

MARCO JURÍDICO COMUNITARIO Y NACIONAL DE LA INMIGRACIÓN Y LA
EXTRANJERÍA. UN ANÁLISIS DESDE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA
CANARIA

Manuel FERRER MUÑOZ

SUMARIO

1. *El reconocimiento de los derechos de los inmigrantes: los ámbitos autonómico y nacional*
2. *El marco de actuación de las administraciones locales*
3. *El asilo en el derecho comunitario y en España*
4. *Regulación de la residencia de los extranjeros: los condicionamientos europeos*
5. *Convergencia comunitaria en las áreas de la cooperación y la reagrupación familiar*
6. *Integración social y laboral de los inmigrantes en los derechos comunitario y español*
7. *La inmigración de los indocumentados*
8. *La coyuntura actual*

1. *El reconocimiento de los derechos de los inmigrantes: los ámbitos autonómico y nacional*

La garantía de que los inmigrantes disfruten de una **situación legal y socialmente estable** constituye uno de los objetivos marcados como prioritarios por el Plan para la Integración Social de los Inmigrantes, que arrancó en diciembre de 1994 por acuerdo del Consejo de Ministros de España.

Tal aspiración fue incorporada por el Pacto Canario sobre Inmigración, impulsado por el Ejecutivo Autónomo en diciembre de 2002 y suscrito por un amplio abanico de colectivos sociales y fuerzas políticas regionales, que

asumieron “el deber ético de abordar el fenómeno inmigratorio que se está produciendo en las Islas desde el **respeto y la defensa de los derechos de las personas inmigrantes**”.

No obstante, el ámbito de actuación de las Comunidades Autónomas está restringido por las previsiones del artículo 149, 1, 2º de la Constitución española, que adjudica en exclusiva al Estado atribuciones en materias de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.

Aun así, Estado y Comunidades Autónomas están llamados a entenderse en asuntos de inmigración: el primero gestiona los procesos de entrada, regularización y control de los flujos migratorios, mientras que las políticas de integración corresponden a las Comunidades Autónomas, aunque no de modo exclusivo.

En la medida en que la Comunidad Autónoma de Canarias asume entre sus competencias la asistencia social y los servicios sociales (Constitución española, artículo 148, 1, 20, y Estatuto de Autonomía, artículo 30,13) puede implicarse en acciones que contemplen específicamente a colectivos inmigrantes amenazados por la marginación o la exclusión social. De hecho, la *Ley de Empleo* de 16 de diciembre de 2003 establece en su artículo 26 que las Comunidades Autónomas intervengan, junto al Gobierno, en la organización de programas específicos destinados a fomentar el empleo entre las personas con especiales dificultades de integración en el mercado del trabajo, entre las que se encuentran los inmigrantes.

Como la Comunidad Autónoma Canaria posee capacidad para el desarrollo legislativo y la ejecución en materias de sanidad e higiene (Estatuto de Autonomía, artículo 32,10), en aplicación de las posibilidades abiertas por el artículo 148, 1, 21 de la Constitución española, se halla también en condiciones de elaborar normativas reguladoras del acceso de los inmigrantes a esos servicios.

Ya en el ámbito legislativo canario, la Ley 1/1997, de 17 de febrero, de *Atención integral a los menores*, atribuye al Gobierno de Canarias la dirección de “las funciones de atención integral a los menores de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma”, y la coordinación del “ejercicio de las competencias que corresponden a la misma con las que se atribuyen a las entidades locales canarias (artículo 9º)”: un área de actividad que incluye la

integración social de los menores extranjeros (artículo 23, 2º). El capítulo II de la misma ley distribuye las responsabilidades en ese ámbito entre el Gobierno de Canarias (artículo 9º), la Consejería competente en asuntos sociales (artículo 10), los cabildos (capítulo 11) y los ayuntamientos (artículo 12). El Plan Integral del Menor en Canarias instrumentó el desarrollo y la aplicación de esa ley; y el decreto 40/2000, de 15 de marzo, aprobó el reglamento de organización y funcionamiento de los centros de atención a menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma Canaria.

Ése es el contexto legal autonómico en que habrá de aplicarse la disposición adicional decimocuarta del reglamento de extranjería de enero de 2005, que faculta a las administraciones educativas, en el ejercicio de sus competencias en materia de educación, para que faciliten “el acceso de los extranjeros menores de edad que se hallen empadronados en un municipio a los niveles de enseñanza posobligatoria no universitarios y a la obtención de la titulación académica correspondiente”.

