

EL REAGRUPAMIENTO FAMILIAR Y LA POLÍTICA DE CONTINGENTES ^(*)

IGNACIO VILLAYERDE MENÉNDEZ

SUMARIO: — I. LA POSICIÓN LEGALIZADA DEL EXTRANJERO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. — II. LA CONSTITUCIÓN Y LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN. — III. POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN EL ESPACIO EUROPEO Y EN ESPAÑA. — IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REAGRUPAMIENTO FAMILIAR. — V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTINGENTE DE TRABAJADORES EXTRANJEROS. — VI. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL REAGRUPAMIENTO Y DEL CONTINGENTE: 1. Derecho a la intimidad, protección de la familia, principio de igualdad y el reagrupamiento. 2. No discriminación, derecho al trabajo y contingente de trabajadores.

I. LA POSICIÓN LEGALIZADA DEL EXTRANJERO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Ningún precepto de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) se refiere específicamente a la «política de inmigración» o al reagrupamiento familiar o a los cupos de trabajadores extranjeros; ni siquiera menciona al inmigrante o al fenómeno migratorio. Es más, tampoco parece que el fenómeno de lo *extranjero* constituya un asunto constitucional de primer orden. Los arts. 13 y 149.1.2 CE son los únicos preceptos que se ocupan expresamente de la materia sin que de ellos pueda deducirse una *política constitucional* de extranjería o inmigración (1). El primero de ellos, como se sabe,

(*) El presente artículo se gestó con ocasión de la Ponencia, de idéntico título, que doña Gloria Begué Cantón tuvo a bien encargarme para su Seminario de Economía sobre «El fenómeno migratorio: un reto para la Europa Comunitaria», celebrado en Salamanca del 25 al 29 de noviembre de 2002. Quiero agradecer a doña Gloria Begué la confianza que depositó en mí para tratar semejante asunto en tan prestigioso foro académico, por lo que me sigo sintiendo abrumado y muy honrado; y, desde luego, a la Fundación Duques de Soria por sus atenciones. Estas breves reflexiones sobre la política de inmigración y dos de sus instituciones, el reagrupamiento familiar y el contingente de trabajadores extranjeros, no hubieran sido posibles sin la inestimable ayuda de Ángeles Ceinos, Laura Díez, Pilar Jiménez y Miguel Presno. En la fecha en la que se revisaban las pruebas de este trabajo el Congreso de los Diputados ha aprobado una nueva reforma de la Ley Orgánica 4/2000.

(1) En este sentido, Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO, *Legislación de extranjería y política de inmigración*, «Relaciones Laborales», Tomo II (2000), p. 71. También FREIXES/REMOTTI, *Los*

regula el disfrute de los derechos fundamentales por los extranjeros, y en particular los de participación política, el régimen de extradición y el derecho de asilo; el art. 149.1.2, por su parte, se limita a reservar a la exclusiva competencia del Estado las materias «Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo».

La CE parece desentenderse del fenómeno *extranjero* pues, incluso los dos únicos preceptos que se ocupan de la cuestión lo hacen para *legalizar* la materia (2). Así pues, la posición y estatus jurídicos del extranjero en España aparenta ser una cuestión de legalidad ordinaria y, además, de exclusiva competencia del Estado (3).

Sin embargo, esta primera constatación no debe llevarnos a pensar que el fenómeno extranjero es constitucionalmente *indiferente*. La circunstancia de que la CE haya querido que el fenómeno extranjero, esto es, el régimen jurídico del extranjero en el ordenamiento jurídico español, sea un asunto de la Ley ni conlleva ni presupone que la CE no imponga límites específicos a esa *legalización*. De ello nos vamos a ocupar siquiera someramente en relación con un aspecto concreto del fenómeno extranjero, que es el que ahora nos interesa, las políticas de inmigración llevadas a cabo a través de las figuras del reagrupamiento familiar y el contingente de trabajadores.

Pero antes de hacerlo, también conviene señalar que de esa relativa indiferencia constitucional para el fenómeno extranjero no puede inferirse que la interpretación correcta del art. 13.1 CE es aquella que postula que los extranjeros sólo gozan en España de aquellos derechos fundamentales que el legislador nacional o el internacional les reconozca y en los términos en los que se los han otorgado de modo que, a falta de tal reconocimiento, no son titulares de derechos fundamentales, o en su versión menos radical, aún siéndolo no podrían ejercerlos. No cabe, como ha advertido el propio Tribunal Constitucional español (por ejemplo, y por citar la más reciente, STC 95/2000, FJ 3), considerar que la CE ha desconstitucionalizado por

derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos, «Revista de Derecho Político», núm. 44 (1998), p. 103 y ss.

(2) Es de cita obligada el libro de Camino VIDAL FUEYO, libro *Constitución y extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, n.º especial p.36 y ss. Con igual carácter general, Ignacio BORRAJO INESTA, *El Status constitucional de los extranjeros*, en la obra colectiva dirigida coordinada por Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, Tomo II, p. 697 y ss. Asimismo, Ángel GÓMEZ MONTORO, la voz «Titularidad de derechos fundamentales» en la obra coordinada por Manuel ARAGÓN REYES, *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, Tomo III, p. 119 y ss.

(3) Sobre el reparto competencial en la materia véase el estudio de Laura Díez publicado en este mismo volumen.

entero la posición jurídica del extranjero en España (4). La CE habrá *legalizado* el régimen jurídico de los extranjeros, pero no lo ha hecho de su disfrute de los derechos fundamentales.

Y tiene su importancia para el asunto objeto de este estudio detenerse unos instantes sobre el inconcluso debate sobre el sentido y alcance del art. 13.1 CE, ya que de la respuesta que aquí se da a esta cuestión dependerá que el reagrupamiento pueda considerarse o no una dimensión del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE o si el régimen de contingentes vulnera o no el derecho al trabajo o el derecho a no ser discriminado por razón de la procedencia nacional.

Aquella interpretación minimalista del disfrute de los derechos por extranjeros en España (según la cual sólo son titulares de —o sólo pueden ejercer— los que así le reconozca la ley, nacional o internacional) es insostenible en la CE. Primero, por una razón sistemática. Ciertamente el propio Constituyente puede disponer sobre quién pueda ser titular o no de los derechos fundamentales, pero en el art. 13.1 CE no parece que lo haga, al menos hasta el punto de dar sustento a la aludida tesis minimalista, por cuanto entraría en contradicción con la propia literalidad de los preceptos que contienen esos derechos fundamentales y que sólo en algunos casos los atribuyen a «españoles» o «ciudadanos». A lo que debe sumarse el art. 10.1 CE y su genérica referencia a la «persona», a su dignidad y a sus derechos inherentes e inviolables, como pilar sustentador del orden social y político, lo que pone serios reparos a quien trate de reinterpretar las expresiones genéricas («todos») o impersonales («Se garantiza...») con las que la CE encabeza la declaración de muchos de los derechos de su Tít.I CE para sostener que las mismas se refieren en principio sólo a los españoles a la vista de lo dispuesto en el art. 13.1 CE (5). En segundo lugar, no puede eludirse que la propia CE

(4) En este sentido véase Pedro CRUZ VILLALÓN, *Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 35 (1992), p. 63 y ss, p. 66; y Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO, *Legislación de extranjería* ..., cit. p. 73.

(5) En esa posible tesis (que ha sido defendida por nadie con este rigor, aunque hacia ella parecía apuntar la STC 107/1984) y que tampoco es la mantenida en el Voto Particular a la STC 115/1987, ni por FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España*, Claves de la Razón Práctica, núm. 75, 1997, pág. 8) se aseveraría que justamente la remisión del disfrute de los derechos fundamentales de los extranjeros a la legislación es una excepción constitucionalmente prevista a la generalidad con la ciertos preceptos constitucionales de derechos fundamentales se refieren a sus titulares. Sin embargo, la propia palabra «goce» presupone una previa posesión de lo que se goza, la titularidad del derecho, y el art. 13.1 CE sería superfluo como tal excepción, ya que cabría estribarla en el permiso constitucional para establecer tratos diferenciados entre nacionales y no nacionales a la vista de la dicción del art. 14 CE. Por otro lado, dicha tesis

reserva la titularidad de ciertos derechos fundamentales a los españoles, lo que impone considerar que en los restantes casos en los que la CE no hace esta salvedad el derecho se garantiza a cualquier persona, máxime si la expresión elegida por el Constituyente es un expresivo «todos» (por ejemplo, art. 15 CE).

Ni siquiera hace falta acudir a la alambicada exégesis que el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) ha hecho de este precepto (por todas SSTC 107/1984, 99/1985, 115/1987) según la cual habría tres categorías de derechos, los ligados a la dignidad en la que extranjero y nacional están en igualdad de condiciones, aquellos reconocidos sólo a los españoles, de los que no gozan los extranjeros, y el resto cuyo goce por los extranjeros depende de la decisión que adopte en cada caso el legislador nacional o internacional.

El problema que plantea la dicción del art. 13.1 CE no es tanto si se trata de un precepto sobre la titularidad (y por tanto, sobre la indisponibilidad) de los derechos fundamentales de los extranjeros (que es la perspectiva habitual), como de qué forma debe interpretarse para no hacer de este precepto una redundancia si ya las reservas del art. 53.1 y 81.1 CE, así como la dicción del art. 14 CE al mencionar sólo a los españoles, permitirían a la Ley regular el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros de forma diversa al de los españoles (6).

Estado en cuestión. Por mucho que así pudiese ser (en contra de esa posibilidad véase lo dicho por Benito ALAEZ CORRAL, en el trabajo que se cita a continuación), es indudable, también técnicamente, que esos derechos fundamentales dejarían de serlo para el caso de los extranjeros, transformándose en meros derecho legales. Véanse, del aludido ALAEZ CORRAL, *Los sujetos de los derechos fundamentales*, en «Teoría general de los derechos fundamentales de la Constitución española de 1978», Bastida/Alaez/Fernández/Presno/Requejo/Villaverde (en prensa); Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales*, en «La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente», Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Univ. Complutense, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 317, vol. I, parcialmente recogido ya en *Esbozo de una Teoría General de los Derechos Fundamentales*, Revista Jurídica de Asturias, núm. 22, 1998, págs. 33 a 58.

(6) El Voto Particular a la STC 115/1987 repara en que la interpretación que el Pleno le da al precepto hace de él una cláusula superflua. Según el Voto el art. 13.1 CE permite al legislador nacional disponer de las «libertades públicas» de los extranjeros (recurriendo a una discutible distinción entre derechos fundamentales y libertades públicas) con el único límite de lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En fin, el art. 13.1 CE no es superfluo, según este Voto Particular, porque excusaría al Legislador del respeto al contenido esencial de los «derecho y libertades» del Cap. II del Tít. I CE fundamental, imponiéndole como único límite lo dispuesto en los aludidos tratados internacionales. Esta parece seguir siendo la tesis que mantiene FRANCISCO RUBIO LLORENTE, en el ya citado trabajo *Los derechos fundamentales...*, pág. 8; en esta línea también se expresa PÉREZ VERA/ABARCA JUNCO, *Art. 13.1. Extranjería*, en el volumen dirigido por OSCAR ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Cortes Generales/EDERSA, reedic. 1997, Tomo II, p.183 y ss, p. 201. CAMINO VIDAL FUEYO trata también de dar respuesta a la cuestión en su *La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 62 (2001), pp. 179 y ss, p.186, y se muestra crítica con la tesis del Voto Particular a la STC 115/1987, p.192 y ss (véase también de la

El art. 13.1 CE cabe interpretarlo como una especie dentro del género de las reservas de ley relativas a los derechos fundamentales contenidas en los arts. 53.1 y 81.1 CE. Lo que distingue esta remisión a la ley, nacional o internacional, es la desigual intensidad con la que ese legislador puede configurar el contenido (esto es, su objeto, haz de facultades que lo componen y límites) de los derechos fundamentales de los extranjeros respecto de la que la CE le otorga para hacer lo propio cuando el titular del derecho fundamental es un español.

