



ASPECTOS GENERALES VALORATIVOS DE LA NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA

María Luisa Trinidad García
Universidad de Almería

1. A propósito de la oportunidad de la reforma urgente de la Ley Orgánica 4/2000 y su alcance

Es difícil resistirse a iniciar una valoración de la Ley de Extranjería en vigor sin referirse al hecho -sin precedentes que conozcamos- de que se trata de la Ley que reforma la que, a su vez, lo hacía respecto de la de 1985 y todo ello en el período escaso de un año. En efecto, la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹, ha tenido una efímera vigencia al quedar aprobada 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 social² (LOEXIS), que ya cuenta con su Reglamento de ejecución³ (REXIS).

Fueron diversas y significativas las opiniones críticas expresadas en cuanto a la oportunidad de llevar a cabo la reforma de la Ley 4/2000 (ONG, sindicatos, Iglesia católica, especialistas de prestigio como J. DE LUCAS), sin haber dado un mínimo de plazo para contrastar mediante su aplicación las bondades o inconvenientes de algunos de sus aspectos más novedosos y llamativos. Así, por ejemplo, recordemos la previsión de una regularización permanente a partir de los dos años de permanencia en España si se estaba empadronado y se tenían medios económicos suficientes, la desaparición de la estancia o trabajo en situación irregular como causa de expulsión o la equiparación amplia de derechos con los nacionales que alcanzaba a las personas en situación administrativa irregular bajo determinados presupuestos. Claves, todas, en la línea de conseguir una auténtica transición entre la etapa anterior de marcado control policial y de gran rigidez en todos los procedimientos para obtener la condición de *residente*, y la nueva etapa en la que se apostaba por introducir cierta flexibilización en alguno de los procedimientos para facilitar la regularización y con ello favorecer la integración.

El Gobierno, sin embargo, reforzado al quedar revalidado por amplia mayoría en las pasadas elecciones generales, ha querido cumplir con lo que fue, de hecho, un compromiso de peso en su campaña electoral: la reforma inmediata de la Ley 4/2000 por entender que los mecanismos “novedosos” de aquella tendrían como resultado el ya famoso “efecto llamada”. La revisión de esta trascendente norma se inicia, pues, en un caldo de controversia política que no resulta nada recomenda-

1 B.O.E., núm. 10 de 12 de enero de 2000. Correc. Err. B.O.E. de 24 de enero de 2000.

2 B.O.E., núm. 307 de 23 de diciembre de 2000.

3 Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, B.O.E. de 21 de julio de 2001.

ble para debatir una cuestión tan compleja y delicada como la extranjería y la inmigración⁴. No ha ayudado tampoco la opción del trámite de urgencia con incumplimiento inicial de la solicitud del informe preceptivo -aunque no vinculante- del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Económico y Social o, en otro orden, pero no de menor importancia en la materia que tratamos, la ruptura del consenso entre los diferentes grupos políticos que fue la mejor tarjeta de presentación con la que contó, en su momento, la preparación de la Ley 4/2000.

Con un espíritu algo más recompuesto una vez concluida la contienda electoral -recordemos el efecto paliativo de la iniciativa del PSOE con el llamado “pacto de Estado” sobre inmigración y extranjería y la actitud responsable y comprometida de CiU, entre otros, que además fue el primer grupo político que presentó una proposición de Ley para reformar la de 1985-, se abordó el debate de las enmiendas parciales y se alcanzó un notable grado de acuerdo en gran parte del articulado, aunque ello no evitó, finalmente, la interposición por parte del principal partido de la oposición o de IU del recurso de inconstitucionalidad sobre determinados preceptos de la Ley (artículos 7.1, 8, 11, 22.1 y 63.4).

A) Una Exposición de Motivos poco convincente

En la Exposición de Motivos, el legislador avala la necesidad de la reforma acometida con una serie de justificaciones a partir de las cuales fija las directrices de la que será la política española sobre inmigración y extranjería en el marco de nuestros compromisos con la Unión Europea. Para tan importante cometido, dicha Exposición carece de sólidos argumentos que son más evidentes teniendo en cuenta el singular escenario en el que hemos visto que nace la Ley. Aunque la escasa consistencia de algunas afirmaciones⁵, no empaña el elogio sobre el hecho en sí de su existencia que era una clara falta de la Ley 4/2000⁶. Por ejemplo, no se sostiene la afirmación inicial de que se han detectado aspectos durante la vigencia de aquélla -9 meses en el momento del “diagnóstico”-, en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma. ¿Se está diciendo que la reforma que lleva a cabo la Ley 4/2000 se atuvo a una concreta previsión?, ¿que se trataba de dar respuesta a una situación puntual o transitoria? ¿Se puede dudar de la convicción que tenía el total de personas que durante dos años trabajaron el texto de la Ley 4/2000 -Grupo Popular incluido- de que la inmigración es un hecho estructural en nuestro país desde, al menos, los últimos diez

4 Extranjería e inmigración no son conceptos que responden a una misma realidad. Es extranjero el que no es nacional del país al que se accede -excepción hecha de los nacionales de países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo- pero cuya justificación de la estancia o permanencia no deriva, necesariamente, de la búsqueda de empleo: turistas, inversores, jubilados residentes en la Costa del Sol, etc. Hablamos de inmigración cuando aludimos a personas extranjeras procedentes de países pobres cuyo propósito es trabajar en un país de economía desarrollada. En ambos casos, no obstante, existe un régimen jurídico que regula las condiciones para poder realizar la entrada, permanecer, trabajar, establecer sus derechos y obligaciones..., que es lo que comprende el conjunto de disposiciones de lo que denominamos Derecho español de Extranjería.

5 Con similar criterio se manifiesta RUIZ DE HUIDOBRO, J.M. “El régimen legal de la inmigración en España: el continuo cambio”, *Migraciones*, núm. 9, junio 2001, pp. 78-82.

