publicado en el DOCE N° 191/1992 de 29 de julio de 1992

- Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de Septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, adoptada por codecisión COD/2002/0061 [Diario Oficial L 255 de 30 de Septiembre de 2005].

-Directiva 89/48/CEE , del Consejo, de 21 de Diciembre de 1988, relativa al sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior (Diario Oficial L 19 de 24.1.1989).

-Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de Junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales. Diario Oficial L 209 de 24 de Julio de 1992).

-Directiva 99/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de Junio de 1999, por la que se establece un mecanismo de reconocimiento de títulos. (Diario Oficial L 201 de 31.7.1999) derogada por Directiva 2005/36/CE.

-Directivas 75/362/CEE, 77/452/CEE, 78/686/CEE, 78/1026/CEE y 80/154/CEE relativas al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos relacionados con la medicina.

- Directiva 77/249/CEE sobre ejercicio de profesiones liberales en la UE.

- Convenio nº 97 de la OIT, (en vigor desde el 22/01/1952) relativo a los trabajadores migrantes ratificado pro España (23 de Febrero de 1967, BOE núm 135, de 7 de Junio de 1967).

- Convenio de la OIT 143(4 de Julio de 1975 que aun esta pendiente de ratificación por España) *sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes.*

-Mudawana de 6 de Septiembre de 1958(Código de Familia marroquí)

- Convenio de 8 de Noviembre de 1979, ratificado por Instrumento de 5 de Julio de 1962(R. A. 1982/2695) y modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998. (En vigor desde 1 de Octubre de 1982). BOE. núm. 245, de 13 de octubre de 1982 y BOE. núm. 282, de 24 de noviembre de 2001

-Convenio Internacional del Trabajo núm. 19 de 5 de Junio de 1995(ratificado por España en 1928) relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo.

- Acuerdo en materia de permisos de residencia y trabajo entre el reino de España y el reino de Marruecos, firmado ad referéndum en Rabat el 6 de Febrero de 1996. (BOE núm. 129, de 28 de Mayo de 1996). Entrada en vigor el 7 de Marzo de 1997 (BOE núm. 211, de 3 de Septiembre de 1997).

-Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional. (XVIII.12.B) Nueva York, 15 de Noviembre de 2000 BOE núm. 295de 10 de Diciembre de 2003) complementado por el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el 15 de Noviembre de 2000 (BOE núm. 296 de 11de Diciembre de 2000) .

-Acuerdo Schengen, nuestro país en virtud de una Declaración que figura en el Anexo III, sobre las ciudades de Ceuta y Melilla, DOUE núm. L 239 de 22 de Septiembre de 2000.

- Convenio entre España, República Francesa y Principado de Andorra de 1 de Julio de 2003, sobre entrada, circulación, residencia y establecimiento de sus nacionales.

- Guide du travailler mobile Europeen 2004

- Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de Diciembre de 2007, DOL C 360/01.

-RD 240/2007 de 16 de Febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm.51 de 28 de Febrero)

-Reglamento 863//2007 del Parlamento y del Consejo de 1 de Julio, sobre creación de equipos de intervención rápida en las fronteras de la Union. (L 199/30 de 31 de Julio de 2007)

-Reglamento (CE) núm. 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de Septiembre de 2009, publicado en el DOUE L 284, de 30 de Octubre de 2009, entrada en vigor el 1 de Mayo de 2010.

- Reglamento N ° 1211/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de Diciembre de 2010 DO L 339 de 22 de Diciembre de 2010.

- STJCE 16/9/2004 caso “Gerand Mérida”

- Comisión Europea. [Transcripción en línea] Disponible en:

http://ec.europa.eu/youreurope/nav/es/citizens/working/cross-border/overview/index_es.html [Consultada 2010, febrero 26]

-Parlamento europeo (2007) [Transcripción en línea] Disponible en:

http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_2_3_es.html. [Consultada 2010, marzo 08]

-Comisión Europea. Transcripción en línea] Disponible en:

/2010).http://ec.europa.eu/youreurope/nav/es/citizens/working/cross-border/overview/index_es.html[Consultada 2011, Enero de 15]

TEXTOS NACIONALES

- Decreto de 17 Noviembre de 1852 de Isabel la Católica sobre los extranjeros en España.

- Código del Trabajo de 23 de Agosto de 1926

- Real Decreto 403/1931 de 16 de Enero del Ministerio de Trabajo y Previsión. (R. A. 1930/1727).Por el que se regula el Trabajo de los extranjeros en España en diversas actividades.

- Decreto de 1932 Decreto de la Presidencia 8 de Septiembre de 1932 del Ministerio de Trabajo y Previsión. (R. A. 1932/1157)

-- Orden de 25 de Octubre de 1932 (R. A. 1362), relativo a la preferencia de ocupar puesto de trabajo por el español que este inscrito en el servicio de colocación y lo solicite.

- Decreto 31 de Enero de 1933 (R. A. 182).Accidentes de Trabajo. Reglamento de Accidentes en las Industrias

- Decreto 29 de Agosto de 1935 rebaja la edad laboral.

- Orden de 12 de Noviembre de 1935, complementaria o aclaratorio del Decreto de de 29 de Agosto de 1935 estableciendo el trámite a seguir para las solicitudes de *Cartas de Identidad Profesional* en los territorios bajo dominio nacional.

-SOVI creado por OM de 11 de Febrero de 1940

- Decreto 23 de Septiembre de 1944(Ministerio de Trabajo). (R. A. 1315).

- Decreto 16 de Abril de 1948(Ministerio de Trabajo) (R. A. 595), por el que se produjo la equiparación de los ciudadanos argentinos a los españoles a efectos laborales.

- Decreto 29 de Agosto de 1948 del Ministerio de Trabajo relativo al Seguro de Vejez. Invalidez .Susidio familiar. Seguro de enfermedad.

- Decreto 16 de Diciembre de 1949(Ministerio de Asuntos Exteriores) (R. A. 1456), que equipara a los ciudadanos andorranos con los españoles.

-Decreto 22 de Junio de 1956 Ministerio de Trabajo) (R. A. 1048), relativo a accidentes de trabajo. Texto Refundido de la Ley y del Reglamento.

-Ley de Registro Civil de 8 de Junio de 1957 (BOE nº 151 de 10 de Junio de 1957)

-Orden Ministerial de 11 de Noviembre de 1.958, por la que los trabajadores por cuenta ajena que residen y prestan sus servicios en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, Islas Baleares y Canarias recibirán un plus de residencia.

-Bando de Abril de 1958 de 17 de Junio de 1.956.

- Reglamento Registro Civil Decreto de 14 de Noviembre de 1958(BOE núm. 296 de 11 de Diciembre de 1958)

- Orden 14 de Septiembre de 1961(R. A. 1731), relativo al campo de aplicación del seguro de desempleo.

- Ley de Bases de Seguridad Social 193/63 de 28 de Diciembre (R. A. 2067)

- Orden 28 de Diciembre de 1966, del Ministerio de Trabajo (R. A. 2004), relativa al campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación de la Seguridad Social.

-Resolución de la Dirección General de Previsión de 15/4/1968, por la que se equipara como regla general, a los extranjeros a los nacionales pero con excepciones.

-Ley 29/1968 de 20 de Junio sobre Exacciones para expedición de permisos de trabajo(R. A 1107).

-Decreto 1870/1968, de 27 de Julio, (R. A. 1471) relativo al Régimen de Empleo, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España, BOE núm. 195 de 14 de Agosto de 1968.

-Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de Abril de 1968, por el que se incluyen en el campo de la seguridad española a los trabajadores transfronterizos, BOE núm. 109 de 6 de Mayo de 1968.

-Ley 118/1969 de 30 de Diciembre (R. A. 2386) proclama la igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y Filipina. BOE núm. 109 de 6 de Mayo de 1968.

-Decreto 522/1974 de 14 de Febrero sobre requisitos que deben cumplir los extranjeros que soliciten permisos de validez.

-Decreto 1880/1975 de 10 de Julio, por el se aprueba el procedimiento administrativo especial para la imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y para la liquidación de cuotas de la Seguridad Social.

- RD 1874/1978, se promulga la Orden Ministerial de 4 de Octubre de 1979 de la Presidencia del Gobierno (R. A. 2410) BOE núm. 241 de 8 de Octubre de 1979 relativa a los permisos de validez restringida.

-Constitución española (BOE núm. 311, de 29 de Diciembre de 1978).

--OM de 4 de Octubre de 1979, reguladora de la concesión de permisos de trabajo de validez restringida.

- Ley Orgánica 8/2000 de 22 de Diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 307 de 23 de Diciembre.

- Ley 58/1980 de 15 de Noviembre, de la Jefatura del Estado (R. A. 2606), donde en su artículo único, equipara a los extranjeros en sus relaciones laborales y de Seguridad Social, con los españoles.

-Ley 8/1980, de 10 de Marzo, del Estatuto de los Trabajadores, dictada por la Jefatura del Estado y publicada en el BOE num.64 de 1980.

- RD 1031/1980 de 3 de Mayo por el que se deroga el Decreto 1874/1978 de 2 de Junio, (de la Presidencia del Gobierno) (R. A. 1721)

-Ley 51/1982 de 13 de Diciembre que modifico el Cc

-Ley 7/1985 de 1 de Julio de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, BOE núm.158 de 3 de Julio de 1985.

- Real Decreto 1119/1986, de 26 de Mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 7/1985 de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, BOE núm. 140 de 12 de Junio de 1986.

- Circular de 2 julio 1986 sobre autorizaciones de residencia y trabajo en las ciudades de Ceuta y Melilla.

-Instrucciones de 2 Julio 1986, aprobadas por las autoridades de los Ministerios de Trabajo y de Interior por el que se otorga Tarjeta de Estadística a la población de Ceuta y Melilla y que demuestre arraigo y residencia en las mismas, (en edad laboral) quedará dotado de los efectos propios de la autorización para trabajar por cuenta ajena, en cualquier actividad laboral o profesional, en la localidad donde haya sido expedido.

- RD 374/1989 de 31 de Marzo por la que se impone la preceptividad tanto para nacionales como para extranjeros de para poder enajenar inmueble o modificar la estructura del mismo, una *autorización gubernativa* sólo aplicable a las ciudades de Ceuta y Melilla (BOE núm. 90 de 15 de Abril de 1989)

- Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero, del Ministerio de la Presidencia, por el se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 7/1985 de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. (BOE de 23 Febrero 1996).

- Resolución de 11 de Julio de 1996, conjunta de las Direcciones Generales del Instituto Nacional de Empleo y de Trabajo y Migraciones, por la que se dictan instrucciones sobre inscripción de extranjeros en las oficinas del INEM (BOE núm.187 de 3 de Agosto de 1996).

-Ley 56/2003 de 16 de Diciembre, de empleo, BOE núm.301 17 de Diciembre de 2003.

- Iniciativas parlamentarias nº 184/005460 y 184/0054555, publicadas en el BOCGD 116.

-Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10 de 12 de Enero de 2000..

- RD 864/2001 de 20 de Julio, por el que se aprobó el Reglamento de Ejecución de la Ley 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 174 de 21 de Junio de 2001.

-Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, BOE núm. 6 de 7 de Enero de 2005.

-Código Civil de 24 de julio de 1889 (Gacetas núms. 206 a 208, de 25 a 27 de Julio).

-Texto Refundido de la Seguridad Social Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio, BOE de 29 de Junio de 1994.

-LO 6/1985 de 1 de Julio del poder judicial, BOE núm. 157 de Diciembre de 1985.

-- Régimen Especial de las Empleadas de Hogar, regulado por Real Decreto 1424/1985 de 1 de Agosto

-Diario de sesiones del SENADO, sesión plenaria N° 19, de 10 de Febrero de 1987.

, RD 2065/1974 de 30 de Mayo, Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, BOE núm. 173 de 20 de Julio de 1974.

- Decreto de 6 de Febrero de 1976 por el que se otorga Documento Nacional de Identidad Provisional que los extranjeros residentes en Ceuta y Melilla que cumplan los requisitos establecidos en esta disposición.

-Ley 26/1990 de 20 de Diciembre, reguladora de las prestaciones no contributivas, BOE de 22 de Diciembre de 1990.

-Real Decreto 357/1991, de 15 de Marzo que desarrolla las prestaciones no contributivas, BOE 21 de Marzo de 1991.

- Ley básica de Empleo Ley 51/80 de 8 de Octubre.

- RD 1031/1980 de 3 de Mayo, de la Presidencia (R. A. 1207) crea un procedimiento administrativo especial, adecuado para la concesión de permisos de trabajo y autorizaciones de residencia a extranjeros y de sus prórrogas, BOE núm. 131 de 31 de mayo de 1980.

- R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la vigente LGSS, BOE núm. 154 de 29 de Junio de 1994.

- Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto , BOE núm. 189 de 8 de Agosto de 2000.

- RD 178/2003, de 14 de febrero requisitos para ser beneficiario de la prestación económica por hijo a cargo.

- LO 14/2003 de 20 de Noviembre de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 279 de 21 de Noviembre de 2003.

- Orden INT /985/2005 de 7 de Abril, establece las competencias de los delegados de Gobierno y gobernadores civiles en determinados aspectos relativos a extranjeros (alejamiento de ciudades, materia de control de los cuerpos de seguridad con respecto a estos sujetos, etc.)

-RD 1019/2006 de 8 de Septiembre por el que se modifica el artículo 13 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Junio de derechos y libertades de los extranjeros en España, BOE núm.228 de 23 de Septiembre de 2006.

-Orden de la Presidencia del Gobierno 1282/2007, de 11 de Mayo, (BOE núm. 113). Que regula el ingreso de personas no comunitarias en España y la cuantía de los medios económicos mínimos que exige nuestro país, a partir de Mayo del 2007.

-ORDEN INT/2103/2005, de 1 de Julio, por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los Servicios Centrales y Periféricos de la Dirección General de la Policía sobre competencia en materia de control de puestos fronterizos

-R.D. Legislativo 5/2004 de 5 de Marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Renta de los no residentes, BOE de 12 de Marzo de 2004.

-Ley 35/2006 reguladora del IRPF y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, BOE núm. 285 de 29 de Noviembre de 2006.

-Ley 35/2010 de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, y la Repercusión para la Población Trabajadora de Origen o Nacionalidad Extranjera de 17 de Septiembre de 2010 (BOE núm. 227 de 18 de Septiembre de 2010)

-Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros y su Integración Social, aprobado por el Consejo de Ministros de 15 de Abril de 2011.

JURISPRUDENCIA

-STS de 11 Mayo 1987/1987 [RJ 1987/3674]. Sobre la costumbre de indemnización a los titulares de tarjeta de estadística en Melilla que no se les renovara por la empresa su tarjeta.

-STC 4-3-1982, Ar. Relativas a la concesión de subsidio de desempleo a extranjero siempre que su residencia sea legal.

-STC 15/3/1983, Ar. 2102. Relativas a la concesión de subsidio de desempleo a extranjero siempre que su residencia sea legal

- STSJ Valencia, de 29 Mayo 1996 [AS 1996/1615], sobre el principio iura novit curia

-TSJ de Canarias, de 24 de Abril de 1992(Sala de lo contencioso-administrativo) sobre aprobación de normas subsidiarias.

-Sentencia Juzgado de lo Social núm. 1 de Melilla el 28 de Febrero de 1990, sobre procedimiento de despido.

-STC 150/1994, de 23 de Mayo otorgando efectos laborales a la Tarjeta de Estadística.

-STC 107/1984, En la que se desestimó el recurso de amparo porque carecía de la preceptiva autorización de residencia.

-STC 99/1985, BOE núm. 265, de 5 de Noviembre, sobre reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva.

-STC 115/1987 de 7 de Julio, sobre reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva.

-STC 94/1993 de 22 de Marzo, BOE núm. 100 de 27 de Abril, sobre retraso en que al solicitar la renovación de sus permisos de trabajo y de residencia y solicitarse su expulsión.

-STC 116/1993 de 29 de Marzo, BOE núm. 107 de 5 de Mayo denegándose la expulsión en base a que el demandante se encontraba trabajando en España y de forma irregular.

-STC 60/2010, de 7 de Octubre de 2010(BOE núm. 262, de 29 de Octubre de 2010) donde se desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas, respecto del art. 57.2 del Código Penal.

-Sentencia de 1 Septiembre de 2004 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Cádiz, en un procedimiento iniciado bajo el anterior RD 864/2001, reconoce la existencia de arraigo.

-Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3, de Bilbao, en Sentencia de fecha 3 de Octubre de 2006, por la que se reconoce el arraigo como concepto jurídico indeterminado.

-Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 18 de Noviembre de 2010 (petición de decisión prejudicial planteada por el Finanzgericht Baden-Württemberg — Alemania) — Alketa Xhymshiti/Bundesagentur für Arbeit — Familienkasse Lörrach (Asunto C-247/09).

ARTICULOS DE REVISTAS

- Periódico *El País*” *Chapa de perros*” de 10 de Junio de 1985

-*El País*” de 18 de Septiembre del 2007, en el artículo rubricado “Doce profesiones sin pasaporte europeo”

- El País 9 de Febrero de 1987.

-En el periódico “*Melilla Hoy*” de 9 de Noviembre de 1986.

“Periódico el Mundo” Ceuta y Melilla afrontan como legalizar a los trabajadores transfronterizos” de 23 de Junio de 2006.

- Diario Sur.29 de Diciembre de 1985

INTERNET

-Reconocimiento de los diplomas, certificados y títulos de enseñanza superior de ciclo largo <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c11022b.htm>
[Transcripción en línea última consulta 7 de Marzo de 2011]

-IZQUIERDO CARBONERO F. J. (Secretario del Juzgado de lo Social Único de Ceuta). “La problemática de la prueba de la relación laboral de los trabajadores transfronterizos”. Revista electrónica. Baylos del Ilustre Colegio de Abogados de Ceuta. núm. 6.Enero 2007. <http://www.icace.org/>

- MARTÍN SEGURA, A (2007). <http://www.comfia.info/noticias/35998.html> de 30 de Julio del 2007” *la problemática de los trabajadores transfronterizos*. [Transcripción en línea última consulta 29 de Diciembre de 2010]

- MIRALLES P. P., (2006). Conferencia publicada sobre *La legislación de extranjería en España del s. XIX al XXI*, en Tenerife el 12 de Julio del 2006, edit en el periódico digital sindistancia.uned.

-www.diariocritico.com/.../inmigración/.../inmigrantes-sin-papeles-ceuta-melilla.html rubricado” Melilla y Ceuta se desmarcan: Nunca han empadronado a irregulares [Transcripción en línea de 19 de Abril de 2010].

La situación de los trabajadores extracomunitarios en el ámbito de la protección social en Europa. Instrumentos comunitarios y convenios bilaterales. Instrumentos comunitarios y convenios. Recuperado el 30 de Enero de 2011, del sitio web www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Pon.V.Trejo_.doc

BIBLIOGRAFÍA FINAL

-AAVV., (1996). Seguridad Social y Protección Social, *Temas de Actualidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid.

-AA VV., (1999). *La Reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile*, Ed. Bruylant-Ed. de l'Universilé de Bruxelcs; varios autores (dirigido por D. Turpin), *Inmiges et refugies dans les democalies occidentales. Defis et solulions*. Económica, P. U. d'Aix-Marseillc.

-AAVV., (2000). *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Análisis jurídico-practico a la luz de las exigencias constitucionales)*. Coord. Por (LORENZO COTINO HUESO). Generalitat Valenciana, Valencia.

-AA.VV. (2000). *Comentarios a la Ley de Extranjería*; (dir). ASENSI SABATER, J., edit por Edijus, Zaragoza.

-AA.VV., (Coord. CAMPO CABAL, J.) (2001). *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, Civitas, Madrid.

- AA.VV. (2001). *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, (coord.) CAMPO CABAL, J., edit Civitas, Madrid.

-AAVV (2001). Marchal Escalona, N .Trabajadores transfronterizos Artículo 43.1, en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, (coord) por Mercedes Moya Escudero, Alcobeda Francos, A... (et al); prólogo, Sixto Sánchez Lorenzo .Granada. Comares, pág 344.

-AAVV., (2001). MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (Directores) (2001), Comentario al Artículo 43, en " Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)... [et al.]", Granada. Comares.

-AA. VV. LÓPEZ CUMBRE, L., (2003). El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica, En, *Derechos y Libertades de los extranjeros en España* (coord) Lourdes López Cumbre... (et al) en Actas del XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gobierno de Cantabria, Tomo I, Santander.

-AA.VV., (2006). *Regulación legal de la Extranjería e inmigración en España*, UPCO de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

-AAVV. SLOCKER TORRES, A., (2006). La aplicación del modelo europeo de calidad E.F.Q.M. al nuevo Reglamento Europeo de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social , *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, num.64.

-AA.VV., (2007). Deslocalización y tutela de los derechos sociales, *Revista Relaciones Laborales*, publicada por la Ley, en Madrid, Marzo, núm.6.

-AAVV., (2009). DE LUCAS, J Y SOLANES, A (Eds), La igualdad en los derechos: claves de la integración, Dykinson, Madrid.

-AAVV., MOLINA HERMISILLA, O y MOLINA NAVARRETE, C (dirs), (2009). *La centralidad del trabajo como factor de integración social, en Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: Balance y perspectiva de futuro*, Literaria, Jaén.

- AAVV., (2009). *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, DE LUCAS, J, y SOLANES, A., (Eds), Dykinson, Madrid.

AAVV., (2010). *Los menores extranjeros no acompañados* (coord y autoría) por Isabel E. Lázaro González y Beatriz Moroy Arambarri, edit por Tecnos, Madrid.

- ABAD L. V., (1993a). *La educación intercultural como propuesta de integración*, en AA.VV., *Inmigración, pluralismo y tolerancia*, Editorial Popular, Madrid.

ABAD, L V., (1993 b) *La educación intercultural como propuesta de integración*, en AA.VV., *Inmigración, pluralismo y tolerancia*, editorial Popular, Madrid.

-ABARCA, J. P., (1987). *Nacionalidad y extranjería en la nueva Constitución*, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, edit T. R. FERNÁNDEZ, UNED, Tomo II, Madrid.

-ACEDO PENCO, A. (2001). *El derecho a la intimidad familiar y a la reagrupación familiar en la nueva ley de extranjería*”.I Jornadas sobre la Ley de Extranjería e Inmigración. Cáceres.26-29 de Marzo 2001.

ACOSTA ESTÉVEZ, J. B. (1988). *Libre circulación de trabajadores, política social, y derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en la C.E.E*, Barcelona (PPU).

- ADAM MUÑOZ, M^a D., (2009). El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados, en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm 20.

- ADROHER BIOSCA, S. (2002). *Menores extranjeros no acompañados* en I. LÁZARO GONZÁLEZ (Coord.) *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, LÁZARO GONZÁLEZ E I. MAYORAL NARROS (Coord.)” *Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración* “Jornadas sobre Derechos de los menores 2003.

-ADROHER BIOSCA S. (2003). *Menores extranjeros no acompañados. Una nueva emigración*, en *Jornadas sobre Derecho de los Menores*, coord. Por I.E. LÁZARO GONZÁLEZ e I. V. Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

-ADROHER BIOSCA, S., (2005). *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España*, ed. Lex Nova, Valladolid.

-AGUADO y CIDOLA V., (2004). Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos en materia de extranjería: los problemas de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la LO 14/2003 de 20 de Noviembre. *RDME*, num. 5, Marzo.

-AGUELO NAVARRO P., y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A., (2001a). *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Lex Nova., Valladolid.

--AGUELO NAVARRO P. Y ÁLVAREZ RODRIGUEZ, A., (2001b). *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*. Lex Nova. Valladolid.

-AGUELO NAVARRO, P., y CHARRO BAENA P., (2003). Consideraciones acerca del contingente 2003, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 2.

-AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, A. G. (2005). La Constitución Europea y los extranjeros, *Rev. Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 8.

-AGUELO NAVARRO, P. Y RODRÍGUEZ CANDELA, J. L., (2003) .Algunos aspectos críticos del texto de Reforma de la LOEx, *Revista Derecho Migratorio y extranjería*, edit Lex Nova, Valladolid, núm. 4, Noviembre.

-AGUILAR DE LUQUE Y ELVIRA PERALES, A., (1999). El derecho de asociación: Artículo 22 de la Constitución Española, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* dirigido por ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL, Madrid, Cortes Generales 1996-1999. Tomo II.

-AGUILERA, R., (2006). *El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: Los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid.

-AGUT GARCÍA, C., (2007). *Manual de Derecho Sindical* Dir García Ninet J. I. 2 edit. Atelier, Barcelona.

-AJA FERNÁNDEZ, E., (2000). El marco político institucional de la reforma, en AA.VV., *La nueva regulación de la inmigración en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

-AJA FERNÁNDEZ, E., (2006). *Inmigración y Derechos de Ciudadanía*. Edita Fundación CIDOB con la colaboración de la Diputación de Barcelona, Servicio de Políticas de Diversidad y Ciudadanía.

-AJA FERNÁNDEZ, E., (coord.) APARICIO M., CABELLOS, M. A, MOYA D., DIEZ L., y ROIG E., (2000). *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

-AJA FERNÁNDEZ, E., Y DÍEZ BUESO, L., (2005). *La participación política de los inmigrantes* núm. 2.

-AJA E Y MONTILLA, J. A Y ROIG, E., (2006). *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

-ALJARO, I. (2001) .Melilla una ciudad en armonía, *Revista Destino Sur*, Málaga.

-ALAEZ CORRAL, B., (2003) .*Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid.

-ALÁEZ CORRAL, B., (2004). Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática. En *Extranjería e inmigración: Aspectos jurídicos socioeconómicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

-ALARCON CARUACUEL, M. R., (1986). La integración de los servicios Sociales y la Asistencia social en la Seguridad Social, *Revista Andaluza de trabajo y bienestar social* núm. 7.

-ALONSO, F. (2007) *Los derechos de los extranjeros en España*, Boletín Oficial del Estado.

-ALONSO GARCÍA, B., (2002). *El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero: A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de Enero*, edit Civitas, Madrid, núm. 110.

-ALONSO OLEA, E., (1986). Aspectos sociales de la Comunidad Económica Europea. En *Anales de la Academia de Ciencias. Morales y Políticas.* , año XXXVIII, Madrid, núm. 63.

-ALONSO OLEA, E., (1991) .El Art. 24.1 CE en la jurisprudencia del TS: problemas generales, AA. VV., *Estudios sobre la Constitución Española* (homenaje al profesor EDUARDO GARCÍA ENTERRIA), MARTÍN-RETORTILLO, S (coord.) Madrid, Civitas.

-ALONSO OLEA, E., (2001) .Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000, Madrid. Civitas.

-ALONSO PÉREZ, F., (2002). La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería, edit por La *Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 18.

-ALONSO GARCIA, R., (1994). *Derecho comunitario (Sistema constitucional y administrativo de la Unión Europea)* (1994). CEURA, Madrid.

- ALCON YUSTAS M. F., (2003). *Los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen de los menores*. En Jornadas sobre Derecho de los Menores. (Coords.) LAZARO GONZALES I Y MAYORAL NARROS. I. Ed. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid

- ALONSO SANZ, L, (2009). El derecho al Asilo de menores no acompañados: Una propuesta de regulación más segura, *Revista de Derecho Político* de la UNED núm 74, Enero-Abril 2009.

-ALBIOL MONTESINOS, I., (1994). *Contratos formativos: en prácticas y de aprendizaje*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia.

-ALBRECHT, H., (2002). Fortress Europe? Controlling illegal immigration. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol.10.1.

-ALCARAZ CANOVAS I., (1999). *Entre España y Marruecos: testimonios de una epoca1923-1975*, edit Catriel. Madrid.

-ALLEGUE P., (2001). Sobre el concepto de ciudadanía: ¿una senda ilustrada? *Rev. Jueces para la democracia* núm.41, Julio.

-ÁLVAREZ CORTES J.C., (2001a). *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito comunitario*, Tecnos, Madrid.

-ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., (2001b). Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería, edit en *Revista Relaciones Laborales*, Tomo I.

-ALVAREZ CORTES, J.C. (2001) .La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario, Tecnos, ACARL, Madrid.

-ÁLVAREZ DEL CUBILLO A., (2003). La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros, *Rev. Derecho Social*, núm. 23.

-ÁLVAREZ LÓPEZ, P., (2004). *La concesión de la autorización de residencia a menores extranjeros no acompañados: Comentarios a varias sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha* *Rev. Actualidad Administrativa*, núm. 17.

-ÁLVAREZ LÓPEZ, P. (2004).*La protección de los menores inmigrantes, refugiados y desplazados en el derecho español*, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, num. 17.

-ÁLVAREZ FERNÁNDEZ A Y JIMÉNEZ ÁLVAREZ, (2005). *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, Madrid.

-AKADEMEIA (2008) *Inmigración y Derechos Humanos*. Barcelona: Icaria.

-ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., (1988). *El pasaporte comunitario*. La Ley, Comunidades Europeas, núm. 40, Tomo II

-ALVAREZ RODRIGUEZ, A., (2000). La nueva ley de extranjería: ¿ruptura e incumplimiento de Tampere? ¿Innovación o seguimiento del modelo italiano?, *Rev. Migraciones*, N º7.

-ALVAREZ RODRIGUEZ, A., (2005). Régimen aplicable a los extranjeros comunitarios y asimilados, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, A. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen jurídico del extranjero en España* (Jurisprudencia y Formularios), Murcia, Diego Marín Librero Editor.

-ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., (2007). Directiva 2003/109/CE versus legislación española actual ¿la trasposición exige la modificación de la LO 4/2000?, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 15.

-ALZAGA VILLASIN, O., (1988a) *La Constitución española de 1978*, Madrid, ed. El Faro.

-ALZAGA VILLASIN, O., (1998b) *Derecho político español según la Constitución de 1978*, 2º edición, Madrid.

-ANDRASSY J., (1951). *Les relations internationales de voisinage*. R. des C., T79. (1951-II)

-AÑÓN ROIG, M.J., (1988). *Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías*, en AA.VV., *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

-AÑÓN M^a J Y MIRAVET, P., (2008). La Unión Europea y la integración social y política de los inmigrantes, *Revista Sistema*, núm.7.

- APRAIZ MORENO, F., (1998). *Derecho de Extranjería*. Vol. I y II. Bosch, Barcelona.

-APRELL LASAGABASTER, M.C. (1987).Expulsión de extranjeros y control de la discrecionalidad administrativa”; *RAP*, núm. 114.

APRELL LASAGABASTER, M.C., (1996). El nuevo Reglamento de la LO 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España” *RAP*, núm 140.

-APRELL, LASAGABASTER, M.C., (1997). La fórmula «contingente de autorizaciones» como condicionante para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios, *RAP*, núm. 93.

-APRELL LASAGABASTER, M.C., (1998). Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley, XV Congreso de Estudios Vascos, Donostia San Sebastián.

-APRELL LASAGABASTER, C., (2009). La reforma de los Reglamentos de Extranjería *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 22.

-ARAGÓN REYES, M., (2001a) ¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería? *Revista Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 112.

-ARAGON REYES M., (2001b) Ley de extranjería y Constitución. *Rev. Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 17, UNED.

-ARAGON BOMBIN R., y CHOZAS PEDREÑO J., (1993). *La regularización de inmigrantes durante 1991-1992*, Madrid, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social.

-ARCE JIMÉNEZ E., (2004). *Los derechos de los menores. Situación en España*. Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería, Lex Nova, Valladolid.

-ARCE. E., (2005). *Nuevos inmigrantes en situación documental irregular, familiares reagrupables*. Rev. Derecho Migratorio y Extranjería. Nº 8, Lex Nova, Valladolid.

-ARCE JIMÉNEZ, E., (2006a). *Los menores extranjeros: Su desprotección frente a la legislación de Extranjería, en Menores tras la frontera : otra inmigración que aguarda / FRANCISCO CHECA Y OLMOS (ed. lit.), JUAN CARLOS CHECA OLMOS (ed. lit.), ANGELES ARJONA GARRIDO (ed. lit.),Icaria, Barcelona,.*

-ARCE JIMÉNEZ, E., (2006b). *Menores inmigrantes derechos que no se cumplen*?. Revista Abogacía Española Nº 2006.

-ARGEREY, P., (2005). *El impacto económico de la inmigración europea: estudio de un caso particular: España*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

-ARNALDO ALCUBILLA, E., (1992). El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales. En revista *Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, Enero-Abril.

-ARRIAGA IRABURU, I..., (2004). *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Pamplona.