La CE sólo reconoce dos tipos de derechos fundamentales desde la perspectiva de su titularidad: aquellos de los que son titulares, en principio, sólo los españoles por que así lo dispone expresamente el precepto constitucional en cuestión, y los restantes derechos de los que lo son tanto españoles como extranjeros. Respecto de los primeros, el art. 13.1 CE permitiría al legislador extender su disfrute también a los extranjeros, con la única excepción del art. 23 CE, en relación con lo dispuesto en el art. 13.2 CE (7). De no existir ley nacional o internacional que regule el disfrute de los derechos fundamentales por los extranjeros, éstos podrán ejercer los no reservados a españoles en igualdad de condiciones que estos últimos, pues el art. 13.1 CE no habilita al legislador para disponer de la titularidad de los derechos fundamentales, sino de su ejercicio. De existir esa ley, la misma podrá regular el ejercicio de los derechos fundamentales, reservados o no a los españoles (pues puede efectuar la ampliación antes vista), o desarrollar su contenido (pues ambos casos pueden embeberse en la expresión «goce») estableciendo condiciones distintas a las previstas para los españoles (incluso es posible que el disfrute por los españoles carezca de legislación alguna y que ésta se promulgue con el único fin de normar el de los extranjeros). Dichas condiciones legales de disfrute de los derechos fundamentales tendrán por límite también su contenido esencial (es decir, el contenido —objeto, contenido en sentido estricto y límites— constitucionalmente definido en abstracto en el precepto constitucional (8)); pero este contenido esencial

autora su libro *Constitución y extranjería*, cit., p.104 y ss). Véase también MIGUEL RODRÍGUEZ PINERO, *legislación de extranjería...*, cit, p. 73 y p. 81.

(7) De la doctrina del TC parece deducirse un respaldo del Tribunal a esta posibilidad

tiene un alcance distinto en su extensión al predicable en el caso de los españoles. Dicho contenido, a diferencia del propio para los españoles, estará en función de lo que dispongan los tratados internacionales sobre derechos humanos, que el art. 13.1 CE eleva a parámetro de la delimitación del contenido constitucionalmente definido de los derechos fundamentales de los extranjeros, y el art. 96.1 CE a límite de lo que el legislador nacional pueda disponer al respecto (9). Así, por ejemplo, los derechos fundamentales de los extranjeros podrían ser objeto de restricciones con fundamento en bienes jurídicos enumerados con ese fin en el tratado correspondiente, pero de imposible aplicación al caso de los españoles al no estar previstos en el oportuno precepto constitucional (10).

Para los extranjeros, los tratados internacionales no son sólo normas interpretativas en el sentido del apartado 2 del art. 10 CE, sino normas de desarrollo de sus derechos fundamentales en España de forma que el contenido de sus derechos será el que establezcan esos tratados, caso de existir, a los que la ley nacional está sujeta (11).

Especial mención merece ahora el principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado (art. 14 CE) (12). La CE reserva a los españoles el principio constitucional de igualdad (en su doble dimensión de principio y derecho subjetivo). El TC ha dicho (SSTC 107/1984 FJ 4, 95/2000 FJ 3, 130/1995 *passim*), en primer lugar, que la CE no impone el trato igual entre extranjero y nacionales; la nacionalidad no es una de las circunstancias personales que el art. 14 CE veda como criterio discriminatorio; en segundo lugar, tal cosa no quiere decir que el legislador tenga plena libertad para fijar desigualdades en

(9) En este extremo la tesis aquí expuesta se acerca a la defendida por el Voto Particular a la STC 115/1987 y por PÉREZ VERA/ABARCA JUNCO y FRANCISCO RUBIO LLORENTE, en sus respectivas obras ya citadas.

(10) Este podría ser el caso de la moral o el orden públicos para la libertad de expresión en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). El TEDH en la Decisión del Caso Ekin contra Francia, de 17 de julio de 2001 estimó lesivo del art. 10 CEDH el art. 14 de la Ley francesa de 29 de julio de 1881 (modificada en 1939) en el que se autorizaba al Ministro del Interior para prohibir la circulación, distribución y venta de toda publicación extranjera en la que se aliente el separatismo y se justifique el recurso a la violencia, e idónea para alterar el orden público. En el caso de autos, se trataba de un libro «Euskadi en guerra» publicado por Ekin en Francia y España, quien alegó en su demanda que la medida no sólo lesionaba su libertad de expresión, sino que, además, les discriminaba por razón de su lengua y origen nacional. Para el TEDH esa fuerte restricción de la libertad de expresión, a la vista de la mención en el art. 10 CEDH a la garantía de esta libertad «sin consideración de fronteras», no responde a la protección de ningún bien social imperioso y, por tanto, no es necesario en una sociedad democrática. Dicho esto, y constatada la lesión del art. 10 CEDH, el TEDH excusa examinar la también alegada lesión del art. 14 CEDH por discriminación.

(11) Quizá sea éste precisamente el único caso de «contenido adicional» de un derecho fundamental y no la libertad sindical en la forma en la que la ha definido el TC.

(12) Consúltase de CAMINO VIDAL, *Constitución y extranjería...*, cit., Cap. II.

la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales en razón de la nacionalidad del sujeto; en tercer lugar, el TC distingue entre la igualdad en la regulación de los derechos fundamentales y los restantes casos. Para el TC hay derechos fundamentales, los ligados a la dignidad, en los que la propia CE impone el trato igual al no reservar su goce a los nacionales; luego hay otros en los que el legislador, nacional o internacional, establecen si cabe o no realizar discriminaciones por razón de la nacionalidad. Por último, para los restantes casos, el legislador es libre de fijar el alcance de la igualdad.

Nuestra opinión en este extremo no es muy distinta a la sostenida por el TC. La CE reserva la igualdad a los españoles, por lo que la nacionalidad puede ser un criterio válido de desigualdad y discriminación en el ordenamiento español tanto para establecer diferencias en el desarrollo y la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales por extranjeros, como para distinguir los estatutos legales ordinarios de unos y otros en función de su nacionalidad. En consecuencia, los términos de la desigualdad jurídica entre extranjeros y nacionales tolerada en el ordenamiento español serán los que establezcan, y en ese orden (art. 94.1 c), en relación con el art. 96.1, ambos CE): los tratados internacionales y el legislador nacional (estatal o autonómico). Sin dejar de reparar en la circunstancia de que el legislador nacional está sujeto (art. 96.1 CE) a lo dispuesto sobre el particular en los correspondientes tratados internacionales.

Llegados a este punto, esta es la tesis que aquí se desea defender. Aunque las políticas de inmigración son competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.2 CE), gozando el legislador nacional de una amplia libertad para decidir sobre la orientación de dicha política en el marco de sus compromisos internacionales, la CE le impone una serie de importantes límites que se infieren del estatus constitucional de los extranjeros. Lo que supone que la interpretación del reagrupamiento familiar o del contingente, como instrumentos de dicha política, que es lo que ahora interesa, debe hacerse a la luz de ese marco constitucional, lo que, como se verá, suscitará alguna que otra interesante cuestión sobre el régimen jurídico vigente de ambas instituciones. Por un lado, respecto del reagrupamiento familiar resulta discutible su generalizada ubicación en el art. 18.1 CE, cuando la más idónea debiera ser, quizá, el art. 39 CE. Por otro lado, en ambos casos, reagrupamiento y contingente, su régimen jurídico suscita algunas graves dudas a la luz del principio de igualdad e interdicción de la discriminación, haciendo de la Ley de extranjería acaso una «ley al por mayor» (13) que necesitaría de una severa reinterpretación.

(13) Sobre este concepto véase el trabajo de FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 60 (2000), pp. 259 y ss.

tación y reorientación hacia lo que fue y debiera seguir siendo un instrumento de ordenación del mercado laboral y no de política inmigratoria.

Con el objeto de desarrollar estas ideas, se reflexionará en primer lugar sobre la relevancia constitucional de las «políticas de inmigración». A continuación se describirá el régimen jurídico de las dos instituciones jurídicas en cuestión; para examinar en último lugar sus problemas constitucionales.

II. LA CONSTITUCIÓN Y LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN

Pese a que en rigor por política de inmigración debiera considerarse únicamente un peculiar sector de la extranjería referido a las medidas y fines perseguidos con la regulación del estatus del extranjero trabajador o que desea trabajar en España, lo cierto es que esta categoría se aplica a la extranjería en general.

No obstante, a los efectos de este trabajo vamos a considerar por tales únicamente las políticas dirigidas al establecimiento del régimen legal de entrada y permanencia en España de los extranjeros, ciudadanos o no de Estados integrantes de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, que pretenden incorporarse al mercado de trabajo español (14). El inmigrante no es el estudiante extranjero que realiza estudios en España, o el turista jubilado de larga duración que posee una propiedad inmobiliaria en España. El inmigrante es el extranjero que desea establecerse en el territorio del Estado español integrándose en alguno de sus sectores productivos. Por tanto, se trata de un extranjero cuya presencia en España presenta peculiaridades que van más allá de las propias del régimen jurídico de la entrada y permanencia en el territorio del Estado de los no nacionales españoles. Y esas notas son las que aporta el anudamiento del estatuto de extranjero al de trabajador (en acto o en potencia).

En España la política de inmigración, como materia exclusiva del Estado (art. 149.1.2 CE), es competencia tanto y sobre todo del Gobierno, en el ejercicio de su *indirizzo* de la política interior y exterior del Estado (art. 97.1 CE), cuanto de las Cortes Generales. No es una materia reservada a la ley, más allá, claro está, de los casos en los que esa política afecte a un derecho fundamental.

La CE no establece finalidad alguna que haya de perseguir dicha política, ni creemos que esa finalidad o los objetivos de esa política puedan ser cabalmente extraídos de la interpretación sistemática de los arts. 1 (valores superiores del ordenamiento jurídico y política de los derechos fundamen-

(14) Véase Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO, *Legislación de extranjería...*, cit. p. 69 y ss. p. 80.

tales), 9.2 (vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales) y 10.1 CE (dignidad de la persona, sus derechos inviolables y libre desarrollo de su persona). Semejantes valores y principios establecen ni más ni menos que el marco general en el que debe encuadrarse la política de inmigración, como deben hacerlo cualesquiera políticas públicas, en tanto no son sino previsiones sobre los objetivos y términos del ejercicio del poder público en concretos sectores de la vida social.