6 Vid. AGUELÓ NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. *La Ley de Extranjería*, Zaragoza, Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, 2000, pp. 69-70.



años, y destacadísimo desde 1996?. Si es otra cosa lo que se quiere decir, no debe hacerse esa referencia vaga a “que se han detectado aspectos...” que en ningún apartado posterior se concretan.

El segundo baluarte citado para justificar la reforma es la adaptación de nuestra legislación a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, siguiendo 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. Al respecto, y como ya señalamos en otra ocasión⁷, no se explica con ello una reforma urgente de la Ley 4/2000, pues, excepción hecha del reconocimiento de ciertos derechos sociales a los extranjeros irregulares empadronados, no ha existido un tratamiento en aquella Ley que se aparte de las directrices europeas en la materia.

B) Las razones de fondo

A nuestro modo de ver, la reforma ha servido desde luego para corregir, en parte⁸, la deficiente técnica jurídica que presentaban algunos artículos de la Ley 4/2000. Pero como cuestión de fondo, entendemos que la nueva norma responde a la convicción de que la solución frente al “efecto llamada” radica en la opción decidida por incrementar las medidas de control recuperando de la Ley de 1985 el juego combinado de dos expedientes: la exigencia generalizada de visados para poder acceder al territorio español y la expulsión en caso de estancia o permanencia irregular. Junto a ello, también se observa un endurecimiento del régimen sancionador que afecta a los empresarios que tienen trabajadores irregulares y a las mafias que trafican con ellos. El establecimiento, en cambio, de un verdadero estatuto jurídico del inmigrante ha perdido, otra vez, su oportunidad de realización.

Las modificaciones de calado encaminadas a lograr aquél propósito⁹, ponen de relieve también el aumento del margen de discrecionalidad que se otorga a la Administración en distintos ámbitos (sirva de ejemplo la expulsión preferente del art. 63 o la no motivación en la denegación de visado para trabajar por cuenta propia del art. 27.5). Asimismo, es notable el recorte en el alcance de algunos derechos sobre la base de la condición de ser o no residente legal (reunión, asociación, manifestación, sindicación y huelga) de manera que la negación del ejercicio de tales derechos para los irregulares equivale, en la práctica, a negar su titularidad.

El perfil más restrictivo con el que queda dibujado el marco jurídico sobre extranjería e inmigración respecto del antecedente inmediato parece que se quiere compensar haciendo hincapié en que la nueva norma forma parte de un planteamiento global y coordinado en el tratamiento del fenómeno migratorio, del que un elemento esencial es el conocido como Plan Global de Regulación

7 “Notas previas” en la 4ª edición de nuestra obra *Guía jurídica de Extranjería, Asilo y Ciudadanía de la Unión*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 17-18.

8 Vid. Ruiz de Huidrobo, J.M. “Régimen legal...”, art. Cit. pág. 81

9 *Ibidem*, pág. 96.

y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España (GRECO)¹⁰. Sin duda, las intenciones a las que responde dicho Plan representan la principal novedad frente al continuismo que se ha advertido en importantes cuestiones del régimen existente en 1985. Se corre el riesgo, sin embargo, de quedar en un discurso puramente voluntarista si no se le asigna un presupuesto suficiente y se está muy atento a cuáles son sus resultados en la práctica.

2. Estructuración de la Ley Orgánica 8/2000 y primeras valoraciones

La reforma contiene tres artículos, de los que el primero se dedica a la modificación del articulado de la Ley Orgánica 4/2000, mientras que el segundo modifica la Disposición Adicional Única, añadiendo una nueva Disposición Adicional, y el tercero adecua los Títulos y Capítulos a la reforma efectuada.

Se conserva la estructura articulada en torno a un Título Preliminar dedicado a Disposiciones Generales, en el que se concreta el ámbito de aplicación (arts. 1 y 2), y le siguen cuatro Títulos que contienen, respectivamente, los artículos dedicados a los “Derechos y libertades de los extranjeros” del 3 al 24, el “Régimen Jurídico de los Extranjeros” (arts. 25 al 49), “De las Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador” (arts. 50 al 66) y, finalmente, el relativo a la “Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración” (arts. 67 al 70). La Ley se cierra con dos Disposiciones Adicionales, cuatro Transitorias, una Disposición Derogatoria Única y cinco Disposiciones finales.

La modificación del Título Preliminar es una mera mejora gramatical al sustituir el singular por el plural para definir qué se entiende por “extranjeros”, manteniendo la misma técnica jurídica: se consideran tales a los que carezcan de la nacionalidad española. Mayor interés presenta, por lo singular que resulta, el hecho de la desaparición del párrafo segundo que aludía a la situación específica de los comunitarios -“los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquéllos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”¹¹-, teniendo en cuenta que no fue objeto de ninguna enmienda. Su tenor, además, ayuda a disipar las dudas que puede suscitar la expresión genérica de considerar extranjeros a los que carezcan de la nacionalidad española concluyendo que el ámbito de aplicación subjetivo de la

10 Sus líneas básicas son: 1. Diseño global y coordinado de la inmigración como fenómeno deseable para España, en el marco de la Unión Europea; 2. Integración de los residentes extranjeros y de sus familias, que contribuyen activamente al crecimiento de nuestro país; 3. Regulación de los flujos migratorios para garantizar la convivencia en la sociedad española y 4. Mantenimiento del sistema de protección para los refugiados y desplazados. Dichas líneas básicas se desarrollarán en 23 acciones a través de 72 medidas concretas.

11 Como se defiende por algunos autores, habría que considerar vigente este antiguo párrafo puesto que en ninguna enmienda se pidió su supresión. Vid., AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Historia cronológica de la desaparición del apartado 2 de la Lex 4/2000” en <http://www.reicaz.es/extranjeria/portada/portada.htm>



Ley alcanza, por igual, a todas las personas que no son de nacionalidad española¹². Tal conclusión, desde luego, es errada como se desprende de la delimitación que se hace en dicho párrafo segundo.