-ASENSI SABATER J., (dir.) (2001). *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Zaragoza, Edijus.

-ASÍN, M., (2008). Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, Número 10, Julio-Diciembre.

-ASIN CABRERAS A. (2007a). *Comentarios al Reglamento de Extranjería. Menores extranjeros no acompañados*, Lex Nova, Valladolid.

-ASÍN CABRERA, M. A., (2007b). Menores Extranjeros No Acompañados, en M. I. RAMOS QUINTANA (coord) *Comentarios al Reglamento de la Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid.

- ASÍN, M., (2008). Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular. *Revista de Derecho Constitucional europeo*. Número 10, Julio-Diciembre.

- ARA PINILLA, I (1990). *Las transformaciones de los derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid.

-ARMENTOS LEÓN, M., (2006). Análisis del Tratamiento Jurídico Previsto para los Menores Extranjeros en Situación Irregular, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm.2017.

-AUBARELL, G., y ROCA, A., (2003). *Perspectivas de la inmigración en España: una aproximación desde el territorio*, Barcelona, Icaria Editorial.

-AYOTTE, W., (1998). Apoyo a los niños no acompañados en el proceso de asilo, Colección Ayo Sup D.

-BAENA, P., (2002). Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000 de 22 de Diciembre. *Tribuna Social*, 133.

-BALIBAR, E., (1995). La ciudadanía europea, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm.3.

-BALLESTER PASTOR, M.A., (2001). El contenido laboral de la Ley de Extranjería 8/2000: reducciones, cautelas y desconfianzas, *Revista Aequalitas del Instituto Aragonés de la Mujer y la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza*, núm. 6, Julio.

-BALLESTER PASTOR, M. A., (2004). Normas e infracciones laborales de extranjería aplicadas al sector agrario (LO de Extranjería RD 864/2001 y LO 14/2003), en *Rev. de Relaciones Laborales*, núm. 2, Enero.

-BALLESTER PASTOR, M. A., (2006a) *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

-BALLESTER PASTOR, M. A., (2006b). *El trabajo de los extranjeros comunitarios en España*. Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia.

-BALLESTEROS DE LOS RÍOS (1997). *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid.

-BALLESTEROS GONZÁLEZ, J. M. (1973). La regulación jurídica de la seguridad social en el marco de las Comunidades Europeas, *AESJ*, Vol. II, 1973.

-BAQUERO CRUZ J., (1998). La protección de los derechos sociales en la comunidad Europea tras el Tratado de Ámsterdam, *Rev. De Derecho comunitario europeo*, Nº 4.

-BARBÉ E., (COORD.) (2008). *España en Europa 2004-2008*. Monografías del Observatorio de Política Exterior Europea, núm. 4, Febrero, Bellaterra (Barcelona): Institut Universitari d'Estudis Europeus.

-BÁRCENA, F. y JOVER, G., (2005): La ciudadanía imposible. Pensar al sujeto cívico desde una pedagogía de la mirada, en ORAISÓN, M. (coord.), *Globalización, ciudadanía y educación*. Barcelona, Octaedro/OEI.

- BARNEN, RÄDDA (2001). Conferencia Europea: Los niños en primer lugar - las políticas hacia la los niños separados en Europa, celebrada el 21 -22 Septiembre 2000 de Save the Children Suecia en cooperación con el ACNUR –Estocolmo, edit por coleccion DB5.

- BARRANCO VELA, R (2005). *La publicación de la legislación protectora de inmigrantes y menores*, en Seminario de Expertos: La protección de los menores extranjeros e inmigrantes, IV Foro Andaluz de la Infancia, celebrado el 17 y 18 de Noviembre de 2005.

-BARRIOS BAUDOR, G., y CHARO BAENA, P., (2003) .El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas, en *Derechos y libertades de los extranjeros en España* (XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Tomo II, Colección Informes y Estudios, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico del Gobierno de Cantabria, Santander.

-BAYÓN CHACON, C., y PREREZ BOTIJA, E., (1978). *Manual del derecho del Trabajo, Vol.I* (Edi. Revisada por F.VALDES DAL-RE).

-BLANCO CARRASCO M., (2007).*Los menores en protección*. (Coord.) Por Manuel Serrano Calderón, Ed. Difusión jurídica y temas de actualidad.

-BLANCO GARCÍA BLANCO, P, en VVAA (2010): Acceso a la nacionalidad española y su significación en *Los menores extranjeros no acompañados* (coord) por I. LÁZARO GONZÁLEZ Y BEATRIZ MOROY, Tecnos, Madrid.

-BLANCO VICENTE, D. J., (2003). Una regulación integral de la inmigración para Europa, en *REDUE*, núm. 5, (2º sem.).

-BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (2001). *Los nacionales de terceros países en la UE*, Córdoba, Srv. Publicaciones de la Universidad.

BELDA PÉREZ PEDREDRO, E., (1997). *Los derechos a la libre elección de residencia y al libre desplazamiento*. Edit Parlamento y Constitución de Castilla-La Mancha, Anuario núm. 1.

-BELORGEY, J., (2007). La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales, UNED, *Revista de Derecho Político*, Nº 70.

-BELGUENDOZ A., (2004). *La nueva ley marroquí de inmigración*, Atlas de la Inmigración Marroquí en España, editado por el Observatorio sobre Migración.

-BELTRAN AGUIRRE, J., L., (2000) .Los servicios sociales, *RVAP*, núm., 57.

-BELTRAN MIRALLES, S., (2001). *La regulación del derecho de sindicación y huelga de los trabajadores extranjeros por la LO8/2000*. Comunicación presentada al XII Congreso de la asociación española de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Santander 8-9 de Junio.

-BENEYTO CALBUIG D., (2004) .*Los trabajadores extranjeros: Análisis y Comentario del Reglamento de Extranjería de 30 de Diciembre*, CISS, Valencia.

- BENITO ALONSO, F., (1996). Actuaciones de riesgo y desamparo de menores, tutela por ministerio de la ley y guarda, *Cuadernos de Derechos Judicial* núm 16.

-BENZO SAINZ, F., (1998). La política de inmigración del Ministerio del Interior, en *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*, en AA. VV., colección Escuela Diplomática núm. 3 (A cargo de C. ESCOBAR HERNÁNDEZ) Madrid.

- BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., (1982). Comentario al art 174 del Código Civil en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, Vol.2, ALBADALEJO GARCIA, M (Dir.), Edersa, Madrid.

-BERMÚDEZ, M., (2004) .Migraciones y relaciones internacionales entre España y Asia. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, número 68.

-BETTI, E., (1959). Teoría general del negocio jurídico. Traducido por MARTIN PEREZ, A, 2 *Revista de Derecho Privado*, Madrid.

-BRENA I. (1991). *Los nuevos principios reconocidos en materia de tutela tras la reforma de 1987*, AC, 1991-1.

-BIOCCHI LUCA Y LEVOY, MICHELE (2008). Los niños indocumentados en Europa: Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración, *Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Migrantes Indocumentados*, Bruselas.

-BIGLINIO CAMPOS, P., y ARAGON REYES, M., (2001). La ley de Extranjería y la Constitución, *Rev. Teoría y realidad constitucional*. Nº 7.

-BOCKENDFORDE, E. W., (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*, Traducido de J. L. REQUEJO E I. VILLAVARDE, Nomos, Badén-Badén.

-BODEI, R., (2000) .Los sin patria, *en Identidades comunitarias y democracia*, dirigido por Gorski H.C., Silveria, Editorial Trotta Madrid.

-BORRAJO DACRUZ, E., (2001). *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos.

-BORDERIAS URIBEONDO, M. P., (1987). *Estructura de la población de Ceuta y Melilla; su evolución a partir de 1960*, en I Congreso Internacional del Estrecho de Gibraltar. UNED, Madrid.

-BORRAS, A., (1994). *El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado*, RJC.

-BORRAS, A., (1995a). *La influencia de la evolución en el medio internacional sobre el derecho español de extranjería en el periodo 1985-1995. Diez años de la Ley de extranjería: balance y perspectiva*. Fundación Paulino Domènech, Barcelona.

-BORRÁS RODRÍGUEZ, A., (1995b). La aplicación en España del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, *Anales de la AMN*.

-BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1974). Normas tributarias extranjeras y conflicto de leyes, *Temis (Symbolae García Arias)*, núm. 33-36.

-BORRAS RODRIGUEZ A., (1999). *Las ciudades de soberanía española: respuesta de una sociedad multicultural. (Melilla 6-9 de Abril de 1999)* Cursos Internaciones de la Ciudad Autónoma de Melilla y la Universidad de Alcalá. (Direc Jiménez Piernas C). Edit Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones.

-BOUETILLET –PAQUET, D (2001). *L 'Europe et le Droit d' asile. La politique d' asile européenne et ses conséquences sur les pays d' europe centrale, L' Harmattattan*, Paris.

-BUENO ABAD J.R., Y MESTRE LUJAN, F.J., (2006). La protección de menores migrantes no acompañados: Un modelo de intervención social, en *Revista Alternativas, Cuadernos de Trabajo Social*, Madrid.

-CABEZA PEREIRO, J. (2000) La cuestión social en el derecho originario de la Union Europea, *Documento Laboral* núm.32.

-CAGNE J., (1979). Sebta du Vème: au IXème siècles. Edit CURS Rabat (1979), *Revue Al Baht al Ilmi*.

CARBONEL PEREZ Y., (1987). *El origen geográfico de la población Ceuta*, Congreso Internacional el Estrecho de Gibraltar, Ceuta.

-CHOURAGUI A (1985) *Histoire des juifs en Afrique du Nord*. Hachette. Paris.

-COLECTIVO IOE (2002). Los inmigrantes en España. *Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*, núm. 66, Barcelona.

-COMBALIA, Z., (1996). Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: aproximación al estudio de los derechos humanos en las declaraciones islámicas, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*.

-COMBALIA, Z., (2001a) .Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial -islámico, en *Aequalitas* nº 6

-COMBALIA Z., (2001b) *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Pamplona.

-CONRING, H. T., (2001). Der Islam und das Menschenrecht der Religionsfreiheit, en *Kirche und Recht Zeitschrift für kirchliche und staatliche Praxis*, num. 1, y ss.

-CALBUIG BENEYTO D., (2004). *Los trabajadores extranjeros: Análisis y Comentarios del Reglamento de Extranjeros de 30 de Septiembre de 2004*.

-CALDUCH GARGALLO, M., (2003). La asistencia jurídica gratuita al extranjero, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 4, Noviembre.

-CALVO CARAVACA A. L. Y CASTILLO RIGABERT, F. (1985). Adquisición de inmuebles en España por extranjeros, *La Ley*, nº 1128.

- CAMAS RODAS, F., (2009). El acceso al trabajo de los inmigrantes menores de edad, en AAVV. La edad en relación al empleo, la seguridad social y la inmigración edit Bosch, Barcelona.

-CAMPO CABAL, J. M., (coord.) (2001). *Comentarios a la Ley de Extranjería: Ley 4/2000 reformada LO 8/2000*, Madrid, Civitas.

-CAMOS VICTORIA (2007). *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, dirigido por RAMOS QUINTANA M. I. Lex Nova, Valladolid.

-CAMPUZANO, B., (2005). *Tránsito, estancia y residencia en España. Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, SÁNCHEZ RODAS NAVARRO C (Dir) ALONSO BURON J. C (coord.) Ediciones Laborun, Murcia.

-CAMPUZANO, C., (2001). El debate sobre la inmigración en España, ¿una oportunidad doblemente perdida? *Revista CIDOB d'afers internacionals* núm.53.

-CAMPUZANO DIAZ. B., (2001). *Los menores en el Derecho de Extranjería*, en VVAA, *Extranjeros en España. Régimen Jurídico*, Laborum Murcia.

-CAMPUZANO DÍAZ, B. (2004). Los menores marroquíes no acompañados y el derecho de extranjería, *AJM*, núm. IV.

-CANO BAZAGA, E., (2001). *Las situaciones de los extranjeros en España. El nuevo derecho de extranjería*. RODRÍGUEZ BENOT A, y HORNERO MÉNDEZ, C (coord.)Comares, Granada.

-CANO BUESO, J. (2003) Los derechos de los extranjeros en España: Una perspectiva Constitucional, *Edit Rev. De Derecho Político*, UNED, Madrid, núm. 57, pág 18.

-CARAVACA E. y DE SANTOS M., (1993). *Melilla y Ceuta. Las últimas colonias*. Edit Talasa. Madrid.

-CAPDEVILLA, M Y FERRER, M., (2004). Estudio sobre los menores extranjeros que llegan solos a Cataluña, *Revista Migraciones*, núm 16.

-CARBONNIER Y SAVATIER, C., (1960).Derecho civil, Tomo I, Vol. I, ed. Bosch, Barcelona.

-CARBONELL SÁNCHEZ M., (2005). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* coord. por MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ Y PEDRO SALAZAR UGARTE, edit Trotta, Valencia.

-CARDONA TORRES J., (1985). *Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España*. Edit Bosch, Barcelona.

-CARNELUTTI F (2003) Teoría General del Derecho: Metodología del Derecho. (Trad.) CARLOS G. POSADA. Edit, por JOSE LUÍS MONEREO PÉREZ, Comares, Granada.

-CARRASCO, B., (1996) La nacionalidad de de los estados miembros en el ámbito comunitario, *REE* N° 12.

- CARRASCOSA, M.D. (2004). *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/1971*. Madrid: Consejo Económico Social.

-CARRASCOSA BERMEJO, M. D., (2006) Ponencia rubricada” Protección social de las relaciones laborales extraterritoriales”, celebrada en la Facultad de Derecho de Zaragoza de 14 de Diciembre de 2006.

-CASAS BAAMODE, M. E., (2000). *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la UE y en el Espacio Económico Europeo*, edit Civitas, Madrid.

-CASAS SÁNCHEZ, J (2005).*La inmigración fronteriza en Ceuta* publicado en Revista de Estudios fronterizos núm. 3.

-CASTAN TOBEÑAS, J., (1971). *Derecho Civil Español Común y Foral* Tomo I y II, Teoría de la relación jurídica .La persona y los derechos de la personalidad, Las cosas. Los hechos jurídicos, 11^a Edit., con adiciones de J. L. de los Mozos. Madrid, Instituto Editorial Reus. 1971.

- CASTILLO MARTIN, J. A., (2008). La protección a los menores por las entidades públicas y sus efectos sobre la patria potestad”, *Edit por la VENIA, Revista del Colegio de Abogados de Melilla*, Abril de 2008.

-CASTRO CID, B de (1988). *Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales*, en Anuario de Filosofía del Derecho.

-CAVAS MARTÍNEZ F., Y FERNÁNDEZ COLLADOS, M .B., (2005). *Derecho de Extranjería: Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del Extranjero en España*, edit Librero-Editor Diego Marín, Murcia.

-CEINOS SUAREZ, A., (2006). *El trabajo de los extranjeros en España*, editado en La Ley, Madrid.

- CHACÓN RODRÍGUEZ, L., (1995a). *Inmigración, mercado de trabajo y segmentación. Conferencia en el ciclo Inmigración, mercado de trabajo e integración social*, organizado por la Fundación Primero de Mayo y la Secretaria Confederal de CCOO, Consejo Económico Social (10-14 de Julio), Santander

- CHACÓN RODRIGUEZ, L., (1995b).*Equal opportunities for immigrants and ethnic minorities and the labour market in Spain”, en Preventing Racism at the Workplace. European Conference Madrid 15-16 November 1995, European Foundation for Improvement of Living and Working Conditions, Dublin.*

-CHACÓN RODRÍGUEZ, L., (1998). Los sindicatos españoles y la inmigración .*Rev. Migraciones* núm. 4, Madrid.

-CHACÓN RODRÍGUEZ, L., (2002) La formación de la España inmigrante: mercado y ciudadanía. Revista española de investigaciones sociológicas. Número 97.

-CHACÓN RODRÍGUEZ, L., (2003) *Inmigración y segmentación de los mercados de trabajo en España*, Sevilla, Fundación Centro de Estudios Andaluces (Centro Andaluz), Documento de trabajo Febrero.

-CHACÓN L., (2004). Inmigración y mercado de trabajo en España de Junio 2003. Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los inmigrantes, publicado en *la Gaceta Sindical: Reflexión y Debate* nº 3.

-CHACÓN RODRIGUEZ L., (2007). Diez notas sobre la inmigración en España. *Vanguardia*. Dossier nº 22 Enero/ Marzo.

-CHARO BAENA, P., (1995). El trabajo de los extranjeros en España en ADROHER BIOSCA, S., Y P. CHARO BAENA, P., (coord.): *La inmigración. Derecho español e internacional*, Bosch, Casa editorial, Barcelona.

-CHARRO BAENA, P., (2000). *Las autorizaciones para trabajar de los extranjeros*. Aranzadi, Navarra.

-CHARO BAENA, P., (2002). Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000 de 22 de Diciembre. *Rev. Tribunal Social*, 133.

-CHARRO BAENA, P., (2005). Política en materia de inmigración, en Sempere A. et al. *Políticas Sociolaborales*, 3ª ed. Tecnos.

-CHARO BAENA, P., (2006). El trabajo de los extranjeros en España: Una lectura desde el Ordenamiento Laboral, edit *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63.

- CHARRO BAENA, P Y BENLLOCH SANZ, P (2007). Guía practica de contratación laboral de extranjeros, Thomson&Aranzadi, Cizur, Menor, Navarra.

- CHECA Y OLMOS F. Y ARJONA. A., CHECA OLMOS J.C.,(2006). *Menores tras la frontera Otra inmigración que aguarda*. Barcelona: Icaria, Antrazyt..

-CHUECA, A., (2007). *Inmigración y tratados internacionales celebrados por la UE: los tratados de readmisión*, Universidad de Zaragoza.

- CEMBRERO, I., (2006). Vecinos alejados. Los secretos de la crisis entre España y Marruecos, Galaxia Gutemberg-Circulo de Lectores, Madrid.

CIDOB (2006). *Inmigración y Derechos de Ciudadanía*. Edita Fundación CIDOB con la colaboración de la Diputación de Barcelona, Servicio de Políticas de Diversidad y Ciudadanía.

-CIPOLLA, C. (1994) *Historia económica de la población mundial*, Barcelona: Crítica
Código Civil español.

-CLEMENTE DE DIEGO, F., (1929). *Instituciones de Derecho Civil Español*, Madrid, Ediciones Atlas, 7ª Edit., Imprenta de J. Pueyo, Tomo I.

-COBO DEL ROSAL, M Y BOIS REIG, J., (1984). *Constitución Española de 1978*, Tomo II, arts 10-23. Edit por O. Alzaga, Madrid.

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.,(1999). *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Navarra.

-CONDE –PUMPIDO, C., CÓRDOBA, F. D Y SANZ, J. D., (2002). *Tratado practico de los procesos de extranjería*, edit. Bosch, Barcelona.

-COING, SEE H., (1951). *System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft*. *Juristenzeitung*, apud.

-CORTAZAR ROTAECHE, C. J (1997). *Derecho de asilo y no rechazo del refugiado*, Universidad Pontificia de Comillas y Dykinson, Madrid.

-CUCHI DENIA, J .M., (1996).La libertad de información versus el derecho al honor ¿De la técnica de la ponderación a la prevalencia de la primera? en *RGD*, núm. 619, Abril 1996.

- CRESPO R (1985).*Entre moros y cristianos*. Ediciones Andalucía. Granada.

-CRESPO NAVARRO, E., (2004). La Directiva 2003/109 del Consejo, relativo al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 18, Vol. 8.

-CRUZ VILLALON, J., (2009).La política comunitaria de inmigración, *Revista Relaciones Laborales*, núms. 15-16.

-DANESE, G. y STOCCHIERO, A. (2000). *Una politica di Integrazione circolare degli immigrati*, en Cespi, *Immigrazione e processi di internazionalizzazione dei sistemi produttivi italiani*, Working Paper núm. 9.

-DAHRENDORF, R., (1990). *El conflicto social moderno: Ensayo sobre la política de la liberta*. Biblioteca Mondadori, Madrid.

-DE CASTRO BRAVO, F., (1984) *.Derecho Civil de España*, edit Civitas. Tomo II, Madrid.

-DE CASTRO BRAVO, F., (1989). *Derecho Civil de España*, I. Ed. Facsimilar de la 1ª de 1949, Civitas, Madrid.

-DELGADO M., (2005). Diferencia e integración. La diversidad cultural en las sociedades democráticas, E. FERNANDEZ Y J. G. MOLINA (coord.) *Multiculturalidad y educación*. Madrid, Alianza.

-DE LA VILLA GIL L. E., (2007) *.Comentario al Reglamento de Extranjería*, Dir. por RAMOS QUINTANA M. I. ,edit por Lex Nova, Valladolid.

-DE LUCAS MARTÍN, J., (1999a). *Del telón de acero a las líneas de sombra .Las minorías étnicas, el refugio y el asilo en Europa*, Tiempo de Paz, Nº 26.

- DE LUCAS MARTÍN, J., (1999b). Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías, en AA.VV., *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

-DE LUCAS, J., (2000a). El marco jurídico de la inmigración en España, Jueces para la Democracia ¿Hay que cambiar la Ley de Extranjería?, *Le monde Diplomatique*, Edición española, Julio 2000.

-DE LUCAS J. (2000b) Inmigración, ciudadanía, derechos: el paradigma de la exclusión. EN RODRÍGUEZ M. E. Y TORNOS A., (Eds) *Derechos culturales y derechos humanos de los Inmigrantes*, Madrid. U, Pontificia Comillas.

-DE LUCAS, J. (2000c). Pactos y Razones de Estado. Ciudadanía e Inmigración, *Diario El País*, jueves 9 de Noviembre.

-DE LUCAS J., (2001a). Las propuestas sobre políticas de inmigración en Europa y la nueva ley 4/2000 en España, en COLOMER VIADEL. A. (coord.) *Emigrantes y estabilidad en el Mediterráneo. La polémica ley de Extranjería*, Madrid, Poder, edit Nomos.

-DE LUCAS, J, PEÑA S., Y SOLANES A., (2001b). *Trabajadores migrantes*, edit Germania Serveis Grafics, S. L., Valencia.

-DE LUCAS MARTIN, J., (2001c). Pactos de Estado, contrato social y pacto ciudadano. El pacto ciudadano en torno a la inmigración”, en FERNÁNDEZ SOLA, N. /CALVO GARCÍA, M. (eds.), *Inmigración y derechos*, Zaragoza, Mira Editores.

-DE LUCAS J., (2002a). *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*. Valencia, VV.AA. Tirant lo Blanch.

- DE LUCAS MARTÍN, J., (2002b). *Problemas teóricos y sociológicos de la inmigración en España*, en *Sociologia del Diritto*, XXIX/2002/2, Instituto di Filosofia e Sociologia del Diritto Università degli Studi di Milano, Milano, II quadrimestre 2002.

-DE LUCAS, J., (2003). Los inmigrantes como ciudadanos. Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los Inmigrantes, *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, Nº 3.

-DE LUCAS, J., (2006) *Justicia, migración y derecho*. Universidad de Valencia.

-DE LUCAS J., (2008) .La inmigración y la lógica del estado de sitio, *Directiva de retorno* núm. 3 Agosto, publicada en *Le Monde Diplomatique*. Paris.

- DE LUCAS J. (2009). Dos tests sobre la consistencia del Estado de Derecho ante los proyectos de reforma de asilo y de extranjería, *Rev. Jueces para la Democracia*, núm. 64.

-DE PABLO CONTRERAS P., (1993). *Comentarios al Art. 172 del Cc en Comentarios a las reformas del Cc*, dirigidos por R. BERCOVITZ, Tecnos, Madrid.

-DE PALMA TESO, A., (2004). *La protección de los menores por las Administraciones Públicas*. II Jornadas sobre Derecho de Menores 2004.Universidad Pontificia de Comillas.

-DE PALMA DEL TESO A (2006). *Administraciones públicas y protección de la infancia*, en Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid.

-DE PALMA DEL TESO (2007). Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados, edit *Revista de Administración Pública*, núm.173.

-DEL PINO D., (1983) *La última guerra con Marruecos: Ceuta y Melilla*, edit Argos y Vergara, Barcelona.

-DEL POZO, A. B., (2009). Procedimientos de Extranjería: Un impredecible calvario, edit por *Iuris núm, 139*, Junio.

-DEL MORAL GARCÍA, A.,(1998). *Derechos humanos de menores*, Diario La ley Ref. D-316, Tomo 6, Madrid.

-DEL VAL TENA, L., (2002). El derecho de los extranjeros a la protección de la salud, *REDT*, núm. 109.

- DESDENTADO BONETE, A., (2004).Trabajadores desplazados y trabajadores transfronterizos en la Seguridad social europea del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004, en *Revista del MATS* núm.64.

-DEU DEL OLMO, M., (2004). *Ceuta: inmigración, interculturalidad y convivencia*, Ciudad Autónoma de Ceuta.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Sesión núm. 15 celebrada el viernes 20 de Marzo de 2009.

-DIAZ, E., (1988) *Sociología y Filosofía del Derecho*, edit Taurus, Madrid.

-DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. Vigésima primera edición.

-DIDIER BIGO Y ELSPETH GUIL (2003). La visa Shengen: expression d'une strategie de "police" à distance, *Cultures y Conflits*, núm. 49.

-DIEZ PICAZO, L., (1996). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial .Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, Civitas.

-DÍEZ PICAZO, L., (2000). *Sistema de derecho Civil* ,9º Ed, V. II, Tecnos, Madrid.

-DIEZ PICAZO, L., (2003) *Sistema de derecho Civil* ,9º Ed, V. II, Tecnos, Madrid.

-DONAIRE VILLA, F.J., (2009) .Libertad individual y sus limitaciones en el Régimen general de Extranjería. En *Los derechos de los inmigrantes en España* (Coord.) por ELISEO AJA FERNANDEZ, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

-DROZ, G. A. (1983). *L' protection des mineurs*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1301, Paris.

- DURÁN RUIZ, F., (2007). Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* www.refdugr.com.

-EEKELAAR., JOHN (1994). Interests of the Chile and the Child's wishes: the role of Dynamic Self-Determination, en *International Journal of Law and the Family*, Vol. 8.

-EIRAS, A., Y GONZÁLEZ, D., (2004). *La inmigración en España*, Universidad de Santiago de Compostela.

- ELIAS MENDEZ, C. (2002).*La protección del menor inmigrante desde la perspectiva constitucional*. Tiranch Lo Blanch, Valencia.

-ENCICLOPÉDIA JURÍDICA OMEBA

-ENGISCH, KARL., (2001). *Introducción al pensamiento jurídico*, (traduc) de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, edición de JOSE LUIS MONEREO PÉREZ, Comares, Granada.

-ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (2001). La protección social de los inmigrantes extracomunitarios en la LO4/2000 y en su ley reformadora, *Revista Social Mes a Mes*, núm. 61, pág. 34.

-ESCUDERO RODRIGUEZ y MERCADER UGUINA, J. R., (1995). Las agencias de colocación y los servicios integrados para el empleo. La aplicación de nuevos medios técnicos a la gestión de la Seguridad Social. La selección de personal laboral en las Administraciones Públicas. *RL*, N° 3.

-ESCUIN PALOP V., (1991). Régimen jurídico de la entrada y permanencia de los extranjeros en España, edit. CEC, *Colección " Cuadernos y debates "* núm. 27, Madrid.

-ESPALDA RAMOS, M., L., Y MOYA ESCUDERO, M., (1985). La ley reguladora de asilo y la condición de l refugiado de 26 de Marzo de 1984¿Nacionalismo o Internacionalismo?, edit *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 6, núm 1, Enero-Marzo.

-ESPALDA RAMOS, M. L. (2001). Residencia de apatridas, indocumentados y refugiados (artículo 34), en MOYA ESCUDERO, M (coord), en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada.

-ESPINAR VICENTE, J. M., (1987). *La extranjería en el sistema español de derecho internacional privado*, edit TAT, Granada.

-ESPINAR VICENTE, J.Mª. (1978). Los movimientos migratorios y su encuadre sistemático en el Derecho Privado, *AESJ*, Vol. VII.

-ESPINAR VICENTE, J., M., (1995). Consideraciones en torno al Libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social, en AA.VV., *El Libre Desarrollo de la Personalidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares.

-ESPINAR VICENTE J. M., (1996). *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado* “Madrid. Civitas.

-ESPINAR VICENTE, J. M (2001) *Comentarios a la nueva ley de extranjería. Madrid.* Edit Universidad de Alcalá de Henares.

-ESPINAR VICENTE J. M., ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A., y TOMÁS CARRASCO B., (1994) *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas.

-ESPULGUES MOTA, C., (2003). *Nacionalidad y extranjería*, en AAVVV, JOSÉ ASENSI y otros Edijus, Tirant Lo Blanch, Valencia.

-ESPLUGUES MOTA, C. Y DE LORENZO SEGRELLES, M., (2001). *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/200, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

-ESPLUGUES MOTA, C., y LORENZO SEGRES, M., (2007). *Legislación de Extranjería*. Tirant lo Banch, Valencia.

-ESTEBAN DE LA ROSA, G., GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA (2001). Situación jurídica de los niños extranjeros en España, en MERCEDES MOYA ESCUDERO (coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, Comares

-ESTEBAN DE LA ROSA (2001b) *Art. 29.Situaciones de los extranjeros. Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social*. MONEREO PÉREZ J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C (Dires).Comares, Granada.

-ESTEBAN DE LA ROSA, G., (2001c).Comentario al art. 17, en J. L. MONEREO PÉREZ Y CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, en *Comentario sistemático al Reglamento de la ley de Extranjeria e Integración Social (RD864/2001, Comentario a la LO 4/2001 reformada por la Ley 8/2000 y su Reglamento de desarrollo)* edit por Comares, Granada.

- ESTEBAN DE LA ROSA G., (2003). *Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas* .La Ley, nº 5714, Año XXIII, 7 de Febrero 2003.Ref. D-32.

-ESTEBAN DE LA ROSA, G., MOLINA NAVARRETE Y ARCE JIMÉNEZ, E., (2005).La inmigración extranjera, en *CEF*, Madrid.

-ESTÉVEZ ARAUJO, JOSÉ A., (2001) .La carta de derechos de la UE y la dimensión social de la ciudadanía europea, *Revista Opinión* nº 137 de 5 de Septiembre.

-ESTEVEZ GONZALEZ, C., (1998). *Las rentas mínimas autonómicas*, CES, Madrid.

-ESTRADA CARRILLO, V., (1993). *Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería*. Ed. Trivium, Madrid.

- ENGISCH, KARL (2001). *Introducción al pensamiento jurídico*, (traduc) de ERNESTO GARZÓN VALDÉS .Edición de JOSE LUIS MONEREO PÉREZ, Comares, Granada.

- FABREGA RUIZ C., (2001).*Protección jurídica del menor inmigrante*, Editorial Colex, Madrid.

-FABREGA RUIZ. F., (2005). *El tratamiento jurídico de los menores no acompañados a la luz del sistema español de protección de menores*. Diario la Ley N ° 6313, de 7 de Septiembre del 2005, Ref.198.

-FARIA, J. E. (2001) *El Derecho en la economía globalizada*, Editorial Trotta Madrid.

-FELIÚ REY M. I., (1989). *Comentarios a la Ley de adopción*. Universidad de la Rioja., Tecnos, Madrid.

-FERNANDEZ ALVAREZ, (1989). *La tutela administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad protectora de los tribunales tutelares de menores*“, RGD, núm. 538.

-FERNÁNDEZ BESSA, C., (2008). *Frontera sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa* Lallevir S.L. Barcelona, *Los límites del control*.

- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ C. R., (1989). *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad* .Edit Kursaal Donostia.

-FERNANDEZ COLLADOS, M. B., (2003). Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo, *Aranzadi Social*, núm. 10.

-FERNANDEZ COLLADOS M. B., (2004). Novedades introducidas por la LO14/2003 de reforma de la LO 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO8/2000, *AS*, Abril, núm. 22.

-FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., (1991). Competencia judicial internacional y ley aplicable al contrato de trabajo en las relaciones internacionales, *Al* núm. 41.

-FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ M., y ARCE JANARIZ A., (2000) .Valoración constitucional de la autorización de residencia: el Tratado y la Ley en el Art. 13.1 de la Constitución, *Rev. La Ley*.1985, Tomo I.

-FERNANDEZ GARCIA E., (2001). *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Madrid, Dykinson.

-FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a B, (2007). *El desamparo y la protección de los inmigrantes*, ed. Aranzadi, Pamplona.