Tampoco cabe derivar sus principios u objetivos del Cap. III CE («De los principios rectores de la política social y económica»). Estos principios lo son del ordenamiento jurídico en su conjunto y fijan objetivos constitucionales irrenunciables de las políticas públicas. Pero, aun cuando de los mismos y su legislación de desarrollo se puedan beneficiar los extranjeros que se hallen en España, ya que fijan un marco al que está sujeto también el legislador de la inmigración, ninguno de ellos tiene por objeto propio el establecimiento de fines y medios del régimen jurídico de la extranjería, y muy en particular del relativo a la inmigración.

En unos casos la propia CE autoriza al legislador para distinguir entre nacionales y extranjeros en el diseño y ejecución de esas políticas públicas con el propósito de llevar a la práctica aquellos principios rectores (15). En otros se impone ciertamente al Estado la consecución de ciertos objetivos económicos o sociales de los que no puede excluir al extranjero-inmigrante que se halle, claro está, en España (16). En esos casos, los principios rectores y sus medidas de consecución son límites de la política de inmigración porque ésta no puede privar al extranjero de su disfrute, pero, en rigor, no son objetivos de dicha política.

Convengamos en que la denominación «inmigrante» (17) se refiere al extranjero que trabaja o busca empleo en España. Convengamos también que una política de inmigración, en rigor, establece los objetivos e instrumentos para su consecución que deben perseguirse con una determinada forma de ordenar jurídicamente la entrada y permanencia de los extranjeros

(15) Por ejemplo los arts. 40.1 ó 43 CE. Es más, hay preceptos, como el art. 47 CE, derecho a una vivienda digna y adecuada, que en principio se reservan a los españoles, pero que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (modificada por la ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; en adelante, LOEx) ha ampliado tímidamente a los extranjeros al establecer un «derecho a ayudas en materia de vivienda» en su art. 13.

(16) Art. 45 y el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, o el art. 44 y el derecho de acceso a la cultura.

(17) «Trabajador migratorio» dice la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares adoptada por la Asamblea General de la ONU por Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990; el ordenamiento español sólo define quién es extranjero: art. 1 LOEx.

que pretendan establecerse económicamente en España mediante la realización de actividades lucrativas por cuenta propia o ajena.

Este tipo de extranjero, por definición, es un extranjero que aspira a entrar y residir en España durante largos periodos temporales y a integrarse en su actividad económica, y que por ello su situación legal suscita cuestiones a las que no ha lugar en el caso del extranjero que entra en España con el fin de permanecer dentro del territorio del Estado por un breve periodo de tiempo (las «estancias» que dice el art. 30 LOEx) o residir en él pero sin realizar actividades lucrativas (las «residencias», temporales o permanentes no ligadas a la realización de una actividad lucrativa dentro de España, arts. 31 y 32 LOEx —dejando a un lado situaciones especiales como las de los estudiantes, científicos y artistas, diplomáticos y personal al servicio de las legaciones extranjeras, o asilados, refugiados y apátridas).

La ausencia de toda regla o principio sobre políticas de inmigración en la CE implica que el legislador español o el ejecutivo tienen un amplio margen de libre decisión para fijar tanto los fines como las medidas de dichas políticas cuyo único límite es el que deriva del mayor rango de la Constitución. Con todo, el legislador o el ejecutivo español están limitados por lo dispuesto sobre el particular en el Derecho europeo y en los Acuerdos internacionales suscritos por España.

Así, y en lo que ahora interesa, España está sujeta al mandato de trato igual y a la interdicción de la discriminación de todo ser humano contenido en los arts. 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Asimismo también garantiza a todo ser humano el disfrute en igualdad de condiciones del derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y su familia y a la protección de la ley ante ellas (art. 12), a circular y residir libremente dentro del territorio de un Estado (art. 13.1) (18), y del derecho al tra-

(18) No estará de más recordar que la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven (Resolución de Naciones Unidas 40/1444, de 13 de diciembre de 1985) en su art. 2 ya advierte que nada en ella debe interpretarse como legitimación de la entrada o presencia ilegal de extranjeros en el Estado, ni ninguno de sus preceptos restringe el derecho de todo Estado a promulgar normas sobre la entrada de extranjeros y sobre los términos en los que pueden permanecer o para establecer diferencias entre éstos y sus nacionales. Siempre, señala ese mismo precepto, que dichas leyes no resulten incompatibles con las obligaciones legales internacionales contraídas por el Estado, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos. En este mismo sentido se ha pronunciado el TEDH afirmando que debe reconocerse a los Estados firmantes del CEDH su derecho a controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros dentro de su territorio, debiendo compatibilizarse el disfrute de los derechos que a éstos les reconoce el CEDH con las legítimas políticas de inmigración adoptadas por los distintos Estados parte del CEDH (SSTEDH, caso Moustakim, de 18 de febrero de 1991; caso Nasri, de 13 de julio de 1995; caso Amuur, de 25 de junio de 1996; caso Chahal, de 15 de noviembre de 1996; Ahmed, de 17 de diciembre de 1996; caso Bouchelkia, de 20 de enero de 1997; caso Mehemi, de 26 de septiembre de 1997).

bajo de toda persona, a la libre elección de su trabajo y a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (art. 23.1). La Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven (Resolución de Naciones Unidas 40/1444, de 13 de diciembre de 1985) reitera de nuevo en su art. 5.1 b) el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias en la vida privada personal y familiar (limitable sólo por una norma legal cuando sea necesario para una sociedad democrática con el propósito de proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la moral y salud públicas o los derechos y libertades de otros, y siempre que las restricciones sean consistentes con otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales y en esta misma declaración) y en el art. 8.1.a) el derecho a unas condiciones seguras y saludables de trabajo, a una remuneración equitativa y a una igual consideración sin discriminaciones de clase alguna.

No menos expresivo es el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuyo articulado reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el disfrute de los reconocidos en el pacto (art. 2.1, 3, 14 y 26), también el derecho de libre circulación y residencia, que, no obstante, puede ser legítimamente limitado por los Estados (el derecho a la entrada sólo está reconocido a los nacionales, art. 12), el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y su familia (art. 17.1), y, además, se protege especialmente a la familia (art. 23) y los niños (art. 24, complementado por la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas).

Y no con menor importancia deben mencionarse aquí los derechos reconocidos a todo ser humano en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al trato igual y no discriminatorio en el disfrute de los derechos (art. 3), el derecho a trabajar y a la elección libre de trabajo y el deber de los Estados de garantizar estos derechos (arts. 6 y 7), y la protección especial de la familia y los niños (art. 10). No menos expresiva resulta la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares adoptada por la Asamblea General de la ONU por Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en sus art. 7 y 43 (trato igual en el disfrute de los derechos de la Convención), art. 14 (injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y familia), art. 25 (igualdad de derechos laborales), art. 39 (derechos de libre circulación y residencia en el Estado en los que estén empleados), art. 44 (protección de la familia y el reagrupamiento), art. 52 (libre elección de empleo).

En suma, no hay un derecho ni humano ni constitucional a entrar en el territorio español (por todas SSTC 179/2000, 169/2001, ATC 55/1996, donde se cita también la jurisprudencia del TEDH en la que se reconoce la potestad estatal para decidir sobre el régimen de entrada y permanencia de los

extranjeros en su territorio), pero sí para quienes lo hayan hecho legalmente a circular libremente en él, residir donde se desee, a trabajar y a elegir libremente dicho trabajo, derechos que deben disfrutarse en condiciones de igualdad respecto de los nacionales del Estado, estando prohibida cualquier clase de discriminación; sin perjuicio de que el Estado pueda limitar esos derechos en virtud de una ley y con fundamento en el propósito razonable y proporcionado de proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros. (art. 12 Pacto de Derechos Civiles, art. 39.2 Convención Derechos de los Trabajadores migratorios y sus familias). Los Estados también tienen el deber de proporcionar la oportuna protección a la familia, garantizar el derecho de reagrupamiento (art. 44 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares adoptada por la Asamblea General de la ONU por Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990) y a los niños, garantizando la igualdad de trato entre extranjeros y las nacionales (19).

III. POLÍTICAS DE INMIGRACIÓN EN EL ESPACIO EUROPEO Y EN ESPAÑA

En el ámbito regional europeo hemos de atender a dos esferas jurídicas distintas, si bien conexas entre sí. De un lado están los textos internacionales de ámbito general, a saber, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), la Carta Social Europea y el Convenio Europeo del Consejo de Europa relativo al Estatuto jurídico del Trabajador Migrado, celebrado el 24 de noviembre de 1977. De otro lado, está el Derecho de la Unión Europea, muy en especial desde que el Tratado de Ámsterdam ha comunitarizado la política de inmigración. También merece una referencia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Los acuerdos internacionales de ámbito europeo general siguen la tónica de los textos internacionales universales antes mencionados: rodear al emigrado de una serie de garantías básicas relativas a su entrada y permanencia en el Estado receptor, reconocer su derechos a una vida privada personal y familiar y a no ser objeto de discriminaciones en el disfrute de aquellas garantías y estos derechos, y ser equiparados en sus condiciones de

(19) Cuestión que, como se verá, tendrá su relevancia en el examen de las instituciones objeto de este opúsculo. Así se recoge en los arts. 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 2.1, 3, 14 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 7 y 43 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares adoptada por la Asamblea General de la ONU por Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

trabajo a los nacionales del Estado de acogida. El art. 14 CEDH garantiza el trato igual de toda persona en el disfrute de los derechos en él reconocidos. Y su art. 8 CEDH establece que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar y «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás». El art. 19 de la Carta Social Europea de 1961 establece reglas particulares para la protección de los trabajadores migrantes que se suman a las reconocidas en la Carta a todo trabajador. En ese precepto, los Estados parte se comprometen a luchar contra el tráfico ilegal de inmigrantes, a la protección jurídica de éstos y sus familias, a facilitarles el reagrupamiento familiar y al trato de estos trabajadores «no menos favorable» que el de los trabajadores nacionales (20).

El Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, de 24 de noviembre de 1977, establece una serie de reglas básicas que se han sido incorporadas por los Estados parte, entre ellos España (desde el 1 de mayo de 1983). Ahora se debe subrayar lo dispuesto en su Cap. II (art. 2 y ss.) que regula las «formas de reclutamiento» de los trabajadores migrantes y las condiciones de trabajo en el país de acogida. También en sus arts. 9.3 y 12 establece normas relativas al agrupamiento familiar, y su art. 16 exige un trato «no menos favorable» que el dispensado a los trabajadores nacionales.

Pero sin duda, en la actualidad la normativa internacional capital para el diseño de las políticas de inmigración del Estado español es la elaborada en el seno de la UE. La consecución del mercado interior único, el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, y la desaparición de las fronteras interiores para facilitar la libre circulación de bienes, servicios y personas ha impuesto la comunitarización de las políticas de inmigración. Dicha comunitarización ha sido llevada a cabo por la modificación que efectuó el Tratado de Ámsterdam del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE). El Tít. IV TCE ha comunitarizado las políticas de inmigración (art. 63.3 y 4), integrándolas en el objetivo de hacer de la Unión Europea un espacio de libertad, seguridad y justicia. La comunitarización de las políticas de inmigración propiciada por el

(20) No se olvide que el art. 20.1 de la Carta Social impone a los Estados parte la obligación de tener por objetivos de sus políticas la enumeración de fines de su Preámbulo y a considerarse obligados «al menos» en cinco de sus artículos, entre los que se menciona el art. 19.