Junto a esta precisión hay que tener presente también que en el Derecho español de extranjería existe un catálogo de supuestos que crea distintas categorías de extranjeros. Unos, privilegiados como es el caso de los comunitarios y sus familiares así como los nacionales de los países que conforman el Espacio Económico Europeo y todos aquellos que lo son al amparo de los beneficios recogidos en un Acuerdo de Asociación o un Tratado de establecimiento o, en otro orden, los solicitantes de asilo o refugio que tienen una normativa específica¹³. Otros, obtienen un trato preferente a la hora de obtener los visados o permisos de residencia o trabajo sobre la base de compromisos históricos, coyunturales (las razones humanitarias en caso de catástrofes naturales, por ejemplo), geográficos... Estas diferentes categorías se completan con el grueso sometido al régimen general en el que están los inmigrantes económicos que quedan compelidos a afrontar los presupuestos legales y burocráticos con mayor efecto de filtro para acceder a un permiso de trabajo.

Por otro lado, merece la pena detenernos en una peculiar paradoja derivada de las modificaciones del Título I en cuanto al recorte en el alcance de los derechos de reunión, asociación, manifestación, sindicación y huelga, de manera que lo que para algunos supone dudas de inconstitucionalidad¹⁴, para el legislador, en cambio, se trata de acomodar el texto al mandato constitucional del artículo 13, así como a la jurisprudencia al respecto del Tribunal Constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre, 99/85, de 30 de septiembre, 115/87, de 7 de julio, etc.). También llama nuestra atención que se afirme que existe “preocupación en reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades”, pues, sin que pongamos en duda el voluntarismo subyacente, lo cierto es que en el cambio que se introduce en el apartado 1 del artículo 3 al señalar que “... Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”, el recorte en el alcance que permitía el artículo en su anterior redacción es evidente: “Los extranjeros gozarán en España, *en igualdad de condiciones que los españoles*, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica”.

Las dudas sobre el alcance de la modalización de derechos fundamentales se encuentra en la confusión originaria que provoca la redacción del art. 13.1 CE y su referencia a los derechos de configural legal y cómo afecta a esta declaración el tenor de los párrafos 1 y 2 del art. 10 CE. El primero es el único que hace una proclamación directa “La dignidad de la persona, los derechos

12 Puede verse, MARÍN LÓPEZ, A. “El ámbito de aplicación personal de la Ley” en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*. Coordinado por MOYA ESCUDERO, M. Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 8-12.

13 Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y la Condición de Refugiado. B.O.E. núm. 74, de 27 de marzo. Para un seguimiento exhaustivo del marco jurídico completo, Vid. TRINIDAD GARCÍA, M. L., ROBLES ALMÉCIJA, J. M., FUENTES MAÑAS, J.B. *Guía jurídica...op. cit.*, pp. 183-195.

14 Vid. <http://www.reicaz.es/extranjeria> e Informes emitidos por los Grupos Parlamentarios IU; Mixto, Parlamento Aragonés, Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, Subcomisión de Extranjería del CGAE, Andalucía Acoge o Informe del Consejo Consultivo de Andalucía

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"; mientras que el segundo, en concordancia con el art. 96.1 CE, obliga a hacer una interpretación de los derechos fundamentales y de las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Según la prevalencia que se quiera establecer sobre los distintos contenidos de ese conjunto normativo, la modelización de los derechos permitirá acogerse a una tesis expansiva o su contraria¹⁵. En la doctrina del Tribunal Constitucional no se ha conseguido desembocar en una conclusión única hasta la fecha¹⁶, por lo que habrá que esperar a conocer cuál va a ser su planteamiento en relación con los actuales recursos interpuestos y que se arroje más luz sobre esta controvertida y trascendente cuestión.

No olvidemos, además, que entre la titularidad de los derechos y su ejercicio, la Administración tiene un papel protagonista pues es la que decide la concesión o no de los distintos permisos con los que se accede a la condición de residente legal, y esta situación administrativa es la que permite y, por tanto, puede negar el ejercicio de derechos fundamentales de índole social, tales como el derecho de asociación, reunión, manifestación, sindicación y huelga¹⁷.

Otro importante argumento para justificar los cambios introducidos en la reforma es la asunción de los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como país miembro de la Unión Europea, deduciendo que la garantía de un trato justo a los nacionales de terceros países exige, o debe tener como presupuesto, que residan legalmente en el territorio de que se trate. Al respecto, sólo precisar que la comunitarización del tercer pilar a través del Tratado de Amsterdam en el que se incorpora un nuevo Título denominado "Visados, Asilo, Inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas", no conlleva automáticamente que la regulación legal de la extranjería y la inmigración se sustraigan de la competencia de los Estados¹⁸.

En el Título II relativo al régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros, la premisa que ha informado las modificaciones efectuadas ha sido la de establecer un régimen que incentive a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y

15 En breve se hará público un Informe sobre "Situación de la inmigración en Andalucía" encargado por el Consejo Económico y Social Andaluz a la Universidad de Almería en el que su Directora, la profesora Titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, M.M. RUIZ CASTILLO, realiza un riguroso análisis de la Constitución y los derechos laborales de los inmigrantes en el que pone de manifiesto las bases de tales dudas interpretativas.

16 Vid. CRUZ VILLALÓN, P., Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas. *REDC*, núm. 35, 1992, pp. 63-83.

17 Para un estudio detenido del alcance de estas modificaciones en la Ley 8/2000, Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. "Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas" en *Comentario sistemático...op. cit.* (M. MOYA), pp. 474-489.