-FERNÁNDEZ, J., (1997). *Los tratados internacionales en el sistema español de derecho internacional privado y su aplicación judicial*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid.

-FERNÁNDEZ LE GAL, A., (2005). Los derechos fundamentales de los extranjeros en situación irregular, En FERNÁNDEZ LE GAL, A Y GARCÍA CANO, S (*coord.*), *Inmigración y Derechos de los Extranjeros*, Córdoba.

- FERNÁNDEZ MASIA, E., (1998). *Las Entidades Públicas y la Protección de los Menores Extranjeros en España*. Rev. Actualidad Civil nº 19.

-FERNÁNDEZ MIRANDA, A., (1997). Comentarios al Art. 19 en ALZAGA VILLAMIL, O (Direc) En *Derecho Político español según la Constitución Española* Tomo II, Madrid, CERA.

-FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., (1988). *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: los derechos educativos en la Constitución Española*, edit Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

-FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR A., y SANCHEZ NAVARRO A. J., (1983). *El Art 27 Derecho a la Enseñanza*. En O. ALZAGA (*dir*) *Constitución Española de 1978*, edit Edersa, Madrid.

-FERNÁNDEZ ORRICO F. J., (2002) La protección social de los extranjeros en España. *Aranzadi Social*. Nº 21.

- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., (1991). *The Belize refugees Act of 1991 irt the lighi ofInternational Law*, UNCHR, Office for Belize.

-FERNANDEZ SEGADO, F., (1995). La dignidad de la persona humana en el ordenamiento constitucional español, en *RVAP*, Nº 43.

-FERNÁNDEZ SEGADO F., (2001). *El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España*, edit Teoría y Realidad Constitucional, num. 7.

FERRAJOLI, L. (2004) *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Edit Trotta. Madrid.

-FERRER SANCHIS, P. A., (1978). *Comentarios de Derecho Internacional Privado en la Constitución Española de 1978*.Lecturas de la Constitución Española. UNED, Madrid.

-FERRER SANCHÍS, P. A., (1983). De nuevo sobre el tema ‘vecindad civil, regionalidad y condición política (Aspectos de Derecho privado e interregional), *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*.

-FERRER, X., (2008) *Acrobacias fronterizas en Ceuta y Melilla. Explorando la gestión de los perímetros terrestres de la Unión Europea en el continente africano*. Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona.

-FERRERI GÓMEZ, A., (2001). *La libre circulación de nacionales de terceros Estados y miembros de la familia en la UE*, Barcelona, Institut Universitari D’ Estudis Europeus.

-FERRERO, R. Y LÓPEZ, A., (2009). Nuevas dinámicas de gestión de las migraciones en España: el caso de los acuerdos bilaterales de trabajadores con países de origen, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Número 80, Junio.

-FERNÁNDEZ ROMO, M. M., (2001). *La ley de Extranjería y el Acuerdo Shengen*, en www.derecho.com

-FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E., (1997). Derechos humanos: ¿Yuxtaposición o integración? En *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. XIV, Madrid.

-FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., (1978). Sobre la Ley rectora del estatuto personal del apátrida, *AESJ*, vol. VIII-IX, 1979-80.

- FERNANDEZ ROZAS J.C. Y S. SANCHEZ LORENZO, (1999). *Derecho internacional Privado*. 1º Ed. Civitas, Madrid.

- FERNANDEZ ROZAS, J.C., Y SANCHEZ LORENZO S. (2004). *Derecho Internacional Privado*. Tomson-Civitas. Madrid, 3ª Edición.

-FERNANDEZ TOMAS, A. E., (1993). La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española, en PÉREZ GONZÁLEZ, M (coord.) *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez Velasco*, edit por Tecnos, Madrid.

-FERRAJOLI, L., (1999). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. (Trad. De Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Ed, Trotta, Madrid.

-FERRER, R.M., (1989). *Los derechos de los extranjeros en España*. Tecnos. Madrid.

-FERRER VANRELL, (1993). *El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre como modo de ejercer la <potestad> de guarda*, ADC, Tomo XLVI, Enero-Marzo 1993.

-FERREIRA, M. (1999). Derecho a la libertad de expresión, en VVAA. , (Direc) Agustín Gordillo, Fundación de Derecho administrativo, 5ª Edición, Buenos Aires.

-FISS, O, (1997). *Libertad de Expresión y Estructura Social*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara S. A., México D. F.

-FONTÁN SILVA, E. J., (1998). El exequátur de las decisiones dictadas por los tribunales de Marruecos, AC, 1998- IV.

-FUENTESECA, C., (1999). *La condición potestativa*, editado por Dikynson, Madrid.

-FRAGA IRIBARNE, M., (1989). La dimensión social de la Europa comunitaria, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 37, Edit Civitas, Madrid.

-FREIXES, T., Y REMOTTI CARBONELL, J.C., (1998). Los derechos de los extranjeros en España y la jurisprudencia del Tribunal de Derechos humano. *Revista de Derecho político, UNED*, Madrid, núm. 44.

- GALIANA MORENO, M. (1987). Notas para el estudio del art. 1.4 del ET”, *AL*, núm.39.

-GALIANA MORENO, J. M., (2002) .La libre circulación de trabajadores en el ámbito comunitario europeo, en AAVV *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro*, Madrid (Consejo General del Poder Judicial).

-GALLARDO RUEDA, (1950).Algunos problemas de nacionalidad en el Cc español, *BIMJ*, nº 114.

-GALLARDO RUEDA (1959).La apatridia y el derecho individual a la nacionalidad, *BIMJ*, nº 458.

- GALLEGO, V., MARTÍNEZ, J. y otros (2000). La integración social de los Menores Inmigrantes No Acompañados: nuevos retos en la Comunidad de Madrid. Unizar.es.

-GALBAN JIMÉNEZ M., (1965). *España en África. La pacificación de Marruecos*, Imprenta del servicio geográfico del ejército, Madrid.

-GANZENMÜLLER ROIG Y ESCUDERO MORATALLA, J. F., (2005).*Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*, Barcelona, Bosch.

-GARCÍA AÑON, M.J., (2002). Derechos de los extranjeros y discriminación, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm 5.

-GARCIA AÑON. M. J., (2003). Nueva Ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes Rev. Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los Inmigrantes. *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*. nº 3 de Junio.

- GARCÍA BLASCO, J., y MONEREO PÉREZ, J. L., (dirs.)(2006). Comentario sistemático al texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y Normas Concordantes, Comares, Granada.

-GARCIA CASTAÑO, F. J., Y OLMOS ALCARAZ, A.,(2010). La promoción de la plena integración por parte de las Administraciones Publicas ¿Una protección legal para la construcción de una sociedad multicultural?, en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros* (dir) Jose Luis Monereo Pérez y (coord) Luís Ángel Triguero Martínez y Jose Antonio Fernandez Aviles, Comares, Granada.

-GARCIA CASTAÑO, F. J., (2002). De la presencia de población inmigrante extranjera en la escuela al diseño de políticas educativas de igualdad: El caso de Andalucía, *Revista Portuaria*, N°2, Universidad de Huelva.

-GARCÍA-CALABRÉS COBO F., (2006). *Régimen laboral de los trabajadores extracomunitarios*, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, Sevilla.

-GARCÍA DE CORTAZA NEBREDA, C., (2000). *La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social Español*, Foro de Seguridad Social, núm. 2, Octubre.

-GARCIA DE ENTERRIA E., (1996). *Les droits fondamentaux et la revision du traité sur l' Unión européene*, edit Cahiers de trot European.

-GARCÍA ENTERRIA y GARCÍA FERNÁNDEZ, T., (1977) *.Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid.

-GARCIA ENTERRRIA, E., (1983). *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid.

-GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ T. R., (2004). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 12ª Edición.

-GARCÍA MÁS, F.J., (1998). *El menor ante el Derecho comunitario*, AC, 1998-IV.

-GARCÍA MURCIA, J. (2003). *La singular relación entre Derecho Comunitario y Derecho Interno: A propósito del Real Decreto 178/2003, sobre entrada y permanencia de ciudadanos comunitarios*, *Aranzadi Social*, núm. 10.

-GARCIA MURCIA J., (2007). Deslocalización y tutela de los derechos sociales, *Revista Relaciones Laborales*, publicada por la Ley, en Madrid, Marzo, núm.6.

-GARCIA FLORES D., (1999) .*Ceuta y Melilla cuestión de Estado*, Edit Conserjería de Cultura, Educación, Juventud y Deportes de Melilla.

-GARCIA GUITAN E., (2005). *Los derechos políticos de los inmigrantes. Inmigración un desafío para España* (coord.) RAFAEL AGUILAR, edit Pablo Iglesias, Madrid, Octubre.

-GARCÍA ROCA, F. J., (2005).*Estudios Políticos y Constitucionales*, edit Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- GARCIA RODRIGUEZ I., (1999). *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural. (Melilla 6-9 de Abril de 1999)*.Cursos Internacionales de la Ciudad Autónoma de Melilla y la Universidad de Alcalá. dirigido por JIMENEZ PIERNAS C. Editado Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá.

-GARCIA TREVIANO, P. J., (1991). *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Madrid, Civitas.

-GARCIA VALVERDE, M.D., (2000). El trabajo de los menores y su protección. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros núm.204.

- GARCIA VALVERDE, M.D., (2001). Comentario a los artículos 42 y 43 de la Ley de Extranjería e Integración Social, en *VVAA Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería e Integración Social*, Comares, Granada.

-GARCÍA VÁZQUEZ, S. (2004). *Régimen Jurídico del Menor Inmigrante*?.Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña.

-GARCIA VAZQUEZ, S. (2007). *El Estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*. Tirant Lo Banch, Valencia.

-GARRIDO FALLA, L F., (1985). *Comentarios a la Constitución*, 2 Ed., Civitas, Madrid.

- GASPAR BLANCH, R. A., (2003). Violencia doméstica y mujer inmigrante, *Boletín Aranzadi Penal*, Pamplona, núm, 1.

-GIL ARAUJO, S., (2000). Migraciones, conflictos y mundialización, publicado en *Globalización y sistema internacional*, Icaria Editorial, Barcelona.

-GIL PÉREZ, M. E., (2003) .Contingente de trabajadores extranjeros y regimenes especiales tras la reforma legal y reglamentaria de la normativa de extranjería. En *VVAA Derechos y libertades de los extranjeros en España*, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo II, AEDTSS y Gobierno de Cantabria.

-GIMENEZ ROMERO G. Y SUÁREZ NAVAZ, L., (2001). *Menores no acompañados síntesis de una investigación*. En UNAF Menores extranjeros no acompañados. Seminario Europeo. Madrid.

-GIMÉNEZ ROMERO, J., (2003). *¿Qué es la inmigración?*, Barcelona, Integral

-GIL MENDOZA, R., (1962). Síntesis de la legislación española sobre extranjeros, *RDN*.

-GIL RODRÍGUEZ, J, LLUÍS PUIG I FERRIOL, LL Y GETE-ALONSO Y CALERA, M. C Y HUALDE SÁNCHEZ J. J (1997). *Manual de Derecho Civil*, T. I, *Introducción y Derecho de la Persona*, 2ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 1997 (1ª ed., 1995).

- GIL RODRIGUEZ, J., (2001). *Nacionalidad en VVAA*, *Manual de Derecho Civil*, *Introducción al derecho de la persona*, Marcial Pons, Barcelona.

- GOMEZ MORAN, L., (1947). La posición jurídica del menor en el derecho comparado, Instituto Editorial Reus, Madrid.

-GOMEZ, I., (2007).La económica sumergida en la ciudad autónoma de Melilla. Informe consultoría elaborado por ZIES Investigación y Consultoría, S.L.

- GONZÁLEZ J. A. *Peculiaridades jurídicas de Melilla*. Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Melilla, 1999.núm. 18

-GONZALEZ CAMPOS L I., SANCHEZ RODRÍGUEZ P Y SAENZ DE SANTA MARIA A., (1998). *Curso de Derecho Internacional Privado*. Civitas, Madrid.

- GONZALEZ YANCI M. P., (1987).*La población musulmana de Ceuta y Melilla*. Actas del Congreso del Estrecho de Gibraltar celebrado en Ceuta 1987.

-GONZALEZ LEON, C., (1995). El abandono de menores en el Código Civil, Bosch, Barcelona.

-GONZÁLEZ PÉREZ, J., (1993). *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)* edit por Civitas, Madrid.

-GONZALO RODRÍGUEZ, G. Documentos de función. *Revista África* 1927-1928. (Último número se publicó en 1932), Sucesora de las Antiguas Revistas de la Esfera.

-GOIG MARTÍNEZ J. M., (2004a) *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*. Edt Universitas Internacional S. L. Madrid.

- GOIG MARTÍNEZ J. M., (2004b) *.Derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes. Teoría y realidad constitucional*. 2004. UNED, Madrid.

-GOLDBERG, A., (2003). *Ser inmigrante no es una enfermedad*. Tesis para optar por el título de Doctor en Antropología Social y Cultural, Tarragona, Universitat Rovira I Virgili.

-GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., (2001). *Notas sobre la nulidad «relativa» del contrato de trabajo de trabajador extranjero sin permiso y sobre su no invalidación respecto a los derechos del trabajador*, en XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, Santander.

-GOMEZ ABELLEIRA F. J., Y QUINTERO LIMA G.,(2004). La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: Alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1481/1971 a los nacionales de terceros países, *RL*, núm. 1.

-GÓMEZ MOVELLÁN, A., (1996). Unión Europea, inmigración y el nuevo reglamento de la ley de extranjería española: Un comentario crítico, *Revista Jueces para la Democracia* núm. 26 de Julio, Madrid.

-GOMEZ MUÑOZ J. M., (2001). La prohibición de discriminación por causas étnicas o raciales. *Temas Laborales*, Nº 59.

-GOMEZ REINO y CARNOTA E., (1978). *Las libertades públicas en la Constitución, en lecturas sobre la Constitución Española*, Vol. I, UNED, Madrid.

-GONDINO REYES, M., (1996). *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid.

-GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., (1983), *Curso de Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Ojanguren, Oviedo.

-GONZÁLEZ GARCÍA, G., J., (2004). *Registro Civil: Incidencia del fenómeno de la inmigración, Cuadernos de Derecho Judicial*, edit por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

-GONZÁLEZ SOLER, O. E., (2002). La posición del extranjero en el ordenamiento jurídico constitucional, en *Rev. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, núm. 4, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, Ministerio de Justicia.

-GONZALEZ TREVIJANO SANCHEZ, P. J., (1991). *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida de España*, Madrid, SPEFDUC-Civitas.

-GOODWING GILL, G. S., (1969). Protecting the Human Rights of Refugee Children: Some Legal and Institutional Possibilities, in *Children on the Move: How to Implement their Right to Family Life*(Eds) J. Doek, Van Loon, P.Vlaardingerbroek, Martinus Nijhoff, The Hague.

-GORDILLO M., (1987). *El poblamiento en la zona del Estrecho de Gibraltar en su itinerario marítimo*. En I Congreso Internacional del Estrecho de Gibraltar., UNED, Madrid.

- GUIRAUDON V., (2000). *Les politiques d'immigration en Europe*, L' Harmattan, Paris.

- GULLON BALLESTEROS A., (1997). *Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*, Editado por la Ley, año XVII, núm. 3970,8 de Febrero de 1997.

- GURVITCH GEORGES (1935). *L' Experiencia Juridique et la Philosophie Pluralista du Droit*, Paris, Pedone.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, T., (2001) Constitución española, derechos de los extranjeros. Edit *Revista Jueces para la democracia*, núm. 4, Julio.

-GULLON BALLESTERIOS A., (1996). *Sobre la Ley 1/1996, de protección de menores*. Rev. La Ley 1996, D-40.

- GRIEDER MACHADO, H.,(1996). *Las incapacidades y sus medidas de protección*, en M. Aguilar Benítez y otros, *Lecciones de Derecho civil nacional*, Tecnos, Madrid.

-HART D.M., (1976). *The Aits Waryaghar of the Moroccan Rif: An Ethnography and History*. Tucson. Universidad of Arizona Press.

-HATHAWAY, J. C (1991) *The Law of refugees Status*, Vancouver, 1991.

-HEREDIA PUENTE M. Y C. F. FABREGA RUIZ., (1995). *Problemas y paradojas del derecho de extranjería, con especial referencia a los menores extranjeros*. PJ, Nº 39,1995.

-HEREDIA FERNANDEZ, S., (2001a). *La entrada en España y las situaciones de los extranjeros en España. Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, MOYA ESCUDERO (coord.), Comares, Granada.

-HEREDIA FERNÁNDEZ, S., (2001b). *Situaciones de los Extranjeros en España. Comentario sistemático a la ley de Extranjería*. Rev. del Ministerio de Trabajo o Asuntos Sociales Nº 2.

-HERCE, J. A., y SOLVILLA-RIVERO, S., (2005). *El no magreb: implicaciones económicas para (y mas alla de) la región*. Documento de Trabajo 12/2005, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid.

-HYNDMAN, P., (1987). *The 1951, Convention Definition of Refugee: An Appraisal with Particular Reference to the case of Sir Lankan Tamil Applicants* HRQ, Volumen, 9.

-HUICI, L., (2009) *Anuario de Derecho Civil*, Boletín Oficial del Estado.

-HURTADO GONZALEZ, L., (1993) .Asistencia social y seguridad social: Sus fronteras actuales *AL*. Núm. 25.

-HURTADO GONZÁLEZ, L., (2000). Seguridad Social versus Protección Social, en *Actualidad Laboral*, núm.13, de 27 Marzo-Abril.

-IBARRA ROBLES J. L., (2005). *El derecho judicial en la configuración del derecho de extranjería*, Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Zaragoza en el Seminario del día 16 de Junio en Zaragoza.

-IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., (2002). *Artículo 9: derecho a la educación*” en P. SANTOLOAYA MACHETE (Coord.) *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid.

-IGARTUA MIRO T., (2005). Algunas consideraciones sobre el contingente de trabajadores extranjeros a la luz del nuevo Reglamento de Extranjería. *En Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjeria*, dirigido por SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, edit por Laborum, Murcia.

-IGLESIAS, S. Y BECERRA M., (2007). *La inmigración: el reto del siglo XXI*. Madrid: Dykinson.

-IGLESIAS REDONDO I., (1996). *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores (en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Cedecs, Barcelona.

-IRIARTE A., (1985). *De la reciprocidad a la igualdad en el goce de los derechos civiles por los extranjeros: examen de su evolución histórica en el ordenamiento español (1808-1979)*”, *Estudios de Deusto*.

-IRIARTE ÁNGEL, J. L. (1988) *Los derechos civiles de los extranjeros en España: El art 27 del Código Civil*. Edit por Edilex, Madrid.

-ISRAEL BEN M., (1987). *Esperanza de Israel*. H. MECHOULAN y G. NAHON (eds) edit en Heperión, Madrid.

-INSTITUTO DE ESTUDIOS CEUTÍES. *Monografía de los cursos de verano de la Universidad de Granada en Ceuta*. Ceuta, España: Instituto de Estudios Ceutíes-Universidad de Granada.

-IZQUIERDO ESCRIBANO, M. A. (1992). *La inmigración en España, 1980-1990*, Madrid. Edit Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

-IZQUIERDO ESCRIBANO A., (2003a). La Huella Demográfica de la Población Extranjera, *Revista Sistema*, Madrid núm. 175- 176. Septiembre

-IZQUIERDO ESCRIBANO, A., (2003b). Inmigración: Mercado de Trabajo y Protección Social en España, CES, núm 141, Madrid.

-IZQUIERDO, A., (2007). *Demografía de los extranjeros: incidencia en el crecimiento de la población*, Madrid, Fundación BBVA.

- JIMENA, L., (2004). *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- JIMÉNEZ ÁLVAREZ M. *Racismo institucional: malos tratos de la Administración española a los menores extranjeros no acompañados*. Ponencia presentada en Tánger el 31 de Enero del 2003.

-JIMÉNEZ ÁLVAREZ M. (2006 a).*La perversión de la cooperación al desarrollo: los proyectos de reagrupación de los menores migrantes en Marruecos*, en Revista Mugak núm 37 Octubre-Diciembre.

-JIMÉNEZ GARCÍA, M., (2006b). La práctica convencional de readmisión forzada en la política migratoria de la Unión Europea: del maximalismo de los Consejos Europeos al minimalismo de los Acuerdos, en *Migraciones y Desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de Octubre de 2006* (coord.) FRANCISCO ALDECOA LUZÁRRAGA, JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA..

-JIMENEZ PIERNAS C. B., (2002) La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* .Año nº 6, Nº 13.

-JOLLY RICHARD (1989). Desarrollo humano y neo-liberalismo: comparación de paradigmas. *Revista Latinoamérica de desarrollo humano* 6-8 September, Uppsala, Sweden.

-KAHALE CARRILLO, D. J., (2007). La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España, edit *Revista Derecho Social* Vol. 15, Núm. 1, Enero – Junio.

-KANT, I. (1967). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa.

-KELSEN. H., (1979). *Teoría general del Derecho Estado* FCE, trad por .L .LEGAZ LACAMBRA 15ª, ed, México.

-KROPHOLLER, H.; (1983). “*Haager Minderjähringensschutzabkommen, Junqued-und Familienrecht Internatitioale abkomenn, Kölm*”, Carl Heymans. Das haager abkomment uber den Shultz Minderjähriger.

- LAARBI A. L., (1988). *Melilla y el entorno moro* Edit por Graficas DC-88 .Madrid.

-LAGO NUÑEZ G., (2005). Los extranjeros y la Administración Local. Rev. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 11, de 15 de Junio.

- LARA AGUADO, A (2004). *Litigios transfronterizos y justicia gratuita (apropósito de la Directiva 2003/8/CE del Consejo)* Rev. Derecho Comunitario, Vol. 8.núm.17.

-LARZRAK R., (1974). *Le contentieux territorial entre le Maroc et l'Espagne*. Dar el Kitab Casablanca.

-LARENZ, K., (1975). *Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. Español) por M. Rodriguez Molinero, Barcelona, Ariel.

LASAGABASTER, I. (1996) Ciudadanía y Tratado de Schengen: Naturaleza jurídica de las disposiciones del Comité Ejecutivo. *Revista de Instituciones Europeas*. Volumen 23. Nº 1.

- LASARTE ALVAREZ (2000). *Principios de Derecho Civil*. Tomo 1º, 7 Ed .Editado por Trivium. Madrid.

-LA SPINA, E., (2006). La protección de la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, edit Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN 1138-9877, núm. 14 (Ejemplar dedicado a: Textos de las Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, 26 y 27 de Octubre de 2006))

-LÁZARO GONZÁLEZ, I., (2002). La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar, *Rev. Migraciones*, núm.12.

-LÁZARO GONZÁLEZ, I. E Y MAYORAL NARROS V.(2003) *J El Menor y las crisis familiares, Jornadas sobre derechos de los Menores* , Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

-LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., (2004). *Nuevos retos que plantean los menores al Derecho* II Jornadas sobre Derecho de los Menores, Murcia.

-LLAMAZARES CALZADILLA M. C., (1999). *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, en Civitas, Madrid.

- LERIA M Y ORTIZ SARACHO (1991).*Ceuta y Melilla en la polémica*. Edit San Martín. Madrid.

-LENSKI, GERHARDT., (1969). *Poder y privilegio. Teoría de la estratificación social*. Buenos Aires, Paidós.

-LILLICH, B.; (1978). Controlling transnational terrorism; The Relevante of international Law, en Proc. *Am. Society International Law*.

-LINACERO DE LA FUENTE M y ALBALADEJO GARCÍA M., (1990). *Régimen patrimonial de la patria potestad*. Ed. Montecorvo. Madrid.

- LISBONA. J., (1996).*La especificidad de las migraciones judías de Marruecos a España (1956-1970)* <http://www.uam.es>.

LIROLA DELGADO, M. I. (1994) *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Madrid, Civitas.

-LIRONA DELGADO, I., (2004). El proyecto del Reglamento de Extranjería de la LO 4/2000 de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *La Ley*, N° 6144. 10 de Diciembre.

-LLUIS Y NAVAS, J., (1958). Las restricciones al trabajo de los extranjeros en España. *RGLI*, Septiembre.

-LOCATTELLI, R (1998) *Cooperación transfronteriza en Europe*. Rev. Benelux 1982/4

- LÓPEZ ÁLVAREZ A., ORTEGA GIMÉNEZ, A., GONZÁLEZ DE HEREDIA M^a R., (2005). *Nuevas perspectivas del derecho a la asistencia jurídica gratuita*. Publicado por la Ley, núm.3.

-LÓPEZ, A. (2007). Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados. Universidad de Zaragoza Septiembre de 2007.

-LÓPEZ BALAGUER, M. (1996) La situación legal de desempleo de los trabajadores extranjeros en España., *Poder Judicial*, nº 40.

-LÓPEZ BARBA, E. (2001) Extranjería. Reagrupación familiar, En *Extranjeros en España – Régimen jurídico*, coord. por C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, edit por Laborum, Murcia.

-LÓPEZ BARBA, E., Y GARCÍA SAN JOSÉ, D., (2001). El derecho de Reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones asumidas en el Convenio Europeo de derechos Humanos: Un Análisis Crítico. *Revista del Poder Judicial*, núm. 64.

-LOPEZ BARBA E., y GARCIA SAN JOSE, D., (2002). Derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración, *Rev. Del Poder Judicial*, núm. 64.

-LÓPEZ, BUENO. J. M., (2004). *Los argelinos en España*, Atlas de la inmigración marroquí en España.

-LOPEZ BUENO, J. M., (2008). Melilla una oportunidad para las relaciones hispano-marroquíes, Ediciones Académicas, Madrid.

-LÓPEZ DÍAZ, E, (1966). *El derecho al honor y a la intimidad: Jurisprudencia y doctrina*, Dykinson, Madrid.

-LOPEZ GANDIA J., (2005). El acceso al empleo del extranjero. AA. VV. *Estudios sobre extranjería* (SERRANO J. M Y MENDOZA N. (coords) ed. Bornazo, Albacete.

-LÓPEZ GARCÍA B., (1991) *Entre Europe et Afrique, Ceuta et Melilla*. En Revue du monde musulmán et de la méditerranée nº 59-60.

LÓPEZ GÓMEZ, J. M. (1995) El régimen jurídico del personal laboral de la administración Pública española. Edit *Revista de Relaciones Laborales*, núm.10 pág 9.

-LÓPEZ GUERRA., (1994). *Derecho Constitucional*, Vol., 2ª Valencia. edit, Tirant Lo Blanch.

-LÓPEZ LÓPEZ, J., (1991). El artículo 149.1.17 CE como título de legitimación competencial para las CCAA en materia de renta mínima, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Edit Civitas, Madrid, núm. 48 Julio-Agosto.

-LÓPEZ LÓPEZ, A.M., (2004).*Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad*” Diario la Ley Nº 6121,5 de Noviembre, 2004. Ref. D-225.

LÓPEZ ULLA, J. M., (2004). *En torno a la Constitucionalidad de la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado sobre la procedencia de ordenar el retorno de los extranjeros menores que pretendan entrar ilegalmente en España* VIII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario, Dykinson, Madrid.

-LÓPEZ GARRIDO, D. (1991).*El derecho de asilo*, ed. Trotta-Instituto Nacional de Servicios Sociales, en AAVV, *La Reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile*, Ed. Bruylant-Ed. de l'Universilé de Bruxelles; varios autores (dirigido por D. Turpin), *Immigres et refugies dans les democraties occidentales. Defis et solulions*. Económica, P. U. d'Aix-Marseille.

-LÓPEZ GUERRA, L Y OTROS, (1995). Derecho Constitucional. Vol. I. *El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tiranch lo Blanch, Valencia.

-LOPEZ RAMÓN F. *Régimen jurídico de los acuerdos de cooperación transfronteriza entre entidades territoriales* Revista Aragonesa de Administración Publica, núm. 12.

-LOPEZ, T., GONZALEZ, V., HERRERA, L y LORENZO O., (2007). Melilla: Ciudad fronteriza internacional e intercontinental. Análisis histórico, económico y educativo. *Frontera Norte*. Enero-Junio, año/vol. 19, núm. 37, México.

-LORCA MARTINEZ, J., (1989). “*La tutela ex lege o tutela de los menores en situación de desamparo*”, AC.

-LORCA, A., TORRES R., y ESCRIBANO G., (2005) *Las inversiones extranjeras en la región mediterránea. Seminario activo, las inversiones en el área Euromed*. Comisión Europea y Carta Mediterránea. 16 y 17 de Noviembre 2005.

-LOURIDO DIAZ R (1970). El sultanato de Sidi Mohamed Ben Abdalah (1757-1790) *Cuadernos de Historia del Islam, Publicaciones del Seminario de la Universidad de Granada*, Serie Monográfica - Islámica Occidental - nº 2.

-LLOPIS LLORT R. (2004). *Políticas de inmigración. Entre la inclusión y la Exclusión social*. Revista Educación Social. Enero-Abril del 2002, Nº 20 R. de A Coruña.

- LLUIS J. Y NAVAS (1958). *Restricciones al trabajo de extranjeros en España*. R.G.L.J., Septiembre de 1958.

-LOSADA GONGALEZ, H (2004). Estatuto legal de los extranjeros en España, en AAVV *Tratado de Extranjería*, Palomar Olmeda, A (coord) Aranzadi.

-LUCAS MORRILLO DE LA CUEVA, E., (1996). *El derecho de asociación*, edit Tecnos, Madrid.

-LUCAS VERDI, P., (1951). El Derecho de asilo en las constituciones actuales, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. IV, núm. 2.

-MADRID, M., (1999). *Inmigrantes Magrebíes residentes en el Campo de Cartagena: propuestas de intervención socio-educativa desde el ámbito municipal*. Tesis Doctoral. Universidad de Murcia

-MAQUEDA, ABREU, M., (2009). *Prostitución, feminismos y derecho penal*, Comares, Granada.

- MARCHAL ESCALONA N., *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, en AA. VV. Comares. Granada, 2001.

- MARÍN LÓPEZ, A., (1973). La aplicación territorial de las normas de la seguridad social”, *AESJ*, vol. II.; *id.*, Régimen de entrada, permanencia y salida en territorio español de los extranjeros, *AESJ*, vol. V, 1976; *id.*; y, El contrato de trabajo en Derecho Internacional Privado, *AESJ*, vol. VI, 1977.

- MARINO MENÉNDEZ, M. (1983). *El concepto de refugiado en un contexto de Derecho Internacional General*“, *REDI*, vol. XXXV. Nº 2.

-MARTÍNEZ ABASCAL V. A., (2005). *Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea*. Colección Trabajo y Seguridad Social, dirigida por J. L. MONEREO PÉREZ, Comares, Granada.

-MARTINEZ AGUIRREZ, C., (1992).La protección jurídico civil de la persona, *Anuario de Derecho Civil*, 1992, XLV (4).

-MARTINEZ ATIENZA, G., (2006). *Ley y Reglamento de Extranjería*, Madrid, Colex.

-MARTÍNEZ BUITRAGO, A., (2005). El nuevo Reglamento de Extranjería: aplicaciones prácticas, *Revista A Debate de la Asociación de Graduados Sociales de Cartagena* rubricado N° 7 de Junio.

- MARTÍNEZ CANO, Y. *Artículo 41. El contingente de trabajadores extranjeros*, en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

- MARTINEZ CANO-CORTES, Y.: "Comentario al artículo 17, HUERTAS GONZALEZ, R., IÑIGUEZ HERNANDEZ, D. MARTINEZ CANO-CORTES, Y y SANTOLAYA MACHETTI, P., (2000). *Comentarios a la Nueva Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, Valladolid, Lex Nova.

-MARTINEZ DE PISON, J., (2004). Pactos de Estado, contrato social y pacto ciudadano. El pacto ciudadano en torno a la inmigración”, en FERNÁNDEZ SOLA, N. /CALVO GARCÍA, M. (eds.), *Inmigración y derechos*, Zaragoza: Mira Editores.

-MARTÍNEZ FONS, D., (2006). Los efectos del despido de los trabajadores extranjeros que carecen de autorización administrativa para trabajar en España. Sentencia TSJ Castilla y León de 17 de Noviembre 2005 (AS 3384). *Edit Revista IUS Labor núm. 2, Universidad Pompeu Fabra*, Barcelona.