Tratado de Ámsterdam, el TCE y los Acuerdos Schengen (y su Convenio de aplicación) se han materializado en las Conclusiones de las Cumbres del Consejo Europeo de Tampere primero (octubre de 1999) y de Sevilla después (junio de 2002).

Los documentos europeos pertinentes han subrayado la necesidad de que la política de inmigración deje de ser una materia sujeta a meras normas armonizadoras de las legislaciones nacionales para pasar a ser materia propia de la acción normativa de la propia UE (21). La supresión de las fronteras interiores exige a juicio de las autoridades de la UE un control de los flujos migratorios que deben acompañarse a las distintas situaciones demográficas y de empleo de los Estados europeos. Para la Unión dichas políticas se encuadran en el propósito de hacer de Europa un espacio de libertad, seguridad y justicia sustentado en el pleno reconocimiento y garantía de los derechos humanos y conforme con la tradición de la Europa como tierra de acogida. A tal fin, se perfila un plan encaminado a la homogeneización y coordinación de las legislaciones sobre entrada, residencia, visados y asilo de los Estados de la Unión con el propósito de efectuar una gestión coordinada y armónica de los flujos migratorios en las fronteras exteriores de la Unión y en su interior, evitar, perseguir e irradiar la inmigración irregular (22) y sobre todo castigar a quienes promueven y se lucran con ella intensificando las acciones de cooperación exterior con los Estados de origen y tránsito, y el establecimiento de planes comunes para la integración de los residentes legales mediante políticas adecuada de equiparación con los nacionales (23).

(21) Este es el sentido de documentos tan relevantes como las dos Comunicaciones de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre las políticas de inmigración y derecho de asilo, COM(1994)23FINAL, y sobre una política comunitaria de migración, COM(2000)0757FINAL; y de las Conclusiones de los Consejos Europeos de Tampere (octubre de 1999) y Sevilla (junio de 2002). Sin que pueda eludirse la cita de los Acuerdos y el Convenio de Schengen.

(22) Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal, COM(2001)672FINAL.

(23) La desaparición de las fronteras interiores ha elevado a primer término la cuestión relativa al alcance de la libre circulación de servicios y personas a la luz de lo dispuesto en los arts. 14, 18 y 61 TCE y la posibilidad de que se reconozca una libertad restringida de circulación a los nacionales de terceros Estados que hayan entrado legalmente en el territorio de la UE. Sobre este particular véanse las obras de M. Isabel LIROLA DELGADO, *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994; SCHERMERS y otros, *Free Movement of Persons in Europe. Legal Problems and Experience*, TMC Asser Instituut, The Hague, 1993; y más recientemente ALBERT FERRER I GÓMEZ, *Libre circulación de nacionales de terceros estados y miembros de la familia en la Unión Europea*, Institut Universitari d'Estudis Europeus, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2001; y PILAR JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Las libertades de circulación y de residencia de los familiares de los nacionales comunitarios*, en la obra dirigida por PRESNO LINERA, «Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos», Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa); y, finalmente, IGNACIO BLAZQUEZ RODRÍGUEZ, *Los nacionales de*

Debe repararse en que en el marco de esta incipiente e inexorable política comunitaria de inmigración late, así al menos parece percibirse en los textos europeos, la política de contingentes de trabajadores. En efecto, como instrumento del control sobre el flujo migratorio y de la lucha contra el tráfico ilícito de inmigrantes, los textos europeos han puesto los pilares de los contingentes al establecer, de un lado, que los Estados miembros tendrán en cuenta las solicitudes de entrada para trabajar cuando la oferta de empleo de ese Estado no pueda cubrirse con mano de obra nacional, comunitaria, o no comunitaria si ya reside de forma permanente en ese Estado y está integrada en su mercado laboral. Por otro lado, y ligado a lo anterior, cada Estado fijará los criterios y procedimientos de admisión según las reglas que la propia UE ha fijado, y, en particular, las que imponen que la entrada en un Estado miembro para trabajar estará sujeta a una previa autorización, que se proporcione al inmigrante los pertinentes visados y permisos de residencia, y, la limitación del permiso inicial de trabajo a un empleo y empleador determinados. En este sentido se pronuncia la Resolución del Consejo de 20 de junio de 1994 sobre las limitaciones de la admisión de nacionales de países no comunitarios para trabajar en el territorio de Estado miembros y también la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y actividades económicas por cuenta propia (24).

terceros países en la Unión Europea, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2001. Cabe constatar que, en primer lugar, el régimen de circulación de los extranjeros nacionales de terceros Estados (y que no sean familiares de ciudadanos comunitarios, pues esta categoría se sujeta a un régimen propio, ver sobre esto el trabajo citado de PILAR JIMÉNEZ y de ALBERT FERRER) es materia de competencia comunitaria (arts. 62 y 63 TCE); en segundo lugar, las condiciones impuestas por la consecución de un efectivo mercado único y las exigencias derivadas del reconocimiento en el CEDH del derecho a la libre circulación y residencia y a la vida familiar (art. 2.1 del protocolo núm. 4 del Convenio y art. 8, respectivamente) parecen imponer a la larga el reconocimiento a todo extranjero nacional de un tercer Estado y no familiar de un ciudadano comunitario, que haya entrado y resida legalmente en un Estado de la UE, su derecho a circular libremente y elegir su residencia dentro del territorio comunitario (en este sentido, de nuevo el trabajo de ALBERT FERRER, p. 19 y ss., donde se cita el Informe del Grupo de Expertos en derechos fundamentales, *Afirmando los derechos fundamentales en la Unión Europea. Hora de actuar*, Comisión Europea, febrero de 1999); y en tercer lugar, no deben soslayarse las limitaciones que a ese futuro reconocimiento general de la libre circulación y residencia se derivarían del acervo Schengen. Consúltense las Res

Con todo, en mi opinión, más allá de la pátina de la libertad y los derechos humanos, de la tradición europea de acogida y la pretensión de que Europa sea un espacio de libertad, seguridad y justicia para «todos», como expresaron las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, octubre de 1999 (25), la política europea sobre extranjeros (que eufemísticamente se les llama nacionales de terceros Estados) tiene sus objetivos primordiales en la evitación y represión de la inmigración ilegal y el tráfico ilícito de seres humanos. La consecución de ambos objetivos se pretende realizar a través de una política común de control de los flujos migratorios que pasa por la acción integrada y coordinada en la gestión de las fronteras exteriores de la Unión, la concesión y exención de los visados de entrada y la canalización de la inmigración por lo que de una forma no menos eufemística se denominan «canales legales», y políticas de prevención mediante acuerdos bilaterales con los países de origen y tránsito y convenios de readmisión de sus nacionales (26).

Pues bien, entre esos «canales legales» se cuentan tanto las reglas sobre admisión de trabajadores extranjeros como sobre reagrupamiento familiar. Quizá donde se pone de manifiesto de manera más evidente el carácter restrictivo de esas políticas es, justamente, en lo relativo a los canales legales de admisión de trabajadores inmigrantes. Dichas reglas, más arriba glosadas, permiten concluir que, a salvo los inmigrantes que ya residen de forma permanente en el Estado, la única forma «legal» de acceder a un puesto de trabajo por un extranjero no residente continuado en un Estado miembro es acogiendo a los procedimientos de autorización para la entrada por razones laborales. Unos procedimientos que presuponen, así al menos se desprende de la Propuesta de Directiva, la no presencia del extranjero en el Estado oferente. Así pues, la política de inmigración comunitaria en esta materia se encamina hacia un cierre de sus fronteras frente

(25) De las que se han derivado la citada Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia, y a la Propuesta de Directiva al Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, DOCE C 116 E/66, de 26 de abril de 2000, págs. 15 y ss. —que ha sufrido dos modificaciones, en 2001 y 2002.

(26) Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO subraya ese «signo sustancialmente restrictivo hacia los nacionales de terceros países» de la política migratoria de la UE, *Legislación de extranjería...*, cit. p. 75 a 77. Y no es el único, ya en fechas tempranas lo hizo José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, *La condición jurídica de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea*, en «Alternativas a una política de inmigración (Jornadas organizadas por el centro Universitario "Ramón Carande")», Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1996, págs. 51 y ss., *passim*; y más recientemente Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ, *Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea*, en «Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea», Colección Escuela Diplomática núm. 3, edición a cargo de Escobar Hernández, Madrid, 1998, p. 103 y ss., *passim*.

al trabajador inmigrante, quién sólo podrá acceder a un puesto de trabajo en un Estado miembro aceptando la oferta que éste le haga en su país de procedencia. Como se verá más abajo, España ha hecho sus deberes comunitarios de modo muy aplicado en la LOEx, ya que el contingente ha dejado de ser un canal posible de regularización de extranjeros irregularmente presentes en el territorio del Estado (como parecía serlo en la Ley de 1985) para adaptarse con fidelidad a lo que ni siquiera es todavía una norma comunitaria.

Hoy por hoy las políticas de inmigración se someten a las necesidades derivadas de la preservación del equilibrio debido con la lucha contra la ilegalidad (tanto de quien la sufre como de quien se beneficia de ella), y las necesidades económicas y demográficas del país de destino. Criterios asumidos por la Presidencia española en el documento oficial en el que se expresaron sus objetivos («España 2002. Presidencia española de la UE; ue2002.es») y que se plasmaron en las conclusiones de dicha Presidencia (Consejo Europeo de Sevilla, junio de 2002).

Las políticas de integración y de asimilación en derechos y deberes del estatus del extranjero con el del ciudadano europeo, así como la interdicción de cualquier forma de discriminación, la persecución del racismo y la xenofobia, y las políticas de derechos fundamentales, no sólo carecen de un plan específico (que sí se aprobó, en cambio, para la lucha contra la inmigración ilegal: «Plan Global de Lucha contra la Inmigración Ilegal»), quedando en pronunciamientos genéricos (en fin, al albur de los legisladores estatales), sino que se reservan, ya no sólo para los residentes legales, sino para lo de larga duración. Prevención y control del flujo de entrada de inmigrantes y políticas activas sólo para los que posean una residencia de larga duración. Así no extraña que el reagrupamiento familiar o la política de contingentes, más que políticas activas de ordenación del flujo migratorio conforme a la libertad y justicia que pretenden alcanzarse y garantizarse en el espacio europeo, sean parte importante de las políticas de prevención y control de ese flujo. Esto explica el carácter restrictivo del reagrupamiento o el empleo del contingente, no como un instrumento ordenado de cooperación internacional y ordenación del mercado laboral, sino como la única vía de entrada y permanencia en el Estado de destino del inmigrante.

No debe dejar de mencionarse la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar (art. 7), el derecho a ganarse la vida y a elegir libremente profesión, reservando a los ciudadanos de la Unión el derecho de libre circulación, residencia establecimiento (buscar empleo y trabajar), y a los extranjeros el derecho a un trato laboral equitativo (art. 15), así como una extensa garantía de la igualdad e interdicción de la discriminación, ade-

más de la protección de los niños (Cap. III). Sin perjuicio de que el art. 50 dispone: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá haber sido estipulada por la autoridad legislativa competente. Respetando el principio de proporcionalidad, sólo se podrán introducir limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Unión, o a otros intereses legítimos en una sociedad democrática o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

El Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración de la Delegación del Gobierno para la extranjería y la Inmigración (Plan GRECO), en el que España ha plasmado su política de inmigración no ha hecho más que materializar estos principios europeos. En lo relativo a las «acciones» del Plan, la 1.2 se establece que el Gobierno determinará el número de inmigrantes que anualmente necesite España para su integración en el mercado laboral, y la 1.3 se prevé la realización de convenios con otros Estados para la regularización y ordenación de la llegada de inmigrantes. El punto 3.2 es aún más explícito en la finalidad última de estas políticas de gestión del flujo migratorio en España: la garantía de la convivencia en la sociedad española. Un objetivo que parece estar ligado más al orden público y la lucha contra la inmigración ilegal que a una efectiva política de integración social del inmigrante.