La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, abrió a las Comunidades Autónomas una modesta vía de participación en la política inmigratoria nacional, al preverse la posibilidad de que elevaran propuestas al Gobierno sobre el número de ofertas de empleo y las características profesionales de los trabajadores requeridos. Las restricciones de ese marco legal impidieron incorporar grandes novedades en el nuevo reglamento de extranjería, que confía a las Comunidades Autónomas la elaboración de propuestas para el contingente, tras haber recibido las solicitudes de las organizaciones empresariales de ámbito provincial y, en su caso, las consideraciones que les hayan trasladado las organizaciones sindicales de ese mismo ámbito (artículo 79, 1).

También es destacable la presencia de diecinueve vocales de las Comunidades Autónomas en el Consejo Superior de Política de Inmigración previsto en el artículo 68 de la Ley Orgánica 4/2000 y creado por Real Decreto 344/2001, que no es un órgano meramente consultivo, sino de coordinación y participación reales; y de dos representantes, designados por ese órgano, en el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, contemplado en el artículo 70 de la misma Ley Orgánica y regulado por Real Decreto 345/2001.

Uno de los grandes retos del Estado español es que, mediante la adopción de políticas sociales y laborales de igualdad de oportunidades, se posibilite a quienes se internan legalmente en el país que disfruten de los mismos derechos y deberes que los ciudadanos de la Unión Europea. No en vano el texto constitucional garantiza a los extranjeros, en su artículo 13, las mismas libertades públicas de que gozan los españoles en el ejercicio de los derechos fundamentales consignados en el Título I, con excepción de la elegibilidad y participación en los asuntos públicos y del acceso a funciones y cargos públicos.

La legislación española, que arranca con la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del *Derecho de asilo y de la condición de refugiado*, y la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, se orienta por las normas emanadas desde Naciones Unidas y desde el Consejo de Europa, y se propone como aspiración última la asunción por los inmigrantes de la identidad política de la sociedad de acogida, articulada según sus valores constitucionales.

Sin embargo, España no ha ratificado todavía la Convención de las Naciones Unidas para la *Protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias* (1990), que se ocupa extensamente de la situación de los inmigrantes indocumentados, ni tampoco el Convenio del Consejo de Europa sobre la *Participación de los extranjeros en la vida pública local*, que se firmó en Estrasburgo en febrero de 1992.

El pleno encaje de los inmigrantes en la sociedad española y su aceptación de los paradigmas sancionados por la Constitución requieren la previa articulación de un modelo integrador que sirva de referencia a todos los ciudadanos. Se trata de una tarea aún pendiente, aunque desde el ámbito de algunas Comunidades Autónomas se haya avanzado en el diseño de las guías que podrían encauzar ese proceso.

Ciertamente se impone el cambio del referente analítico de la situación, de modo que lo que hoy aparece configurado como un Derecho de extranjería pudiera reestructurarse como un Derecho de inmigración, para que la preocupación primordial del ordenamiento jurídico deje de ser la regulación y control del fenómeno de la extranjería, y se privilegie el encauzamiento y la adecuada regulación del proceso migratorio en su conjunto.

La profundización en el concepto de ciudadanía cívica, cuya promoción postula la Comisión de las Comunidades Europeas, en particular para lo que respecta a la participación en la vida política en el nivel local (Comisión de las Comunidades Europeas, *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*, Bruselas, 3 de junio de 2003, pp. 32-33), podría proporcionar una herramienta útil para una contextualización teórica más creativa de las posibilidades de la integración.

Entre los instrumentos habilitados en España para acometer la búsqueda de soluciones a la problemática asociada a la inmigración destaca el *Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España* (GRECO), sucesor en 2001 del *Plan para la Integración Social de los Inmigrantes* y con caducidad en 2004, que se estructura en torno a cuatro líneas básicas: 1) diseño global y análisis desde el encuadre de la Unión Europea; 2) integración de los residentes extranjeros y de sus familias; 3) regulación de los flujos migratorios, y 4) sistema de protección para refugiados y desplazados.

2. El marco de actuación de las administraciones locales

La particular cercanía entre los gobiernos locales y los ciudadanos implica necesariamente a esas instancias administrativas en la responsabilidad de hacer operativo el reconocimiento de los derechos de los inmigrantes, por más que la actual Ley Orgánica de *Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* los emplace en un papel subordinado, ceñido por su artículo 6º, 3 a la confección y actualización del padrón de extranjeros residentes en el municipio; y por el 42, 5, a colaborar con las Comunidades Autónomas y la administración general del Estado en la programación de las campañas de temporada para trabajadores extranjeros.