-MARTÍNEZ GARCÍA, C., (2006). Los sistemas de protección y de reforma: Peculiaridades en relación con los menores extranjeros no acompañados, en *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*, I. LÁZARO GONZÁLEZ e IRENE CULEBRAS LLANA (coords) Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

-MARTINEZ ROMAN, M. A., Y GILLEN SADABA, E., (1997). Ámbito de actuación y marco jurídico de los Servicios Sociales. AA. VV., *El derecho y los servicios sociales*, GARCIA VILLALUENGA, L., (Coord.) Comares, Granada.

-MARTÍNEZ VEIGA, V.; (2003) .Estampas de El Ejido de Mikel Azurmendi, J. L. GARCÍA Y A. BARAÑANO (Coords) *Culturas en contacto .Encuentros y desencuentros*. Madrid, Ministerio de Educación.

-MNOOKIN, R, H (1986).Post-divorce families: Custodial arrangements compared (La familia tras el divorcio: comparación de medidas de custodia), American Association of Science, Philadelphia. Mayo 1986

-MANCINI, C. F., (1989) .Política comunitaria e nazionale delle migrazioni nella prospettiva europea. *Revista de Diritto Europeo* .Nº 2.

-MANDRIA, B., PÉREZ, P. Y LÓPEZ, B., (2000). *Visados y presión migratoria*. [Transcripción en línea] Disponible en: <http://www.uam.es/otroscentros>

- MARTÍN SEGURA J. A., *La problemática jurídica de los trabajadores transfronterizos*. Revista de Derecho Social. núm. 39. (2007).

MARTÍN MARTÍN J; TRINIDAD GARCÍA M. L., (2005). Una forma nueva de ordenar la inmigración en España, Lex Nova, Valladolid.

-MARIN RIAÑO, F., (2003). El Padrón municipal y el censo de población. La realidad local de la inmigración: el padrón municipal como forma de integración. MACHADO, S. (Dir), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, edit. Civitas, Madrid.

-MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., (1983). *El concepto de refugiado en un contexto de Derecho Internacional General*“, *REDI*, vol. XXXV. Nº 2.

-MARIÑO MENÉNDEZ, F., (1983). El concepto de refugiado en un contexto de derecho internacional general, edit *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 35, núm.2.

-MÁRQUEZ PRIETO, A., (2005). Inmigración, integración y exclusión. Cara y cruz del arraigo laboral (a propósito del art 45.2.a del reglamento de Extranjería) Editado por AS, Octubre, núm.10.

-MARSHALL, T.H., Y BOTTOMORE, T. (1998) *Ciudadanía y clase social*. Edit Alianza Madrid

-MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., (1992). *La Inmigración y el Asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid.

-MARTÍN LISBONA, J. A., (1996). *La especificidad de las migraciones judías de Marruecos a España (1956-1970)* Atlas de la inmigración magrebí en España, Universidad Autónoma de Madrid y Ministerio de Asuntos Sociales.

-MARTÍN MUÑOZ G., (1996). *Causas políticas y socio-económicas de la emigración Argelina. Atlas de la inmigración magrebí en España* Atlas, Universidad Autónoma de Madrid y Ministerio de Asuntos Sociales

-MARTÍN VALVERDE, A., (2001) .Aspectos laborales de la Ley reformada de Extranjería, en *Rev. Tribuna Social* núm. 126, Junio.

-MARTÍN VALVERDE, A., (2002) .El contenido instrumental del derecho de libre circulación de trabajadores: del Tratado de Roma al Tratado de Ámsterdam, en *AAVV: Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro*, Revista del Ministerio de Trabajo y de la seguridad social núm 57.

-MARTÍN VALVERDE, A. (2004) .Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario, *Actualidad Laboral*.

-MASSÓ GARROTE M. F., (1997). *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional*, Madrid, Colex.

-MASSÓ GARROTE, M. F., (2001). *El nuevo régimen de Extranjería: comentarios, procedimientos, formularios y modelos de la LO 4/2000, de extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000*, edit La Ley, Madrid.

-MASSO GARROTE, M. F., (2007). In enfant n'est pas un étranger comme les auteurs, en *Revue Trimestrielle de Droit de l'Homme*, núm. 824.

-MAYER, F. C., (2003). La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne, en *Revista del derecho del trabajo europeo* núm. 39.

-MAYORAL DEL AMO, J., (2001). J. *El mosaico de Melilla*. [Transcripción en línea] Disponible en: <http://www.stes.es/melilla/revista/inter/3.pdf>.

- MAYORAL NARROS. I., (2003). *Menores no Acompañados: Situación jurídica y propuesta de acción*” Universidad de Comillas de Madrid. II Jornadas sobre derechos de los Menores” Nuevos retos que plantean los Menores al Derecho”.

-MELLADO, C., Y FABREGAT, G., (2006). *La situación jurídica laboral de los extranjeros según la legislación española*. [Transcripción en línea] Disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/14/alfonso.pdf>. [Consultada 2010, Marzo 12]

-MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., (2003). Aptitud legal y capacidad en el Contrato de Trabajo, en *CES*, Madrid.

- MERCADER UGUINA, J.R. y MUÑOZ RUIZ, A., (2001). El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32.

-MERCADER UGUINA J. R., (2003). La protección social de los trabajadores extranjeros, en AA. VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Derechos y libertades de los

extranjeros en España La protección social de los trabajadores extranjeros, Santander, Gobierno de Cantabria.

-MERCADER UGUINA, J. R., y TOLOSA TRIBIÑO, C., (2003). El contingente de trabajadores extranjeros, balance de una sinuosa experiencia, en *Rev. De Relaciones Laborales*, núm. 11, Junio.

-MERCADER UGUINA J. R., y MORENO SOLANA A., (2007). De la movilidad de los trabajadores a la movilidad de los ciudadanos, *Rev. Relaciones laborales* núm. 13, Julio.

-MIQUEL CALATAYUD, J. A., (1992). Consideraciones sobre el derecho a la igualdad en general y en relación con los extranjeros”, *RCDI*.

-MIQUEL CALATAYUD, J.A. , (1993). El régimen preferencial en materia de extranjería y los nacionales iberoamericanos, *RCDI*, 1993.

-MILLOT L., (1934). L’ éxode saisonnier des rifains vers l’Algérie. En *Bulletin Economique du Maroc*.

-MIRALLES SANGRO, P. P., (2001). Presente y futuro de la ciudadanía de la Unión Europea, en *Rev. De Derecho de la Unión Europea*. Nº 1, 2º semestre.

-MOLINA NAVARRETE C., (2001a). *En la Ponencia presentada en el XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, 8 y 9 de Junio de 2001.

-MOLINA NAVARRETE, C., (2001b). Comentarios al art 35, en Monereo Pérez, J. L, y Molina Navarrete, C., (direc) *Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social (LO4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, edit por Comares, Granada.

-MOLINA NAVARRETE, C., (2004). Las reformas en el régimen jurídico-laboral de los extranjeros: empleo, trabajo y protección social, en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 6, Julio, Lex Nova, Valladolid.

-MOLINA NAVARRETE C. Y ARCE JIMÉNEZ, E. (2005). *La inmigración extranjera*, en Centro de Estudios Financieros, Madrid.

-MOLINS, E., (2007). *La aplicación de la ley extranjera por los tribunales españoles y la posición que debe adoptar el juez en estos procesos*, Barcelona, Bosch.

-MOLLER, M., (2008). *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos*. Tesis Doctoral presentada en la Universidad de Burgos.

-MOMPÓ MARTÍ, A., y LESTÓN GRAU, A., (2008). Infracciones y sanciones en materia de extranjería, *Revista relaciones Laborales*, Lex Nova, Valladolid, núm.27.

-MONEREO PÉREZ J, M., (1992) (1993). Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (y II) ,*Revista Española de Derecho del Trabajo* núms. 56 y 57.

-MONEREO PÉREZ, J. L., (1994) La libre circulación de trabajadores en las Administraciones públicas de los países comunitarios. A propósito del Proyecto de Ley sobre el acceso a determinados sectores de la Función Pública de los naciones de los demás Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. *Rev. Relaciones Laborales*, núm.9, págs 438-478.

-MONEREO PÉREZ J. M., (1995). La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* Julio-Septiembre, Nº 19.

-MONEREO PÉREZ, J. L., (1999a). *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social Artículo*, en AA. VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. Y MORENO VIDA, M.), Comares, Granada.

-MONEREO PÉREZ J. L., (1999b). *Derechos Sociales, Ciudadanía y Ordenamiento Laboral de CES*, Madrid, Civitas.

-MONEREO PÉREZ J. L., (1999c). Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo, *Rev. De la facultad de Derecho de la Universidad de Granada Sección Monográfica: Derechos Humanos, Derechos Fundamentales* n º2.

-MONEREO PÉREZ, J. L., (2000). *La protección de los derechos fundamentales: El modelo europeo*, edit Bomarzo, Albacete

-MONEREO PÉREZ J L., Y MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL (2002). En la Revista sobre: *Ciudadanía, solidaridad y Extranjería*: El derecho a la inserción de los inmigrantes. Comentario a la constitución socio-económica de España / coord por CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, MARÍA NIEVES MORENO VIDA.

-MONEREO J. L., MOLINA y MORENO M .N., (2003a). *Ciudadanía, solidaridad y extranjería. Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada. Comares.

-MONEREO PEREZ J. L., y MOLINA NAVARRETE AA. VV., (2003b). *Comentarios a la Ley al Reglamento de extranjería e integración social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, edit. Comares, Granada.

-MONEREO PÉREZ J. L., y DIAZ AZNARTE, Mª T., (2008). *El Estado Social Autonómico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Bomarzo, Albacete.

-MONEREO PÉREZ, J. l., (2009). *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, edit Bomarzo, Albacete.

-MONEREO PÉREZ, J. L., Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., (2010). El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de Diciembre, edit Aranzadi Social, Abril, núm. 20, Pamplona.

-MONTROYA MELGAR, A., (2007a) *Derecho del Trabajo*, 28 Edición, Madrid, Tecnos.

-MONTROYA MELGAR, A., (2007b) .El empleo ilegal de inmigrantes y sus consecuencias jurídicas. Editado por *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, núm.37.

-MORENO DÍAZ. J. A., (2003). Inmigración en España: entre la demagogia y la incompetencia. *Rev. Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los Inmigrantes*, Junio, Gaceta Sindical nº 3.

-MORENO PUEYO, M., (2004). Extranjeros Inmigrantes y Seguridad Social Española. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios financieros*, núm 257-258.

- MORENO TRUJILLO, E (1997). *Actuaciones de protección del menor, en Protección jurídica del menor*, edit por Comares, Granada.

-MORENO TORRES SANCHEZ, J., (2010). *Los menores extranjeros no acompañados*, (coord) por Isabel Lázaro González y Beatriz Moroy, Tecnos, Madrid.

- MORENO VIDA, M^a.N., (2010). El reconocimiento implícito del carácter laboral de la inmigración. La Comisión Laboral Tripartita de Inmigración: composición y funciones, en los derechos de los extranjeros en España, En *VVAA, Derechos de los extranjeros en España: Estudio Ley Orgánica 2/2009 de 11 Diciembre, de Reforma Ley Orgánica 2/2000*(dir) Jose Luís Monereo Pérez, La Ley.

-MORRIS, M. H (2008). Babies and Bathwater: Seeking an Appropriate Standard of Review for the Asylum Applications of Former Child Soldiers, en *Harvard Human Rights Journal*, Vol.21.

-MOYA ESCUDERO, M., (1979). Reflexiones en torno al párrafo 4º del art. 1º del ET, *AESJ*, Vol. VIII-IX, 1979-80.

-MOYA ESCUDERO et al. (1993). *Régimen jurídico del permiso de trabajo*, Granada, Comares.

-MOYA ESCUDERO, M., (1999). *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Comares, Granada.

-MOYA ESCUDERO, M., (2001). Sujetos sometidos a autorización para la realización de actividades lucrativas en España, en VVAA, *Jornadas sobre la Ley de extranjería. Sus repercusiones en el ámbito Laboral*, Granada, 8 y 9 de Marzo, EU de Relaciones Laborales, Universidad de Granada.

-MOYA ESCUDERO, M., (2003). Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España. *Rev. La ley Wolterskluwer*, Mayo.

MOYA MALAPEIRA, D., (2000). La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de extranjería, *Justicia Administrativa*, nº 8.

-MONTROYA MELGAR A., (2006). *Tendencias actuales sobre el ámbito personal del derecho del Trabajo*. Publicado en *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*” núm. 36.

-MONTROYA MELGAR A. (2007a) *.Derecho del Trabajo*, 28 Edición, Tecnos. Madrid.

-MONTROYA MELGAR A., (2007b). El empleo ilegal de inmigrantes y sus consecuencias jurídicas. Editado por *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, núm.37.

-MOYA MALAPEIRA, D., (2008). La integración social de los extranjeros en España: algunas notas sobre su conceptualización jurídica Ponencia presentada en el Congreso de 6 Junio, celebrado en Sevilla, de la *Societas Iuris Publici Europaei*.

-MOYA MALAPEIRA, D., (2009a). La reforma de la Ley de Extranjería. *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos*, núm. 20.

-MOYA MALAPEIRA, D., y HERNÁNDEZ, D., (2009b). La reforma de la Ley de Extranjería: Novedades y limitaciones. Edit por *Iuris núm, 139*, Junio.

-MOREAU, M.A., (2005). L'internationalization de l'emploi et les délocalisations en Europe: perspectives juridiques. Publicado por *European Univesity Institute*, Florence. Departament of law. num. 9.

-MORCELLO J., (1999). Análisis de las migraciones subsaharianas en el Magreb. Conferencia de Rabat sobre migraciones subsaharianas en el Magreb, *Rev. Entre Culturas* nº 36, Madrid, Junio.

-MUNZY, P (2007). *Une contrubution majeure en faveur de la protection des mineurs étrangers isolés*, en *Recueil Dallo*, núm.11, Sirey, Paris.

-MURILLAS ESCUDERO J. M., (2002a). *Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante*".Diario la Ley Nº 5605, de 5 de Septiembre, Ref. D-290.Tomo 7.

-MURILLAS ESCUDERO, J. M., (2002b.). Menores inmigrantes: aspectos jurídicos, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 19, disponibles en <<http://www.westlaw.es>>.

-NAIR (2006a). *Política de inmigración*, Diario ABC 5 de Marzo de 2006.

-NAÏR, S., (2006b). *Y vendrán... Las migraciones en tiempos hostiles*, Barcelona: Bronce/Planeta.

-NAVARRO COSTA R. (2007). *Los menores en protección* Coordinado por MANUEL SERRANO CALDERÓN, editado por Difusión Jurídica y temas de Actualidad S.A.

- NEVADO FERNANDEZ, M.J. (2007): Comentarios al Reglamento de extranjería (coord.) por MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA, GLORIA PILAR ROJAS RIVERO, Lex, Nova, Madrid.

- NIETO L C., (2006). *Los derechos de los menores extranjeros. Menores y extranjeros: un solo marco jurídico*, ed. Estudios de Derecho Judicial núm. 104, Madrid.

-NOVAJRA MIQUEL A. (2004) El papel de los sindicatos en la integración social de los inmigrantes ¿asignatura pendiente? En F. Checa, y Arjona A, *Inmigración y derechos humanos. La integración como participación social*. Barcelona .Edit. Icaria.

-NÚÑEZ MUÑIZ, C (1996). *Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero, de protección del menor*” Rev. La ley, D-298.

-OJEDA AVILES, A., (1992) .*Derecho Sindical*, edit por Tecnos, Madrid.

-OJEDA AVILÉS, A., (2002). La libertad sindical, en J. L. Monereo, C. Molina y N. Moreno (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares.

- OLARTE ENCABO, S., (2007). *Comentario a la Disposición Adicional Decimotercera. Cotización por la contingencia de desempleo. Comentarios al Reglamento de extranjería* coord. Por Margarita Isabel Ramos Quintana, Gloria Pilar Rojas Rivero, 2007, Tecnos.

-OLARTE ENCABO, S., (1993). La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema de Seguridad Social AL núm.31.

-OLIVAN F., (1996). *El extranjero y su sombra: Crítica del nacionalismo desde el derecho de extranjería*, edit. San Pablo, Madrid.

-OLIVAN F., (2003). Constitución y derechos políticos de los inmigrantes, para un análisis crítico del Art. 13.2 del texto constitucional. (coord.), José Antonio García Regueiro. Publicado en *Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Barcelona, Bosch.

-ORELLANA CANO, A. M., (2003). Régimen Jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros, en *Rev. Actualidad Laboral*, núm. 1, Enero.

-ORTEGA, P., TOURIÑAN, J. M., ESCÁMEZ, J., (2007). La educación de la ciudadanía, interculturalidad y conveniencia en las sociedades abiertas y pluralistas, J. M. TOURIÑAN (Direc.) *Proyecto educación en valores*. Atei (www.ateinamerica.com/pages/eduvalores.htm).

- ORTIZ ARCE DE LA FUENTE A. (1982). *Régimen jurídico de los trabajadores transfronterizos en el marco de las Comunidades Europeas*. Revista de Instituciones Europeas 1982, Vol.9, núm.1, Enero-Abril 1982.

-ORTÍZ LALLANA, M. (1990). Libertad de establecimiento y empresas multinacionales, AL, núm. 11 y 12.

-OSO, L., (2005). Mujeres Inmigrantes y Prostitución en Galicia, Curso Publicación *Revista Temas para el Debate*.

-PALMA DE TESO, A (2006). *Administraciones públicas y protección de la infancia: En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, INAP, Madrid.

-PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., (2002) .El ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de circulación de trabajadores (el concepto de trabajador en el derecho comunitario europeo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), en AAVV, *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios. Presente y futuro*, Madrid (Consejo General del Poder Judicial).

- PANTOJA GARCIA, F., (1997). *Algunas notas y comentarios a la LO 1/1996 y su aplicación practica*, Codex, Madrid.

- PARRA LUCÁN, M. A., (1998).*La nacionalidad*, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ; P. DE PABLO CONTRERAS; M. PÉREZ ÁLVAREZ Y M. PARRA LUCAN, ”*Derecho Privado. Derecho de la Persona.*”Codex 2º Ed. Madrid.

- PARRENO, M (2007). Trabajadores transfronterizos. [Transcripción en línea] Disponible en: <http://www.consumer.es>. [Consultada 2010, marzo 02]

-PECES-BARBA, G (1995). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid.

-PERALES ALBERT, A. y PÉREZ CHICA, A., (2004). Los menores ante la publicidad, publicado en [http:// www.auc.es/docum/menores.pdf](http://www.auc.es/docum/menores.pdf)

-PEREZ ALVAREZ M. A. (1999). *Sobre el desamparo y la tutela administrativa*”, en Estudios en Homenaje a Lacruz Verdejo, Vol., I. Barcelona. Bosch.

-PÉREZ BEVIÁ, J. A. (1986).Determinación del estatuto de refugiado, *ADI*, vol. VI.

-PÉREZ-CABALLERO, L. (1989). El programa ERASMUS, un impulso a la cooperación universitaria en la CEE. *Revista cuenta y razón* número 44.

-PEREZ DE LOS COBOS, F., (1994). *El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Civitas.

-PESCATORE, PIERRE (1981). Aspectos judiciales del acervo comunitario, *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid.

-PICONTO NOVALES, T, (1996). *La protección de la infancia* (Aspectos sociales y jurídicos), edit por Egido, Zaragoza.

-PRIETO SANCHIS, L (1999). *Estudios sobre derechos fundamentales*, Revista a Debate, Valencia.

- POLO SÁNCHEZ, M. C.: *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid (CES), 1994.

-PLANET A. I. (1996a). *Melilla y las migraciones magrebíes*. Atlas de la inmigración magrebí en España Atlas. Universidad Autónoma de Madrid y Ministerio de Asuntos Sociales.

-PLANET A .I., (1996b) *Ceuta y las migraciones marroquíes*. Atlas de la inmigración magrebí en España .Atlas. Universidad Autónoma de Madrid y Ministerio de Asuntos Sociales

-PLANET CONTRERAS A. I., (1996c) *Melilla y Ceuta como regiones de destino migratorio*, Atlas de la inmigración marroquí en España, edit Observatorio de Inmigración marroquí en España.

-PLANET. A. (1998). *Melilla y Ceuta: espacios frontera hispano-marroquíes*. Melilla: Ciudades Autónomas de Melilla y Ceuta, UNED, Melilla.

-PLAZA PENADÉS, J., (1966). *El derecho al honor y la libertad de expresión*, edit por Tirant Lo Blanch, Valencia

-PIETRO, S., (2006) .*Ceuta y Melilla: gestión fronteriza, derechos humanos y seguridad*, Instituto Europeo del Mediterráneo, Barcelona.

QUESADA SEGURA, R (2007). *La no discriminación, la Igualdad de trato y de oportunidades en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Revista del MTAS, Número extraordinario, Madrid.

- QUESADA SEGURA, R., (2009). *Perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, Granada.

-RADBRUCH, GUSTAVO (1999). *Filosofía del Derecho* (Dir., Edición y Título Preliminar) JOSE LUIS MONEREO PÉREZ, ed. Comares, Granada.

-RAMÍREZ, A., (1996). *Inmigrantes en España, Vidas y Experiencias*, Madrid: CIS.

-RAMOS GALLARÍN J. A. YBAZAGA FERNÁNDEZ, E I., (2002). *Gestión intergubernamental y política de inmigración en España: el caso de los procesos de regularización de inmigrantes* publicada en el VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct..

-RAMOS QUINTANA, M. I., (1989). *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, edit. Tecnos.

-RAMOS QUINTANA. M. I., (1997). *Derechos de los trabajadores extranjeros*, REDT, núm.86.

-RAMOS QUINTANA M. I., (2001a). *El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: Situaciones administrativas y posición jurídica*. Ponencia al XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander.

- RAMOS QUINTANA M. I., (2001b). Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados .Artículo 34, en MOYA ESCUDERO, M (coord), en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada.

-RAMOS QUINTANA M. I., (2007). *Comentario al Reglamento de Extranjería*, Ed. Lex Nova, Valladolid.

-RAMOS SANCHEZ I., (1989). *Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre, sobre protección de menores y adopción*”, Rev. La Ley 1989-2

-RAMÍREZ FERNÁNDEZ A, Y JIMÉNEZ ÁLVAREZ M.,(2005). *Las otras migraciones: La emigración de menores marroquíes no acompañados a España*, en el I Congreso Educación Mediterráneo, celebrado los días 11-13 en Palma de Mallorca, Educació, Integració i moviments migratoris Porposters per al segle XXI.

- RAPALLINI, LILIANA ETEL (2004). El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio constitucional del interés del menor, en *Revista del Derecho de Familia*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

-RPARKER, S.; (1994). The Best Interests of the child- Principles and Problems, en Alston, "The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights". Oxford University press

-RAPARAZ RODRIGUEZ G. (1942).Documentos de función, *Revista África* 1928-1933, Ceuta.

- RAVENTÓS M. y NOGUER, (1926). Situación jurídica de los extranjeros en España, *RCDI*.

-REDONDO HERMIDA G., (1985). El contrato de trabajo de los extranjeros sin permiso. *AI*, núm.25.

- REDONDO HERMIDA, A. G., (1988). El Derecho comunitario y los Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social, *AL*, núm 18.

- REGUEIRO GARCÍA, M^a. T (1994). La libertad de cátedra en el ordenamiento español, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm.6, Madrid.

-REVILLA GONZÁLEZ, J. A., (2000) *.El interrogatorio del imputado*, edit por Tirant Lo Blanch, Valencia.

-RIGO VALLBONA, J., (1979). *Extranjería y nacionalidades: lo que debería saber todo extranjero si quiere residir, trabajar o invertir en España* Barcelona, Gráficas.

-RITTER, G. A., (1991). *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional* trad. J. ABELLÁN, Tecnos. Madrid.

-RIVERA ÁLVAREZ J, C., (1997). *Ley Orgánica 1/96 de 15 de Enero, de protección jurídica del menor: Algunas consideraciones relevantes*, Cuaderno de Trabajo Social nº 10.

-RIVERO FERNANDEZ, F y RAMS ALBESA, J., (2000). *Derecho de obligaciones*, 2º Ed., V. I, Tomo II, Dykinson, Madrid.

-RODRIGUEZ BENOT A, (2000). *El reconocimiento de las medias de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala)*, RGD.

-RODRÍGUEZ BENOT, A., (2001). Integración europea y derechos fundamentales. En Azpitarte Sánchez, M *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, Civitas.

-RODRÍGUEZ BENOT, A., y HORNERO MÉNDEZ, C., (coord.)(2001). *El nuevo derecho de Extranjería*, edit Comares, Granada

-RODRIGUEZ BENOT, A.; e YBARRA BORES A., (2005). *Derecho de extranjería: un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España La situación de de los extranjeros en España*. (Coord.) SÁNCHEZ JIMÉNEZ , M. A. Diego Marín Librero, Murcia.

-RODRIGUEZ-DRINCOOURT ALCAREZ J., (2007). *Comentario al Reglamento de Extranjería. Comentario Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid.

-RODRÍGUEZ M, PALOMERO J. E., Y PALOMERO, P., (2005). Interculturalismo, ciudadanía cosmopolita y educación intercultural, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, Zaragoza.

-RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M., (1987). *Métodos para el conocimiento del Derecho*, Madrid, Universidad Complutense.

-RODRÍGUEZ-PIÑERO B-F, M., (1997). Los derechos sociales fundamentales y la Conferencia Intergubernamental, Madrid, *Rev. Relaciones Laborales* núm. 1.

-RODRÍGUEZ PIÑERO, M., (1998). *Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social*, edit en Temas Laborales, núm. 16.

-RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., (2000). El acceso al mercado de trabajo de los extranjeros no comunitarios, *Revista Laboral* nº 22.

-RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., (2001a). Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante, publicado en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 8.

-RODRIGUEZ PIÑERO ROYO M., (2001b). *El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios*, Ponencia presentada al XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander Junio.

-RODRÍGUEZ PIÑERO M, (2004) Hacia un nuevo marco multilateral sobre la inmigración, Edit *Revista de Relaciones Laborales*, núm 23.

-RODRÍGUEZ PIÑERO, M., (2005). La asistencia jurídica y los extranjeros, Relaciones Laborales, *Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 1.

-RODRIGUEZ PIÑERO B. F., BRAVO FERRER, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., (1986). *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid.

-RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER M., (2001a). Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo, edit *TL*, núm. 59.

-RODRIGUEZ PIÑERO M., Y BRAVO FERRER., (2001b). Principio de igual y estatuto del trabajador inmigrante, en *Rev. De Relaciones Laborales*, núm. 8.

-RODRÍGUEZ PIZARRO, G., (ONU) (2004). Informe presentado por la relatora Especial G, RODRÍGUEZ PIZARRO, de conformidad con la Resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. E/CN.4/2004/76/Add.2,14 de Enero.

-RODRIGUEZ RAMOS M^a J., (2001). La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994, en SANCHEZ RODAS NAVARRO, C *Régimen jurídico de los Extranjeros en España*, edit Laborum, Murcia.

-RODRIGUEZ RODRIGUEZ, R. M., (2006). Inmigración y ciudadanía, edit *Sistema*. Madrid. .Nº 190-191.

-RODRÍGUEZ VÁZQUEZ M. A., (2001). *La entrada y salida de los extranjeros del territorio español, en el nuevo derecho de extranjería*, RODRÍGUEZ BENOT, A. Y HORNERO MÉNDEZ C. (coord.) Comares, Granada.

-ROJAS CASTRO M., (1993) .Derecho Comunitario Social, Comares, Granada; del mismo, Seguridad Social Comunitaria, Federación Española de Asociaciones de Emigrantes Retornados, Málaga 2002.

-ROJAS RIVERO, G.P.,(2007). Trabajadores transfronterizos: Artículo 84: autorización de trabajo por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos .En *Comentarios al Reglamento de extranjería* (coord.) por MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA, GLORIA PILAR ROJAS RIVERO , Valladolid, Lex Nova.

-ROJO TORRECILLA, E., y CAMÓS VICTORIA, I., (2005). La laborización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración, *Rev. Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, núm. 8, Marzo.

-ROJO TORRECILLA, E., Y CAMAS RODA, F., (2009). La reforma de los estatutos de autonomía y su impacto en la normativa estatal de inmigración, *Revista del Ministerio de Trabajo y de Inmigración* núm. 80.

-ROJO TORRECILLAS, EN AAVV (2009): *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la Inmigración* (coord) por F. CAMAS RODAS, edit por Bosch, Barcelona

-ROJO TORRECILLA, E., (2011). Ponencia: La Seguridad Social de los trabajadores extranjeros: Ciudadanos de primera o segunda. En el I Congreso de Migraciones de Andalucía celebrado en Granada, 16-17 de Febrero de 2011.

-ROLDAN BARBERO, J.,(2000). La Unión Europea y los nacionales de terceros Estados: la posible política de inmigración comunitaria, en OLESTI RAYO, A (coord.) *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam*, Barcelona.

-ROMÁN VACA, E., (1998). *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, edit, Edersa, Madrid,

-ROVIRA FLORES V. M. C., (1972. *Valor y función de las Exposiciones de Motivos en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela-

-RUBIO LLORENTE, F., (1978). Constitución y educación, en *Constitución y Economía*, Madrid.

--RUIZ ALBENIZ V., (1910). *La verdad de la guerra, establecimientos tipográficos y editorial*. Boletín de la biblioteca del ateneo científico, literario y artístico. nº 3, Mayo.

-RUIZ CASTILLO, M. M., (2003). Marco legal de la inmigración en España. Aspectos laborales, *RDS* num.22.

-RUIZ HUIDOBRO Y DE CARLOS J. M., (2002). El menor en el Derecho. Sistema normativo y principios rectores del Derecho de los menores, en LAZARO GONZALEZ, I. *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid.

-RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLO, J. M., (2006). *Regulación legal de la extranjería e inmigración en España*, edit por la Universidad Pontificia de Comillas, Colección Documentos Prácticos del Instituto de Estudios de Migraciones núm 3, Madrid.

- RUIZ RICO PEREZ, F., (1980). La protección de los menores en la Constitución y el derecho Civil, Montecorvo, Madrid.

-RUIZ RICO PEREZ, F., (1988). *La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores*, AC, Nº 2 y 3.

- RUXTON, S., (2000). *Separated Children Seeking Asylum in Europe: A Program for action* Save Children & ACNUR de Menores no acompañados en Europa.

http://www.sce.gla.ac.uk/Global/Spanish/home_sp.htm

-QUIRÓS FONTS, A. (2003a). Refundición de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: Propuesta de Directiva de 2003, *Aranzadi Social*, núm. 20.

-QUIROS FONS, A., (2003b). El Art. 8 del Convenio de Roma (1950) (CEDH) y la Directiva 20003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar: una conquista del Derecho internacional en el Derecho comunitario, *Revista española de derecho Internacional* N° 2.

-QUIRÓS FONS, A., (2008). *La Familia del extranjero: regímenes de reagrupación e integración*, edit Tirant Lo Blanch, Valencia.

-SAINZ ARNAIZ, A (1999). La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art 10.2 de la Constitución Española, en *Rev Consejo General del Poder Judicial*, Madrid.

-SAGARRA TRIAS E., (2002). *Legislación sobre Extranjería e Inmigración: Una lectura*. Publicado por la Universitat de Barcelona.

-SAGARRA Y TRIAS E. (2004). Conferencia pronunciada en el curso del C.G.P.J. sobre extranjería en *El derecho de Asilo y la condición de refugiado en España*, publicados en Cuadernos de Derecho Judicial N° 8.

-SALA FRANCO, T., (1989). *Incidencias en la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, edit INSP, Madrid.

- SÁNCHEZ, A. (2009) .Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de Asilo. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 18.

-SÁNCHEZ BURSÓN, J .M, (2001). La atención de los menores extranjeros no acompañados en Andalucía, en *Menores extranjeros no acompañados*, Ponencias del Seminario Europeo desarrollado por UNAF, en Madrid, los días 30 de Noviembre y 1 de Diciembre de 2001, UNAF, Madrid.

-SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., (2002). *El derecho de extranjería. El sistema español de derecho de nacionalidad y extranjería*, SÁNCHEZ JIMÉNEZ M. A, CARRASCOSA GONZÁLEZ J Y MARÍN MURCIA D. Madrid. Colex.

-SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., (2005). *Derecho de Extranjería: Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del Extranjero en España*, edit Librero-Editor.Diego Marín, Murcia.

-SÁNCHEZ MORÓN, M. (1980). *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

-SANCHO REBULLIDA, F (1989).*El nuevo régimen de la familia IV. Acogimiento y adopción*. Madrid, Civitas.

-SANTAOLAYA MACHETTI, P., (2000). Estudio introductorio de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración Social, en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº 7, Abril.