Sin embargo, que así sea, no sólo no es contrario a lo dispuesto en los Convenios internacionales de ámbito universal y europeo, como tampoco lo es con el acervo comunitario, sino que en principio resulta conforme con la Constitución ya que ésta no se inclina por ninguno de los posibles objetivos que quepa perseguir en el marco de la política de inmigración, ni en el orden de prioridades que en ella se fije. La propia jurisprudencia del TEDH (por todas, Caso Berrehab, 21 de junio de 1988) ha reconocido que es competencia de los Estados fijar libremente sus política de inmigración y legítimo que sean sus objetivos proteger el mercado laboral interior, evitar un pernicioso incremento de la densidad de población o, simplemente, garantizar el orden público.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REAGRUPAMIENTO FAMILIAR

El Cap. II LOEx regula el «reagrupamiento familiar» (27). Según dispone dicho Cap. II los extranjeros residentes en España tienen derecho a la

(27) No se entrará en el análisis del caso particular del reagrupamiento del que se benefician los ciudadanos europeos, en particular cuando los familiares que desean reagrupar son nacionales de terceros Estados (fundamentalmente Real Decreto 766/1992, de 26 de junio) y el reagru-

vida en familia y a la intimidad familiar en los términos de la propia LOEx y de los Tratados Internacionales suscritos por España (art. 16 LOEx). Ya hemos señalado que todos los textos internacionales sobre derechos humanos, de ámbito universal o europeo, reconocen el derecho de toda persona a la vida privada y a la familia. También debe tenerse en cuenta el art. 12 (en relación con el art. 9.3) del Convenio Europeo sobre el Estatuto jurídico del Trabajador Migrante, que le garantiza su derecho a la reagrupación familiar, sin perjuicio de la regulación particular de ese derecho que haga cada Estado parte. También el art. 19 de la Carta Social Europea, en relación con su art. 16, impone a los Estados parte la obligación de facilitar el reagrupamiento familiar de los trabajadores inmigrantes.

El art. 12 del Convenio Europeo sobre el Estatuto jurídico del Trabajador Migrante establece que el cónyuge del trabajador y sus hijos menores de edad que dependan del trabajador están autorizados para unirse al trabajador migrante en el país de residencia, siempre que disponga de una vivienda «considerada normal» para los trabajadores nacionales del Estado de acogida, pudiendo cada Estado supeditar esa autorización a un plazo de espera no superior a un año. Téngase en cuenta que ya el art. 13 del Convenio de la OIT C143 sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) de 1975 establecía que «Todo Miembro podrá adoptar todas las medidas necesarias, que dependan de su propia competencia, y colaborar con otros Miembros a fin de facilitar la reunión de familias de todos los trabajadores migrantes que residan legalmente en su territorio» (28).

La UE, por otra parte, está elaborando una Directiva sobre el derecho de reagrupación familiar (29), en ejecución de las Conclusiones de los

pamiento de los familiares de los extranjeros que residen en España en condición de estudiantes (art. 55 REX). Sobre estos asuntos véanse las obras ya citadas de Albert FERRER y Pilar JIMÉNEZ. Con carácter general consúltense los trabajos de María Dolores MARTÍNEZ CUEVAS, *La expulsión del extranjero residente y de sus familiares reagrupados en España*, «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada», núm. 5, 2002, p. 141 y ss, opúsculo que, a pesar de su título, examina con detalle el régimen legal del reagrupamiento en España; y los comentarios al Cap. II de la LOEx de MOYA ESCUDERO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000)*, Comares, Granada, 2001; Elena LÓPEZ BARBA, *La reagrupación familiar*, Comunicación al XII Congreso de Derecho del Trabajo, mayo de 2001, Santander.

(28) Convenio, por cierto, no ratificado por España. Ya el Convenio OIT de 1949 C97 sobre los trabajadores migrantes, este sí ratificado por España, contemplaba implícitamente el instituto del reagrupamiento.

(29) DOCE C 116E, de 26 de abril de 2000 (COM-1999-638FINAL). Esta propuesta de directiva ha sido objeto de varias modificaciones: DOCE C 62E, de 27 de febrero de 2001 (COM-2000-624FINAL) y DOCE C 203E, de

Consejos Europeos de Tampere y de Laeken, con la que homogeneizar en el conjunto de la UE el régimen de la reagrupación. Pero, volvamos a la LOEx.

Con arreglo al art. 17 LOEx los extranjeros residentes, hay que entender que legalmente (30), en España tienen derecho a reagrupar a su familia, por la cual entiende la LOEx, art. 17, aquella formada entorno a la institución del matrimonio. A saber, se pueden reagrupar, el cónyuge actual del extranjero y los hijos de ambos menores de 18 años, incluidos los adoptados, o los incapacitados, o los de uno de ellos siempre que sobre los mismos posea la patria potestad en solitario o tenga otorgada su custodia y estén efectivamente a su cuidado (31). También pueden reagruparse los menores a cargo del reagrupante y los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge siempre que estén a su cargo y haya razones que justifiquen la necesidad de su residencia en España (32).

El reagrupante deberá haber residido legalmente en España al menos un año y estar en condiciones legales de residir otro más (es decir, al menos debe poseer la residencia temporal, art. 31 LOEx, art. 14.1 REx) (33). En estas estrictas condiciones el extranjero solicitará la autorización de residencia de sus familiares reagrupables, añadiendo el art. 18 LOEx que debe acreditar que dispone de un alojamiento adecuado y de medios económicos para sostener a la familia (34). Una vez recibida la autorización, los familiares reagrupables deberán solicitar en su país de origen el oportuno visado de entrada para el reagrupamiento familiar; aunque el art. 49.1 K REx permite solicitar la exención de visado en el caso, claro está, de que el familiar reagrupable ya estuviese en el territorio español. Con ambos documentos, la autorización de residencia por reagrupación y el visado —salvo casos de exención— y la restante documentación exigida reglamentaria-

(30) Art. 18 LOEx, art. 41.4 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en adelante REx, art. 1.1 Orden Ministerial de 8 de enero de 1999.

(31) En este sentido el art. 4 de la propuesta de Directiva sobre reagrupamiento. No obstante este precepto es algo más extenso en sus previsiones ya que contempla al hijo de uno de los cónyuges cuando uno de ellos tenga su custodia compartida y siempre que el otro titular de dicha custodia haya dado su consentimiento (art.4.1 c).

(32) Véase el art.4.2 de la propuesta de Directiva. La LOEx no contempla la posibilidad de reagrupar a hijos mayores de edad si están solteros y dependen por razones de salud del reagrupante o su cónyuge. (art.4.2 b).

(33) En igual sentido el art. 8 de la propuesta de Directiva.

(34) El procedimiento se ha desarrollado fundamentalmente en los art. 8.2 y art. 44 REx, y lo que sobre el particular dispone la Orden de 8 de enero de 1999. El art. 7 de la propuesta de Directiva autoriza a los Estados a exigir estas condiciones, lo que ya estaba previsto en el art. 12 del Convenio sobre el Estatuto del Trabajador Migrante de 1977.

mente (muy en especial el informe gubernativo preceptivo, art. 17.3 y 41 REx y art. 7 y 8 Orden Ministerial), los familiares reagrupables podrán entrar y residir legalmente en España con el extranjero reagrupante (art. 14.1 REx, art. 4.2 Orden Ministerial) debiendo solicitar en el plazo de vigencia del visado el oportuno permiso de residencia temporal en los términos del art. 41.4 REx.

El familiar reagrupado poseerá entonces una autorización de residencia en España, que estará ligada a la duración y validez del permiso de residencia del reagrupante (art. 18.3 LOEx, art. 41.4 REx), de forma que la pérdida de ésta por el reagrupante arrastra la de los familiares reagrupados, salvo el supuesto en el que el cónyuge o los hijos obtengan un permiso de residencia independiente en la forma y casos previstos en el art. 16.3 y 19 LOEx y 41.4 REx (que a su vez les permite ejercer el derecho de reagrupamiento respecto de sus propios familiares, art. 41.5 REx) (35). Es este aspecto del reagrupamiento en el que más ha incidido la jurisprudencia del TEDH.

Este Tribunal ha sostenido que del art. 8 CEDH no cabe inferir la obligación de los Estados de acceder a cualquier petición de reagrupación familiar, ni siquiera cuando el reagrupado pueda ser el cónyuge del extranjero solicitante (36). El TEDH reconoce a los Estados, en el marco de su plena competencia sobre el régimen de entrada y permanencia en el país y las políticas de inmigración, la potestad de articular como estimen oportuno el régimen de reagrupamiento familiar (Caso Berrehab, de 21 de junio de 1988). Ahora bien, el TEDH ha considerado que aquellas medidas y decisiones o resoluciones de las autoridades estatales que supongan la separación de algún miembro del grupo familiar como consecuencia de la

aplicación de su legislación sobre extranjería, parafraseando a la Corte Suprema de los EE.UU., soporta una fuerte presunción de que se trata de una injerencia ilegítima en el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8 CEDH.

Para el TEDH los extranjeros, al igual que los nacionales de los Estados parte, tienen un derecho a poseer y preservar su vida familiar frente a injerencias arbitrarias o ilegítimas por parte de los poderes públicos. Por «vida familiar» ha entendido el TEDH la existencia de lazos materiales y afectivos entre padres e hijos, o entre ascendientes y descendientes, y una real y efectiva vida en común. A ello debe sumarse el arraigo de ese grupo familiar en el Estado de acogida en el que residen (acreditado por los años de residencia, el conocimiento de la lengua originaria o la práctica inexistencia de vínculos efectivos con su país de origen). Pues de existir es arraigo, será mayor la exigencia de proporcionalidad y legitimación que se exija a la medida estatal que afecte a esa vida familiar (SSTEDH Marckx, de 13 de julio de 1979, Abdulaziz, Cabales, Balkandali, de 28 de mayo de 1985, Dalia, de 19 de febrero de 1998, Baghli, de 30 de noviembre de 1999, Ciliz, de 11 de julio de 2000, Ezzhoudi, de 13 de febrero de 2001) (37).

Lo relevante para el TEDH es que el art. 8 CEDH protege a la familia, concebida ésta en términos cada vez más amplios y flexibles, arraigada en el país de acogida; aunque no imponga a los Estados una determinada política indiscriminada de reagrupamiento familiar. El art. 8 CEDH no reconoce un derecho al reagrupamiento familiar, sino a que no se altere ilegítimamente la vida y unidad familiar tanto de los nacionales como de los extranjeros (STEDH Abdulaziz, Cabales y Balkalandi de 28 de mayo de 1985). Es más, el propio TEDH ha afirmado reiteradamente que no hay lesión del art. 8 CEDH si se deniega el reagrupamiento o se expulsa a uno de los miembros del grupo familiar si ello supone la expulsión del resto, salvo que se acredite el arraigo de dicha familia en el Estado de acogida y el desarraigo con su país de origen, caso en el que sí se apreciaría la lesión del art. 8 CEDH (SSTEDH Abdulaziz, Cabales y Balkalandi de 28 de mayo de 1985, Berrehab, 21 de junio de 1988, Moustaquim, 18 de febrero de 1991).