Sin embargo, **pesan sobre los Ayuntamientos importantes responsabilidades** en lo referente a derechos y deberes de los inmigrantes, en la prestación de servicios asistenciales o de acogida, y en los procesos de su integración en la sociedad local. Por eso, urge ensanchar los cauces de participación de los gobiernos locales en la toma de decisiones en materias

relacionadas con la inmigración, reducidos hoy en la órbita nacional al Consejo Superior de Política de Inmigración –con la sola presencia de diez vocales de los Ayuntamientos frente a los diecisiete del Estado y los diecinueve de las Comunidades Autónomas- y al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, donde la representación municipal se limita a dos de los ocho puestos asignados a las administraciones públicas.

La necesidad de que la administración local y las demás administraciones públicas ajusten “sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos”, canonizada por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las *Bases del Régimen Local*, sustenta la importancia de que el poder municipal se implique en tareas que tengan como destinatarios a colectivos inmigrantes, y de que esas intervenciones se desarrollen en un marco de armonía y de complementariedad con las que llevan a cabo las otras administraciones.

Al ejemplificar algunas áreas donde esa coordinación reviste particular urgencia, resulta forzoso aludir en primer lugar a la inscripción en el padrón municipal, cuya confección corre a cargo de los Ayuntamientos. Ese registro concede a los extranjeros acceso a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, y al resto de servicios sociales y municipales, y constituye una prueba insustituible en las certificaciones de arraigo. Existe, sin embargo, la limitación introducida en la Ley 7/1985 por la 4/1996, de 10 de enero: “la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España” (artículo 18, 2).

Recientemente ha surgido la polémica con la incorporación de una disposición adicional séptima a la Ley 7/1985, que prevé el acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de inscripción de los extranjeros existentes en los padrones municipales.

Entre las diversas competencias reconocidas a los municipios por la Ley reguladora de las *Bases del régimen local* que, de un modo u otro, pueden implicarlos en acciones específicas dirigidas a la atención de los inmigrantes, cabe señalar las siguientes:

- promoción y gestión de viviendas (artículo 25, 2, d);
- participación en la gestión de la atención primaria de la salud (artículo 25, 2, i);
- prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social (artículo 25, 2, k);
- actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo (artículo 25, 2, m);
- participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria (artículo 25, 2, n).

Las palabras pronunciadas por el ministro de Trabajo y Asuntos Sociales en su comparecencia ante una comisión del Congreso de Diputados, en septiembre de 2004, inducen a pensar que las entidades locales asumirán un mayor protagonismo en política de inmigración durante la nueva etapa abierta tras las últimas elecciones legislativas:

no es posible que se siga ignorando a quien desempeña el primer papel en la atención humanitaria y en labores de acogida a la población inmigrante. El Gobierno es sensible a esta realidad y quiere apoyar a los Ayuntamientos tanto para atender a la población inmigrante como para que los servicios públicos no pierdan cuota de calidad a causa de los incrementos de población.

3. El asilo en el derecho comunitario y en España

Desde que en mayo de 1999 entró en vigor el Tratado de Amsterdam (firmado en 1997), es ya jurídicamente posible que la normativa comunitaria en materias de asilo, inmigración y control de fronteras sea vinculante para los Estados miembros, a tenor de la regulación del Título IV incorporado al Tratado de la Comunidad Europea sobre *Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*. Hasta entonces, de acuerdo con las pautas establecidas en Maastricht, la labor de armonización realizada por los países miembros de la Unión Europea en esas áreas se desarrollaba en

lo esencial en esferas ajenas al derecho comunitario, y consistía básicamente en cooperación jurídica y política intergubernamental.

A partir de 1999, y en sintonía con los acuerdos alcanzados en las Cumbres de Tampere (octubre de 1999), Laeken (diciembre de 2001), Sevilla (junio de 2002) y Salónica (junio de 2003), **las legislaciones de los países de la Unión Europea en temas de asilo y de inmigración tienden a converger en sus líneas maestras**. No obstante, las dificultades para obtener la unanimidad en las decisiones del Consejo requerida por el artículo 67 del Tratado de la Unión Europea para los cinco años siguientes a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam han frenado notoriamente el avance de la política comunitaria en esos ámbitos.