-SANTAOLAYA MACHETTI, P., (2001). Los derechos fundamentales en la Ley de Extranjería: un balance de urgencia, en *Social Mes a Mes*, nº 61.

-SANTOLAYA MACHETTI, P., (2005) Derecho a la vida privada y familiar: Un contenido notable ampliado del derecho a la intimidad, En *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (coord.), edit por Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.

-SANTAOLAYA MACHETTI, P., (2010). La reforma del derecho de asilo por la Ley 12/2009. En *Coloquios Jurídicos sobre América Latina: Las reformas legales en los ámbitos de extranjería y asilo*. IEALAT, Instituto de Estudios Latinoamericanos - Universidad de Alcalá, 19 de Febrero de 2010

-SALAFRANCA ORTEGA J. (1990) *La población judía en Melilla (1874-1936)*, editado por Sefarad judaica inc, Caracas, Venezuela.

-SALAFRANCA ORTEGA J., (1992). Los orígenes de la comunidad judía de Melilla. Editores Sefarad Madrid. *Revista Raíces* N° 12.

-SALINAS MOLINA F., (2001a). Trabajadores extranjeros: aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social, Rev. *Cuadernos de derecho Judicial* .Nº 9.

-SALINAS MOLINA, F., (2001b). El régimen de extranjería: principios básicos de de su normativa orgánica (coord.) Derecho Internacional privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de seguridad social, *Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial*, Madrid.

-SAMUEL, L., (2000). *Droits sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte social européenne*, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Estrasburgo.

-SANCHEZ JIMENEZ MA., (2002).*El derecho de extranjería. El Sistema español de derecho de nacionalidad y extranjería*, SÁNCHEZ JIMÉNEZ M. A, CARRASCOSA GONZÁLEZ J (dir), publicado por Diego Marín, Murcia

-SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (1998) *Derechos humanos y protección social: el affaire Gaygusuz*, Comunicación a las XVII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Córdoba.

- SANCHEZ RODRIGUEZ P., (1984), *El proceso de celebración de tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y práctica) internacional*. Law Association. Madrid 1984.

--SANDELL, R., (2006). *¿Saltaron o les empujaron? El aumento de la inmigración subsahariana*. Real Instituto Alcano.

-SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., (2006). El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: Régimen General y contingente, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm 63.

-SANTAOLAYA MACHETTI, P., (2000). Estudio introductorio de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración Social, en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº 7, Abril.

-SANTAOLAYA MACHETTI P., (2004). *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*. Valladolid, Lex Nova.

-SANTOS J. M., (1995). *La dinámica de la población Ceutí (1970-1986)*, Actas del Estrecho de Gibraltar, Ceuta.

-SARO GANDARILLAS, F., (1987). *Notas para el estudio del crecimiento y expansión urbana de Melilla*, Actas del I Congreso Hispano-africano de las culturas mediterráneas Fernández de los Ríos Urruti, 11-16 de Junio de 1986, Melilla.

-SARTOTI, G., (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros* (Trad de M. A. DE AZUA).Madrid, edit Taurus.

-SEGRELLES, L., (2006). Artículo 35.Residencia de Menores, en C. ESPULGUES MOTA (coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

-SEMPERE NAVARRO (2000). Los permisos de trabajo para extranjeros, *Aranzadi Social* Nº 11.

-SEMPERE NAVARRO, A.V., (2004).Coordenadas de la Seguridad Social comunitaria: el Reglamento 883/2004, en *Aranzadi Social*, núm. 9.

-SEMPERE NAVARRO, A. V (2008). Ocho preguntas sobre relaciones laborales especiales, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 746, www.aranzadi.es, BIB 2008/113.

-SENOVILLA, HERNÁNDEZ D. (2004). *El estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el Derecho español y francés*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 6 (julio 2004). Lex Nova, Valladolid.

-SERRANO ALBERCA, J. M., (1980). *Artículo 11*. En Garrido Falla, F. *Comentarios a la Constitución Española*, edit. Civitas, Madrid.

- SERRANO ARGÜESO, M. (2002). *Los derechos laborales en la nueva Ley de Extranjería. Un estudio comparado de las Leyes Orgánicas 7/1985, 4/2000 y 8/2000 a la luz del nuevo Reglamento de Extranjería*. Rev. Española de Derecho del Trabajo, núm. 111, Mayo-Junio 2002.

- SERRANO RUIZ CALDERON (2004). *Abandono y desamparo de menores en el derecho español*, editado por la Fundación Universidad Española. Madrid.

-SERRANO VILLAMANTA, J., (2006a). El régimen jurídico laboral de los menores extranjeros en España, en *VVAA Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho* (coord) I. Lázaro González y Culebras Llana, UPCO-Fundación Seur, Madrid.

-SERRANO VILLAMANTA, F.J. (2006b). *El trabajo de los extranjeros e inmigrantes en España*” (ed.) J. M. RUIZ DE RUIDOBRO, *Regulación legal de la extranjería e Inmigración en España*, Madrid, publicado por Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

-SOLANES CORELLA A., (2001), *Inmigración y Derechos. Situación jurídica del extranjero irregular*, FERNÁNDEZ SOLA N. Y CALVO GARCÍA M. (coord.) edit Mira Zaragoza.

-SOLANES CORELLA, A.; (2002a). *Las fronteras europeas frente a la inmigración: regulación jurídica de extranjeros extracomunitarios en Italia y España*, en *Sociología del*

Diritto, XXIX/2002/2, Instituto di Filosofia e Sociología del Diritto Università degli Studi di Milano, Milano, II cuadrimestre 2002.

-SOLANES CORELLA, A., (2002b). Los procesos de regularización de inmigrantes: algunas alternativas, en GARCÍA CASTAÑO F.J. Y MURIEL, C edits, *La inmigración en España: contextos y alternativas*. Actas Ponencias II congreso sobre la Inmigración en España, Granada.

-SOLANES CORELLA, A., (2006), *La paradoja del principio de control de flujos migratorios*. Universitat de Valencia.

-SOLANES CORELLA, A., (2008). *¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España*, Universitat de València.

-SOLÉ, C., ALARCON, A., GIBERT, F., PARELLA, S., Y RIBAS, N., (2001), El impacto de la inmigración en los países del sur de Europa, en SOLE, C, (coordinadora) *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora*, editorial Anthropos, Barcelona.

-SORIANO DIAZ, R., (1997). El Art. 21.Derecho de reunión. En ALZAGA VILLAAMIL, O, (Dir) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa-Cortes Generales, Tomo II.

-SODDU P., (2002). *Inmigración extracomunitaria en Europa: El caso de Ceuta y Melilla*. Edit Conserjería de Educación y Cultura de la Ciudad Autónoma de Ceuta.

SOUTO PAZ, J. A., (1997). Libertad ideológica en la jurisprudencia constitucional, en VVAA., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, Universidad Complutense de Madrid- Universidad de Navarra, Edersa, Madrid.

--SPINDLER, WILLIAM., (2001). La situación de los niños separados en Europa Central y del Báltico, Informe Save the Children Denmark, Copenhagen.

-STRICK, T (2008). *Procedeures Directive: An Overview*, en *The Directive: Central Themes. Problem Isssues and Implementation in selected Member Status*, Karin Zwaan (ed.), Nijmegen.

-SWYNGEDOUW, E. (1992). *The Mammon Quest, Globalisations, Interspatial Competition and the Monetary Order: the Construction for New Scales*, en M. DUNFOR & G. KAFKALAS, *Cities and regiones in the New Europa, The Global-Local Interplay and Spatial development Strategies*, Belhaven Press, London.

-TABARES, J., (2010). *La nueva ley de extranjería*. Consulta en línea: www.judithtabares.com.

-TARABANI CASTELLANI AZNAR, M., (1998). *La igualdad de trato entre españoles y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 de Medidas fiscales, administrativas y de orden social*, *Al*, num. 39.

- TABARINI CASTELLANI AZNAR M., (2006). *Los Derechos de los trabajadores extranjeros: Puntos críticos*. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 63. Año 2006

-TABARINI CASTELLANI M., (2002a). *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

-TARABINI CASTELINI AZNAR, M., (2002b). *El nuevo contrato para la formación de los extranjeros tras la Ley 12/2001*, *Rev. Al* nº 14.

-TABARINI CASTELLANI AZNAR, M., (2003). *Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva ley de Extranjería; A propósito de la STSJ de Cataluña de 14 de Mayo de 2002*, edit por *Actualidad Laboral*, núm 10, Marzo del 2003.

-TAJADURA TEJADA, J., (2007). Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España, *DME*, num. 7.

-TÉLLEZ RUBIO, J. J., (2001) .*Moros en la costa*. Madrid. Debate.

-TEROL BECERRA. M., (2001). Constitución, extranjeros y derecho al trabajo, AA. VV., *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, SANCHEZ RODAS NAVARRO (coord.), edit. Laborum, Murcia.

-TEZANOS J. F., (2004). Tendencias de dualización y exclusión social en las sociedades tecnológicas avanzadas. Un marco para el análisis .En TEZANOS, J. F. (ed.) *Tendencias en desigualdad y exclusión social*, Tercer Foro sobre Tendencias Sociales, Sistema, Madrid.

-TOMAS CARRASCO, B., (1996). La nacionalidad de de los estados miembros en el ámbito comunitario, *REE* núm. 12.

TORNOS, A.; (2000). Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes, en *Los Derechos culturales de los inmigrantes considerados en perspectiva antropológica* edit por Ortega Ediciones Graficas, Madrid.

-TORRES MURO, I., (1991). *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid.

-TORRES PÉREZ, F., (2001). Intervención social e inmigración, Integración, modelos de intervención y servicios sociales”. Colección Servicios Sociales, Serie Debate nº 6 DGSS, Logroño.

-TORTUERO PLAZA, J. L. (1999) *Campo de aplicación y estructura del sistema de Seguridad Social. Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, Comares, Granada.

-TRIGUERO MARTINEZ, L. A (2009) La nueva reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: notas clave para su comprensión, *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, 2ª época, núm. 9.

- TRINIDAD GARCÍA, M. L., ROBLES ALMECIJA, J. M., FUENTES MAÑAS, J. B., (2001). Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Unión, Comares, Granada.

-TRINIDAD GARCÍA, M. L. (2005) *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España* (estudio de la LO 14/2003) y su *Reglamento de desarrollo*. Edit Lex Nova. Valladolid.

-TRONCOSO DE CASTRO. A., (1979). *Ceuta y Melilla 20 siglos de España*. Editado por Vassallo de Mumbert 2º Edición. Madrid, Revista África 1927-1928.

-VALDÉS DAL RE, F., (1994). Estado Social y Seguridad Social (I) y (II), edit por la Ley, en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 22 y 23.

-VALDÉS DAL RE, F., (2003). Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia. Edit *Relaciones Laborales*, núm. 22.

-VALDUEZA BLANCO, M. D., (2003). Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionante de los derechos sociolaborales. *Relaciones Laborales*, num. 15-16. Tomo II-Agosto.

-VALDUEZA BLANCO, M. D., (2004). Repercusión de la reforma de los derechos socio-laborales de los extranjeros, *TL*, núm.73.

-VALDUEZA BLANCO M. D. (2005) Aspectos laborales del nuevo Reglamento de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, *Rev. Relaciones Laborales* nº 4, Febrero.

-VALDUEZA BLANCO, M. D., (2008). *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, edit Lex Nova, Valladolid.

-VALIÑO, V., (2006) El derecho a la vivienda. En M. TORRES y otros, *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria, Barcelona.

-VAL TENA, A., (2002) El derecho de los extranjeros a la protección de la salud, *REDT*, num. 109, pág. 61.

-VARELA GARCÍA, C., (1997). Comentarios a la LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto, *AC*, XII, 1997-1.

-VARGAS CABRERA, B (1991). El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87, *Anuario de Derecho Civil*, 1991, (2) pág 620

-VARGAS CABRERA, B (1994). *La Protección de menores en el ordenamiento jurídico*, en Comares, Granada

-VEREDAS MUÑOZ, S., (2003) Asociaciones de inmigrantes en España. Práctica clientelar y cooptación política. *Revista Internacional de Sociología*, núm. 336.

-VIDAL FUEYO C., (2002a) Constitución y Extranjería, Madrid, *CEPC*.

-VIDAL FUEYO, C., (2002b). La nueva Ley de Extranjería a la Luz del Texto Constitucional, en *REDC*, Nº 62.

-VIDAL DE MARTÍN SANZ, L., (2000), Los vicios en extranjería, *Suplemento Orosí Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Mayo.

-VIDAL FUEYO, C., (2009). Los derechos y libertades de los extranjeros en la Constitución Española “en *Los derechos de los inmigrantes en España*. (Coord) por ELISEO AJA FERNANDEZ, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

-VIDA SORIA, J., (1978). Asistencia social en el ordenamiento de la seguridad social española, *RPS*, núm. 121.

-VIDA SORIA, J., (1983). Análisis del art. 41 de la Constitución Española de 1978, en OSCAR ALZAGA VILLAAMIL, (dir) *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo III.

-VIDA SORIA J., Y GALLEGO MORALES A., (1996). Art. 28.Derechos sindicales y de huelga, en ALZAGA VILLAAMIL, O (Dir) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo III. Edersa -Cortes Generales, Madrid

-VIDA SORIA J., (1998). Asistencia Social en el ordenamiento de la Seguridad Social Española, *RPS*, núm. 121.

- VIDAL MARTÍN, T., (2000).*El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, en Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

-VILARINO, E., (1977). El Convenio europeo sobre la represión del terrorismo, en *Revista Internacional Europea*, Tomo IV, Madrid, -2.

-VILLAVERDE, I (2003). Protección de datos personales y padrón municipal, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 3, 2003.

-VIÑAS FARRÉ, R., (1998). Los regímenes especiales de extranjería en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, *Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, núm. 3.

-VIRALLY, M., (1998). *El Devenir del Derecho Internacional*, edit Fondos de la Cultura Económica, México D. F.

- VON OVERBECK. A. E. (1997). La reconnaissance des rapports d'autorité ex lege selon la convention de la Haye sur la protection des mineurs, en *Mélanges en l'honneur de Henri Dedeneaux*, Inv, Fribourg, 1977.

-VON STEIGER W. E (1960). Rapport Explicatif, en Actes y Documents de la Neuvième Session, T.V.I. Protection des mineurs.

-WANNER-LAUFER, U., (1992). Inhalt und Bedeutung Von art 3 Haager Minderjährigenschutzkommern, Frankfurt am Main, Peter Lang.

-WASSERMANN, H., (1994). Islam und Menschenrechte im Zusammenprall der zivilisationen. *Recht und Politik*.

-ZAMFRANI, H., (1994). *Los judíos del occidente musulmán Al-Andalus y el Magreb*, edit MAPFRE, Madrid.

-ZAPATA BARRERA BARRERO, R., (2000). Política de Inmigración y Unión Europea, en *Revista Claves de la Razón Práctica*, núm 104.

-ZAPATA-BARRERA, R., (2005). *Multiculturalidad e Inmigración*, Síntesis, Madrid.

- ZARALUQUI SANCHEZ EZNARIEGA. L., (2004). *Reflexiones en relación a la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres En (VVAA) la conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson .Madrid.

- ZUFIAUR NARVAIZA, J. M., *La movilidad geográfica del empleo*. Rev. Relaciones Laborales, Noviembre 2006, núm. 21.

LEGISLACIÓN

DERECHO INTERNACIONAL

-CONVENIO INTERNACIONAL DEL TRABAJO núm. 19 de 5 de Junio de 1955(ratificado por España en 1928) RELATIVO A LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS Y NACIONALES EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTES DE TRABAJO.

-DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de Diciembre de 1948, Paris.

- DECLARACIÓN “*Dignitatis Humanae*” sobre libertad religiosa del Concilio Vaticano Aprobada por el PAPA JUAN PABLO II; en Roma, San Pedro, 7 de Diciembre del año 1965.

-*Tratado de Marraquech* de 1.893.

-CONVENIO 19 DE LA OIT, aprobado en la Conferencia de Ginebra de 19 de Mayo de 1925.Igualdad de trato a los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de reparación de accidentes de trabajo. Ratificado por Decreto-ley de 24 de Mayo de 1928.Gaceta núm. 147, de 26 de mayo.

-CONVENIO 25 DE LA OIT aprobado en la Conferencia de Ginebra de 25 de Mayo de 1927, Seguro de enfermedad de los trabajadores agrícolas. Ratificado por Ley de 8 de Abril de 1932, Gaceta núm. 105, de 14 de Abril.

-MUDAWANA de 6 de Septiembre de 1958(Código de Familia marroquí)

- CONVENIO 97 DE LA OIT de 8 de Junio de 1949. Trabajadores migrantes. Instrumento de ratificación de 23 de Febrero de 1967, BOE núm. 135, de 7 de Junio de 1967.

-CONVENCIÓN DE GINEBRA de 21 de Julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), hecho en Ginebra el 28 de Julio de 1951, Aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128 15 de Diciembre ,BOE de 21 de Octubre de 1978.

- CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES, de 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de Septiembre de 1979, BOE núm. 243 de 10 de Octubre de 1979

-CONVENCIÓN DE GINEBRA SOBRE LOS REFUGIADOS de 28 de Julio de 1951, BOE núm 252 de 21 de octubre de 1978.

CONVENIO EUROPEO DE EXTRADICIÓN de 13 de Diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de Abril de 1982, BOE núm.136 de 8 de Junio de 1982.

-DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de Diciembre de 1959 por Resolución núm.1386, Doc. A/4354.

- CARTA SOCIAL EUROPEA firmada en Turín el 18 de Octubre de 1961 y ratificada por España por Instrumento de 29 de Abril de 1961.

- CONVENIO DE LA HAYA de 5 de Octubre de 1961, suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, BOE núm. 229 de 25 de Septiembre de 1978.

-CONVENIO N° 122 OIT de 17 de Junio de 1964. Política de empleo. Instrumento de ratificación de 21 de Julio de 1970, BOE núm. 124, de 24 de Mayo de 1972.

-CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL de 21 de Diciembre de 1965 ,adoptada y abierta a

la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de Diciembre de 1965 ,entrada en vigor el 4 de Enero de 1969.

-PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS de 16 de Diciembre de 1966, aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 2200A (XXI) el 16 de Diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de Marzo de 1976.

- CÓDIGO DE FAMILIA MARROQUÍ Ley N° 03.70 relativo al Código de familia.

-PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional. (XVIII.12.B) Nueva York, 15 de Noviembre de 2000 BOE núm. 295de 10 de Diciembre de 2003) complementado por el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el 15 de Noviembre de 2000 (BOE núm. 296 de 11de Diciembre de 2000)

- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de Diciembre de 1966, entrada en vigor: 23 de Marzo de 1976.

-CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, aprobada por Resolución 3.453 (XXX) de 9 de Diciembre de 1975.

- CONVENIO 143 DE LA OIT de 24 de Julio de 1975 Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

-CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES de 3 de Enero de 1976. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de Enero de 1976.

- CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES, BOE núm.243 de 10 de Octubre de 1979

- CONVENIO SOBRE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE ASISTENCIA ADMINISTRATIVA A LOS REFUGIADOS suscrito en Basilea en 3 de Septiembre de 1985 y ratificado por España mediante Instrumento de 29 de Abril de 1.987, BOE núm. 139 de 11 de Junio de 1987); y c)

-CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO de 20 de Noviembre de 1989, se aprueba, mediante la Resolución 44/25, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; a la que se adhirió España por Instrumento de 24 de Abril de 1997,BOE núm. 159, de 4 de Julio de 1997.

- CONVENIO SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989. RATIFICADO POR ESPAÑA EL 30 DE NOVIEMBRE DE 1990, BOE NÚM. 313, DE 31 DE DICIEMBRE DE 1990.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIAS Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de Diciembre de 1990,entrada en vigor 1 de Julio 2003(pendiente de ratificación por España).

-DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PERTENECIENTES A MINORÍAS NACIONALES O ÉTNICAS, RELIGIOSAS Y LINGÜÍSTICAS Resolución 47/135 del 18 de Diciembre de 1992 aprobada por la Asamblea General de la ONU.

- RECOMENDACIÓN 151 DE LA OIT, sobre trabajadores migrantes, garantizar a aquellos trabajadores que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado miembro, el disfrute de las mismas oportunidades y el mismo trato que a los trabajadores nacionales respecto a cuestiones como sindicales incluidos los órganos de representación de los trabajadores en las empresas.

--CARTA AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS Aprobada el 27 de Julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya, conocida comúnmente como “Carta de Banjul”.

-CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, aprobado por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de Diciembre de 1984, entrada en vigor 26 de Junio de 1987.

-CARTA EUROPEA DE DERECHOS DEL NIÑO, aprobada el 18 de Julio de 1992 aprobada por Resolución del Parlamento Europeo Resolución A3-0172/92, DO C 241 de 21 de Septiembre de 1992 BOE núm. C 241, de 21 de Septiembre de 1992.

-TRATADO DE AMISTAD, BUENA VECINDAD Y COOPERACIÓN ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS, firmado el 4 de Julio de 1991, BOE 26 de Febrero de 1993.

-ACUERDO ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y EL REINO DE MARRUECOS RELATIVO A LA CIRCULACIÓN DE PERSONAS, EL TRÁNSITO Y LA READMISIÓN DE EXTRANJEROS ENTRADOS ILEGALMENTE, firmado en Madrid el 13 de Febrero de 1992 (BOE núm. 100, de 25 de Abril y núm. 130, de 30 de Mayo).

- APLICACIÓN PROVISIONAL DEL ACUERDO EN MATERIA DE PERMISOS DE RESIDENCIA Y TRABAJO ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y EL REINO DE MARRUECOS, firmado "ad referéndum" en Rabat el 6 de Febrero de 1996 (BOE núm. 129, de 28 de Mayo). Entrada en vigor el 7 de Marzo de 1997, BOE núm. 211, de 3 de Septiembre.

- CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA ,DO C 364 de 18 de Diciembre de 2000, aprobada Proclamada solemnemente por el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo en Niza el 7 de Diciembre de 2000. *Diario Oficial de la Unión Europea* (2007/C 303/01)

- CONVENIO 182 DE LA OIT, SOBRE LAS PEORES FORMAS DE TRABAJO INFANTIL de 17 de Junio de 1999, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 54/120, ratificado el 14 de Marzo de 2001 por España, BOE número 118 de 17 de Mayo de 2001.

-PROTOCOLO ENTRE EL GOBIERNO DE ESPAÑA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGELINA DEMOCRÁTICA Y POPULAR SOBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS hecho ad referendum en Argel el 31 de Julio de 2002, BOE núm. 37 de 12 de Febrero de 2004.

-CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL MARROQUÍ Ley nº 02-03 relativa a la entrada y residencia de extranjeros en Marruecos, a la emigración e inmigración irregulares”, entrada en vigor el mismo día de su publicación (Boletín Oficial nº 516 del 20 de Noviembre de 2003. (Deroga a los efectos que nos interesa el Dahir del 16 de Muharraq de 1369 (8 de Noviembre de 1949) reglamentando la emigración de los trabajadores marroquíes.

-LEY Nº 02/2003 MARROQUÍ, RELATIVA A LA ENTRADA Y RESIDENCIA DE EXTRANJEROS EN MARRUECOS, Boletín Oficial núm. 516 de 20 de Noviembre del 2003. En Marruecos Boletín Oficial nº 5162 de 25 Ramadán 1424 ,20 de Noviembre de 2003.El texto en árabe ha sido publicado en la edición general del Boletín Oficial nº 5160 de 18 Ramadán 1424 de 13 de Noviembre de 2003.

-ACUERDO ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPÚBLICA DE GUINEA BISSAU en materia de inmigración, hecho en Madrid el 7 de Febrero de 2003, BOE 74/2003 de 27-03-2003.

-ACUERDO ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPUBLICA ISLÁMICA DE MAURITANIA en materia de inmigración de 1 de Julio del 2003, BOE núm. núm. 267, 8 de Noviembre de 2006.

-CODE DU STATUT PERSONNEL ET DES SUCCESSIONS< Mudawana> marroquí, promulgada tras la ultima reforma el 3 de Febrero de 2004, entrada en vigor el 6 de Octubre del 2005.

-ACUERDO ENTRE ESPAÑA Y RUMANIA de 15 de Diciembre de 2005, entrada en vigor el 19 de Agosto de 2006, BOE núm.195 de 16 de Agosto de 2006

- Observación num.6 del Comité de Derecho del Niño rubricada “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño, 39 periodo de sesiones, 17 de Mayo a 3 de Junio de 2005, CRC/GC/2005/6 numeral 7.

- ACUERDO ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y MARRUECOS SOBRE COOPERACIÓN EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE EMIGRACIÓN ILEGAL DE MENORES NO ACOMPAÑADOS, SU PROTECCIÓN Y RETORNO CONCERTADO, de 8 de Marzo de 2007. BOE núm. 429 de 14 de Septiembre de 2007(y que aun esta pendiente de entrada en vigor).

-ACUERDO ENTRE ESPAÑA Y SENEGAL de 5 de Diciembre de 2006, titulado Sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción, BOE núm. 371, de 20 de Abril de 2007, entrada en vigor 18 de Julio de 2008.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

-El TRATADO DE ROMA de 25 de Marzo de 1957

- REGLAMENTO N° 15/61 de la CEE (DO núm. 57 de 26 de Agosto de 1961)

-Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento
(DOCE N° 36/1962 de 15 de Enero)

- REGLAMENTO N° 38/64/CEE del Consejo, de 25 de Marzo de 1964, RELATIVO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES DENTRO DE LA COMUNIDAD DO N° 62 de 17. 4. 1964.

- LIBRO VERDE LA COMISIÓN EUROPEA de 1984, SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UN MERCADO COMÚN DE RADIODIFUSIÓN especialmente por cable, destinado a la libre información de opiniones y cultura a través de la UE.

-TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA, firmado en Roma el 25 de Marzo de 1957, Diario Oficial nº C 325 de 24 Diciembre 2002

-REGLAMENTO 1612/68 de 19 de Octubre RELATIVO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES DENTRO DE LA COMUNIDAD, DO L 257 de 19 de Octubre de 1968.

-DIRECTIVA 68/360 CEE del Consejo de 15 de Octubre de 1968.REQUISITOS TARJETA DE RESIDENCIA O ESTABLECIMIENTO DE LOS NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS de la UE. (DOUE núm. L 257, de 19 de Octubre de 1968)

-REGLAMENTO (CEE) nº 1251/70 de la Comisión, de 29 de Junio de 1970, RELATIVO AL DERECHO DE LOS TRABAJADORES A PERMANECER EN EL TERRITORIO DE UN ESTADO MIEMBRO DESPUÉS HABER EJERCIDO EN ÉL UN EMPLEO.

-REGLAMENTO 1408/1971 de de 14 de Junio, RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LOS REGÍMENES DE SEGURIDAD SOCIAL A LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA Y A SUS FAMILIAS que se desplazan dentro de la Comunidad. (DOL núm. 149, de 5 de Julio de 1971)

-DIRECTIVA 75/34/CEE del Consejo, de 17 de Diciembre de 1974, RELATIVA AL DERECHO DE LOS NACIONALES DE UN ESTADO MIEMBRO A PERMANECER EN EL TERRITORIO DE OTRO ESTADO MIEMBRO DESPUÉS DE HABER EJERCIDO EN ÉL UNA ACTIVIDAD POR CUENTA PROPIA.

-CONVENIO EUROPEO RELATIVO AL ESTATUTO JURÍDICO DEL TRABAJADOR MIGRANTE de 24 de Noviembre de 1971. Aprobada en Estrasburgo, el 24 de

Noviembre de 1977, instrumento de ratificación núm 093 del Consejo de Europa, el 29 de Abril de 1980 (BOE núm. 145/1983, de 18 de Junio de 1983)

CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES, de 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de Septiembre de 1979, BOE núm. 243 de 10 de Octubre de 1979.

- ACUERDO EUROPEO núm.31 SOBRE EXENCIÓN DE VISADOS Para Los Refugiados Suscrito en Estrasburgo el 20 de Abril de 1959,BOE de 22 de Julio de 1982, núm. 174., Ratificado por España el 30 de Junio de 1982, entrada en vigor en nuestro país el 31 de Julio de 1982.

-DIRECTIVA 89/48/CEE , del Consejo, de 21 de Diciembre de 1988, Relativa Al Sistema General DE RECONOCIMIENTO DE LOS TÍTULOS DE ENSEÑANZA Superior (Diario Oficial L 19 de 24.1.1989).

-CONVENIO DE SCHENGEN SOBRE FRONTERAS en Europa de 21 de Marzo 1985, DOL N° L 239 de 22 de Septiembre de /2000

- ACUERDO DE SCHENGEN de 14 de Junio de 1985, BOE de 5 de Abril de 1994, núm. 81, pág. 10.390, ratificado el 30 de Julio de 1991, entrada en vigor el 1 de Marzo de 1994.

-LIBRO BLANCO SOBRE EL MERCADO ÚNICO EUROPEO. COM (85)310 final. Comunicación de la Comisión al Consejo de 7 de Marzo de 1985, COM (85)48 final, rubricado “Completing the Internat Market: Wite paper from the Comision to the European Council”

-RESOLUCIÓN del Consejo de 16 de Julio de 1985 SOBRE LAS ORIENTACIONES DE LA COMISIÓN ACERCA DE UNA POLÍTICA COMUNITARIA DE MIGRACIONES, DO. C. 186, de 26 de Julio de 1985.

-ACTA DE ADHESIÓN A LA CEE el 1 de Enero de 1986, BOE núm.1, instrumento de ratificación del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de Junio de 1985.

-RESOLUCIÓN del Consejo y de los Ministros de Educación reunidos en el Consejo SOBRE DIMENSIÓN EUROPEA DE LA ENSEÑANZA de 24 de Mayo de 1988, DOCE 177,6 de Julio de 1988.

-DIRECTIVA 90/364/CEE del Consejo RELATIVA AL DERECHO DE RESIDENCIA, DO L 180 de 13 de Julio de 1990

-DIRECTIVA 90/365/CEE del Consejo RELATIVA AL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA O POR CUENTA PROPIA QUE HAYAN DEJADO DE EJERCER SU ACTIVIDAD PROFESIONAL, DO L 180 de 13 de Julio de 1990.

-ACUERDO SOBRE EL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO, firmado entre la UE y los países de la Asociación Europea de Libre Cambio , Oporto 2 de Mayo de 1992.(DOCE de 3 de Enero de 1994 y BOE de 25 de Enero de 1994)

- TRATADO DE MAASTRICHT de 7 de Febrero de 1992, entró en vigor el 1 de Noviembre de 1993, publicado en el Diario Oficial n° C 191 de 29 de Julio de 1992.

-DIRECTIVA 93/96/CEE, DO L 317 de 18 de Diciembre de 1993, RELATIVA AL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS ESTUDIANTES.

- COM (1994) 23 y la Resolución de los Ministros de 30 de Noviembre de 1992, fortalecimiento del Sistema de Informática de la ALADI

- COM (1999) 638.final-1990/0258(CNS)

-RESOLUCIÓN Del Consejo de Europa 20 de Junio de 1995 SOBRE LAS SOLICITUDES DE ASILO MANIFIESTAMENTE INFUNDADAS. Resolución del Consejo de 20 de Junio de 1995, DOCE n° C 274 de 19 de Septiembre de 1996.

-CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES en la Cumbre de Niza de 7 de Diciembre del 2000

-PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el 15 de Noviembre de 2000 (BOE núm. 296 de 11 de Diciembre de 2000)

- COM (2001) 127 final 2001/0074 (CNS) (DOCE C240R fr. 28.8.2001 p.0079-0087).

- COM 2001, 428 final, 25.7.2001 *La Gobernanza Europea. Un libro Blanco*

-PLAN GRECO (2001) El Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y de la Inmigración, aprobado por Resolución de 17 de Abril de 2001.

- COM 175 (2002) LIBRO VERDE presentado por la Comisión RELATIVO A UNA POLÍTICA COMUNITARIA DE RETORNO DE LOS RESIDENTES ILEGALES, COM (2002) 175, de 10 de Abril de 2002.

- COM 703 (2002). COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE LA INTEGRACIÓN DE LAS CUESTIONES DE MIGRACIÓN EN LAS RELACIONES EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA CON PAÍSES TERCEROS. I. Migración y desarrollo. II. Informe sobre la eficacia de los recursos financieros disponibles a escala comunitaria para la repatriación de inmigrantes y de solicitantes de asilo rechazados, para la gestión de las fronteras exteriores y para proyectos de asilo y migración en terceros países, COM 703, de 3 de Diciembre.