18 De hecho, las recientes Directivas comunitarias 43/2000, de 29 de junio, sobre igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico o la 78/2000, de 27 de noviembre, sobre marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, excluyen expresamente las razones de nacionalidad y no afectan a las disposiciones nacionales que establecen las condiciones de entrada y permanencia de nacionales de terceros países. Sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes en un país miembro sólo existe una propuesta de Directiva, la 0074/2001, que sí apunta a los residentes y, además, cuando lo sean de larga duración. Es pronto, por otro lado, para conocer los derroteros por los que va a transcurrir la política migratoria de la Unión sometida al período transitorio de cinco años, a la vista del giro que ya es apreciable en el reconocimiento de la necesidad que tiene Europa de la mano de obra inmigrante. Un extracto de las principales conclusiones de la Cumbre de Tampere en relación con la materia que estamos comentando puede verse en "Notas previas" dentro nuestra obra *Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de La Unión*, 4ª ed., Comares, Granada, 2001, pp. 15-16



estancia irregular. Propósito sin duda compartido con la Ley 4/2000. Lamentablemente, en todo caso, los hechos ya se encargan de poner en evidencia que una norma carece de la capacidad de disuadir a los inmigrantes de su desesperación por conseguir -como sea- entrar y mejorar sus condiciones de vida. Ahora bien, partiendo de que no existen cambios significativos en la regulación del entramado administrativo para conseguir un visado, una autorización o un permiso, ni en aquella ni en la Ley vigente, sí debe ayudar a una gestión más ordenada de los flujos la conclusión de Convenios -como se está haciendo- con los países de mayor afluencia de inmigrantes, pero siempre que ello se acompañe de la información suficiente y del aumento de la dotación de personal en los consulados españoles para que, realmente, se pueda dar fluidez en la gestión de solicitudes porque esas facilidades serán, en definitiva, las que actúen como elementos disuasorios frente a otros cauces.

También se apela a una adaptación a lo establecido en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen aunque este argumento tampoco supone una novedad ya que el art. 23 de la Ley reformada apelaba de forma expresa al acomodo a los Convenios internacionales y, además, desde el Real Decreto 155/1996, con el que se reformó el reglamento de ejecución de la Ley del 85, la legislación española es conforme a dicho Acuerdo y lo ha de ser a sus sucesivas modificaciones.

En cuanto a la regulación del permiso de trabajo que autoriza a los extranjeros a realizar en España actividades lucrativas por cuenta propia o ajena, se clarifica la diferencia entre dicho permiso y la mera situación de residencia, pero se mantiene el filtro de la situación nacional de empleo respecto de las concesiones iniciales. Mayor interés presenta el tratamiento concedido al contingente de trabajadores extranjeros al establecerse unas excepciones sobre la base de circunstancias determinadas y, por otro lado, al determinismo que se desprende de las declaraciones de los máximos responsables en la materia -Ministro del Interior y Delegado para la Extranjería e Inmigración- en cuanto a que su juego va a servir exclusivamente para tramitar las solicitudes de permiso de trabajo desde los países de origen y no, como hasta ahora ha sido, para conseguir la regularización de los que se encontraban en España.

El Título III establece las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, con cambios que pueden sintetizarse -según dice la propia Exposición de Motivos- en dos apartados: medidas relativas a la lucha contra la inmigración ilegal y mejora de los mecanismos para evitar esa inmigración.

Respecto al primer punto se destaca, de un lado, la previsión de sanciones a las compañías de transporte que trasladen a extranjeros hasta el territorio español sin verificar que cumplen los requisitos para la entrada, y, de otro, a los que organizan redes para el tráfico de seres humanos, con medidas que permiten el control de determinadas actividades vinculadas al mismo o facilitando la neutralización de los medios empleados por los traficantes.

Al margen de la previsión de los resultados positivos que puedan arrojar estas medidas, ya se ha puesto de manifiesto la dificultad que, por ejemplo, plantea en la práctica el proceder de modo

correcto a fiscalizar la autenticidad de los documentos de viaje que se utilicen o su adecuación a la norma y las responsabilidades que, en su caso, se pueden derivar.

Por otro lado, se recupera, como ya se ha dicho, la causa de expulsión basada en el hecho de encontrarse en situación administrativa irregular. Se aduce para su justificación, que en un Estado de derecho es necesario establecer los instrumentos que permitan hacer efectivo el cumplimiento de las normas, en este caso, de las que rigen la entrada y permanencia en territorio español, pretendiéndose, con ello, incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal, hasta el nivel de otros Estados miembros de la Unión Europea. En principio, no es difícil compartir este planteamiento del *refuerzo de la legalidad*. Sin embargo, hay que llamar la atención sobre el hecho de que, en no pocas ocasiones, la situación de irregularidad se produce como consecuencia de la propia trama administrativa creada y su inadecuada gestión provocando, *a posteriori*, el resultado que ya M. DELGADO atribuía a la Ley tras su reforma y con el que daba título a su artículo de opinión “La producción legal de ilegales”¹⁹.

Finalmente, en el Título IV de la Ley Orgánica, relativo a la coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración, se revisa la definición -a la baja- del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, enfocando su función como órgano de consulta, información y asesoramiento para la integración de los inmigrantes que se encuentran en España.

3. Derechos, recursos y garantías jurídicas

272

Para abordar este epígrafe nos vamos a valer del formato utilizado en nuestra Guía Jurídica de Extranjería, Asilo y Ciudadanía de la Unión porque facilita una visión de conjunto de los diferentes aspectos que se enuncian y de las modificaciones realizadas:

En términos generales debe afirmarse que se produce una mejora sustancial en el sistema de garantías jurídicas respecto de la normativa de 1985, sin embargo quedan lejos las cotas que se alcanzaron en la Ley antes de su reforma. Como señalan P. AGUELÓ NAVARRO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ²⁰, hay recortes respecto del “amplio andamiaje” previsto con mejor o peor rigor técnico que, sin perjuicio, de su acomodo al Texto Constitucional suponen un debilitamiento de los derechos y garantías jurídicas de los extranjeros. Sirven de ejemplo: la ausencia de motivación en algunos supuestos de denegación de visados; la no previsión con el carácter de preceptiva de la asistencia letrada en supuestos que pueden dar lugar a la salida forzosa del territorio: devolución, retorno y denegación de entrada o el establecimiento del régimen excepcional de ejecutividad para el procedimiento de expulsión en algunos casos. (Ver medidas más destacadas del régimen sancionado, pág. 278

¹⁹ El autor en su artículo de opinión destaca “que una ley como la que se está aprobando... consigue no sólo regularizar a unos inmigrantes, sino básicamente desregularizar a otros”. Publicado en El País el 16 de octubre de 2000.