Se encuadran en ese *íter* los trabajos impulsados por el Consejo de Europa desde la reunión de Tampere, para poner en marcha un **sistema europeo común de asilo**, basado en los principios de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y en los compromisos proclamados en el artículo 63, 1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y garantizado por el artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, incorporada a la Parte II del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

El texto de la futura Constitución europea confirma este firme propósito en el apartado 1) del artículo 167 de la Parte III:

la Unión desarrollará una política común en materia de asilo y de protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un país tercero que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados y a los demás tratados pertinentes.

Es preciso reconocer, sin embargo, que esa política de asilo carece de claridad, definición y especificidad, y que se halla lastrada por el permanente recelo de que pueda ser utilizada fraudulentamente por “inmigrantes económicos”.

La Ley Orgánica de *Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* reconoce la condición de refugiados a los

solicitantes de asilo cuya petición sea resuelta favorablemente, y les confiere el derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles en conformidad con lo dispuesto 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 su normativa de desarrollo, plasmada básicamente en el reglamento de 10 de febrero de 1995, modificado a su vez por el de la Ley Orgánica 4/2000 de enero de 2005.

4. Regulación de la residencia de los extranjeros: los condicionamientos europeos

Por lo que se refiere a la política inmigratoria, en Tampere se expresó “la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales sobre las **condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países**”, cuyos estatutos jurídicos deberían “aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros”.

Esa referencia resulta ineludible y limita las posibilidades del Estado español para dar satisfacción a las demandas que la Comunidad Autónoma de Canarias pueda plantear en el ejercicio de la facultad reconocida en el artículo 37, 1 de su Estatuto de Autonomía, para “elevar al Gobierno las propuestas que estime pertinentes sobre la residencia y trabajo de extranjeros en Canarias”. El artículo 299, 2 del Tratado de la Comunidad Europea refuerza las restricciones en esta esfera, al excluir que pueda ponerse “en peligro la integridad y coherencia del ordenamiento jurídico comunitario, incluido el mercado interior y las políticas comunes”.

Sí cabe que la Comunidad Autónoma de Canarias acomode sus acciones en materia de inmigración a lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 20 del reglamento 1612/68 de la Unión Europea, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad:

cuando un Estado miembro experimente o prevea perturbaciones en su mercado de trabajo que pueden ocasionar riesgos graves para el nivel de vida y de empleo en una región o profesión, comunicará este hecho a la Comisión y a los demás Estados miembros proporcionándoles todas las indicaciones apropiadas.

Los Estados miembros y la Comisión adoptarán cuantas medidas sean apropiadas en materia de información, con el fin de que los trabajadores de la Comunidad no soliciten empleo en dicha región o profesión.

Una vía sugerida desde instancias cercanas a Estrasburgo pasaría por el recurso a las excepciones para la libre circulación de trabajadores que se contemplan en el apartado 3º del artículo 39 del Tratado de la Comunidad Europea: “razones de orden público, seguridad y salud públicas”.

5. Convergencia comunitaria en las áreas de la cooperación y la reagrupación familiar

La promoción de los derechos de los residentes de terceros países y la vigilancia fronteriza se han visto facilitadas por el refuerzo en el intercambio de información en materia inmigratoria observado desde que así lo solicitara el Consejo Europeo de Laeken. Resulta indudable que la cooperación internacional y el cruce sistemático de información posibilitan el desarrollo de las políticas nacionales de cohesión y diversidad:

facilita una plataforma para el intercambio de prácticas llevadas a cabo con éxito y de otras que han tenido menos éxito, y promueve el desarrollo de iniciativas conjuntas y de nuevos enfoques de la diversidad. [Y] ayuda a los gobiernos a mantener los problemas de los inmigrantes y las minorías en los asuntos prioritarios de la política nacional e internacional y en la vinculación de éstos con otros de más envergadura. El impacto de los cambios globales ha venido a subrayar la necesidad de la cooperación internacional (Consejo de Europa, *Diversidad y cohesión: nuevos retos para la integración de los inmigrantes y las minorías*, Estrasburgo, 12 de julio de 2000, p. 32).

Los planteamientos concurrentes en la política de la Unión en materias inmigratoria y de extranjería recomiendan un diálogo reforzado con los países de origen, y el fomento del codesarrollo y la **cooperación** para contener la inmigración ilegal, dismantelar las plataformas de tráfico de seres humanos y readmitir a sus nacionales expulsados.