- COM (2003) 336 final. Comunicación de 3 de Junio de 2003 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre Inmigración, Integración y Empleo.

- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL. (XVIII.12.B) Nueva York, 15 de Noviembre de 2000 BOE núm. 295de 10 de Diciembre de 2003.

-COM (2005)0391 – C6-0266/2005 – 2005/0167(COD)) P6_TA-PROV (2008)0293.Directiva por la que se aprueba Procedimientos y normas comunes para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio

- COM (2007) 249 final ,2007/0094 (COD) Bruselas, 16.5.2007

-(COM 2007/0638). Procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

- COM (2008)359 final17/6/2008.Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones” *Una política común de emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos.*” COM (2008)359 final17/6/2008

-Constitución Europea.

-Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (COM (2005) 184 final

-Comunicación, la Comisión COM (2005) 352 final

- Consejo de Europa, Reglamento (CE) núm. 343/2003 de 18 de Febrero de 2003

- Consejo de Europa, Directiva 2004/83/CE de 29 de Abril de 2004

- Consejo de Europa, Directiva 2005/85/CE de 1 de Diciembre de 2005

-Decisión del Consejo de 16 de Marzo de 2005, (2005/267/CE), DO L83 1/4/2005

- Dictamen número 53.904, de 26 de Octubre de 1989

- Dictamen 55.030, de 12 de Julio de 1990.

-Directiva 90/364/CEE, de 28 de Junio de 1990, relativa al Derecho de Residencia, DO L 180 de 13 de Julio de 1990.

- Dictamen número 280/94, de 21 de Abril de 1994,

- Dictamen número 1007/95, de 22 de Junio de 1995 define el término asilo para el legislador español.

-DIRECTIVA 64/221/CEE del Consejo, de 25 de Febrero de 1964, Para La Coordinación De Las Medidas Especiales Para Los Extranjeros En Materia De Desplazamiento Y De Residencia, Justificadas Por Razones De Seguridad, Salud U Orden Públicos [Diario Oficial L 56 de 4.4.1964].

-DIRECTIVA 77/486/CEEE de 25 de Julio de 1977 SOBRE ESCOLARIZACIÓN DE LOS HIJOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES.

- GUÍA DE POLÍTICAS Y PROCESOS EN LA ATENCIÓN A NIÑOS SIN ACOMPAÑANTE SOLICITANTES DE ASILO. Alto Comisionado de Naciones Unidas para

los Refugiados (ACNUR), según Resolución de la Union Europea 97/C/221/03 de 19 de Julio de 1997.

-ESTATUTO JURÍDICO DEL TRABAJADOR MIGRANTE N° 93 del CEE, hecho en Estrasburgo el 24 de Noviembre de 1977, BOE núm. 145/1983, de 18 de Junio de 1983.

-Directivas 94/80/CE del Consejo de 19 de Diciembre de 1980 traspuesta al ordenamiento interno español por LO 1/1997 de 30 de Mayo, que regula la participación en los comicios locales a celebrara por España de nacionales de los Estados comunitarios.

- REGLAMENTO (CEE) N ° 1661/85 de 13 de Junio de 1985 POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS ADAPTACIONES TÉCNICAS DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES DE GROENLANDIA.

-DIRECTIVA 90/364/CEE del Consejo RELATIVA AL DERECHO DE RESIDENCIA DE CARÁCTER GENERAL, DO L 180 de 13 de Julio de 1990.

-DIRECTIVA 90/365/CEE del Consejo RELATIVA AL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA O POR CUENTA PROPIA QUE HAYAN DEJADO DE EJERCER SU ACTIVIDAD PROFESIONAL, DO L 180 de 13de Julio de1990.

-INFORME DE LOS MINISTROS RESPONSABLES DE INMIGRACIÓN Y ASILO EN EL CONSEJO EUROPEO DE MAASTRICHT SOBRE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN Y DE ASILO, SN 4038/91 WGI 930. De 3 de Diciembre de 1991.

-TRATADO DE MAASTRICHT aprobado el 7 de Febrero de 1992 y publicado en el DOCE N° 191/1992 de 29 de julio de 1992

-DIRECTIVA 92/51/CEE del Consejo, de 18 de Junio de 1992, RELATIVA A UN SEGUNDO SISTEMA GENERAL DE RECONOCIMIENTO DE FORMACIONES PROFESIONALES. Diario Oficial L 209 de 24 de Julio de 1992).

-DIRECTIVA 93/96 del Consejo, de 29 de Octubre de 1993, Relativa Al Derecho De Residencia De Los Estudiantes, DOL L 317 de 18 de Diciembre de 1993.

-RECOMENDACIÓN 1178 del Consejo de Europa de 5 de Febrero de 1992 en materia religiosa sobre menores, DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992.

-Resolución del Consejo de la UE de 20 de Junio de 1994, relativa a las limitaciones de la admisión de nacionales de países no comunitarios para trabajar en el territorio de los Estados miembros Diario Oficial C 274 de 19 de Septiembre de 1996.

-DIRECTIVA 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Diciembre de 1996, SOBRE EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EFECTUADO EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

-DIRECTIVA 98/49/CE del Consejo de 29 de Junio de 1998, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PENSIÓN COMPLEMENTARIA DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA Y LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA QUE SE DESPLAZAN DENTRO DE LA COMUNIDAD.

- CONSEJO EUROPEO DE ÁMSTERDAM (16 y 17 de Junio de 1997) entrando en vigor el 1 de Mayo de 1999 (DOC 340 de 10.11.1997)

-DIRECTIVA 99/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de Junio de 1999, por la que se establece un mecanismo de RECONOCIMIENTO DE TÍTULOS. (Diario Oficial L 201 de 31.7.1999) derogada por Directiva 2005/36/CE.

-CUMBRE DE TAMPERE Octubre de 1999, de 15 y 16 de Octubre de 1999, DOC 19 de 23 de Enero de 1999.

- PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el 15 de Noviembre de 2000 (BOE núm. 296 de 11 de Diciembre de 2000)

-DECISIÓN 2000/596/CE del Consejo de 28 Septiembre 2000 por la que se crea el FONDO EUROPEO PARA LOS REFUGIADOS a fin de reunir en un único instrumento las medidas de integración y las relativas a la acogida y repatriación voluntaria en caso de afluencia masiva de refugiados y personas desplazadas.

-DIRECTIVA 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, RELATIVA A LA IGUALDAD DE TRATO DE LAS PERSONAS INDEPENDIENTEMENTE DE SU ORIGEN RACIAL O ÉTNICO.

- DIRECTIVA 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de Noviembre de 2000, RELATIVA AL ESTABLECIMIENTO DE UN MARCO GENERAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO EN EL EMPLEO DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN Y DE LOS MIEMBROS DE SUS FAMILIAS. Transpuestas a través de la Ley 62/2003, de 30 de Diciembre.

-CONVENIO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL de 9 de Noviembre de 2001 entre Andorra y España "BOCG. Sección Cortes Generales", serie A, número 250, de 8 de Febrero de 2002.

-REGLAMENTO (CE) nº 859/2003 del Consejo, de 14 de Mayo de 2003, EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO EN SEGURIDAD SOCIAL

- REGLAMENTO (CE) núm. 343/2003 de 18 de Febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de DETERMINACIÓN DEL ESTADO MIEMBRO RESPONSABLE DEL EXAMEN DE UNA SOLICITUD DE ASILO PRESENTADA EN

UNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS POR UN NACIONAL DE UN TERCER PAÍS
(DOCE- L50, núm. 46, 25 de Febrero de 2003.

-DIRECTIVA 2003/86 de 22 de Septiembre sobre el derecho de REAGRUPACIÓN FAMILIAR, publicado en el L 251/12, el 3 de Octubre de 2003.

-DIRECTIVA 93/109/CE del Consejo de 6 de Diciembre de 1993 por la que se fijan las modalidades de EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO Y PASIVO EN LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO EUROPEO por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales

- RESOLUCIÓN del Consejo de Europa de 20 de Junio de 1995 SOBRE LAS GARANTÍAS MÍNIMAS PARA LOS PROCEDIMIENTOS DE ASILO, párrafos 26 y 27, Diario Oficial C 274 de 19 de Septiembre de 1996.

- DIRECTIVA 96/71/CE del Parlamento y del Consejo de 16 de Diciembre de 1996 SOBRE EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EFECTUADO EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

-DIRECTIVA 2000/43 CE de 29 de Junio relativa a la aplicación del PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE PERSONAS SIN DISTINCIÓN DE SU ORIGEN ÉTNICO NI RACIAL.

-DIRECTIVA 2000/78CE, que desarrolla un marco general para la APLICACIÓN DE IGUALDAD E TRATO EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN.

-Iniciativa comunitaria EQUAL, que tiene como objetivo la cooperación transnacional para la promoción de una nueva metodología de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de todo tipo existentes en relación con el mercado de trabajo. Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), de 5 de Mayo de 2000.

-REGLAMENTO 2725/2000 del Consejo relativo a la creación del SISTEMA EUROCAD, DO núm. L 316 de 15 de Diciembre de 2000.

-Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal [COM (2001) 672.

-Directiva Del Consejo COM (2001) 127 final 2001/0074 (CNS) DOCE C240R ft. 28.8.2001

-REGLAMENTO (CE) N° 539/2001 del Consejo de 15 de Marzo de 2001 POR EL QUE SE ESTABLECEN LA LISTA DE TERCEROS PAÍSES CUYOS NACIONALES ESTÁN SOMETIDOS A LA OBLIGACIÓN DE VISADO PARA CRUZAR LAS FRONTERAS EXTERIORES Y LA LISTA DE TERCEROS PAÍSES CUYOS NACIONALES ESTÁN EXENTOS DE ESA OBLIGACIÓN

-DIRECTIVA 2001/55/CE del Consejo de 20 de Julio de 2001 RELATIVA A LAS NORMAS MÍNIMAS PARA LA CONCESIÓN DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN CASO DE AFLUENCIA MASIVA DE PERSONAS DESPLAZADAS y de medidas de fomento de esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida”, DOL 212 de 7 Agosto 2001.

-CONSEJO EUROPEO DE MAASTRICHT de 24 de Diciembre del 2002, Diario Oficial de las Comunidades Europeas C325/5.

-OBSERVACIONES FINALES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO de 13 de Junio del 2002. CRC/C/15/Add.182 con respecto al Art. 44 de la Convención.

-Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo [COM (2003) 336 final]

-DIRECTIVA 2003/9/CE del Consejo, de 27 de Enero, POR LA QUE SE APRUEBAN NORMAS MÍNIMAS PARA LA ACOGIDA DE LOS SOLICITANTES DE ASILO EN LOS ESTADOS MIEMBROS ,DO L 31, de 6 de Febrero de 2003.

- DIRECTIVA 2003/86/CE del Consejo de 22 de Septiembre de 2003 SOBRE EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR, DO L 251, de 3 de Octubre de 2003.

-DECISIÓN DEL CONSEJO 2003/93/CE, de 19 de Diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar en interés de la Comunidad Europea el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS.

-DIRECTIVA 2003/109/CE del Consejo, de 25 de Noviembre 2003 RELATIVA AL ESTATUTO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES RESIDENTES DE LARGA DURACIÓN, DO L 16, de 23 de Enero de 2004.

-REGLAMENTO 343/2003 del Consejo de 18 de Febrero de 2003, POR EL QUE SE ESTABLECEN LOS CRITERIOS Y MECANISMOS DE DETERMINACIÓN DEL ESTADO MIEMBRO RESPONSABLE DEL EXAMEN DE UNA SOLICITUD DE ASILO presentada en uno de los estados miembros por un nacional de un tercer país (DOCE núm. L 50/2003, de 25 de Febrero de 2003).

- REGLAMENTO (CE) N° 453/2003 por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 539/2001 POR EL QUE SE ESTABLECE LA LISTA DE TERCEROS PAÍSES CUYOS NACIONALES ESTÁN SOMETIDOS A LA OBLIGACIÓN DE VISADO PARA CRUZAR LAS FRONTERAS EXTERIORES Y LA LISTA DE TERCEROS PAÍSES CUYOS NACIONALES ESTÁN EXENTOS DE ESA OBLIGACIÓN (DO L 69 de 13 de Marzo de 2003).

-PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia

organizada transnacional. (XVIII.12.B) Nueva York, 15 de Noviembre de 2000 BOE núm. 295 de 10 de Diciembre de 2003)

-REGLAMENTO (CE) N° 859/2003 del Consejo de 14 de Mayo de 2003 destinado a los nacionales de terceros países que por motivos de nacionalidad no les resulta de aplicación otra disposición.

-REGLAMENTO N ° 883/2004 de 29 Abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social DO L 314 de 7 de Junio de 2004.

-DIRECTIVA 2004/81/CE del Consejo, de 29 de Abril de 2004, RELATIVA A LA EXPEDICIÓN DE UN PERMISO DE RESIDENCIA A NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES QUE SEAN VÍCTIMAS DE LA TRATA DE SERES HUMANOS O HAYAN SIDO OBJETO DE UNA ACCIÓN DE AYUDA A LA INMIGRACIÓN ILEGAL, QUE COOPEREN CON LAS AUTORIDADES COMPETENTES, DO L 261 de 6 Agosto de 2004.

-DIRECTIVA 2004/82/CE del Consejo, de 29 de Abril de 2004, SOBRE LA OBLIGACIÓN DE LOS TRANSPORTISTAS de comunicar los datos de las personas transportadas, DO L 261, de Agosto de 2004.

- DIRECTIVA 2004/38/CE, de 29 de Abril de 2004, por la que se establecen NORMAS MÍNIMAS RELATIVAS A LOS REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO Y EL ESTATUTO DE NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES O APÁTRIDAS DO L 304, 30 de Septiembre de 2004.

-REGLAMENTO COMUNITARIO SOBRE CONTROL DE FRONTERAS, N° 2133/2004 del Consejo de 13 de Diciembre de 2004.

- GUIDE DU TRAVAILLER MOBILE EUROPEEN 2004

- Directiva 2004/83/CE/DEL CONSEJO, de 29 de Abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, Diario Oficial n° L 304 de 30 de Septiembre de 2004.

-DIRECTIVA del Consejo 2004/114/CE de 13 de Diciembre REFERENTE 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 publicado en el L 375/12 el 23 de Diciembre de.2004

-Decisión del Consejo de 2 de Diciembre de 2004, sobre acuerdo de la Comunidad Europea y el Principado de Andorra relativo al establecimiento de medidas en materia de fiscalidad, DOUE de 4 de Diciembre de 2004.

-Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de Septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, DO L 255, de 30 de Septiembre de 2005.

-DICTAMEN DEL COMITÉ DE REGIONES (DOUE de 18 de Febrero de 2005, núm. 43)

-Decisión 2005/267/CE del Consejo, de 16 de Marzo de 2005, por la que se crea en Internet una red segura de información y coordinación para los servicios de gestión de la migración de los Estados miembros [Diario Oficial L 83 de 1.4.2005].

- DIRECTIVA 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de Septiembre de 2005, RELATIVA AL RECONOCIMIENTO DE CUALIFICACIONES PROFESIONALES, adoptada por codecisión COD/2002/0061 [Diario Oficial L 255 de 30 de Septiembre de 2005].

-DIRECTIVA 2005/71/CE del Consejo, 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 de Noviembre de 2005.

-Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de Diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, DO L 326, de 13 de Diciembre de 2005.

-REGLAMENTO (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de Marzo de 2006, POR EL QUE SE ESTABLECE UN CÓDIGO COMUNITARIO DE NORMAS PARA EL CRUCE DE PERSONAS POR LAS FRONTERAS (Código de fronteras Schengen), DO L 105 de 13.4.2006.

-PLAN ESTRATÉGICO DE CIUDADANÍA E INTEGRACIÓN 2007-2010. Aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de Febrero de 2007.

- TRATADO DE LISBOA por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de Diciembre de 2007, DOL C 360/01.

-Parlamento europeo (2007) [Transcripción en línea] Disponible en:

http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_2_3_es.html. [Consultada 2010, marzo 08]

-RD 240/2007 de 16 de Febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm.51 de 28 de Febrero)

-REGLAMENTO 863//2007 del Parlamento y del Consejo de 1 de Julio, SOBRE CREACIÓN DE EQUIPOS DE INTERVENCIÓN RÁPIDA EN LAS FRONTERAS DE LA UNION. (L 199/30 de 31 de Julio de 2007)

-DIRECTIVA 76/2007CE relativa al PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN MATERIA DE ACCESO AL EMPLEO, PROMOCIÓN, FORMACIÓN PROFESIONAL Y CONDICIONES DE TRABAJO.

Directrices sobre Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1 A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 núm. 51.

-Propuesta de Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (D.501 PC 0127)

-Comisión Europea, *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen sanciones aplicables a los empresarios de residentes ilegales nacionales de terceros países* COM (2007) 249.

-PACTO EUROPEO SOBRE INMIGRACIÓN Y ASILO de Octubre de 2008, Documento núm. 13189/08 ASIM 68.

- Decisión 2008/633/JAI del Consejo de 23 de Junio de 2008 sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados DOUE L 218 de 13 de Agosto de 2008.

DIRECTIVA 2008/115/CE del Consejo y del Parlamento, 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 L 348/98 de 24 de Diciembre.

- RAPPORT DE SUIVI MAROC 2008, SEC (2009), nº 520, de 23 de Abril de 2009.

-Directiva 2009/50 que regula la tarjeta azul, la Directiva 52/2009 sobre sanciones a empleadores o el Reglamento 810/2009 por el que se regula el Código de Visados.

-REGLAMENTO (CE) nº 81/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de Enero de 2009 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 562/2006 en lo relativo al Sistema de INFORMACIÓN DE VISADOS en el marco del Código de Fronteras Schengen cuyo uso es obligatorio en las fronteras exteriores.

-REGLAMENTO (CE) núm. 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de Septiembre de 2009, publicado en el DOUE L 284, de 30 de Octubre de 2009, entrada en vigor el 1 de Mayo de 2010.

- REGLAMENTO N ° 1211/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de Diciembre de 2010 DO L 339 de 22 de Diciembre de 2010, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

-OFICINA EUROPEA DE APOYO AL ASILO aprobada por Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 7 de Mayo de 2009, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo (COM(2009)0066 – C6-0071/2009 – 2009/0027(COD))

-PLAN ÁFRICA aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de Mayo de 2006, el último vigente es de 2009-2012.

-CONCLUSIONES DEL CONSEJO DE LA UNION EUROPEA RELATIVAS A LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS Consejo Justicia y Asuntos de Interior de 3 de Junio de 2010.

- DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 5 Abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo L 101 de 15 de Abril de 2011.

-Comisión Europea. Transcripción en línea] Disponible en:

/2010).http://ec.europa.eu/youreurope/nav/es/citizens/working/crossborder/overview/index_es.html

[Consultada 2011, Enero de 15]

LEGISLACION NACIONAL

- Decreto de 17 Noviembre de 1852 de Isabel la Católica sobre los extranjeros en España.

- Código del Trabajo de 23 de Agosto de 1926.

-El Libro de Ciudadanía, ley de 17 de Abril de 1870, que se materializo el 6 de Noviembre de 1916

-Orden de 22 de Febrero de 1989, sobre medios económicos cuya posesión deberán acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España, BOE núm. 55, de 22 de Febrero de 1989.

-Orden de la Comandancia General de Melilla DE 1904 por la que se creó un campamento para atender a los refugiados beréberes.

-Real Decreto de 6 de Noviembre de 1916 Gaceta de Madrid 342, autorizando al Presidente del Consejo de Ministros para presentar a las Cortes un proyecto de ley modificando los artículos 159, 160 y 161 del Código de Justicia Militar y estableciendo Tribunales de la Jurisdicción ordinaria en Ceuta y Melilla. TIFF (Referencia 1916/05842) (*Gaceta de Madrid* nº 319, de 14 de Noviembre de 1916)

-Real Decreto de 20 de Diciembre de 1924 y de 22 de Diciembre de 1921, facultando a los Comandantes generales de Ceuta y Melilla para que en las actuaciones seguidas contra indígenas, en lugar de hacer insertar las requisitorias en la GACETA y Boletines Oficiales, las remita a la Oficina Central de Asuntos Indígenas. TIFF (Referencia 1921/08154) (*Gaceta de Madrid* nº 356, de 21 de Diciembre de 1924)

-RD. 20 de Diciembre de 1924, por el que se otorgaba la ciudadanía española a los sefardíes y a sus descendientes pertenecientes a familias de origen español que en alguna ocasión han sido inscritos en los Registros españoles ,publicado en nº 120 de la *Gaceta de Madrid* el 30 de Abril de 1931.

-Real Orden de 20 de Octubre de 1927, normativa que justifica la inaplicación de la normativa de protectorado sobre el territorio de las plazas de soberanía de Ceuta y Melilla.

- Real Decreto 403/1931 de 16 de Enero del Ministerio de Trabajo y Previsión. (R. A. 1930/1727). Por el que se regula el Trabajo de los extranjeros en España en diversas actividades.

Decreto de 1932 Decreto de la Presidencia 8 de Septiembre de 1932 del Ministerio de Trabajo y Previsión. (R. A. 1932/1157)

- Orden de 25 de Octubre de 1932 (R. A. 1362), relativo a la preferencia de ocupar puesto de trabajo por el español que este inscrito en el servicio de colocación y lo solicite.

- Decreto de 5 de Junio de 1933, por el que se dota de carácter jurídico al protectorado

- Orden de 5 de Julio de 1933, que exige autorización para entrar en la zona del protectorado.

- Decreto 31 de Enero de 1933 (R. A. 182). Accidentes de Trabajo. Reglamento de Accidentes en las Industrias

- Decreto 29 de Agosto de 1935 rebaja la edad laboral.

- Orden de 12 de Noviembre de 1935, complementaria o aclaratorio del Decreto de 29 de Agosto de 1935 estableciendo el trámite a seguir para las solicitudes de *Cartas de Identidad Profesional* en los territorios bajo dominio nacional

- Decreto de 4 de Octubre de 1935, que obliga a la presentación de pasaporte para entrada en la zona de protectorado.

- Decreto de 31 de Diciembre de 1935 por el que se crea la Dirección General de Marruecos. Competencia exclusiva sobre el protectorado. Permanencia al margen de su ámbito funcional de las plazas de soberanía.

-SOVI creado por OM de 11 de Febrero de 1940

-Ley de 5 de Diciembre de 1941 de reforma del Código Civil, BOE núm. 350 de 16 de Diciembre.

- Decreto 23 de Septiembre de 1944(Ministerio de Trabajo). (R. A. 1315).

- Decreto 16 de Abril de 1948(Ministerio de Trabajo) (R. A. 595), por el que se produjo la equiparación de los ciudadanos argentinos a los españoles a efectos laborales.

- Decreto 29 de Agosto de 1948 del Ministerio de Trabajo relativo al Seguro de Vejez. Invalidez .Susidio familiar. Seguro de enfermedad.

- Decreto 16 de Diciembre de 1949(Ministerio de Asuntos Exteriores) (R. A. 1456), que equipara a los ciudadanos andorranos con los españoles.

-Decreto 22 de Junio de 1956 Ministerio de Trabajo) (R. A. 1048), relativo a accidentes de trabajo. Texto Refundido de la Ley y del Reglamento.

-Ley de Registro Civil de 8 de Junio de 1957 (BOE nº 151 de 10 de Junio de 1957)

-Orden Ministerial de 11 de Noviembre de 1.958, por la que los trabajadores por cuenta ajena que residen y prestan sus servicios en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, Islas Baleares y Canarias recibirán un plus de residencia.

-Bando de Abril de 1958 de 17 de Junio de 1.956.

-Decreto de 10 de Abril de 1958, por el que se creó la Tarjeta de Residencia solo para los extranjeros transfronterizos en Ceuta y Melilla.

- Reglamento Registro Civil Decreto de 14 de Noviembre de 1958(BOE núm. 296 de 11 de Diciembre de 1958)

- Orden 14 de Septiembre de 1961(R. A. 1731), relativo al campo de aplicación del seguro de desempleo.

- Ley de Bases de Seguridad Social 193/63 de 28 de Diciembre (R. A. 2067)

- Orden 28 de Diciembre de 1966, del Ministerio de Trabajo (R. A. 2004), relativa al campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación de la Seguridad Social.

-Resolución de la Dirección General de Previsión de 15/4/1968, por la que se equipara como regla general, a los extranjeros a los nacionales pero con excepciones.

-Ley 29/1968 de 20 de Junio sobre Exacciones para expedición de permisos de trabajo(R. A 1107).

-Decreto 1870/1968, de 27 de Julio, (R. A. 1471) relativo al Régimen de Empleo, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España, BOE núm. 195 de 14 de Agosto de 1968.

-Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de Abril de 1968, por el que se incluyen en el campo de la seguridad española a los trabajadores transfronterizos, BOE núm. 109 de 6 de Mayo de 1968.

- Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de Abril de 1968, art. 1.4 b), en BOE de 6 de Mayo; Tesorería General de Seguridad Social, de 7 de Marzo de 1997.

-Ley 118/1969 de 30 de Diciembre (R. A. 2386) proclama la igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y Filipina. BOE núm. 109 de 6 de Mayo de 1968.

-Ley 4/1970 de 4 de Julio de modificación del Código Civil, BOE núm. 82 de 6de Abril de 1970.

-Decreto 522/1974 de 14 de Febrero sobre requisitos que deben cumplir los extranjeros que soliciten permisos de validez.

-Decreto 1880/1975 de 10 de Julio, por el se aprueba el procedimiento administrativo especial para la imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y para la liquidación de cuotas de la Seguridad Social.

- Decreto de 6 de Febrero de 1976 por el que se otorga Documento Nacional de Identidad Provisional que los extranjeros residentes en Ceuta y Melilla que cumplan los requisitos establecidos en esta disposición.

-Constitución española 27 de Diciembre de 1978, BOE núm.311 de 29 de Diciembre.

- RD 1874/1978, se promulga la Orden Ministerial de 4 de Octubre de 1979 de la Presidencia del Gobierno (R. A. 2410) BOE núm. 241 de 8 de Octubre de 1979 relativa a los permisos de validez restringida.

-Orden de Permisos de Trabajo de 10 de Octubre de 1979, por la que se regulan los permisos de validez restringida, BOE núm.241 de 8 de Octubre de 1979.

-Ley Orgánica 7/1980 de 5 de Julio de libertad religiosa BOE núm. 177 de 24 de7 de 1980.

- Ley 58/1980 de 15 de Noviembre, de la Jefatura del Estado (R. A. 2606), donde en su articulo único, equipara a los extranjeros en sus relaciones laborales y de Seguridad Social, con los españoles.

-Ley 8/1980, de 10 de Marzo, del Estatuto de los Trabajadores, dictada por la Jefatura del Estado y publicada en el BOE num.64 de 1980.

- Ley básica de Empleo Ley 51/80 de 8 de Octubre.

- RD 1031/1980 de 3 de Mayo, de la Presidencia (R. A. 1207) crea un procedimiento administrativo especial, adecuado para la concesión de permisos de trabajo y autorizaciones de residencia a extranjeros y de sus prórrogas, BOE núm. 131 de 31 de mayo de 1980.

- RD 1031/1980 de 3 de Mayo por el que se deroga el Decreto 1874/1978 de 2 de Junio, (de la Presidencia del Gobierno) (R. A. 1721)

- Ley 50/1981, de 30 de Diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, BOE núm. 11/1982, de 13 de Enero de 1982.

-Ley 51/1982 de 13 de Diciembre que modifico el Cc

-13/1982, de 7 de Abril, LISMI. BOE 30 de Abril de 1982.

- LO 9/1983, de 15 de Julio, reguladora del Derecho de Reunión, BOE núm. 170 de 18 de Julio de 1983.

-Ley 7/1985 de de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, BOE núm.158 de 3 de Julio de 1985.

-LO 6/1985 de 1 de Julio del poder judicial, BOE núm. 157 de Diciembre de 1985.

-LO 2/1986 de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

-Reglamento de Ejecución de 1119/86 de 26 de Mayo de la Ley 7/1985 de de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, BOE núm. 140 de 12 de Junio de 1986.

-Instrucciones conjuntas de la Subsecretaria de los Ministerios de Interior y Trabajo de 2 de Julio de 1986, por las que se autoriza a trabajar a los marroquíes provistos de la tarjeta de residencia preferente o permiso de trabajo, en Ceuta y Melilla sin necesidad de obtener previamente permiso de trabajo.

-Ley 7/85, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, BOE núm.80 de 3 de Abril de 1985.

- LO 5/1985 de 19 de Junio reguladora del Régimen Electoral General, BOE núm.147 de 20 de Junio de 1985.

-Decreto 511/1985 de 20 de Febrero, BOE 19 de Abril de 1985, sobre regulación del Reglamento de ejecución de la ley de de asilo y refugio

-- Régimen Especial de las Empleadas de Hogar, regulado por Real Decreto 1424/1985 de 1 de Agosto.

-El Real Decreto 1119/1986, de 26 de Mayo por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

- Ley de Medidas de Sanidad de 25 de Abril de 1986, BOE núm. 102 de 29 de Abril de 1986.

- Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, BOE núm. 305 de 22 de Diciembre de 1986.

-Ley 11/1986 de 20 de Marzo de patentes BOE núm. 73 de 26 de Marzo de 1986.

- Circular de 2 Julio 1986 sobre autorizaciones de residencia y trabajo en las ciudades de Ceuta y Melilla.

-Instrucciones de 2 Julio 1986, aprobadas por las autoridades de los Ministerios de Trabajo y de Interior por el que se otorga Tarjeta de Estadística a la población de Ceuta y Melilla y que demuestre arraigo y residencia en las mismas, (en edad laboral) quedará dotado de los efectos propios de la autorización para trabajar por cuenta ajena, en cualquier actividad laboral o profesional, en la localidad donde haya sido expedido.

-Ley 21/1987 de 11 de Noviembre de 1987 que modifica articulado del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm.275 de 17 de Noviembre de 1987.

-Diario de sesiones del SENADO, sesión plenaria N° 19, de 10 de Febrero de 1987.

, RD 2065/1974 de 30 de Mayo, Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, BOE núm. 173 de 20 de Julio de 1974.

- RD 374/1989 de 31 de Marzo por la que se impone la preceptividad tanto para nacionales como para extranjeros de para poder enajenar inmueble o modificar la estructura del mismo, una *autorización gubernativa* sólo aplicable a las ciudades de Ceuta y Melilla (BOE núm. 90 de 15 de Abril de 1989)

-Código Civil de 24 de julio de 1889 (Gacetas núms. 206 a 208, de 25 a 27 de Julio).

-Ley 26/1990 de 20 de Diciembre, reguladora de las prestaciones no contributivas, BOE de 22 de Diciembre de 1990.

- Ley Orgánica 1/1990, de 3 de Octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, BOE núm. 238, de 4 de Octubre de 1990.

Real Decreto 357/1991, de 15 de Marzo que desarrolla las prestaciones no contributivas, BOE 21 de Marzo de 1991.

- Resolución 7/6/1991. (Utilización del contingente como instrumento de regularización por primera vez en España)

- Proposición no de Ley 162/000107 B0E núm. 165, serie D de 22 de Marzo de 1991, sobre la situación de los extranjeros en España

- LO 1/1992, de 21 de Febrero de Protección de Seguridad Ciudadana, BOE núm. 46, de 22 de Febrero), modificada por la Disposición Adicional Cuarta de la LO 4/1997, de 4 de Agosto, BOE núm. 186, de 5 de Agosto) y por la Ley 10/1999, de 21 de Abril, BOE núm. 96, de 22 de Abril.

- Ley 26/1992 de 10 de Noviembre, por la que se aprueba acuerdo de colaboración con la comunidad islámica.

RD 332/1992, de 3 de Abril, sobre autorizaciones de Centros docentes privados, para impartir enseñanzas de régimen general no universitarias, BOE núm. 86 de 9 de Abril de 1992.

-Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. BOE de 27 de Noviembre de 1992.

- Ley 17/1993, de 23 de Diciembre, BOE núm.307 de 24 de Diciembre de 1993 y su RD 800/95, de 19 de Mayo, por las que se permite el acceso a la función pública a los nacionales comunitarios, a determinados sectores.

-LGSS aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio, BOE núm. 154 de

29 de Junio de 1994.

R.D. 203/1995, de 10 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de Mayo (BOE, 2 de Marzo).

- Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo. Por el que se aprueba el Estatuto de los trabajadores, BOE núm. 75 de 29 de Marzo de 1995.

- Dictamen número 1007/95, de 22 de Junio de 1995 define el termino asilo para el legislador español.

-Estatuto de Autonomía de Melilla LO 2/1995 de 13 de Marzo, BOE núm. 62, de 14 de Marzo de 1995.

-Estatuto de Autonomía de Ceuta LO 1/1995 de 13 de Marzo, BOE núm. 62, de 14 de Marzo de 1995.

-Real Decreto 1411/1995 de 13 de Marzo por el que se acuerda el traspaso de competencias en materia migratoria a la ciudad autónoma de Melilla.

-Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero, de *Protección Jurídica del Menor*, BOE núm. 15 de Enero de 1996

- Ley 1/1996, de 10 de Enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, BOE núm. 11 de 12 de Enero de 1996.

-Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985, BOE núm.47 de 23 de Febrero de 1996.

-Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia ,BOE núm. 97, de 22de Abril de 1996.

- Resolución de 11 de Julio de 1996, conjunta de las Direcciones Generales del Instituto Nacional de Empleo y de Trabajo y Migraciones, por la que se dictan instrucciones sobre inscripción de extranjeros en las oficinas del INEM (BOE núm.187 de 3 de Agosto de 1996).

-Real Decreto 1387/97 de 29 de Agosto por el que se acuerda el traspaso de servicios sociales a la Ciudad autónoma de Melilla.

- LO 1/1997 de 30 de Mayo de 30 de Mayo de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para la trasposición de la Directiva 94/80/CE, de elecciones municipales.

-Resolución de 4 de Julio de 1997 (BOE 21 de Julio) del Instituto Nacional de Estadística.

-RD 1710/1997 de 14 de Noviembre (BOE 15 de Noviembre de 1997) por el que se modifica el acuerdo sobre el espacio económico europeo

-Orden de 7 de Febrero de 1997 por la que se regula la tarjeta de extranjero, BOE núm. 40, de 15 de Febrero de 1997.

- Ley 1/1998, de 20 de Abril, de los derechos y la atención al menor, BOJA núm.53 de 12 de Mayo de 1998.

-Real Decreto 30/1999 de 15 de Enero por el que se fijan las facultades de la Administración de Ceuta, BOCE núm.4300 de 2 de Marzo.

-Ley 15/1999 de Protección de Datos Personales de Carácter Personal, BOE núm. 298 de 14 de Diciembre de 1999.

- Real Decreto 994/1999, de 11 de Junio por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, BOE núm. 151 de 25 de Junio de 1999.

- Ley 39/99 de 5 de Noviembre, BOE 6 Noviembre 1999 núm. 266, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

-LO 4/2000 de 11 de Enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros, BOE núm.20 de 24 de Enero de 2000.

-LO 8/2000 de 22 de Diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 131, de 1 de Junio.

- Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto , BOE núm. 189 de 8 de Agosto de 2000.

-Circular 1/2000 del INSS de 11 de Enero de 2002, publicada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE 12-1-2002): Instrucciones generales sobre el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002, y el procedimiento para su cobertura.

-Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, aprobado por RD 1774/2004 de 30 de Julio BOE núm.209 de 30 de Agosto de 2004.

-Reglamento regulador sobre Registro, Autorización, Acreditación, Inspección de Establecimiento y Centros públicos o privados en materia de Asistencia Social de la ciudad Autónoma de Melilla de 27 de Noviembre del 2000, el BOME 3748 de 16 de Febrero del 2001.

- RD 142/2001 de 16 de Febrero por el que se establecen los requisitos para la regularización prevista en la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 44 de 20 de Febrero de 2001.

-RD 864/2001, de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre, BOE núm. 174 de 21 de Julio de 2001.

-Real Decreto 344/2001, de 4 de Abril, por el que se crea el *Consejo Superior de Política de Inmigración*, de coordinación y cooperación entre la Administración general del Estado, las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla y las Entidades Locales

-Ley 12/2001 de la infancia y adolescencia en Aragón, *BOA*, núm. 86, de 20 de Julio de 2001.

- RD 864/2001 de 20 de Julio, por el que se aprobó el Reglamento de Ejecución de la Ley 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 174 de 21 de Junio de 2001.

-Real Decreto 865/2001, de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida, BOE 21 de Julio de.2001.

- Real Decreto 5/2001, de 2 de Marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad, BOE nº 54, de 3 de Marzo de 2001.

- Ley 12/2001, de 9 de Julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, BOE núm. 164 de 10 de Julio de 2001.

- Orden de Presidencia del Gobierno PRE/237/2002 de 8 de Febrero, BOE de 12 de Febrero de 1989.

-Real Decreto 344/2001 de 4 de Abril por el que se crea el Consejo Superior de Política de Inmigración en su redacción dada por el RD 507/2002, de 10 de Junio, BOE núm.143 de 15 de Junio de 2002.

-Decreto 507/2002 de 10 de Junio, por el que se modifica el Real Decreto 344/2001, de 4 de abril, por el que se crea el Consejo Superior de Política de Inmigración, BOE número 143 de 15 de Junio de 2002.

-LO 1/2002 de 22 de Marzo reguladora del derecho de asociación, BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2002.

-LO 10/2002 de Calidad en la Educación 23 de Diciembre de 2002, BOE núm. 307 de 24 de Diciembre de 2002.

- Ley 34/2002 de 11 de Julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE núm. 166, de 12 de Julio de 2002.

-Código Civil vigente hasta el 1 de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/2003 de 8 de Julio

-Ley Concursal de 22/2003 de 9 de Julio, BOE. núm. 164, de 10 de Julio de 2003.

- Ley 51/2003, de 2 de Diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, BOE núm. 289 de 3 de Diciembre de 2003.

-RD 178/2003 de 14 de Febrero, BOE núm. 46 de 22 de Febrero de 2003, que sustituye al RD 766/1992 de 26 de Junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados

miembros de las Comunidades Europeas y otros Estados partes en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, BOE núm.156 de 30 de Junio de 1992.

- Ley Orgánica 14/2003 de 20 de Noviembre 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre, BOE núm. 279, de 21 de Noviembre.

- Ley 56/2003 de 16 de Diciembre de Empleo, BOE núm. 301 de 1 de Diciembre de 2003.

-Ley 62/2003 de 30 de Diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, BOE núm. 313 de 31 de Diciembre de 2003.

-RD 178/2003 de 14 Febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo RD 2393/2004, de 30 de Diciembre (BOE 7 de Enero de 2005)

-Reglamento CE, núm. 2007/2004 del Consejo, de 26 de Octubre de 2004, DOUE núm 349 de 25 de Noviembre de 2004.

- Reglamento Orgánico de la Conserjería de Bienestar Social, BOME núm. 4001, de 22 de Julio del 2003.

-Instrucción del Fiscal General del Estado 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo, entrada en vigor el 19 de Agosto de 2006, BOE núm.195 de 16 de Agosto de 2006.

-Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 6, de 7 de Enero de 2005.

-Reglamento sobre menores tutelados en la Ciudad Autónoma de Melilla, de 26 de Abril del 2004, BOME núm. 4088.

- Ley integral 1/2004 no permite el trato discriminatorio entre víctimas de violencia de género BOE núm. 313 de 29 de Diciembre de 2004.

-R.D. Legislativo 5/2004 de 5 de Marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Renta de los no residentes, BOE de 12 de Marzo de 2004.

-RD 1599/2004 por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio del Interior establece que corresponde a la Comisaría General de Extranjería, BOE núm.160 de 3 de Julio de 2004.

- Orden INT /985/2005 de 7 de Abril, establece las competencias de los delegados de Gobierno y gobernadores civiles en determinados aspectos relativos a extranjeros (alejamiento de ciudades, materia de control de los cuerpos de seguridad con respecto a estos sujetos, etc.)

-Orden Interior 2103/2005 de 1 de Julio, por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los servicios centrales y periféricos de la Dirección General de la Policía, BOE núm 224 de 15 de Julio de 2005.

-Real Decreto 1199/ 2005, de 10 de Octubre, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se regula la concesión de una subvención directa a las Ciudades de Ceuta y Melilla para programas de integración social y mantenimiento de servicios públicos básicos en relación con la inmigración

-Orden TAS/3441/2005, de 2 Noviembre, BOE núm. 264 de 4 de Noviembre de 2005.

ORDEN INT/2103/2005, de 1 de Julio, por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los Servicios Centrales y Periféricos de la Dirección General de la Policía sobre competencia en materia de control de puestos fronterizos

-Ley 35/2006 reguladora del IRPF y de modificación parcial de las leyes de los

Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, BOE núm. 285 de 29 de Noviembre de 2006.

-Real Decreto 1553/2005, por el que se regula la expedición del DNI y sus certificados de firma electrónica, BOE núm. 307 de 24 de Diciembre de 2005.

- RD 1041/2005 de 5 de Septiembre, sobre modificación del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas, Afiliación, Altas y Bajas que modifica el RD 84/1996 de 26 de Enero, BOE núm. BOE 50 de 27 de Febrero de 1996.

-Resolución de 30 de Diciembre de 2005, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado.

-Real Decreto 1369/2006, de 24 de Noviembre por el que se aprueba el programa de renta activa de inserción.

-Instrucción de 31 de Enero de 2006 de la DGRN sobre los matrimonios de complacencia, BOE nº 41 de 17 de Febrero de 2006.

-Resolución de 11 de Enero de 2006, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad al Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Consejería de Bienestar Social y Sanidad de la Ciudad de Melilla, para el desarrollo de programas de integración social y mantenimiento de servicios públicos básicos en relación con la inmigración

-Real Decreto 3/2006 de 16 de Enero para Melilla por el que se le amplían competencias, redefine algunas de las funciones que ya venía desarrollando, e incorpora otras nuevas referidas a la posibilidad de promover iniciativas relacionadas con la integración social de inmigrantes

-RD 1019/2006 de 8 de Septiembre por el que se modifica el artículo 13 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Junio de derechos y libertades de los extranjeros en España, BOE núm.228 de 23 de Septiembre de 2006.

-Respuesta del Gobierno nº 184/005580 publicada en el BOCG serie D, nº 177.

- Iniciativas parlamentarias nº 184/005460 y 184/0054555, publicadas en el BOCGD 116.

-Instrucción 2/2006 FGE, 15 de Marzo, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor y a la propia imagen de los menores.

-Ley 1/2006 de protección de menores de La Rioja, BOE núm. 70 de 23 de Marzo de 2006.

-Ley 17/2006 integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares, BOE núm. 297 de 13 de Diciembre.

-Ley 56/2003 de 16 de Diciembre, de empleo, BOE núm.301 17 de Diciembre de 2003.

-TAS /3698/2006 de 22 de Noviembre, sobre Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación

-Decreto 240/2007 de 16 de Febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, *para la igualdad entre mujeres y hombres* de 23 de Marzo de 2007, BOE número 71 de 23 de Marzo de 2007.

- Ley 7/2007, de 12 de Abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE núm. 89 de 13 de abril de 2007.

-RD 1472/2007, de 2 de Noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de jóvenes modificado por Real Decreto 366/2009, de 20 de Marzo BOE núm. 86 de 8 de Abril de 2009.

- Instrucciones DGI/SGR/03/2007 que señalan que los diferentes Registros autonómicos y municipales existentes en España no serán válidos a los efectos del reconocimiento de la pareja de hecho.

-Orden de la Presidencia del Gobierno 1282/2007, de 11 de Mayo, (BOE núm. 113). Que regula el ingreso de personas no comunitarias en España y la cuantía de los medios económicos mínimos que exige nuestro país, a partir de Mayo del 2007.

-Orden PRE/1283/2007, de 10 de Mayo por la que se establecen los términos y requisitos para la expedición de la carta de invitación de particulares a favor de extranjeros que pretendan acceder al territorio español por motivos de carácter turístico o privado ,BOE 113 de 11 de Mayo de 2007.

- Resolución de 26 de Diciembre de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de Diciembre de 2007, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2008, BOE de 12 de Enero de 2008.

-Resolución de 2 de Julio de 2007 por el que se aprueba el Acuerdo Internacional de Pesca Marítima de los extranjeros enrolados en buques españoles, BOE de 23 de Julio de 2007.

- Resolución de 26 de Marzo de 2008 de la Dirección General de Inmigración de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

-Instrucción DGI/SGRJ/05/2008, relacionada con los supuestos de personas extranjeras que han sido víctimas de determinados delitos, incluidos los de conducta violenta ejercida en el entorno familiar ó de violencia de género.

- Orden TAS/711/2008, de 7 de Marzo por la que se dictan normas para la aplicación de las bonificaciones de cuotas establecidas por el apartado 2 de la disposición adicional trigésima del

Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, respecto de empresas y trabajadores por cuenta propia de las Ciudades de Ceuta y Melilla, BOE núm. 66 de 17 de Marzo de 2008.

-Instrucción DGI/SGRJ/8/2009, sobre la aplicación de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por la LO 2/2009 de 11 de Diciembre en materia de reagrupación familiar.

-Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de Abril de 2009, sobre la educación de los hijos de los inmigrantes (2008/2328(INI))

-Orden TIN/3498/2009, de 23 de Diciembre, BOE del 29 de Diciembre regula el contingente anual de contratación en origen para 2010.

- RD 1162/ 2009, de 10 de Julio, por el que se modifica el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el RD 2393/2004 de 30 de Diciembre.

- Ley 12/2009, de 30 de Octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm.263 de 31 de Octubre de 2009.

- 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, BOE núm.299 de 12 de Diciembre de 2009.

- Reglamento 810/2009 por el que se regula el Código de Visados, L 243/1 de 15 de Septiembre de 2009.

-Ley General de la Comunicación Audiovisual 7/2010 de 30 de Marzo, BOE núm. 79 de 1 de Abril de 2010.

-Ley 35/2010 de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, y la Repercusión para la Población Trabajadora de Origen o Nacionalidad Extranjera de 17 de Septiembre de 2010 (BOE núm. 227 de 18 de Septiembre de 2010)

-Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros y su Integración Social, aprobado por el Consejo de Ministros de 15 de Abril de 2011.

SENTENCIAS STEDH

- STEDH, caso de “Wilde, Ooms y Versyp”, de 18 de Junio de 1971. El Estado puede imponer coactivamente la restricción a la libertad de movimientos de una persona al margen de que ésta la acepte voluntariamente o no.

- STEDH, caso “Artico”, de 13 de mayo de 1980.

STEDH, caso “Pakelli”, de 25 de Abril de 1983.

- STEDH, caso “Campbell y Fell”, de 28 de Junio de 1984, para hacer efectivo el derecho al intérprete, el Estado debe sufragar los gastos de honorarios de los intérpretes que intervengan en todas las fases del proceso.

- STEDH, caso “Bozano”, de 19 de Diciembre de 1986.

-STEDH, caso “Sánchez Reisse”, de 21 de Octubre de 1986. Sobre la diferencia entre una simple retención, restrictiva de la libertad individual, y la efectiva privación de libertad.

-STEDH Caso Partido Socialista de Turquía de 20 de Mayo de 1988.

- STEDH, caso “Shoring”, de 7 de Julio de 1989.

- STEDH, caso “Fox, Campbell y Hartley”, de 30 de Agosto de 1990. El abogado debe tener acceso al expediente y obtener copias para preparar una defensa adecuada.

- STEDH, caso “Moustaquín”, de 18 de febrero de 1991.

-STEDH, caso “Cruz Varas”, de 20 de Marzo de 1991.

-STEDH, caso “Vilvarajah”, de 30 de Octubre de 1991. Los extranjeros son titulares de los derechos de defensa reconocidos a los acusados en procedimientos criminales por los apartados 1 y 3 del artículo 6 CEDH.

- STEDH, caso “Poner” de 28 de Octubre de 1994. El derecho a la información del detenido se ha de realizar de forma clara, explicando los fundamentos legales y de hecho de su privación de libertad.

- STEDH, caso” Nasri”, de 13 de Julio de 1995.

- STEDH, caso “Amuur”, de 25 de junio de 1996.

- STEDH, caso “Aksoy”, de 18 de Diciembre de 1996.

- STEDH, caso “Chahal”, de 15 de Noviembre de 1996.

- STEDH, caso “Ahmed”, de 17 de Diciembre de 1996.

- STSCE Caso Johnston de 15 de Mayo de 1996.

- STEDH, caso “Bouchelkia”, de 20 de Enero de 1997.

- STEDH, caso “Foucher”, de 18 de Marzo de 1997.

- STEDH, caso “Mehemi” de 26 de Septiembre de 1997. Sobre el derecho de los Estados firmantes del Convenio Europeo a controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros dentro de su territorio.

- STEDH, caso “Daud”, de 21 de abril de 1998. La expulsión de un extranjero “per se” no es un maltrato, ni es degradante o inhumana, El derecho a defenderse de manera adecuada personalmente a través de Abogado se ve reforzado por la obligación del Estado a proveer de asistencia judicial gratuita, asegurando la efectividad de la defensa.

- STEDH 20 de Junio de 2002.

-STEDH, caso Conka, de 5 de febrero 2002. Existe la posibilidad de detención en el ámbito de la legislación de extranjería recogida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 5.1, f):

-STEDH, caso “Ocalan”, de 12 de Marzo de 2003. El derecho de defensa debe incluir el derecho a la entrevista previa entre el detenido y su Letrado.

SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 3 de Julio de 1980, consolida la de la Constitución en materia de extranjería.

-STC 11/81 de 8 de Abril, que señala que los Jueces Ordinarios pueden no aplicar aquellas normas anteriores a la Constitución que consideren derogadas por ésta y pueden también plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional

- STC 2 de Julio de 1981, sobre el carácter vinculante del principio de igualdad.

-STC 31/1981, 28 de Julio de 1981, que reconoce a la presunción de inocencia el valor de derecho fundamental.

- STC 36/1982 de 16 de Julio, por la que se declaran varios preceptos inconstituciones en la redacción dada por la LOEXT.

-STC 75/1983 de 3 de Agosto, sobre la protección de las víctimas en los casos de inmigración ilegal.

-STC 15/3/1983, Ar. 2102. Relativas a la concesión de subsidio de desempleo a extranjero siempre que su residencia sea legal

-STC 77/1983 de 3 de Octubre, sobre la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera.

- STC 107/84, de 23 de Noviembre, reconocer que el derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17 CE es un derecho del ser humano, ya sea español o extranjero.

-STC 22/1984 de 17 de Febrero, sobre la inviolabilidad del domicilio.

-STC 110/1984, de 26 de Noviembre. La actividad inspectora fiscal conduce a obtener las pruebas, en su caso, de que el contribuyente ha defraudado al Fisco, pero es evidente que no se le exige al contribuyente la difícil prueba de su inocencia ni que declare contra sí mismo.

- STC 19/1985 de 13 de Febrero, sobre la objeción de conciencia, en el mismo sentido STC 120/1990 de 27 de Junio, también 137/1990 de 19 de Julio y 154/2002 .

-STC 99/1985 de 30 de Septiembre, en los que se reconoce el derecho a asistencia jurídica gratuita la asistencia jurídica gratuita en los procesos contencioso-administrativos en los que estaba en juego la entrada o expulsión de los extranjeros.

-STC119/1985 de 17 de Julio, sobre derecho de jubilación.

- STC 53/1985 de 11 de Abril (Tol 79468)

- STC. 76/1986 de 9 de Junio, sobre recurso de inconstitucionalidad contra determinados arts de la Ley 7/1983, de 18 de Abril del Parlamento de Cataluña sobre normalización lingüística.

- STC. 146/1986 de 25 de Noviembre, sobre la asistencia social.

-STC 76/1986 de 9 de Junio, sobre las discrepancias eventuales en los criterios del legislador estatal y el legislador autonómico, en el ámbito de sus respectivas competencias, no pueden dar base a una pretensión de igualdad.

-STC146/1986 de 25 de Noviembre, por el que se garantizar la igualdad en todo el territorio nacional en materia de prestación sanitaria.

-STC 115/87, de 7 de Julio, sobre reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva.

- STC 170/1987 en materia de despido, sobre la valoración de las pruebas corresponde a los tribunales.

-STC 85/1988 de 28 de Abril, sobre la protección de las asociaciones de hecho de carácter temporal.

-STC 138/1988 de 8 de Julio sobre justicia gratuita.

- STC 59/1990 de 29 de Marzo es el que hasta el momento ha realizado la interpretación más completa del art 21CE.

- STC 120/1990 de 27 de Junio, sobre los derechos a la intimidad, a la integridad física y moral y al secreto de las comunicaciones de los extranjeros en los centros de internamiento.

-STC 28/1991 de 14 de Febrero

-STC 36/1991 de 14 de Febrero.

-STC197/1991

-STC 13/1992 de 6 de Febrero

-STC 24/1993 de 21 Enero en la Cuestion de Inconstitucionalidad 1376/1988, en relación con el art. 8.1 del Código penal.

-STC 94/1993 de 22 de Marzo, BOE núm. 100 de 27 de Abril, sobre retraso en que al solicitar la renovación de sus permisos de trabajo y de residencia y solicitarse su expulsión.

- STC 116/1993 de 29 de Marzo, BOE núm. 107 de 5 de Mayo denegándose la expulsión en base a que el demande se encontraba trabajando en España y de forma irregular.

-STC 57/1994 de 28 de Febrero, sobre el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

-STC143/1994 de 9 de Mayo, El derecho a la intimidad de transmitir información sobre actividades desenvueltas en el tráfico económico y negocial.

-STC 150/1994, de 23 de Mayo otorgando efectos laborales a la Tarjeta de Estadística

- STC 242/1994 de 20 de Julio, que los extranjeros que «por disposición de una Ley, o de un Tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 CE., aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 CE.

-STC 86/1996 de 21 de Mayo, el plazo máximo de setenta y dos horas previsto en el artículo 17.2 CE tiene un carácter excepcional, siendo la regla general que dure “el tiempo estrictamente necesario.

-STC207/1996 de 16 de Diciembre sobre el derecho a la integridad física.

- STC 94/1997 de 7 de Abril, sobre el derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales.

-STC151/1997 de 29 de Septiembre, sobre el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados.

- STC 173/1998 de 23 de Julio, la Comunidad Autónoma no posee un título competencial para regular todas las asociaciones de Derecho común, ni menos aún todas las uniones de personas

que resultan del ejercicio del derecho de asociación, sino solo sobre aquellas asociaciones cuyos fines y actividades coinciden con materias de competencia autonómica.

-STC 134/1999 de 15 de Julio sobre información veraz.

- STC 95/2000 relativo a la asistencia sanitaria potestad del legislador de modular este derecho.

-STC 292/2000, de 30 de Noviembre, sobre el Derecho Fundamental a la protección de datos de carácter personal.

- STC 13/2001 de 29 de Enero, sobre discriminación e igualdad.

-STC 183/2001 de 17 de Septiembre, sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita.

-STC 276/2001, de 29 de Octubre, donde se exige consentimiento expreso o inequívoco del representado, consentimiento habitualmente conferido a través del instrumento del poder notarial.

-STC 53/2002, de 27 de Febrero, admite limitaciones a la libertad de circulación que sean proporcionadas y estén controladas administrativa y judicialmente, como mecanismo útil para repeler la inmigración ilegal. En el mismo sentido, -STC 124/2002 de 20 de Mayo (TOL 258656) 221/2002, de 25 de Noviembre. STC221/2002 de 25 de Noviembre (TOL 224822).

-STC 95/2003, de 22 de Mayo, sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita establecido en el artículo 119 CE se reconoce a todos los extranjeros que se hallen en territorio español, siendo un derecho instrumental respecto al derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 CE.

-STC 296/2006, de 6 de Septiembre, principio de postulación procesal a través de consentimiento conferido por poder apud acta.

- STC 236/2007 de 7 de Noviembre que declara inconstitucionales los artículos de la Ley 8/2000 que modificaban el derecho de preunión, asociación y sindicación.

-STC 260/2007, de 20 de Diciembre, que condicionan normativamente a la Administración para decidir cuándo procede la imposición de la sanción de expulsión y permiten el control jurisdiccional de sus decisiones.

- STC de 22 de Diciembre de 2008, (Rec. de amparo nº. 3319/2007) sobre el derecho de audiencia del menor de 18 y mayor de 16 años en los casos de repatriación así como reconocimiento del derecho a la defensa.

-STC 60/2010, de 7 de Octubre de 2010(BOE núm. 262, de 29 de Octubre de 2010) donde se desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas, respecto del art. 57.2 del Código Penal.

-Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 18 de Noviembre de 2010 (petición de decisión prejudicial planteada por el Finanzgericht Baden-Württemberg — Alemania) — Alketa Xhymshiti/Bundesagentur für Arbeit — Familienkasse Lörrach (Asunto C-247/09).

JURISPRUDENCIA

- STS de 3 de Noviembre de 1981

-STS de 27 de Octubre de 1981.

-STS 3 de Noviembre de 1982.

-STS 7 de Julio de 1983.

-STS de 3 de Marzo de 1984.

-STS de 19 de Diciembre de 1984.

-STS 4 de Octubre de 1985.

-STS de 15 de Noviembre de 1986

-STS 84/1987 de 29 de Mayo.

-STC 26/1987 de 27 de Febrero de 1987.

-STS (Sala 5ª) de 21 de Abril de 1987 (*RAJ*, 1987, nº 2986) que rechazó la calificación como “acto político” de una orden de expulsión individual de un extranjero admitiendo el recurso contra dicha orden.

-STS de 11 Mayo 1987 [RJ 1987/3674]. Sobre la costumbre de indemnización a los titulares de tarjeta de estadística en Melilla que no se les renovara por la empresa su tarjeta.

-STS de 16 de septiembre de 1988.

-STS de 13 de Marzo de 1998

-STS 48/1998, de 11 de Junio.

-STS Sala 4. De 29 de Enero de 1988. Fundamento 4 (ref. Ar. 514)

- STS de 29 de Marzo de 1988.

-STS de 19 de Septiembre de 1988

-STS Sala 3. Sección 2, de 4 de Marzo de 1989, Fundamento 2 (ref. Ar. 1770).

-STS de 19 de Noviembre de 1990.

- STS 137/1990 de 19 de Julio sobre la asistencia médica a reclusos en huelga de hambre

- STS de 22 de Febrero de 1991.

-STS de 30 de Mayo de 1991, sobre reagrupación familiar.

-STS 22 de Enero de 1991.

- STS 13/1992 de 6 de Febrero, sobre el derecho a la asistencia social independiente de la obligación contributiva o colaboraron económica de los beneficiarios.

-STS de 18 de Enero de 1993.

-STS de 24 de Abril de 1993.

-STS de 18 de Mayo de 1993

-STS de 4 de Octubre de 1994.

- STS de 21 de Diciembre de 1994 (A. 10349), sobre asimilación de un hotel a la vivienda a efectos de morada.

-STS de 16 de Octubre de 1995.

- STSJ Madrid de 10 de Mayo de 1995 (AS 2202) sobre el derecho a la asistencia sanitaria por los extranjeros.

- STS de 21 de Septiembre de 1995, A. 6787, sobre el requisito de identidad subjetiva del principio non bis in idem en el derecho administrativo sancionador.

-STS de 11 de Diciembre de 1995, sobre el derecho a libertad de expresión y al honor.

-STS de de 2 de Enero de 1996.

-STS 11 de Marzo de 1996.

- STS de 21 de Marzo de 1997, sobre despido.

- STS 6 de Mayo de 2000

- STS de 3 de Mayo de 2000, sobre negociación colectiva.

- STS de 6 Mayo 2000.

- STS de 31 de Octubre de 2000

- STS 415/2000, de 24 de Abril.

-STS 1 de Febrero de 2001.

- STS de 30 de Mayo de 2002

-STS de 5 de Junio de 2002

- STS 10 de Junio de 2002

- STS 30-10-2002(AR.1001)

- STS 10 de Junio de 2002 (*Tol 203647*)

-- STS de 9 de Junio de 2003

- STS 3ª 10 de Noviembre de 2003.

-Sala Social del Tribunal Supremo que, en sentencia de 9-6-2003 (RJ 2003, 3936) sobre responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social.

- STS 20 de Marzo de 2003.

- STS 16 Junio de 2004.

- STS 28-07-04 de la Sala de lo Contenciosos-Administrativo Sec. Quinta

-STS 23 de Agosto de 2004, BOE núm. 132.

-STS 9 de Febrero del 2005, BOE núm. 203.

- STS de 1 de Abril de 2005, donde solo se exige justificación del objeto y las condiciones de la estancia y de la tenencia de medios económicos suficientes para la estancia, o la forma de adquirirlos por el extranjero si existen dudas sobre la verosimilitud de los motivos de entrada.

- STS de 29 de Marzo de 2007

- STS 27 de Abril de 2007

-Sentencia Juzgado de lo Social núm. 1 de Melilla el 28 de Febrero de 1990, sobre procedimiento de despido.

-TSJ de Canarias, de 24 de Abril de 1992(Sala de lo contencioso-administrativo) sobre aprobación de normas subsidiarias.

- STSJ Andalucía /Málaga de 23 Febrero 1996 (AS 296).

- STSJ Valencia, de 29 Mayo 1996 [AS 1996/1615], sobre el principio iura novit curia

- STSJ de Madrid de 9 de Octubre de 1997

- STSJ de Madrid de 9 de Octubre de 1997(AS 1997,3818)

- STSJ de Andalucía /Granada de 7 de Enero de 1998 (AS 378), sobre la nulidad del contrato de trabajo.

- STSJ de Madrid de 16-4-1998 (AS 1392)

- STSJ Cataluña de 25-4-1997 (AS 2430)

- STSJ de Murcia de 4-10-1999 (AS 3206)

-STSJ DE Cantabria (sala de lo contenciosos-administrativo) de 3 de Abril del 2000.

-Resoluciones de la Direc-Consulta 1/2001 de 9 de Mayo, a la Fiscalia General del Estado sobre el retorno de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en España.

-SSTSJ de Cataluña de 12 de Mayo de 2002.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de Abril de 2002(JUR 2002/185690)

- STC de la Audiencia Provincial de Valencia 221/2002 de 25 de Noviembre.

- STSJ Madrid de 16 de Enero de 2003.

- STSJ de Madrid de 13 de Marzo del 2003.

-Sentencia del Tribunal Superior de Castilla la Mancha Sala de lo Contenciosos-administrativo, de 7 de Julio de 2003(apelación nº 77/2003)

- STSJ Madrid de 20 de Mayo del 2003

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de Julio del 2004 (AS 2004\1523), efectos del incumplimiento patronal de no solicitar autorización de trabajo para el trabajador extranjero.

-Queja 96/2337 del Defensor del Pueblo de Andalucía

- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm.9 de Barcelona, dictada el 9 de Noviembre de 2004.

- TSJ de Madrid en su Sentencia núm.671/2004 (JUR 2004\220895)

-Sentencia de 1 Septiembre de 2004 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Cádiz, en un procedimiento iniciado bajo el anterior RD 864/2001, reconoce la existencia de arraigo.

- STJE de 15 de Marzo del 2005(Asunto C-209/03)

- SSTSJ Canarias/Las Palmas de 30 de Marzo de 2005, AS 993

- Juzgado Contencioso Administrativo núm. 4 Bilbao. Auto 21.09.05.

-Documento 75/2005.Rev.1 d'Euromed rubricada *Un Espace Commun Euro-méditerranéen de Coopération en matière de migration, intégration sociale, justice et sécurité*

-Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo XIX de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima primera edición. Tomo II.

-El RJCE, Asunto 369/90 caso Micheletti, Recueil.

-Periódico *el País* de 12-05-2005.

-Diccionario del la Real Academia Española (Vigésima primera edición, Tomo II, 1992.

-Periódico "Europa Press" en su artículo de 21 de Febrero del 2006 rubricado *La UE aprueba un código común de control fronteras para luchar contra la inmigración ilegal*

-Revista" A Debate" de la Asociación de Graduados Sociales de Cartagena artículo de Martínez Buitrago, A. rubricado *El nuevo Reglamento de Extranjería: aplicaciones prácticas*. Nº 7 de Junio 2005.

-Revista *Nous reptes en el treball amb jòvens: animació i educació per a la pau* nº 17, correspondiente al primer semestre de 2004 del <Programa de Inmigración de Cáritas>.

-Sentencia Nº 325 del Juzgado Contencioso -Administrativo de Santander Nº 1, de 27 de Diciembre del 2006.

-Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3, de Bilbao, en Sentencia de fecha 3 de Octubre de 2006, por la que se reconoce el arraigo como concepto jurídico indeterminado.