(37) Así, la expulsión de un extranjero puede ser contraria al art. 8 CEDH si supone la ruptura de la vida familiar y, además, ese extranjero ya no posee arraigo en su Estado de origen ya que su familia reside desde hace tiempo en el de acogida (por todas Casos Abdulaziz, Cabales y Balkalandi de 28 de mayo de 1985, Berrehab, 21 de junio de 1988, Moustaquim, 18 de febrero de 1991, Ezzhoudi, de 13 de febrero de 2001).

V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTINGENTE DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

El art. 39 LOEx regula el denominado contingente de trabajadores extranjeros (38). En virtud de este precepto el Gobierno, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo (condición que se exige también para la concesión ordinaria de los permisos de trabajo para trabajadores por cuenta ajena, art. 38.1 LOEx), establecerá anualmente, siempre que exista necesidad de mano de obra, un contingente en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España, con indicación de sectores y actividades profesionales (39).

Así de escueta se expresa la LOEx a la hora de regular lo que hoy por hoy resulta ser para el extranjero el mecanismo único y regular de acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena en España. El art. 65 REx desarrolla lo

(38) Consúltense al respecto los comentarios a este precepto en AJA, (Coord.), *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; MOLINA NAVARRETE (Dir.), *Comentario a la Ley y al reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, Comares, Granada, 2001; MOYA ESCUDERO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000)*, Comares, Granada, 2001; y, además, VICEN AGUADO i CUDIOLA, *El control administrativo de la inmigración laboral a través de la contratación en origen: el contingente de autorizaciones de trabajo para extranjeros no comunitarios*, «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 4, 2002, p. 65 y ss.; MARCO APARICIO WILHELM, *El acceso al trabajo por parte de las personas inmigrantes en España: análisis de su régimen jurídico y argumentos para su necesaria reforma*, «Revista vasca de Administración Pública», núm. 63, 2002, p. 11 y ss.; CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, *La política de contingentes*, en «Jornadas sobre la Ley de Extranjería. Sus repercusiones en el ámbito laboral (Granada, 8 y 9 de marzo de 2001)», Universidad de Granada, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, Granada, 2001. Sigue teniendo interés el opúsculo de APRELL LASAGABASTER, *La fórmula «contingente de autorizaciones» como condicionante para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios*

dispuesto en el parco art. 39 LOEx, y de la lectura de este precepto resulta meridiano que la fórmula del contingente es en la práctica la única vía válida, en principio, para alcanzar el permiso de trabajo. En efecto, por un lado, tanto el art. 39.1 LOEx como su art. 38, que regula en general los permisos de trabajo por cuenta ajena, vinculan su concesión a la situación nacional de empleo, con las excepciones, es decir, casos en los que no se tendrá en cuenta esa situación, previstas en el art. 40 (entre los que se enumeran los permisos de trabajo para familiares reagrupados, apartado b). Pero, aunque, en principio, sea necesario tener en cuenta esa situación, lo cierto es que el contingente se establece en el art. 39 LOEX para determinar qué puestos de trabajo, a la vista de la situación del mercado laboral nacional, de los que pueden ser ofertados a extranjeros, se van a reservar para extranjeros que no residan en España. La LOEx prevé, pues, las dos posibilidades: un régimen general de permisos de trabajo que pueden obtener extranjeros residentes en España para trabajar en aquellos puestos no cubiertos por españoles, ciudadanos comunitarios y del Espacio Económico Europeo (art. 70.1 REx), y el articulado a través del contingente, que se dirige a extranjeros que no residen en España.

Sin embargo el art. 65 REx le da un alcance general al contingente, de manera que éste no sólo fija el número de puestos ofertables a los extranjeros no residentes, sino que a él deben reconducirse también «las solicitudes de permisos de trabajo relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual..., salvo en los supuestos regulados en los artículos 68, 71 y 79 del presente Reglamento» (art. 65.11 REx).

No es que el extranjero legalmente residente en España, o regularizado, tenga vedado solicitar el pertinente permiso de trabajo conforme lo dispuesto en el Cap. III, Tít. II LOEx y el Cap. III REx. Se trata más bien de que la obtención del permiso está condicionada por la situación nacional de empleo, esto es, por la necesidad estimada de trabajadores extranjeros, lo que en la práctica se determina con el cupo por actividades y territorios que se fija mediante Acuerdo del Consejo de Ministros. Así por ejemplo la Resolución de 30 de enero de 2003, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002 que determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2003. Esta impresión se confirma tanto con lo dispuesto en el art. 70.1.3 REx (40) y la

(40) «Podrán concederse permisos de trabajo por cuenta ajena en los términos que resulten de las propuestas que a tal efecto puedan formular los servicios públicos de empleo correspondientes. Dichas propuestas especificarán el ámbito sectorial y territorial al que deban restringirse los permisos de trabajo que se otorguen a su amparo y complementarán las previsiones de mano de obra extranjera que hubieren sido tenidas en cuenta en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros al que se refiere el artículo 65 de este Reglamento, sin

dicción misma del mencionado Acuerdo según la cual en el mismo se regulan «los procedimientos de contratación y se fija el número y características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella»; aunque lo cierto es que en dicho Acuerdo sólo se regula, en puridad, las ofertas efectuadas a extranjeros no residentes (41).

Así pues, al margen de las excepciones de los arts. 68 (técnicos, profesores, artistas, personal cualificado, religiosos, periodistas, representantes sindicales), 71 (familiares reagrupables y supuestos específicos de extranjeros en situaciones particulares) y 79 (extranjeros con especial arraigo, residentes por razones humanitarias, colaboradores con las Administración pública o la Justicia españolas, estudiantes, asilados, y extranjeros no sujetos a devolución a pesar de haber visto denegada su petición de asilo, refugiados y apátridas, marineros, trabajadores en formación y prácticas) REx, cualquier oferta de trabajo a un extranjero debe conducirse de un modo u otro al contingente o bien al sistema complementario que establezca el INEM para cubrir los puestos no previstos en el contingente y que no hayan sido cubiertos por españoles o ciudadanos comunitarios y asimilados (42).

que los permisos otorgados por este procedimiento computen a efectos de los citados contingentes».

(41) Sólo cabe la contratación de extranjeros que se hallen en España para el caso del servicio doméstico, Instrucción séptima e Instrucción Novena, apartado 2, que contempla la posibilidad de que se acepte una oferta una vez el extranjero ya esté en España para el caso del servicio doméstico, lo que es posible si ha perdido el empleo obtenido a través del contingente por causas que no le sean imputables.

(42) En este extremo, aunque el resultado final de la interpretación sistemática de los preceptos aludidos conduce, a nuestro juicio, a que el régimen general de permisos de trabajo diseñado por la LOEx se convierta en una excepción, mientras lo que se previó como tal excepción, el contingente, se haya trocado en último término en el régimen ordinario de contratación de extranjeros, es cierto que el Acuerdo para el 2003 no incurre en el exceso (en nuestra opinión causa de ilegalidad) del Acuerdo para el 2002. El Acuerdo para el 2003 ya no establece la efectiva prohibición de concesión de permisos de trabajo al margen del contingente que normaba el Acuerdo para el 2002. El apartado 3 del punto Noveno del Acuerdo para el 2002 ordenaba que fuesen rechazadas todas las solicitudes de trabajo tramitadas al margen de los procedimientos de ejecución del plan de contingentes laborales. Asimismo, el Acuerdo del 2003 tampoco desarrolla el procedimiento complementario del art. 70.1.1

En suma, la solicitud de permisos de trabajo se liga ineludiblemente a la oferta de puestos de trabajo hecha en el contingente anual o a la propuesta por los organismos públicos de empleo respecto de las actividades no encuadradas en el contingente o sobrantes del mismo. Pero quizá la nota más sobresaliente de esta circunstancia en lo que ahora interesa es el hecho de que esta situación supone que el extranjero que desea trabajar legalmente por cuenta ajena en España no puede residir en España al tiempo de recibir y aceptar la oferta de empleo; así lo exige el art. 65.8 REx (a salvo las excepciones mencionadas).

El contingente, tal y como lo diseña la LOEx (43), aparece entonces como una eficaz medida de gestión del flujo migratorio antes que un mecanismo de ordenación del mercado laboral nacional (44). Si lo que se pretendía con las reglas sobre acceso a los permisos de trabajo era ordenar el mercado laboral salvaguardando la preferencia en el acceso de los nacionales y de los comunitarios (y asimilados), no tiene justificación alguna exigirle al demandante de trabajo extranjero estar fuera del Estado para poder optar a una oferta. El fin del contingente, a la vista está, no sólo es el de acomodar a la situación real del empleo en el Estado español las solicitudes de permisos de trabajo y residencia de extranjeros, sino regular indirectamente el flujo regular de inmigrantes y convertir el procedimiento general de permisos de trabajo, que está pensando más bien en el extranjero residente, en una vía excepcional y reducida a los casos de los arts. 68, 70 y 79, que son los que justamente no se ligan a la situación del mercado laboral (45). Bien es cierto que los hechos demuestran la ineficacia de la medida y que, en último término, empuja a la contratación irregular de extranjeros dada la falta de flexibilidad del sistema.

Una situación que no sólo no se ha modificado, sino, al contrario, se ha confirmado con el Acuerdo para el 2003 en cuya Instrucción Quinta, apartado 1, establece que el contrato de trabajo firmado ante la Oficina Consular unido al visado «tendrá validez de permiso de trabajo» (provisionales,

dad del Acuerdo para el 2002 en ese extremo. Esta, entre otras, ha sido una de las razones de los recursos interpuestos por varios partidos políticos y organizaciones no gubernamentales contra el Acuerdo para el 2002 (se puede consultar en la web del Colegio de Abogados de Zaragoza, www.reicaz.es/extranjeria).

(43) No era ese el propósito del contingente en la derogada Ley de 1985. Véase el opúsculo de APRELL LASAGABASTER, *La fórmula «contingente»*, ob.cit.

(44) En este sentido crítico con ese enfoque véase el trabajo ya citado de RODRÍGUEZ PINERO, *passim*; véase también VINCENÇ AGUADO, *El control administrativo...*, cit., pp. 83 y ss. Por el contrario, CRISTÓBAL MOLINA no parece ver inconveniente en ello, *La política...*, cit., p. 50 y ss.

(45) Véase el artículo citado MARCO APARICIO, *El acceso al trabajo...*

habría que decir (46)) pudiendo incorporarse de inmediato a la empresa y su afiliación en la seguridad Social.