²⁰ Vid. AGUELÓ NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. *Ley de Extranjería*, Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 81.



Para concluir este epígrafe, ver cuadro (página 279 a 283) de algunas de las medidas más destacadas del régimen sancionador -y sus diferencias-, del que puede ser objeto el extranjero que se encuentre en situación administrativa irregular.

4. Visados, autorizaciones y permisos: soportes administrativos de la “residencia legal”

Hemos visto que a lo largo del Título II se desgana el régimen jurídico de las distintas situaciones en las que se pueden encontrar los extranjeros y que se sintetizan en: estancia, residencia temporal y residencia permanente. Se considera *residente* al extranjero que ostenta un permiso de residencia o una autorización para residir. Cuando el extranjero se encuentra fuera de España, y salvo que proceda de un país con el que existe Convenio sobre supresión de visado, la entrada se documenta con él y puede ser de distintas clases según el propósito de la persona (turismo, reagrupación familiar, trabajo temporal, etcétera) conforme al art. 25 LOEXIS y su desarrollo reglamentario en el art 12 y ss²¹.

Especial mención merece la situación excepcional en la que produciéndose una entrada irregular, o con documentación defectuosa o sin ella, el Ministerio del Interior puede autorizar la estancia por motivos humanitarios, de interés nacional u obligaciones internacionales (art. 25.4 LOEXIS y art. 38 REXIS) por un máximo de tres meses en un período de seis. Asimismo, se establece una diferencia entre la situación de las personas apátridas y la de todos aquellos extranjeros que, no pudiendo ser documentados por ningún país, desean obtener una documentación en España que acredite su identidad.

Con carácter general, los extranjeros que ostenten durante un período ininterrumpido de cinco años un permiso de residencia o de residencia y de trabajo en nuestro país tienen derecho a obtener un permiso de residente permanente. Esta situación consagra ya la plena igualdad de manera que el acceso al mercado de trabajo se produce sin el filtro de la situación nacional de empleo.

5. Algunos apuntes sobre la regularización

Desde que en nuestro país se ha ido articulando un Derecho de Extranjería, varios son los procesos de regularización que se han llevado a cabo: en 1985 con la entrada en vigor de la primera Ley Orgánica de Extranjería, en 1991 y en 1996. Todas con un carácter extraordinario y dirigidas a un sujeto colectivo. Con la regularización se trata de ajustar a derecho, de integrar en la

21 Para conocer con exhaustividad este tema puede consultarse nuestra obra, ya citada, *Guía jurídica...* 4ª ed., Comares, Granada, tablas núm. 30 a 40, pp. 81-83 y tabla 49, pág. 94.

normalidad legal, a aquellos extranjeros que por una u otra razón se hallan en situación de infracción del ordenamiento jurídico-administrativo. A los efectos, se les documenta con un permiso de residencia temporal y, en su caso, una autorización para trabajar o permiso de trabajo. Para los Estados, estos procesos tienen interés porque les permite conocer la cifra aproximada de los inmigrantes que están en su territorio y, desde luego, a los inmigrantes les permite salir del trabajo clandestino y gozar de sus derechos y libertades.

El siguiente tramo de regularizaciones ha tenido lugar con la entrada en vigor de la Ley 4/2000 y su posterior reforma. Los textos que contienen las condiciones son: a) Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la Disposición Transitoria primera de la LOEXIS 4/2000, de 11 de enero y b) Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero, por el que se establecen los requisitos para la regularización prevista en la Disposición transitoria cuarta de la LOEXIS 8/2000, de 22 de diciembre. Se trata de procesos generales que tienen un carácter extraordinario y están dirigidos al colectivo de inmigrantes que, por diversos motivos, no tienen su situación regularizada y se encontraban en España desde unas determinadas fechas. Con motivo de los distintos encierros, el Gobierno accedía a hacer una aplicación excepcional del supuesto contemplado en el art. 31.4 LOEXIS que hemos denominado como la regularización sobrevenida.

A) El procedimiento del Real Decreto 239/2000 de 18 de febrero

Con el Real Decreto 239/2000, los extranjeros que se encontraran en España en situación irregular desde antes del 1 de junio de 1999 y hubieran solicitado en alguna ocasión permiso de trabajo y/o residencia o hubieran sido titulares del mismo en los últimos tres años serían debidamente documentados para regularizar su presencia en nuestro país. El proceso comenzaba el 21 de marzo de 2000 y finalizó el 31 de julio de ese mismo año. Se presentaron más de 240.000 solicitudes en todo el territorio nacional, rompiendo todas las previsiones barajadas. Cada nueva regularización supone el reconocimiento de un fracaso de la Administración que tiene que admitir su impotencia para canalizar los flujos legales de inmigración y las dificultades para casar la oferta y la demanda de trabajadores.

El sistema de fecha límite (encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999) ya fue empleado en la regularización de 1991, pero en esta ocasión la fecha escogida se distanciaba significativamente del momento en que se desarrollaba la regularización (entre el día 21 de marzo y el 31 de julio de 2000). Con ello se pretendía evitar el temido “efecto llamada”, impidiendo que los recién llegados pudiesen acogerse al proceso. Pero otros extranjeros irregulares que sí se encontraban en España desde antes del 1 de junio de 1999 tenían el problema de que no podían acreditarlo documentalmente debido, precisamente, a su situación de irregularidad. Es imaginable su necesidad de pasar lo más desapercibido posible por el miedo a poder ser expulsados.