- JCA Nº 14 Madrid Proc .Derechos Fundamentales 1-2006-W.

-AUTO de 6 de Abril del 2006 ante el Juzgado Nº 14 de lo Contencioso-Administrativo de Madrid contra Resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid, sobre la repatriación de un menor marroquí que se encontraba en el Aeropuerto de Barajas para ser repatriado

-AUTO de 22 de Junio de .2006 del Juzgado Contencioso-administrativo 18 de Madrid, sobre repatriación de menores no acompañados.

-Sentencia dictada por el TSJPV salsa de lo Contenciosos-Administrativo recurso de apelación 4/2007 contra sentencia de 20 de Septiembre de 2006 de Bilbao, Sentencia nº 503/2008, por la que la Delegación de Gobierno de Bilbao

-.Expediente sancionador 390020080006479 citado por la Delegación de Gobierno de Cantabria el 7 de Julio del 2008.

-Sentencia 193 de 23 de Julio de 2008 del Juzgado Contencioso-Administrativo Nº, de Pamplona/Iruña

- STSJ de Cantabria., contra sentencia n º331/08 de la Sala de lo contencioso-administrativo Nº 3 de Santander sobre no retorno de menores.

- Sentencia 193 de 23 de Julio de 2008 del Juzgado Contencioso-Administrativo N°, de Pamplona/Iruña por el que se denegaba por silencio administrativo negativo la autorización de residencia del reagrupado, al demostrarse que el recurrente tenía suficiencia de recursos, contrato de trabajo desde hacía un año y cobertura de asistencia sanitaria.

-STS Sala III de lo Contencioso-Administrativo de 24 de Febrero de 2010.

INFORMES

-CONCLUSIONES de la Presidencia del Consejo de Europa, Propuesta de Directiva del Consejo *Bruselas, 13.3.2001COM (2001) 127 final.2001/0074 (CNS) (DOCE C240R fr. 28.8.2001 p.0079-0087)*

-ISIARRI PRIMICIA. S. Informe del defensor del menor en la Comunidad de Madrid. Menores inmigrantes en España.2001.

-Informe del Defensor del Pueblo del año 2001.

-INFORME DE AMNISTÍA INTERNACIONAL (Septiembre 2001): *El asilo en España: Una carrera de obstáculos* de Septiembre 2001.

-Informe del Defensor del Pueblo año 2002.

-ACNUR, Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1 y 2 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y su Protocolo de 1967 de 7 Mayo de 2002 <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1753.pdf>.

- CONCLUSIONES de la Presidencia del Consejo Europeo de Sevilla 21-22 de Junio de 2002.

- INFORME HUMAN RIGHTS WATCH de Mayo del 2002 sobre España. *Callejón sin salida: Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes*, vol.14, n°. 4(D), Mayo de 2002, <http://www.hrw.org/spanish/informes/2002/callejon.html>.

-INFORME elaborado por la FEDERACION DEL SOS RACISMO “*Contra las restricciones derivadas del sistema de cupos. Por una política de inmigración*” Mugak 2002.

-INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NO CIUDADANOS de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Mr. Weissebrodt (E/CN.4/Sub.2/2003/25)

-INFORME DE AMNISTÍA INTERNACIONAL- SECCIÓN ESPAÑA: Los menores extranjeros no acompañados y sin papeles están en riesgo, Noviembre de 2003.

-INFORME DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA encargado por el Consejo General del Poder Judicial 2003

-INFORME 211/2004 DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, sobre el acceso al Padrón de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

-INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO correspondiente al año 2004.

- INFORME DEL DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA (2004) *Menores inmigrantes en Andalucía*. Sevilla.

- INFORME AMNESTY INTERNACIONAL- SECCIÓN ESPAÑA.: “*España: Oportunidades perdidas y mejoras insuficientes en materia de derechos humanos. Recomendaciones de Amnistía Internacional a la reforma del Reglamento de Extranjería.*”- Diciembre 2004.

-DIRECTRICES GENERALES INTER-AGENCIALES SOBRE NIÑAS Y NIÑOS NO ACOMPAÑADOS Y SEPARADOS (2004) .Comité Internacional de la Cruz Roja <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3534.pdf>

-LIBRO VERDE RELATIVO AL PLANTEAMIENTO DE LA UE SOBRE LA GESTIÓN DE LA INMIGRACIÓN ECONÓMICA de la Comisión Europea el 11 de Enero del 2005

-INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA N° 390 del 2005

-INFORME N° 391/2005 de la Comisión.

-INFORME UNICEF (2005).Nueva cara de las Migraciones: Los menores no acompañados .análisis trasnacional del fenómeno migratorio de menores marroquíes en España

- INFORME HUMAN RIGHTS WATCH de Marzo de 2005 sobre España, *Seeking Justice: The Prosecution of Sexual Violence in the Congo War*, disponible en www.hrw.org

- ARCE JIMÉNEZ E. Informe Jurídico Menores extranjeros no acompañados de Noviembre 2005.

-INFORME EXTRAORDINARIO DE LA INSTITUCIÓN DEL ARATEKO DEL PAÍS VASCO. De Mayo del 2005: Situación *de los menores extranjeros no acompañados en la CAPV*.

- INFORME DE LA ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA. Sobre *Menores no acompañados en Andalucía*, Junio del 2006.

-*Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las Administraciones sobre los menores no acompañados* de 2006 <http://www.defensordelpueblo.es>

- PLAN ESTRATÉGICO PARA LA CIUDADANÍA E INMIGRACIÓN de Febrero de 2007.

-INFORME DE HUMAN RIGHTS WATCH EN SU INFORME RESPONSABILIDADES NO BIENVENIDAS. Responsabilidades no Bienvenidas: España no protege los derechos de los menores extranjeros no acompañados en las Islas Canarias, vol. 19, nº. 4(D), julio de 2007, <http://www.hrw.org/reports/2007/spain0707/>

-PLAN DE ACCIÓN EUROPEO DE MOVILIDAD LABORAL (2007-2010) TA (2008)0624 de 18 de Diciembre de 2008 aprobado por el Parlamento Europeo.

- INFRME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Informe 24 de Marzo de 2008.

- INFORME HUMAN RIGHTS WATCH: Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías, Octubre de 2008.

-INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. De 30 de Abril de 2009.

- INFORME ACNUR, *Los menores no acompañados y la protección de asilo* [Transcripción en línea] Disponible en: <http://www.acnur.org/index.php>. [Consultada 2010, marzo 10]

PRENSA

-EL TELEGRAMA DEL RIF: 10 de Noviembre de 1903; 10 de Septiembre de 1981; 12 de Septiembre de 1981; 7 de Noviembre de 1981;

-GACETA DE MADRID: *nº 319, de 14 de Noviembre de 1916; nº 356 de 21 de Diciembre de 1924; nº 140, de 20 de Mayo de 1863*

-MELILLA (1982) Septiembre-Octubre.

-DIARIO SUR (1985). *Los orígenes de la población actual de Melilla* de Saro Gandarillas, 30 de Septiembre.

-PERIÓDICO DE MELILLA (1986) . Artículo de Saro Garandillas, F., publicado en de 16 de Abril.

- PERIÓDICO *EL PAÍS*” *Chapa de perros*” de 10 de Junio de 1985.

.DIARIO SUR.29 de Diciembre de 1985.

-PERIÓDICO MELILLA HOY de 9 de Noviembre de 1986.

-EL PAÍS 9 de Febrero de 1987.

-DIARIO 16 (1995). *Ceuta: muralla inexpugnable de Europa*, 15 de Octubre de 1995.

-TIEMPO (1995) .*Una alambrada contra África* de. 30 de Octubre.

-TIEMPO (1995). *Ceuta: los argelinos pueden ser el próximo polvorín* 30 de Octubre.

-EL PUEBLO DE CEUTA (1995). *Alambradas ¿para qué?* 2 de Noviembre.

-INTERVIÚ (1995) *El muro de Ceuta no frenará a los africanos*. Núm. 1018 Octubre 1995 Pags. 14-17.

-EL PAÍS de Diciembre de 1997 y de 2 Febrero 1999.

-IL MANIFIESTO (2000) *L' Africa in prigione*, 9 de Febrero 2000.

-MUNDO (2000). *Cambian Ceuta y melilla por Canarias* 22 de Junio.

-EL FARO DE CEUTA (2005) de 13 de Agosto.

-EL DÍA de Santa Cruz de Tenerife (2006) de 12 de Septiembre.

-PERIÓDICO EL FARO DE CEUTA Y MELILLA de 20 de Diciembre de 2006.

“PERIÓDICO EL MUNDO” Ceuta y Melilla afrontan como legalizar a los trabajadores transfronterizos” de 23 de Junio de 2006.

-EL PERIÓDICO (2006). Rachis Benmojtar Benbdela, (Presidente de la Universidad al Ajawayn de Ifrane-Marruecos) Barcelona. Mayo.

-MELILLA HOY (2007). *Interior retira la concertina de la sirga casi un año después de lo prometido*, del sábado 6 de Octubre.

-INFOMELILLA.COM (periódico digital) de 21 de Febrero y 10 de Noviembre de 2007.

-EL PAÍS de 18 de Septiembre del 2007, en el artículo rubricado “Doce profesiones sin pasaporte europeo”

-EUROPA PRESS (2008). Sobre Ceuta publicado el 15 según los datos ofrecidos por el delegado del Gobierno, Jenaro García Arreciado, tras hacer balance de las actuaciones de la Guardia Civil de Ceuta en el 2007.

-PERIÓDICO LOCAL “EL DÍA” DE SANTA CRUZ DE TENERIFE.

-PERIÓDICO LOCAL “*EL TELEGRAMA DE MELILLA*”

-DIARIO LOCAL *MELILLA HOY*

-PERIÓDICO EL SUR

-PERIÓDICO INGLES DAILY MAIL de 26 de Octubre de 2010, sobre violación del derecho a la imagen de una menor.

-

http://www.elfarocetamelilla.es/index.php?option=com_content&task=view&id=6438&Itemid=59.

[extranjeros.mtas.es/es/general/fuente_comentario_sep074d9269a57dacc75e121882543c81c7bf.html?](http://extranjeros.mtas.es/es/general/fuente_comentario_sep074d9269a57dacc75e121882543c81c7bf.html)

-<http://www.historiasiglo20.org/europa/ciudad europea.htm>

http://www.elpais.com/articulo/espana/Condena/Espana/negar/residencia/inmigrantes/papeles/UE/elpepiesp/20080115elpepinac_13/Tes

-<http://www.CEAR www.cear.es/files/Frontera%20Cero.pdf>

-CEAR www.cear.es/files/Frontera%20Cero,

-www.gloobal.net/iepala/gloobal/.../ficha.php?

-DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS DEL PROGRAMA DE MENORES NO ACOMPAÑADOS EN EUROPA, Octubre 2000.<http://www.separated-children-europe-programme.org/spanish/Global/goodpractice.htm>

-http://abc.xlsemanal.com/web/articulo.php?id=4397&id_edicion=687 ABC. ES” Los menores de las pateras. Los niños de nadie. *Magazine en Portada, XL Semanal* de 22 de Enero del 2006.N1 952.

-www.europsur.com

-SEPARATED CHILDREN IN EUROPE PROGRAMME (2003).Country Assessment: Spain,

https://www.savethechildren.net/separated_children/publications/assessments/assess_Spain_eng.pdf (Consultado el 10 de Diciembre de 2010).

- ORTEGA PEROL. L. M. Algunas cuestiones acerca del derecho de asilo y refugio (Análisis jurisprudencial y perspectivas de desarrollo legislativo). http://cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/Rcec_16_133.pdf Pag 7

-conocimientoabierto.flacso.edu.mx/medios/tesis/gonzalez_a.pdf

-www.acoge.org/?section=content-view&content=118

-http://eduardorjoblog.blogspot.com/2008/01/el-contingente-de-trabajadores_17.html

-www.diagonalperiodico.net/Rayos-X-para-quitarse-a-los.html .En línea sábado 6 de Junio de 2009. núm. 103.

-www.ielat.es/inicio/repositorio/Asilo%20IELAT%20febrero%202010.pdf

-Reconocimiento de los diplomas, certificados y títulos de enseñanza superior de ciclo largo <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c11022b.htm>
[Trascripción en línea ultima consulta 7 de Marzo de 2011]

-IZQUIERDO CARBONERO F. J. (Secretario del Juzgado de lo Social Único de Ceuta). “La problemática de la prueba de la relación laboral de los trabajadores transfronterizos”.

Revista electrónica. Baylos del Ilustre Colegio de Abogados de Ceuta. núm. 6.Enero 2007.
<http://www.icace.org/>

- MARTÍN SEGURA, A (2007). <http://www.comfia.info/noticias/35998.html> de 30 de Julio del 2007” *la problemática de los trabajadores transfronterizos*. [Transcripción en línea ultima consulta 29 de Diciembre de 2010]

- MIRALLES P. P., (2006). Conferencia publicada sobre *La legislación de extranjería en España del s. XIX al XXI*, en Tenerife el 12 de Julio del 2006, edit en el periódico digital sindistancia.uned.

-www.diariocritico.com/.../inmigración/.../inmigrantes-sin-papeles-ceuta-melilla.html rubricado” Melilla y Ceuta se desmarcan: Nunca han empadronado a irregulares [Transcripción en línea de 19 de Abril de 2010].

-La situación de los trabajadores extracomunitarios en el ámbito de la protección social en Europa. Instrumentos comunitarios y convenios bilaterales. Instrumentos comunitarios y convenios. Recuperado el 30 de Enero de 2011, del sitio web www.aesss.org/wp-content/uploads/2010/02/Pon.V.Trejo_.doc

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

-ARCHIVO HISTÓRICO DE MELILLA.

-COMISARÍA GENERAL DE EXTRANJERÍA Y DOCUMENTACIÓN. (1999) Unidad Central de Fronteras.

-COLEGIO DE ABOGADOS DE MELILLA.

-DELEGACIÓN DEL GOBIERNO DE MELILLA.

-COMISARÍA GENERAL DE EXTRANJERÍA Y DOCUMENTACIÓN.

-DELEGACIÓN DEL GOBIERNO DE CEUTA.

-FEDERACIÓN DEL SOS RACISMO (2002). *Contra las restricciones derivadas del sistema de cupos. Por una política de inmigración.* Edit Mugak

4.10.- ANEXO





ADMINISTRACIÓN
GENERAL
DEL ESTADO

EXTRANJEROS

Solicitud de autorización para trabajar
(L.O. 4/2000 y Reglamento aprobado por R.D.
2393/2004)

Espacios para sellos
de registro

N.I.E. -

Nº PASAPORTE

1) DATOS PERSONALES DEL EXTRANJERO

1º Apellido _____ 2º Apellido _____
 Nombre _____
 Lugar de nacimiento _____ Fecha de nacimiento (1) _____
 País de nacimiento _____ Sexo (2) H M Estado civil (2) S C V D Sp
 País de nacionalidad _____
 Nombre del padre _____ Nombre de la madre _____
 Domicilio en España C./Pl. _____ Nº _____ Piso _____
 Tel. _____ Localidad _____ CP _____ Provincia _____

2) DATOS RELATIVOS A LA AUTORIZACIÓN QUE SE SOLICITA

Cuenta ajena a tiempo parcial Renovación
 Cuenta ajena inicial Renovación
 Cuenta propia inicial Renovación

Supuestos de Acceso (Reglamento aprobado por R.D. 2393/2004)

- Ser titular de autorización de estancia por estudios o investigación (art. 90)
- Ser cónyuge o hijo titular de residencia por reagrupación familiar (art. 41.6.)
- Ser titular de residencia por circunstancias excepcionales como extranjero desplazado o familiar de asilado (art. 45.3.)
- Ser titular de residencia por circunstancias excepcionales por razones humanitarias (art. 45.4.)
- Ser titular de residencia por circunstancias excepcionales por colaboración con las Autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales (art. 45.5.)
- Ser titular de residencia por circunstancias excepcionales por interés público o seguridad nacional (art. 45.5.)
- Ser titular de residencia por circunstancias excepcionales por ser menor tutelado que al llegar a la mayoría de edad no obtuvo autorización de residencia (92.5.)
- Ser trabajador transfronterizo (art. 84.)
- Otros _____

3) DATOS DE LA ACTIVIDAD

Nombre/Razón Social Empresa _____ C.I.F. o N.I.F. _____
 Actividad de la empresa o trabajo por cuenta propia (3) _____
 Ocupación o puesto de trabajo ofertado (4) _____
 Domicilio _____ Nº _____ Piso _____
 Localidad _____ C.P. _____ Provincia centro de trabajo _____

4) DATOS DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL SOLICITANTE, EN LOS CASOS DE EXCEPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PRESENTACIÓN PERSONAL DE LA SOLICITUD

D./D.ª _____ DNI/NIE _____
 Título en base al cual se ostenta la representación: _____
 Firma: _____

5) DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES

C./Pl. _____ Nº _____ P _____
 Localidad _____ C.P. _____ Provincia _____
 _____ de _____ de _____

Firma del solicitante

- Empleador
 Interesado

RESOLUCIÓN ADOPTADA

FECHA	_____
AUTORIDAD	_____
CONCEDIDA	<input type="checkbox"/>
DENEGADA	<input type="checkbox"/>
FECHA INICIO EFECTOS	_____
FECHA CADUCIDAD	_____

(1) Rellenar utilizando 2 dígitos para el día, 2 para el mes y 4 para el año y en éste mismo orden (2) Márquese con X el cuadro que proceda (3) Por ejemplo: Agricultura, construcción, hostelería, comercio, servicio doméstico... (4) Por ejemplo: Peón agrícola, albañil, cocinero, dependiente, empleado de hogar...
 Según el art. 5.1 L. O. 15/1999, se informa que los datos que suministren los interesados necesarios para resolver su petición se incorporarán a un fichero cuyos destinatarios serán los órganos de la Admón Gral del Estado con competencias en extranjería, siendo responsables del mismo la D. Gral de Inmigración, y las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno. El interesado podrá ejercitar su derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante los organismos mencionados.
RELLENAR A MÁQUINA O CON BOLÍGRAFO NEGRO Y LETRA DE IMPRENTA. NO ESCRIBIR EN LOS ESPACIOS SOMBRADOS.
PRESENTAR ORIGINAL Y COPIA

IMPRESO GRATUITO. PROHIBIDA SU VENTA
EX - 05

AUTORIZACION DE TRABAJO FRONTERIZO "F"

(REGIMEN GENERAL POR CUENTA AJENA)

TRABAJADOR:

- SOLICITUD, ORIGINAL Y 2 FOTOCOPIAS.
- PASAPORTE ORIGINAL Y 2 COPIAS COMPLETAS DEL MISMO
- 1 FOTOCOPIA DE LA NEKUA Y ORIGINAL.
- 4 FOTOGRAFIAS EN COLOR CON FONDO BLANCO.
- CERTIFICADO DE RESIDENCIA DE MARRUECOS, LEGALIZADO POR EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES EN NADOR.
- CERTIFICADO DE ANTECEDENTES PENALES DE MARRUECOS, LEGALIZADO POR EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES EN NADOR.
- CERTIFICADO DE NACIMIENTO DE MARRUECOS, LEGALIZADO POR EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES EN NADOR.
- UNA FOTOCOPIA DE LA YUYIA, LEGALIZADA POR EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES DE NADOR.
- TITULACION HOMOLOGADA O CERTIFICADO DE EXPERIENCIA DE LA PROFESION. (LA HOMOLOGACIÓN DEBE HACERLA EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA ESPAÑOL Y EL TÍTULO DEBE SER EXPEDIDO POR UNA ENTIDAD DE CATEGORÍA EQUIVALENTE EN MARRUECOS, DE SIMILAR RANGO Y PRESTIGIO)

TODOS LOS CERTIFICADOS SERÁN TRADUCIDOS AL CASTELLANO EN MELILLA. SI SE TRADUCEN EN MARRUECOS TIENEN QUE SER LEGALIZADOS EN EL CONSULADO DE ESPAÑA EN NADOR.

EMPRESA:

- CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EMPRESA Y TRABAJADOR
- CERTIFICADO DEL AYUNTAMIENTO DEL MERCADO Y NUMERO DE PUESTO.
- FOTOCOPIA DEL D.N.I. DEL EMPLEADOR/A. (EN CASO DE SOCIEDAD FOTOCOPIA DEL ACTA DE CONSTITUCION Y D.N.I. DEL REPRESENTANTE)
- CERTIFICADO QUE NO EXISTEN DEMANDANTES DISPONIBLES EN EL INEM PARA CUBRIR LA OFERTA DE REFERENCIA.
- FOTOCOPIA DE LA INSCRIPCION EN SEGURIDAD SOCIAL.
- MEDIOS ECONOMICOS, MATERIALES Y PERSONALES PARA HACER FRENTE AL CONTRATO DE TRABAJO.
- ADVERTENCIA DE LOS REQUISITOS LEGALES

En relación con la titulación marroquí, se exige homologación de la misma, entre razones, este requisito es exigible, dado el alto grado de corrupción existente en Marruecos, por lo que los trabajadores, no dudan en recurrir a la corrupción y a la picaresca, para conseguir trabajo en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. (Ejemplo de ello, es la practica habitual de acudir a la Delegación del Gobierno, presentando un título, como el de cocinero, con titulación y credenciales sobradas de tener la titulación y haber venido prestando en Marruecos, en diferentes restaurantes. Al presentar la solicitud, se le comunica por parte de la Delegación del Gobierno, de que no es posible, que ningún empresario le contrato en dichas ciudades, por no encontrarse dicho puesto de trabajo, recogido en los "puestos de difícil cobertura", que lo se precisan son camareros. Al día siguiente, el mismo trabajador acude de nuevo, a la Oficina de Extranjería de la Delegación del Gobierno, aportando documentos que le acreditan de tener la titulación requerida de camarero y de haber venido prestando sus servicios en números establecimientos de ese ramo de actividad)

RENOVACIÓN DE AUTORIZACION DE TRABAJO
FRONTERIZO "F"

RENOVACION PERMISO TIPO "F" PARA TRABAJADOR POR CUENTA AJENA

TRABAJADOR:

- SOLICITUD, ORIGINAL Y 2 FOTOCOPIAS.
- PASAPORTE ORIGINAL Y 2 COPIAS COMPLETAS DEL MISMO.
- 1 FOTOCOPIA DE LA NEKUA Y ORIGINAL.
- 4 FOTOGRAFIAS EN COLOR CON FONDO BLANCO.
- CERTIFICADO DE RESIDENCIA DE MARRUECOS, LEGALIZADO POR EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES EN NADOR.
- CERTIFICADO DE ANTECEDENTES PENALES DE MARRUECOS, LEGALIZADO POR EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES EN NADOR.
- SI HA CAMBIADO DE ESTADO CIVIL EL SOLICITANTE, UNA FOTOCOPIA DE LA YUYIA, LEGALIZADA POR EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES DE NADOR.
- COPIA DE LA AUTORIZACION ANTERIOR. (Y ORIGINAL).

TODOS LOS CERTIFICADOS SERÁN TRADUCIDOS AL CASTELLANO EN MELILLA. SI SE TRADUCEN EN MARRUECOS TIENEN QUE SER LEGALIZADOS EN EL CONSULADO DE ESPAÑA EN NADOR.

EMPRESA:

- CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EMPRESA Y TRABAJADOR, VIGENTE, (O ESCRITO PRORROGANDO EL MISMO)
- CERTIFICADO DEL AYUNTAMIENTO DEL MERCADO Y NUMERO DE PUESTO.
- ADVERTENCIA DE LOS REQUISITOS LEGALES

**LAS RENOVACIONES SE SOLICITARAN DOS MESES ANTES A LA FECHA DE CADUCIDAD DE LA AUTORIZACION DE TRABAJO.
LAS RENOVACIONES DE CUENTA AJENA ESTARÁN FIRMADAS POR EL EMPRESARIO Y EL TRABAJADOR.**

AUTORIZACION DE TRABAJO EMPLEADA DE HOGAR " F "
CUENTA AJENA INICIAL

TRABAJADOR:

- SOLICITUD, ORIGINAL Y 2 FOTOCOPIAS.
- PASAPORTE ORIGINAL Y 2 COPIAS COMPLETAS DEL MISMO.
- 1 COPIA DE LA NEKUA Y ORIGINAL.
- 4 FOTOGRAFÍAS EN COLOR CON FONDO BLANCO.
- CERTIFICADO DE RESIDENCIA DE MARRUECOS, LEGALIZADO POR EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES EN NADOR.
- CERTIFICADO DE ANTECEDENTES PENALES DE MARRUECOS, LEGALIZADO POR EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES EN NADOR.
- CERTIFICADO DE NACIMIENTO DE MARRUECOS, LEGALIZADO POR EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES EN NADOR.
- ORIGINAL Y COPIA DE LA YUYIA, LEGALIZADA POR EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES DE NADOR.

TODOS LOS CERTIFICADOS SERÁN TRADUCIDOS AL CASTELLANO EN MELILLA. SI SE TRADUCEN EN MARRUECOS TIENEN QUE SER LEGALIZADOS EN EL CONSULADO DE ESPAÑA EN NADOR.

EMPRESA:

- CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EMPRESA Y TRABAJADOR VIGENTE.
 - ACREDITACIÓN DE SOLVENCIA DEL EMPLEADOR/A (declaración de la renta, cuentas corrientes, declaración de haberes....)
 - ORIGINAL Y COPIA DEL DNI DEL EMPLEADOR/A (ENTREGA PERSONAL EN ESTA
 - IMPRESO DE OFERTA GENÉRICA DEL INEM (ENTREGA PERSONAL EN ESTA OFICINA)
 - ADVERTENCIA DE LOS REQUISITOS LEGALES BÁSICOS) (DESDE MI
- PUNTO DE VISTA ESTE REQUISITO FORMAL ES SUSCEPTIBLE DE NULIDAD Y CONTRARIO AL ESPIRITU DE LA NORMA E INCLUSO SUPERA LO DISPUESTO EN LA MISMA SIN RESPETO DEL
- EN EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA CONSAGRADO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN)

LAS SOLICITUDES DEBERÁN SER PRESENTADAS PERSONALMENTE POR EL EMPLEADOR/A Y FIRMADAS POR ÉSTE Y LA TRABAJADORA.

AUTORIZACION DE TRABAJO EMPLEADA DE HOGAR "F"
RENOVACION

TRABAJADOR:

- SOLICITUD, ORIGINAL Y 2 FOTOCOPIAS.
- PASAPORTE ORIGINAL Y 1 FOTOCOPIAS COMPLETAS DEL MISMO.
- 1 FOTOCOPIA DE LA NEKUA Y ORIGINAL
- 4 FOTOGRAFIAS EN COLOR CON FONDO BLANCO.
- CERTIFICADO DE RESIDENCIA DE MARRUECOS, LEGALIZADO POR EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES EN NADOR O TETUAN
- CERTIFICADO DE ANTECEDENTES PENALES DE MARRUECOS, LEGALIZADO POR EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES DE NADOR O TETUAN
- ORIGINAL Y FOTOCOPIA DE LA TARJETA ANTERIOR
- SI SE HA CAMBIADO EL ESTADO CIVIL, SE PRESENTARA ORIGINAL Y FOTOCOPIA DE LA YUYIA, LEGALIZADOS EN EL CONSULADO DE ESPAÑA EN NADOR O TETUAN

TODOS LOS CERTIFICADOS SERAN TRADUCIDOS AL CASTELLANO EN MELILLA. SI SE TRADUCEN EN MARRUECOS TIENEN QUE SER LEGALIZADOS EN EL CONSULADO DE ESPAÑA EN NADOR (SI SE REALIZA EN MELILLA O TETUAN SI SE SUSCRIBE EN CEUTA)

EMPRESA:

(RECUERDO QUE LA LEGALIZACIÓN ES A LA FIRMA NO AL DOCUMENTO)

- CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EMPRESA Y TRABAJADOR VIGENTE , O PRORROGA DEL MISMO.
- SI HA CAMBIADO DE EMPLEADOR:
- ACREDITACION DE SOLVENCIA DEL EMPLEADOR/A (declaración de la renta, cuentas corrientes, declaración de haberes,...)
- FOTOCOPIA DEL D.N.I. DEL EMPLEADOR/A.
- CERTIFICADO DE INSCRIPCION EN S. SOCIAL.

- ORIGINAL Y FOTOCOPIA DE ADVERTENCIA DE LOS REQUISITOS LEGALES

LAS SOLICITUDES DEBERAN SER PRESENTADAS PERSONALMENTE POR EL EMPLEADOR/A Y FIRMADA POR ÉSTE Y LA TRABAJADORA.
LAS RENOVACIONES SE SOLICITARAN POR EL TRABAJADOR O EMPRESARIO CON 60 DIAS DE ANTELACION A LA CADUCIDAD DEL DOCUMENTO.

CONTRATO DE TRABAJO

Celebrado al amparo del Real Decreto 1424/85 de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar.

Reunidos de una parte D./Dña. mayor de edad con Documento Nacional de Identidad nº..... y de otra D./Dña.....con pasaporte marroquí nº..... la primera en calidad de **EMPLEADORA** y la segunda en calidad de **EMPLEADA DE HOGAR**.

DECLARAN

Que ambos tienen plena capacidad para concertar el presente contrato y que el mismo se registrará por las siguientes.

CLAUSULAS

PRIMERA: La empleada de hogar contratada prestará sus servicios en la casa para tareas domésticas. La categoría profesional será la de empleada de hogar, en el hogar familiar del empleador.

SEGUNDA: La jornada de trabajo será dehoras semanales efectivas, prestadas de a

TERCERA: La cuantía de la retribución, por todos los conceptos, será de€/mes, descontándose una prestación en especie por un importe económico equivalente al% del importe bruto, que son€/mes.

CUARTA: La trabajadora tendrá derecho a dos pagas extraordinarias, que percibirá la finalizar cada uno de los semestres del año y en proporción al tiempo trabajado durante el mismo. Su cuantía será igual al salario en metálico correspondiente a 15 días naturales.

QUINTA: La duración del presente contrato será mínima de un año desde la obtención de la correspondiente autorización administrativa, que se renovará tácitamente si no hay desistimiento de ninguna de las partes.

SEXTA: El período de preaviso para la extinción del contrato será de 7 días.

SÉPTIMA: La duración de las vacaciones será de 30 días naturales por año de trabajo.

OCTAVA: En lo no previsto en el presente contrato se estará a lo dispuesto en la legislación vigente en general, y en lo particular en la normativa laboral común.

Y en prueba de conformidad por ambas partes, firman el presente contrato en Melilla, a.....de.....de.....

LA EMPLAADA

EL EMPLEADOR/LA EMPLEADORA

ADVERTENCIA DE LOS REQUISITOS LEGALES BÁSICOS

EMPRESARIO:
D/Dª, con D.N.I. nº
domiciliado en Melilla.

y de otra

TRABAJADOR:
D/Dª, con pasaporte marroquí nº
domiciliado en Marruecos.

Ambos con capacidad legal quedan advertidos de:

PRIMERO: Que según establece el Art. 84 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, el permiso de Trabajo de la clase "F" no autoriza al trabajador a residir en esta Ciudad, por lo que debe abandonar el Territorio Nacional diariamente.

El incumplimiento de este requisito podría ser causa de iniciación de expediente de Expulsión del Territorio Nacional del trabajador y de la correspondiente sanción administrativa al empresario, conforme al art. 57 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

SEGUNDO: El hecho de haber sido titular de un permiso de trabajo tipo "F" no generará derecho para la obtención de un permiso de trabajo y residencia por cuenta ajena o propia, inicial o renovado.

TERCERO: El permiso de trabajo "F" no es susceptible de modificación al no estar incluido en el Art. 99 del mencionado Real Decreto.

CUARTO: El permiso de trabajo "F" se renovará a su expiración en tanto el titular continúe en activo y subsistan las circunstancias que motivaron su concesión.

QUINTO: Los permisos de trabajo "F" se encuentran sometidos en su extinción o denegación a las mismas causas establecidas en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena y además por la pérdida de la condición de trabajador transfronterizo.

SEXTO: Se advierte de la obligatoriedad por parte del empresario de dar de alta y mantener en dicha situación al trabajador en el sistema de Seguridad Social.

Quedando enterados de los requisitos expuestos, firman ambas partes de conformidad.

EMPRESA

TRABAJADOR

fecha:

EXCMO. SR. DELEGADO DEL GOBIERNO.

CIUDAD