Según dispone el REx es el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales quien tiene la competencia de proponer al Gobierno el número y las características de la oferta de trabajo a extranjeros (art. 65.1 REx). Cada año las Comisiones Ejecutivas Provinciales o Insulares del INEM realizarán un estudio de la situación del empleo en la provincia o cabildo insular elevando al Subdelegado del Gobierno, o al Delegado según el caso, una propuesta sobre las necesidades de mano de obra extranjera. Dicha propuesta acompañada de un Informe del Subdelegado o Delegado del Gobierno se remite a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, quien, junto con las propuestas de las Comunidades Autónomas (art. 30 LOEx y 65.4 REx) y los eventuales informes elaborados en especial por los otros departamentos ministeriales y las organizaciones sindicales y empresariales, elaborará una propuesta sometida a la Comisión Interministerial de Extranjería, la que, a su vez, informará sobre dicha propuesta. Finalmente, tras este último trámite, el Gobierno, oído el Consejo Superior de Política de Inmigración y las organizaciones sindicales y empresariales, fijará mediante Acuerdo del Consejo de Ministros el pertinente contingente de trabajadores extranjeros para el año, distribuyéndolo por provincias según los criterios fijados en ese mismo Acuerdo.

En dicho Acuerdo se establece el procedimiento de ejecución del contingente, en el que es posible que las ofertas sean genéricas o nominativas. En el aprobado para el año 2003 se prevé qué empresas pueden solicitar la asignación de ofertas de trabajo genéricas del contingente, lo que deberán solicitar en cada provincia a las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales (al igual que las nominativas que se gestionan prácticamente por entero por estas entidades), quienes a su vez las remitirán a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones y a los interlocutores sociales en el marco de la Comisiones Ejecutivas del INEM, o a la propia Dirección General en el caso de empresas (con plantilla superior a 100 personas) que oferten más de 50 puestos para extranjeros y con centro de trabajo en varias provincias.

La Dirección General comunicará la oferta a su vez a las Embajadas de España en los países hacia los que se oriente la selección, entre los que tendrán preferencia aquellos que hayan firmado de acuerdos con España sobre ordenación y regulación de los flujos migratorios. A continuación se selec-

(46) Sin perjuicio de que los empresarios deban en un plazo de un mes desde la entrada del extranjero solicitar los oportunos permisos de trabajo y residencia (Instrucción Quinta, apartado 2 del Acuerdo para el 2003).

cionarán las demandas presentadas por los trabajadores extranjeros, y una vez hecha esa selección, las empresas deberán solicitar los oportunos permisos de trabajo y residencia. El extranjero seleccionado firmará la oferta de trabajo en su país de origen y solicitará el oportuno visado. Con ambos documentos podrán entrar en España y se considerará autorizado provisionalmente para comenzar a trabajar en tanto se tramita, ya en España, su permiso de trabajo (que inicialmente será el tipo B, art. 69.1 REx) y residencia (que será la temporal del art. 31 LOEx). El art. 72.3 REx permite la renovación del permiso de trabajo (que implica el de residencia art. 41.8 REx) tanto si continúa la relación laboral de la que trae causa, como si ha obtenido y aceptado una nueva oferta de trabajo. Supuesto este último que según lo dicho más arriba prácticamente resulta imposible si no está en alguna de las circunstancias excepcionales de los arts. 68, 71 ó 79 REx, ya que fuera de estos casos, como hemos visto, toda oferta de trabajo debe reconducirse a la ejecución del contingente (véanse los arts. 73.3 y 74.1 a) REx).

VI. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL REAGRUPAMIENTO Y EL CONTINGENTE

1. Derecho a la intimidad, protección de la familia, principio de igualdad y el reagrupamiento

Quizá deba hacerse cuestión de la opinión comúnmente admitida en la doctrina española, acaso por contagio de la jurisprudencia del TEDH relativa al art. 8 CEDH, según la cual el derecho de reagrupamiento es una dimensión del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE. Incluso la LOEx encuadra el reagrupamiento en un precepto, el 16, intitulado «Derecho a la intimidad familiar», estableciendo que todo extranjero residente tiene derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar. A nuestro juicio es discutible la calificación del reagrupamiento como un derecho fundamental en el sistema constitucional español. No cabe duda de que es un derecho a solicitar la venida de la familia del extranjero residente legal en España, incluso un derecho no sólo del reagrupante sino también de los reagrupables, reconocido en diversos textos internacionales de los arriba mencionados y por el Cap. II del Tít. I de la LOEx pero carece de rango constitucional (47).

A la vista de la dicción del art. 18.1 CE y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) sobre el particular, no cabe sino discrepar radicalmente de este encuadre constitucional del reagrupamiento

(47) Véanse los arts. 16 y 19 de la Carta Social Europea y el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, de 24 de noviembre de 1977, art. 9.3 y art. 12.

familiar (48). El derecho a una vida familiar no está contenido en el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, de la misma manera que no cabe supeditar el disfrute de éste último a la residencia legal del extranjero en España.

El art. 18.1 CE garantiza el derecho a la intimidad a toda persona, por lo tanto es de aquellos reconocidos a los extranjeros sin que el legislador del art. 13.1 CE pueda hacer más que regular su ejercicio. Así también se establece en los tratados internacionales mencionados. En ellos no se condiciona el disfrute de este derecho a la residencia legal del extranjero, ni la CE autoriza al legislador a condicionar ese disfrute a dicha residencia legal, pues, tal límite no lo es ni a su contenido ni a su ejercicio, sino a la titularidad misma del derecho, que sólo lo disfrutarán los residentes legales en España. La legalidad o no de la residencia es un estatus administrativo que para nada puede condicionar la titularidad o el disfrute de los derechos fundamentales que se atribuyen a toda persona con independencia de su estatuto legal.

Por otra parte, lo que el art. 18.1 CE garantiza es un poder jurídico sobre la información relativa a la persona. Parafraseando al TC (SSTC 134 y 144 de 1999, y 292/2000), el art. 18.1 CE garantiza el derecho a tener una intimidad, al anonimato, a poder decidir quién y en qué circunstancias se puede conocer de nuestras actividades o de cualquier otra información relativa a nuestra persona o a nuestra familia. Por tanto, la intimidad familiar protegida en el art. 18.1 CE lo es sobre los datos e informaciones relativas a quienes constituyen parte de nuestra familia (SSTC 231/1988, 197/1991 y 134/1999). El art. 18.1 CE no extiende su garantía a la vida en familia o al derecho a constituir o tener una familia. La intimidad personal o la familiar presuponen la existencia de una familia y de una vida familiar pero no exige su existencia o constitución. El derecho a la intimidad no es, al menos en este sentido, un derecho de prestación.

Para el TEDH, en cambio (Caso Niemitz, de 16 de diciembre de 1992), la garantía de la vida privada puede englobar también el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. El derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, que ya ha dicho el TC que no alcanza a cualquier dimensión de la vida privada de las personas (STC 110/1984), protege la información relativa a esas relaciones de la curiosidad ajena, pero no otorga derecho alguno a establecer o desarrollar esas relaciones. El derecho a la intimidad otorga el derecho a tenerla y a protegerla de terceros, pero no a que se proporcione al individuo el espacio físico o emocional en el que se puedan tener intimidad. El reagrupamiento familiar es un medio idóneo para tener vida familiar y crear con ello un espacio de intimidad personal o

(48) Consúlt

familiar, pero el art. 18.1 CE no garantiza la disponibilidad sobre los medios adecuados o necesarios para poseer intimidad, sino la intimidad misma, el poder de tenerla preservando del conocimiento ajeno la información y datos relativos a uno mismo o a sus familiares.

Sin embargo, es cierto, que ese encuadre es posible a la vista de lo dicho sobre el estatuto constitucional de los extranjeros en las primeras páginas de este trabajo. Si los tratados internacionales no son sólo normas interpretativas en el sentido del apartado 2 del art. 10 CE, sino normas de desarrollo de sus derechos fundamentales en España de forma que el contenido esencial de sus derechos será el que establezcan esos tratados a los que la ley nacional está sujeta, cabría sostener que el art. 8 CEDH habría desarrollado el art. 18.1 CE para los extranjeros incorporando a su derecho a la intimidad el derecho a poseer el medio personal y emocional para tenerla: una vida familiar. Una vida familiar a la que anclar el derecho de reagrupamiento como medio indispensable para poder disfrutar del derecho a gozar de una vida privada personal y familiar que el legislador internacional habría reconocido a los extranjeros en su desarrollo del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE.

No debe pasar por alto la íntima relación que cabe trabar entre el reagrupamiento familiar y la protección constitucional que el art. 39 CE le asegura a la familia y a los niños (49). Aún más, a riesgo de escandalizar, dada la libertad del legislador en la determinación de las medidas oportunas para la protección de jurídica y socioeconómica de la familia (STC 222/1992), la reagrupación familiar no es ningún mandato constitucional, sin perjuicio de que el legislador estatal español está obligado a su previsión por obra de los convenios internacionales que así se lo exigen y de la propia doctrina del TEDH que le vincula.

Tampoco cabe ligar el reagrupamiento con las libertades constitucionales de circulación y residencia del art. 19 CE (ATC 126/1986). No hay un derecho constitucional a entrar, circular y residir en el territorio del Estado, y nada empece para que el legislador establezca distinciones de trato entre nacionales y extranjeros a la hora de regular la entrada y salida (SSTC 107/1984, 94/1993, 179/2000 ATC ATC 55/1996).

Sin embargo, sí que suscita serias dudas el régimen legal de reagrupamiento familiar a la luz del principio de igualdad, impuesto, sino por el art. 14 CE, si por los Acuerdos internacionales suscritos por España (50).

(49) Éste es el fundamento, por ejemplo, de la doctrina del TS sobre exención de visados en el caso de reagrupamiento familiar del que se ha hecho mención más arriba.

(50) Arts. 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuyo articulado reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el disfrute de los reconocidos en el pacto (art. 2.1, 3 y 26). Pacto Internacional de Derechos

En efecto, el Legislador español ha optado por reconocer ese derecho sólo a los residentes legales y para reagrupar a la familia concebida como el grupo de personas ligadas por el vínculo matrimonial y los descendientes menores de edad de uno u otro cónyuge y los ascendientes a su cargo.

Nada cabe reprocharle a la LOEx cuando exige la legalidad de la permanencia del extranjero en España (que deberá incluir, claro está, al extranjero regularizado), ya que como hemos visto el legislador no sólo puede realizar esta distinción, acogida también en los convenios internacionales, sino que, además, es perfectamente razonable, siquiera porque el extranjero que no resida legalmente en España será expulsado del territorio del Estado. Como razonable es la exigencia de que el extranjero reagrupante acredite poseer una vivienda digna y medios de subsistencia suficiente, ya que en esto el Estado no hace sino cumplir con el mandato de protección de la familia asegurándose de que los reagrupados, en particular los niños, podrán vivir en España en una condiciones dignas e equiparables a los nacionales del Estado de acogida. Por el contrario, no se alcanza a comprender cual pueda ser el fundamento de la exigencia de un tiempo mínimo de residencia efectiva y previsible del reagrupante para poder ejercer el derecho de reagrupamiento, salvo que la misma se prevé en el art. 12 del Convenio Europeo sobre la situación de trabajador migratorio y la propia propuesta de Directiva sobre reagrupamiento.

Otro aspecto del reagrupamiento sospechoso de vulnerar el principio de igualdad es el relativo, por un lado, a la exclusión de cualquier modelo alternativo de familia a la marital, y por otro, la exclusión de los hijos mayores de edad (51).