Por lo que se refiere a España, cabe destacar en esta línea la adopción a partir de 2000 del método de los acuerdos bilaterales, que persigue varios objetivos simultáneamente: 1) contrarrestar la caída demográfica

nacional y sus efectos sobre el mercado del trabajo; 2) complementar la aplicación del modelo de contingentes; 3) combatir la inmigración irregular, la explotación de las personas y la violación de sus derechos; 4) satisfacer las expectativas de los trabajadores inmigrantes mediante el control de sus contratos laborales y, en particular, posibilitando el reagrupamiento familiar, y 5) fomentar el retorno voluntario.

Otro ejemplo de esa orientación tendente a la convergencia y a la unificación de las actuaciones políticas y jurídicas es la actividad perceptible dentro del ámbito de la Unión Europea para encontrar fórmulas adecuadas para el logro de la **reagrupación familiar** de los inmigrantes, evaluada como instrumento imprescindible de la integración. El capítulo II de la Ley Orgánica 4/2000, modificado por la 8/2000, establece las condiciones por las que se rige el ejercicio de este derecho en el marco jurídico español, que no puede desatender las referencias de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar aprobada por el Consejo el 22 de septiembre de 2003.

6. Integración social y laboral de los inmigrantes en los derechos comunitario y español

Otras líneas de actuación política y jurídica que se propician desde las máximas instancias europeas son **la lucha preventiva contra la discriminación y la marginación, el impulso de programas que fomenten la integración y el combate a la contratación ilegal.**

Promover la cohesión mediante la salvaguarda de los derechos sociales y la valoración de la diversidad se configura como una de las metas estratégicas de los Estados miembros del Consejo de Europa que, en un importante documento (Consejo de Europa, *Diversidad y cohesión: nuevos retos para la integración de los inmigrantes y las minorías*, Estrasburgo, 12 de julio de 2000, p. 29), concretó esa aspiración en varias actuaciones prácticas:

- asegurar la igualdad de trato para todos los ciudadanos, con independencia de su origen social, nacional o étnico;
- eliminar las barreras que se oponen a la plena participación en la vida social de los inmigrantes y de las minorías;

- combatir todas las formas de discriminación, cualquiera que sea su fundamento: género, raza, color, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, propiedad, nacimiento...;
- procurar que la población local sea más abierta y tolerante con los inmigrantes y las minorías, y valore la diversidad desde el punto de vista de las capacidades personales y las cualidades, la condición cultural, la habilidad para los idiomas, el origen étnico y nacional...;
- proyectar e implantar métodos para los intercambios culturales y la cooperación;
- atender a las necesidades de una población heterogénea, en ámbitos como la educación, la salud o la vivienda;
- fomentar el sentimiento de pertenencia a un Estado y de compromiso con él y, al mismo tiempo, incidir en la compatibilidad de esos vínculos con las múltiples y variadas afiliaciones de las personas.

La regulación de los derechos de protección social de los extranjeros en España, concebida desde la perspectiva de lucha contra la marginación y en favor de la integración, se contempla desde una variedad de preceptos que establecen un escalonamiento en la amplitud de las prestaciones reconocidas: máximas para los que cuentan con autorización de trabajo, y mínimas (las prestaciones sociales básicas) para los que se encuentran, sin más, en España. Entre unos y otros se configuran dos niveles intermedios: el de los extranjeros que poseen permiso de residencia y, en la escala descendente, el horizonte de los que se hallan inscritos en el padrón municipal.

La Ley Orgánica 4/2000 (no afectada en este aspecto por la 8/2000, ni por la 14/2003) no contiene una ordenación en profundidad de esta materia sino que, partiendo de un reconocimiento general de los derechos, remite a otras normas: la consiguiente dispersión propicia confusiones y problemas interpretativos.

Una enumeración escueta y no exhaustiva de los beneficios sociales y legales a que pueden acogerse los extranjeros en España incluye los siguientes: Seguridad Social contributiva y no contributiva, asistencia sanitaria y social (la Ley Orgánica 4/2000 alude en varios pasajes a prestaciones económicas asistenciales de carácter público para la inserción social o laboral),

servicios sociales, rentas mínimas de inserción que gestionan las Comunidades Autónomas, protección judicial efectiva y asistencia jurídica gratuita.