Con el requisito de haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o trabajo o haberlo tenido en los 3 últimos años, se pretendía acotar claramente el ámbito de aplicación de la regularización respecto de aquellos extranjeros que, de algún modo y en algún momento, hubieran tenido el propósito de conseguir que su permanencia fuera legal.

Esta regularización se haría extensible a otros grupos de extranjeros como:

- Los solicitantes de asilo cuya petición haya sido desestimada.
- Familiares de extranjeros indocumentados que vayan a acogerse al proceso de regularización.
- Familiares de residentes extranjeros o de españoles.

Veamos con detenimiento los requisitos exigidos:

1º. Encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999 y haber permanecido de forma continuada en dicha situación.

El recurso a este concepto jurídico indeterminado plantea la duda del significado que puede tener la expresión “esa situación” -¿encontrarse en España o encontrarse de forma irregular?- y, por otro lado, el requisito de la continuidad está expresado de un modo muy impreciso. Del tenor literal parece que lo que hay que acreditar es la continuidad en España antes del 1 de junio de 1999, pero no se dice que esa continuidad tenga que acreditarse también después de esa fecha. Las imprecisiones han forzado a la Administración a adoptar una posición flexible, aunque carente de previsión, y se opta por estudiar la situación concreta del extranjero en función de dos criterios:

- a) El motivo por el cual el extranjero ha estado fuera de España.
- b) El tiempo que estuvo fuera, que nunca podrá ser superior a los 6 meses.

La prueba documental, de facto, se convierte en el requisito que presenta mayor dificultad para los extranjeros por su propia situación de irregularidad, habiéndose detectado la creación de una cultura de la manipulación de documentos y de mercadeo de pre-contratos de la que viven auténticas redes dedicadas a la falsificación y extorsión de y entre los inmigrantes.

La lista de documentos, no obstante, ha sido abierta y flexible si atendemos a las Instrucciones publicadas por la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia por Resolución de 16 de mayo de 2000. Pero, en la medida que el examen es individualizado y la Administración los valora de forma discrecional se ha llegado a producir situaciones un tanto insólitas: extranjeros que presentaron su solicitud de regularización en dos provincias diferentes, con la misma documentación, obtuvieron en una provincia una resolución favorable mientras que en otra fue desfavorable.

2º. Haber sido titulares de un permiso de trabajo y residencia o de un permiso de residencia en algún momento en los 3 años anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000 (el 31 de

enero de 2000) o bien haber solicitado el permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en alguna ocasión antes del día 31 de marzo de 2000 inclusive.

Este segundo requisito comprende 2 supuestos:

- a) Aquellos ciudadanos que han sido titulares de algún permiso de trabajo y residencia o de residencia en los últimos 3 años anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, es decir, desde el 1 de febrero de 1997 al 31 de enero de 2000.
- b) Aquellos ciudadanos que han solicitado un permiso de trabajo y residencia o de residencia en alguna ocasión hasta el día 31 de marzo de 2000.

3º. No estar incurso en alguna de las causas de expulsión que se establecen en los artículos 49.g) y 50 de la Ley Orgánica 4/2000, ni haber sido acordada su expulsión con anterioridad por alguna de estas causas sobre la base de la Ley Orgánica 7/85 y su Reglamento de ejecución y no tener prohibida la entrada en territorio español, salvo que la expulsión hubiese prescrito; ni tener proceso judicial penal en curso, salvo que el interesado acredite el archivo definitivo de la causa judicial o el sobreseimiento libre de las actuaciones.

B) El “reexamen” del Real Decreto 149/2001, de 16 de febrero

Con la regularización de oficio de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 8/2000, se abre un nuevo proceso de regularización que viene forzado por el alto número de solicitudes presentadas en el anterior y que no se habían resuelto de manera satisfactoria para los interesados (alrededor de 60.000 solicitudes). Conforme a su tenor literal, “El Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá los requisitos que permitan, sin necesidad de presentar nueva documentación, la regularización de los extranjeros que se encuentren en España y que habiendo presentado solicitud de regularización al amparo de lo previsto en el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, hayan visto denegada la misma, exclusivamente, por no cumplir el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999”.

Esta Disposición se ha desarrollado en el Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero, publicado en el BOE cuatro días después, tras rechazar el Pleno del Congreso de los Diputados todas las Proposiciones no de Ley presentadas por los diferentes Grupos Parlamentarios que buscaban dar una salida a los irregulares que aún quedaban y comenzaban a ejercer medidas de presión (huelgas de hambre y encierros). La revisión de oficio ha beneficiado incluso -quizás injustamente- a los extranjeros que llegaron en marzo del año 2000, presentaron solicitud de permiso de trabajo y/o residencia antes del 31 de ese mes y solicitud de regularización antes del 31 de julio de 2000.

Del proceso quedan excluidas las personas a las que les hubiera sido denegada la regularización por causa distinta de la de no haber podido acreditar que estaban en España antes del 1 de junio de 1999 y las que, aún estando aquí antes de esa fecha, no hubieran presentado solicitud



de regularización por no poder acreditar alguno de los otros requisitos. También quedan fuera las que no hubieran presentado solicitud de permiso de trabajo antes de 31 de marzo de 2001 y las personas que hubieran llegado posteriormente al 31 de julio de 2000.

C) La regularización sobrevenida

Al tiempo que se inicia el reexamen, se suceden distintos encierros protagonizados por los inmigrantes que recelan del alcance o posibilidades de ver su caso atendido en tales condiciones. Dichos encierros (Barcelona, Valencia, Murcia, Almería...), fueron el punto de partida para lograr unos compromisos políticos por parte del Gobierno que se concretaron en nuevas concesiones para los irregulares: los extranjeros que se encontraran en España antes del 23 de enero de 2001 (fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2000) pueden acogerse a la obtención de un permiso de estancia por motivos humanitarios o de arraigo, y si presentan oferta de empleo, a un permiso de trabajo y residencia inicial, pudiendo solicitar la exención de visado sobre la base del art. 31.4 LOEXIS.