Además, los extranjeros residentes pueden acceder al sistema público de ayuda en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles. Y, en el ámbito de la educación, los extranjeros menores de dieciocho años, al margen de la situación legal de su familia, tienen derecho al acceso a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

Una extensa *Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo*, fechada en Bruselas el 3 de junio de 2003, proporciona un detallado balance de las acciones llevadas a cabo en materia de **integración**, y avanza interesantes propuestas sobre las medidas que pueden adoptarse en la Unión Europea. Considera la Comisión que un elemento fundamental del proceso de integración es “el **acceso de inmigrantes y refugiados al mercado laboral** de la UE”, que ya había sido tratado en una conferencia celebrada en Copenhague en julio de 2002, durante la Presidencia danesa.

En el aparato constitucional español, el **derecho de los extranjeros a trabajar** se rige por las disposiciones del artículo 13 que, al asegurarles el goce de las libertades públicas del título I de la Constitución, precisa que esa garantía se concede “en los términos que establezcan los tratados y la ley”. El artículo 3, 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de *Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, reformada por la 8/2000 y la 14/2003, concreta que las leyes a que se refiere el texto constitucional son la propia LO 4/2000 y las que regulen el ejercicio de cada uno de los derechos comprendidos en el título I.

La importantísima Sentencia 107/1984 del Tribunal Constitucional advirtió que los derechos constitucionales son de configuración legal en cuanto a su contenido. De ahí se sigue que resulte lícito establecer una diferencia de trato para los extranjeros, como de hecho se contempla en el artículo 13, 2 de la Constitución, que limita a los españoles la titularidad de los derechos sobre participación política reconocidos en el artículo 23. En consecuencia, la modulación legal determinará que algunos derechos pertenezcan o no a los

extranjeros, a tenor de lo dispuesto en los tratados o en las leyes: es la lógica en que se inserta el artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, que limita el acceso al trabajo de los extranjeros mediante su supeditación a “autorización administrativa previa para trabajar”.

En síntesis puede concluirse que, al amparo del encuadre constitucional, la legislación española sanciona la igualdad de nacionales y extranjeros, una vez que éstos se hallen empleados, en las condiciones de trabajo y de Seguridad Social; y, al mismo tiempo, establece una desigualdad en la fase de búsqueda de empleo, al exigirse a los extranjeros la obtención previa de autorización para trabajar en España y al concederse prioridad al mercado nacional de trabajo.

El nuevo reglamento de extranjería sigue supeditando la concesión de la autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena a la insuficiencia en el territorio nacional de trabajadores capacitados para desempeñar esas tareas. Pero contempla dos instrumentos dinamizadores: la elaboración de un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, que abre “la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida al extranjero”; y la previsión de que 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 (artículo 50, a).

Las legislaciones de los países de la Unión Europea contemplan diversas soluciones para que los indocumentados de larga duración puedan salir de la clandestinidad, aunque no siempre sus políticas estén basadas en los convenios europeos, ni resulte fácil implantar mecanismos destinados a transformar el trabajo no declarado en empleo legal. De otro lado, las repatriaciones son inaplicables en numerosos casos, por razones jurídicas, humanitarias o prácticas.

El *Informe sobre la inmigración y el mercado de trabajo en España*, aprobado en sesión del Pleno de 28 de abril de 2004 por el Consejo Económico y Social de España, lamenta la práctica ausencia en nuestro país de mecanismos de regularización que permitan solucionar situaciones individuales específicas, en las que existe una vinculación real y efectiva al mercado de trabajo

En ese informe se propone consolidar y agilizar los instrumentos ya existentes para la ordenación de los flujos migratorios laborales (básicamente, régimen general, contingente y procedimiento específico para trabajadores temporales); se recomienda la vía del arraigo, después de tres años de residencia efectiva en España, para la obtención de la autorización de residencia temporal; se insta la puesta en marcha de una unidad o ventanilla única, que “concentre, coordine y simplifique todos los trámites”, y se aconseja que se refuercen los mecanismos de control de las infracciones relacionadas con la contratación irregular de extranjeros: uno de esos posibles ajustes para la más eficaz erradicación de conductas delictivas en el ámbito laboral podría consistir, según los redactores del informe, en que se faciliten documentos a quienes colaboren con las autoridades en la denuncia de tramas de explotación.

El reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 que entró en vigor en enero de 2005 dio satisfacción a algunas de esas aspiraciones: mediante la autorización de residencia temporal por razones de arraigo (artículo 45, 2); y, respecto a la colaboración con la Justicia contra redes organizadas, a través del artículo 117, que desarrolla el 59 de la Ley Orgánica 4/2000.