Conforme a la nota informativa emitida por la Delegación del Gobierno para la Extranjería e Inmigración, los requisitos específicos de este singular proceso sólo hablan de la acreditación de encontrarse en España antes del 23 de enero de 2001 (fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2000) y del arraigo en nuestro país. A los efectos, se tomaría en consideración la incorporación real o potencial al mercado de trabajo, la anterior residencia regular en España y la existencia de vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles.

Entre las ventajas derivadas de este nuevo proceso hay que anotar que no se tiene que solicitar visado, y la concesión de la autorización para trabajar se hará sin considerar la situación nacional de empleo, aunque, en todo caso, la autorización para trabajar coincidirá con la provincia de residencia del solicitante, debiendo limitarse en el ámbito funcional a una actividad concreta.

277

6. Valoraciones finales

1. La reforma de la Ley 4/2000 por el trámite de urgencia y en el fragor del debate electoral nos muestra de forma clara que determinados temas –y la extranjería y la inmigración es uno de ellos- tienen, necesariamente, que ser afrontados con un diseño previo sobre las políticas de inmigración que se quieren y pueden hacer en nuestro contexto de integración en la Unión Europea y, al tiempo, creando el estatuto jurídico de extranjeros e inmigrantes, que nunca deben verse afectados en su alcance por la confrontación política. Su legitimidad es incontrovertible en el estadio del debate parlamentario, pero a la hora de presentar a la sociedad -extranjeros e inmigrantes incluidos- el modelo elegido y el estatuto jurídico establecido, debe hacerse desde el acuerdo como auténtica política de Estado.

2. Las justificaciones de la Exposición de Motivos para efectuar la reforma no consiguen, a nuestro modesto parecer, su propósito precisamente porque vienen alumbradas y presididas por esa contienda política en la que las fuerzas se emplean más en hacer propaganda para convencer de las bondades del nuevo producto que en considerar de manera detenida las consecuencias reales del mismo en todos los ámbitos en los que la materia incide.
3. El nuevo marco jurídico de la extranjería y la inmigración es, en todo caso, sustancialmente mejor que el existente con la Ley Orgánica de 1985 por su imprescindible adaptación a las reformas operadas en el ámbito de la Administración, fundamentalmente a través de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.
4. La labor jurisprudencial también ha sido importante y será aún clave para ir perfilando la orientación que precisa esta densa y compleja legislación, empezando por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional al hilo de los recursos interpuestos así como la que tenga que producirse por la aplicación ordinaria del reglamento de ejecución.
5. A nuestro juicio, las claves de la Ley tras su reforma se centran en el control de los flujos, y para ello se opta por recuperar la causa de expulsión basada en la estancia irregular que ya aparecía en la Ley de 1985 y que fue eliminada en la redacción de la Ley 4/2000 y en la utilización del contingente exclusivamente para la contratación en origen. De cara a conseguir este propósito, se van a firmar Convenios bilaterales con los países de mayor afluencia a fin de facilitar el trámite de dicha contratación y, asimismo, se quiere incrementar el número de países con los que existan Convenios de readmisión para poder hacer efectivos los expedientes de expulsión. Otra clave la encontramos también en la vuelta a marcar una nítida frontera que se había conseguido difuminar en la Ley 4/2000 entre extranjeros residentes e irregulares negando para éstos el ejercicio de derechos fundamentales de índole social.
6. A todos, en cualquier caso, nos corresponde la responsabilidad de tratar con rigor y serenidad cuestiones jurídicas que tienen que ver con la esencia del ser humano: su vocación ecuménica, en unos casos, la necesidad de reagruparse en familia, en otros, la búsqueda de asilo y refugio, la búsqueda de trabajo, la búsqueda, en definitiva, de una vida digna que la tantas veces mencionada globalización se ocupa de difundir sin que exista una correspondencia en cuanto a las facilidades para conseguirlo.



CUADRO COMPARATIVO DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA DE LA LEY 4/2000		
<p><i>Para realizar la comparación se ha distinguido entre: todos los extranjeros, extranjeros en situación irregular empadronados y extranjeros en situación regular.</i></p>		
SITUACIÓN	L.O. 4/2000 de 11 de enero	Reforma L.O. 8/2000
	<ul style="list-style-type: none"> • Libertades de reunión y manifestación (art.7). • Derecho de asociación (art. 8). • Derecho a la educación en todos los grados en idénticas condiciones que los españoles (art. 9). • Derecho de sindicación y huelga (art. 11). • Asistencia sanitaria pública de urgencia (art. 12.2). • Derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (art. 14.3). 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la enseñanza básica y obligatoria, para aquellos extranjeros menores de 18 años (art. 9). • Asistencia sanitaria pública de urgencia (art. 12.2). • Derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (art. 14.3).
	TODOS LOS EXTRANJEROS	
SITUACIÓN IRREGULAR EMPADRONADOS	<ul style="list-style-type: none"> • Asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12.1). • Derecho a ayudas en materia de vivienda (art. 13). 	<ul style="list-style-type: none"> • Asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12.1).
SITUACIÓN REGULAR	<ul style="list-style-type: none"> • En la participación pública, se había eliminado la referencia a la reciprocidad (art. 6). • La promoción de asociaciones sólo podrán realizarla los residentes legales (art. 8). • Prestaciones de la Seguridad Social (art. 14.1). • Servicios y Prestaciones Sociales (art. 14.2). 	<ul style="list-style-type: none"> • Participación pública. Reaparece la reciprocidad. (art.6). • Derecho de reunión y manifestación (art. 7). • Prestaciones de la Seguridad Social (art. 14.1). • Derecho de asociación (art. 8). • Derecho a la educación en niveles distintos a la enseñanza básica (art. 9). • Derecho de sindicación y huelga (art. 11). • Derecho a ayudas en materia de vivienda (art. 13). • Servicios y Prestaciones Sociales (art. 14.2).