Otro aspecto novedoso de ese reglamento, que apunta también a la agilización de las contrataciones de extranjeros, es la concreción de las previsiones de la Ley Orgánica 14/2003 referentes a la concesión de visados con vigencia de tres meses para búsqueda de empleo en el marco del contingente: unos, dirigidos a hijos o nietos de español de origen, y otros, para algunos sectores de actividad, u ocupaciones en un determinado ámbito territorial (artículos 78, 2; 81, 1, y 83, 3).

En la esfera de nuestra Comunidad Autónoma, el Pacto Canario sobre Inmigración ha dejado constancia de su sensibilidad ante el drama que padecen los inmigrantes indocumentados:

cuando los mecanismos legales de devolución no pueden hacerse efectivos, esos inmigrantes [clandestinos] permanecen atrapados en las Islas sin alternativas legales posibles (una forma de 'muerte civil', se ha dicho) y sin poder buscar salidas a su situación en otros lugares, debido al mayor control de pasajeros en puertos y aeropuertos, quedando

condenados a la más absoluta marginalidad y vulnerables a distintas formas y grados de explotación económica y laboral.

En coherencia con esa honda preocupación, los firmantes del Pacto Canario sobre Inmigración se comprometieron a “articular, a la mayor brevedad posible, los mecanismos para que Canarias no se convierta en un lugar 'sin salida' para las personas inmigrantes en situación irregular”.

7. La inmigración de los indocumentados

Paralelamente al énfasis por la salvaguarda de los derechos de los inmigrantes que residen legalmente, para quienes el Consejo de Tampere reclamó “derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión”, ésta no deja de instar a los Estados miembros para que impermeabilicen sus fronteras frente a la **inmigración ilegal**. La instrumentación de esa política se sustenta en el Convenio de Aplicación (19 de junio de 1990) del Acuerdo de Schengen (14 de junio de 1985) sobre supresión gradual de los controles en las fronteras interiores, que condiciona la institución de un sistema común de visados, y que adquirió rango comunitario mediante su integración en el Protocolo 2º del Tratado de Amsterdam.

La lucha contra la inmigración ilegal y la coordinación del marco jurídico de admisión representan los ejes claves de la política comunitaria sobre gestión de los flujos migratorios, que arranca con la Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1995 sobre *Armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin*, y se articula a través de varios hitos significativos: la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre *Una política común de inmigración ilegal*, de 15 de noviembre de 2001; el *Plan Global de lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea*, de 28 de febrero de 2002; la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 7 de mayo de 2002, titulada *Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, y la Decisión del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre adopción de un *Programa de acción acerca de la cooperación administrativa en los ámbitos de fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración*.

La política común en materias de inmigración y de gestión de los flujos de personas ha sido elevada a rango constitucional en el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, que ha consagrado toda una Sección del Capítulo IV de la Parte III a “Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración”.

Finalmente, un reciente documento de la Comisión de las Comunidades Europeas, titulado *Refuerzo de la asociación con las regiones ultraperiféricas: balance y perspectivas* (Bruselas, 6 de agosto de 2004), ha proclamado que “la lucha contra la inmigración ilegal es uno de los objetivos principales de la política de justicia y asuntos de interior de la Unión. La Comisión apoya el compromiso de la Unión de garantizar una mayor protección de las fronteras exteriores y luchar contra la inmigración ilegal” (p. 33).

Ese texto, que contempla el fenómeno migratorio desde la particular perspectiva de las regiones ultraperiféricas, recuerda la obligación contraída en el artículo 63, 3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de que el Consejo adopte medidas en política de inmigración dentro de un plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. En concreto, esas actuaciones han de versar sobre 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) la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales.

La persecución del tráfico ilegal de inmigrantes, propiciada desde Bruselas, no puede incurrir en la omisión de un dato de referencia obligado, expresado en julio de 2002 por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, en su dictamen acerca del *Libro Verde* de la Comisión Europea sobre *Política comunitaria de retorno de los residentes ilegales*, de 10 de abril de 2002:

el residente ilegal existe. El planteamiento, algo obvio, no lo es si se plantea desde la perspectiva política de algunos Estados de la Unión que han optado por una postura contraria, según la cual el residente ilegal es desde el punto de vista social, jurídico, como sujeto de derechos, como persona, sencillamente inexistente. Tan sólo carne de expulsión.

En respuesta a las directivas europeas, el ordenamiento jurídico español ha establecido severas **medidas para el control de los cauces migratorios**, que incluyen el recurso a la orden judicial de expulsión, en los casos previstos en el Código Penal, o a la resolución administrativa de expulsión o devolución. Resultan en extremo discutibles algunas previsiones contempladas por el artículo 57, 1, 2 y 7, de la Ley Orgánica 4/2000, reformado por la 8/2000:

-que los infractores extranjeros que incurran en conductas muy graves o graves (según algunas de las tipificaciones del artículo 53) puedan ser expulsados del territorio español con la sola tramitación de un expediente administrativo;

-que constituya causa de expulsión la circunstancia de 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,

- y que, “cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al Juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación”.

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, endureció algunos aspectos de la LO 4/2000, ya modificada por la 8/2000, a fin de mejorar la regulación actual en materia de expulsión y “lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal”.

8. *La coyuntura actual*

Unas importantes declaraciones de la secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, realizadas en agosto de 2004, proporcionaron algunas pistas

interesantes sobre los contenidos del nuevo reglamento de extranjería y anunciaron la apertura de nuevas vías para la normalización legal de los inmigrantes que se hallan en España de modo irregular.

A raíz de esas manifestaciones se abrió un intenso debate, en el que partidos políticos, organizaciones empresariales, sindicatos y asociaciones de inmigrantes exteriorizaron sus respectivos puntos de vista, reclamaron el consenso de las partes implicadas e insistieron en la necesidad de que los contenidos de las propuestas adelantadas por la secretaria de Estado a los medios de opinión pública fueran discutidos en las Cortes, y de que su concreción contara con el apoyo de los diversos agentes, previa la convocatoria por el Ejecutivo de la mesa de diálogo social.

Se registró una coincidencia general en que no basta el control de fronteras y que es preciso abordar el problema planteado por la presencia en suelo nacional de numerosos inmigrantes clandestinos abocados a una situación de perpetua ilegalidad. Asimismo se aplaudió el propósito del Gobierno de Madrid de impulsar un plan de integración sociolaboral, basado en una inmigración que llegue de forma legal y ordenada, de modo que se vincule la inmigración con el mercado de trabajo.

No faltaron instancias que expresaron sus reticencias al proyecto, temerosas de que la misma amplitud de las regulaciones contradiga la doctrina europea en materia de inmigración, opuesta a las regularizaciones masivas.

Aunque el entorno social y político juzgó plausible la determinación de eliminar las bolsas fraudulentas de contratación y de que aflore toda la economía sumergida, que se nutre en buena parte de trabajadores “sin papeles”, no faltaron críticas al silencio sobre los procedimientos que permitirían alcanzar ese objetivo, ni temores por el hipotético “efecto llamada” de la regularización, o por la aparición del mercado negro de contratos de trabajo. Queda por comprobar la eficacia de las disposiciones del reglamento de extranjería que autorizan la residencia temporal por circunstancias de arraigo laboral. Cabe pensar que no resultará fácil que los interesados acrediten documentalmente la relación laboral exigible para ese supuesto (artículo 45, 2, a).

La pretensión de que sean los empresarios quienes intervengan de modo decisivo en la determinación de los extranjeros que puedan ser

regularizados fue interpretada por algunos sindicatos como una dejación de sus responsabilidades por parte del Gobierno central.

Las críticas de las organizaciones patronales se centró en la exención de sanciones a las empresas que decidan regularizar a inmigrantes a los que hasta ahora hayan empleado de forma ilegal porque, en su opinión, se estaría incurriendo en un agravio comparativo hacia los empresarios que han extendido contratos laborales a extranjeros de acuerdo con una legalidad que comporta unos gastos que se ahorraron los empleadores de mano de obra clandestina.

También expresaron esas organizaciones otro temor: la normalización de los trabajadores inmigrantes que denuncien una situación laboral irregular abre peligrosamente las compuertas a todo tipo de acusaciones e imputaciones frente a las cuales los empresarios podrían hallarse en indefensión jurídica.

La apertura del próximo curso político y la prevista entrada en vigor en octubre de un reglamento de extranjería configurarían en los próximos meses un renovado marco de referencia que, sin embargo, no puede omitir el configurado por la Ley Orgánica de *Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (incluso aun cuando se hable ya de una hipotética reforma futura) y por la legislación comunitaria.