GARANTÍAS Y RECURSOS (en los procedimientos de extranjería)	
EN GENERAL	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 20. Derecho a la tutela judicial efectiva. <ol style="list-style-type: none"> 1. Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva. 2. Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley. 3. En los procedimientos administrativos estarán legitimadas para intervenir como interesadas las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos. 4. En los procesos contencioso-administrativos en materia de extranjería estarán legitimadas para intervenir las entidades que resulten afectadas en los términos previstos por el artículo 19.1.b) de la Ley reguladora de dicha jurisdicción.
RECURSOS	<p>LOEXIS</p> <ul style="list-style-type: none"> • Artículo 21. Derecho al recurso contra los actos administrativos. <ol style="list-style-type: none"> 1. "Los actos y resoluciones administrativas adoptados en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. 2. El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente." • Artículo 65. Carácter recurrible de las resoluciones sobre extranjeros. <ol style="list-style-type: none"> 1. Las resoluciones administrativas sancionadoras serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. El régimen de ejecutividad de las mismas será el previsto con carácter general. 2. En todo caso, cuando el extranjero no se encuentre en España, podrá cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirán al organismo competente. <p>L.O. 8/2000, de 22 de diciembre.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Disposición transitoria segunda. <i>"Los procedimientos administrativos en curso se tramitarán y resolverán de acuerdo con la normativa vigente en el momento de la iniciación, salvo que el interesado solicite la aplicación de la presente Ley."</i>

DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

LOEXIS

• Artículo 22

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.*

MEDIDAS ANTIDISCRIMINATORIAS

LOEXIS

• Artículo 23. Actos discriminatorios

1. *“A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.*
2. *En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:*
 - a) *Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.*
 - b) *Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.*
 - c) *Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.*
 - d) *Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.*
 - e) *Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.*

• Artículo 24. Aplicabilidad del procedimiento sumario

“La tutela judicial contra cualquier práctica discriminatoria que comporte vulneración de derechos y libertades fundamentales podrá ser exigida por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución en los términos legalmente establecidos”.



RETORNO EN FRONTERA Y DEVOLUCIÓN

El **retorno en frontera** es una medida acordada por los servicios policiales responsables del control de acceso al territorio nacional, cuando no se cumplen los requisitos exigidos para la entrada. Conforme al Auto del TC núm. 55/1996, de 6 de marzo, sobre *habeas corpus* en la “zona internacional” de los aeropuertos se entiende que “*el derecho a la libertad personal no conlleva el derecho a entrar en España. Aquel derecho, reconocido por el art. 17 CE, protege a todas las personas sin distinción de nacionalidad. Por el contrario, quienes no son españoles carecen del derecho constitucional a entrar en España, por lo que sólo pueden ejercerlo en la medida en que cumplan los requisitos establecidos por las leyes...los funcionarios del servicio de control de fronteras actúan en ejercicio de potestades públicas inherentes a la soberanía plena y exclusiva del Estado...*”.

La **devolución**, que asimismo produce la salida obligatoria, se distingue del retorno porque el extranjero irregular es localizado en un punto del territorio que no es un puesto fronterizo. No siempre está claro cuándo se debe aplicar la **devolución** y cuándo iniciar el expediente de **expulsión** por estancia irregular. Y, sin embargo, tiene una gran trascendencia para el extranjero que se le aplique una u otra medida ya que la primera no le impide un nuevo intento de entrada en España mientras que la expulsión sí (art. 26 LOEXIS).

- **Artículo 58. Efectos de la expulsión y devolución**

(...)

“2. No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:

- a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.
 - b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país.
3. En el supuesto de que se formalice una solicitud de asilo por las personas que se encuentren en alguno de los supuestos mencionados en el apartado anterior, no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de asilo. *Tampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.*”
 4. La devolución será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión.
 5. La devolución acordada en aplicación de la letra a) del apartado 2 conlleva la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la orden de expulsión quebrantada. Asimismo, en este supuesto, cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, la autoridad gubernativa solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.”

RETORNO EN FRONTERA Y DEVOLUCIÓN. CONTINUACIÓN

- **Artículo 60. Retorno**

“1. Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de 72 horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno.

2. Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio.
3. El extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados.
4. La detención de un extranjero a efectos de retorno será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la Embajada o Consulado de su país.”

LA EXPULSIÓN GUBERNATIVA

EXCEPCIONES A LA MEDIDA DE EXPULSIÓN

• Artículo 57.5

“ 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 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 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.*

- 6. 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.”*

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Y PROCEDIMIENTO PREFERENTE

• 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 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.*
- 2. Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, 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 que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.*
- 3. En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.”*

• Artículo 62.2. Ingreso en centros de internamiento

“El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado.”

• Artículo 63. Procedimiento preferente

- “1. 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 a), d) y f) del artículo 53, tendrá carácter preferente.*
- 2. Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.*
- 3. En el supuesto de la letra a) del artículo 53, cuando el extranjero acredite haber solicitado con anterioridad permiso de residencia temporal por situación de arraigo,...,el órgano encargado de tramitar la expulsión continuará la misma, si procede, por el procedimiento establecido en el artículo 57.*
- 4. La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata.”*



LA EXPULSIÓN GUBERNATIVA. CONTINUACIÓN

PROPORCIONALIDAD

(Para los casos en que procede la sanción de multa)

También figura entre los principios del orden sancionador y asimismo lo recogen tanto la Ley Orgánica como el Reglamento de extranjería.

- **Artículo 55.3 y 4 de la LOEXIS**

“3. 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.

4. Para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor.”