Respecto de la primera cuestión, la LOEx se compadece poco, o más bien nada, con el concepto de familia empleado por el TEDH (y aquí sí la doctrina del TEDH es irremediamente vinculante, pues el Estado español está sujeto a lo dispuesto en el art. 8 CEDH y sus leyes no pueden contrariarlo so pena de infringir el art. 96.1 CE). Ciertamente el TEDH inició su jurisprudencia teniendo por vida familiar la que se daba en el seno del matrimonio y con los hijos, matrimoniales o no (Caso Nielsen, de 28 de noviembre de 1988), que conviviesen con la pareja. Pero con el tiempo el TEDH ha

Económicos, Sociales y Culturales, que hace lo propio con el derecho al trato igual y no discriminatorio en el disfrute de los derechos (art. 3); Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares adoptada por la Asamblea General de la ONU por Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en

ido ampliando ese concepto de familia, desligándola de la existencia de un vínculo jurídico como el marital, para subrayar que lo relevante es la acreditación de la existencia de un grupo de personas que mantenían una real y efectiva vida en común al margen de los lazos o estatus jurídicos que median entre ellos (ya en el Caso Alam, Kahn, Singh, de 15 de julio de 1967, y sobre todo en el Caso Marckx, de 13 de junio de 1979, reiterado en el Caso Johnston, de 18 de diciembre de 1986). Así, pues, la interpretación del art. 8 CEDH a la luz de su art. 14 (que prohíbe el trato desigual en el disfrute de los derechos de este CEDH) impuso la extensión del derecho de reagrupamiento a la familia no marital (52).

Las autoridades españolas no debieran aplicar el art. 16, en relación con el art. 17, LOEx obviando esta doctrina del TEDH (y del propio TJCE) que impondría el trato igual en el ejercicio del derecho de reagrupamiento a las familias fundadas en uniones de hecho (heterosexuales u homosexuales) y en particular si en el Estado de origen se reconoce legalmente ese tipo de uniones familiares (53). La jurisprudencia del TC, en nuestra opinión, contribuye también a esta necesaria interpretación analógica del art. 17 LOEx. El TC ha afirmado reiteradamente que la familia del art. 39 CE no es necesariamente la fundada en vínculos maritales, sin perjuicio de que el Legislador pueda establecer un trato diferenciado según se trate de uno u otro tipo de familia (SSTC 45/1989 FJ 4, 222/1992 FFJJ 4 y 5, 47/1993 FJ 2). Ahora bien, y así lo dice el TC, no todo trato diferenciado es compatible con el art. 14 CE (STC 184/1990 FJ 2, 222/1992 FFJJ 5 y 6), y deben excluirse todos aquellos que no tengan un fundamento en la naturaleza jurídica, no equivalente, de la unión marital por un lado (sujeta a un régimen legal específico) y las *more uxorio* (enteramente libres) por otro (SSTC 222/1992 FFJJ 5 y 6, 47/1993 FFJJ 4 y 66/1994 FJ 2 y 3). No parece que el fin del trato desigual en el art. 17 LOEx sea «discernible y legítimo» ni proporcionado al propósito perseguido con él (STC 155/1998, FJ 3).

No obstante, quizá pudiera razonarse, conforme a esa misma doctrina del TC (STC 155/1998), que el trato igual entre matrimonios y parejas de hecho sólo es exigible constitucionalmente si la elección entre uno u otro vínculo jurídico no es libre o está provocado por razones contrarias a los principios y dere-

(52) En este sentido también las más reciente jurisprudencia del TJCE al considerar que el Estado debe reconocer efectos jurídicos a las uniones no maritales de ciudadanos de Estados en los que esas figuras tienen pleno reconocimiento jurídico. Y así parece que debiera actuarse en el caso del reagrupamiento solicitado por ciudadanos de la Unión. Consultense las obras citadas de Albert FERRER y Pilar JIMÉNEZ. No parece que la propuesta de Directiva sobre reagrupamiento familiar se incline explícitamente por esta opción.

(53) Véase el comentario coordinado por MOYA ESCUDERO, *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 675 y ss.

chos constitucionales. En ese caso, las autoridades españolas deberían atender a las solicitudes de reagrupamientos de parejas de hecho en los casos en los que, o ese vínculo está legalmente reconocido en su Estado de origen, o la opción por uno u otro no es libre o está movida por razones contrarias a la CE (por ejemplo, la lesión de la libertad ideológica para poder optar por el vínculo extramarital). Cosa distinta, y en modo alguna baladí, será la forma en la que deba acreditarse esa unión de hecho, lo que, en último término no será sino una cuestión de prueba, como también lo es la referente al vínculo marital.

Por último, y respecto a la limitación del reagrupamiento a los hijos menores de edad o mayores incapacitados, lo cierto es que la LOEx no hace sino asumir la presunción legal según la cual el mayor de edad (edad fijada en los 18 años en el art. 12 CE) posee plena capacidad jurídica y madurez personal. El ordenamiento jurídico presume que el mayor de edad no depende de su familia originaria, una presunción que, pese a imponer un trato diferenciado entre los hijos, responde a un fin razonable y legítimo compatible con el art. 14 CE, pues ni siquiera ese trato diferenciado conlleva que uno u otro hijo se le tenga en peor condición (aspecto imprescindible para tener por discriminatoria la medida).

El problema de la LOEx no está en ese trato diferenciado entre hijos mayores e hijos menores de edad, sino en que impide que el reagrupante o el hijo mayor de edad puedan acreditar ante la autoridad española una razón que justifique la necesidad de extender ese reagrupamiento al mayor de edad. Es decir, la presunción de madurez e independencias jurídicas se troca en una presunción *iure et de iure* que acaso haga de esta Ley Orgánica una *Ley al por mayor* que suscita graves dudas de constitucionalidad, no ciertamente por lesión del principio de igualdad (que según el TC no garantiza el derecho a la diferencia,

rectores de las políticas de inmigración europeas y de los Estados de la Unión ya contemplan la necesidad de atemperar el flujo migratorio a la situación económica y laboral del país de destino, y, como se ha dicho, el contingente es, sin duda, uno de sus principales instrumentos.

En definitiva, la preferencia por los españoles en el mercado de trabajo, que es lo que late tras la mención de la situación nacional de dicho mercado, tiene así un fundamento constitucional en el propio art. 38 CE. Ese deber/derecho al trabajo del que disfrutan únicamente los españoles puede dar fundamento a esa preferencia e incluso puede que imponga al Estado el deber de poner los medios para que ese derecho / deber sea efectivo para los españoles.

Pero mayor interés tiene el posible efecto discriminador de la política de contingentes. De un lado, porque, dado el anudamiento entre residencia y posesión de medios de subsistencia, la LOEx trata más favorablemente al extranjero con capacidad económica para subsistir en el Estado sin trabajar, que aquel que para hacerlo debe emplearse, haciendo a éste de peor condición ya que su entrada y permanencia en el Estado está sujeta a condiciones que no se exigen al otro. Un trato desigual que se agrava en la medida en que en la ejecución del contingente tendrán preferencia los nacionales de Estados que hayan suscrito con España los oportunos Convenios sobre ordenación de flujos migratorios (55).

Sin embargo, a la vista del peculiar tratamiento que en nuestro ordenamiento tiene la igualdad respecto de los extranjeros, no parece que esas desigualdades reales tengan relevancia jurídica, siempre y cuando no supongan una discriminación prohibida por los Convenios internacionales (que no parece serlo) y posea un fundamento legítimo (como lo tiene al sustentarse en bienes e intereses públicos dignos de protección jurídica).

Ya se ha mencionado más arriba que el principio de igualdad aplicado a los extranjeros depende directamente de lo dispuesto en los convenios internacionales y la Ley. Y los acuerdos internacionales imponen un escrupuloso respeto al trato igual entre extranjeros en el disfrute de los derechos que en ellos se establecen. Las diferencias de trato entre extranjeros en su acceso al mercado de trabajo plantea, así lo creemos, serios reparos (56).

(55) En general, sobre lo discriminatorio y los efectos negativos de distinguir entre extranjeros según su nacionalidad, véase Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, *La condición jurídica...*, cit., p. 59 y ss. y p. 69.

(56) Así se desprende de lo dispuesto en los arts. 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 2.1, 3 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 7 y 43 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus fami-

Finalmente cabría preguntarse sobre si estas estrictas limitaciones en el acceso de los extranjeros al trabajo no constituyen una restricción ilícita del derecho al trabajo y a la libre profesión del art. 35 CE interpretado a la luz de lo Convenios internacionales, en particular el Pacto de Nueva York sobre Derechos Económicos y Sociales, los Convenios de la ONU y el Consejo de Europa sobre el Estatuto del Trabajador Migrado, la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales del trabajador. Todas estas normas reconocen el derecho a buscar empleo, a trabajar y a elegir libremente profesión (STC 22/1981, FFJJ 5 y 8) y también todas ellas, de un modo u otro, reconocen a los Estados la competencia para limitar esos derechos en función de sus intereses económicos y demográficos.

Cierto que la STC 107/1984 (FJ 4) afirmó que es constitucionalmente lícito el trato desigual de los extranjeros respecto de los españoles en el disfrute de un derecho que el propio art. 35 reserva a estos últimos, no existiendo norma convencional alguna que imponga el acceso al mercado laboral en condiciones de igualdad a españoles y extranjeros (por mucho que dichos convenios internacionales sí exijan que el trato sea igual una vez extranjeros y españoles hayan ingresado en ese mercado). Sin embargo, no es ese el criterio fijado por los convenios internacionales respecto de los extranjeros entre sí.

Así las cosas ese trato desigual respecto de los españoles en el disfrute del derecho al trabajo y a la libre elección de oficio es constitucionalmente admisible. Más dudas suscita, en nuestra opinión, sin embargo las diferencias de trato entre los ciudadanos de la Unión Europea, los de los Estados parte del Espacio Económico Europeo y los de aquéllos respecto de los que se hayan celebrado Convenios por los que se les atribuye a ciertos extranjeros un estatuto preferencial en el ejercicio de esos derechos convencionales. No parece que estos tratos diferenciados entre extranjeros, al menos en el último caso, se sustenten en razones legítimas y explícitas, una vez todos estos extranjeros estén en condiciones legales de poder acceder a un puesto de trabajo o poder elegir libremente profesión u oficio. Dudas que si bien no provocan, en mi opinión, la inconstitucionalidad del régimen de contingentes, sí que proyectan una razonable sombra sobre su conformidad con los

liars

mencionados Convenios en los que se ordena el trato igual y la interdicción de toda discriminación en el disfrute del derecho al trabajo.

Para concluir, no puede dejarse de mencionar las dudas que también suscita la evidente preterición de las Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA.) en la gestión del contingente. Aunque la LOEx reconoce la participación de las CC.AA. mediante las propuestas que pueden elevar al Gobierno sobre el número y reparto del contingente. Sin embargo, lo dispuesto en el REx y en el Acuerdo para 2003, margina completamente a las CC.AA., soslayando las competencias de ejecución de la legislación laboral y las que les correspondan en materia de trabajo, asistencia social y sanidad. A la vista de estas competencias no parece tener estribo constitucional ni legal el empeño reglamentario en preterir a las CC.AA., reducidas a mero órgano consultivo, y elevar a un primer plano a las provincias, tanto como unidad de medida para la evaluación de los puestos de trabajo que integrarán la oferta del contingente y para su asignación territorial, cuanto como para la identificación de los órganos administrativos encargados de la ejecución y gestión del contingente (57).

(57) Sobre este particular consúltase el artículo ya citado de Vincenç AGUADO, *El control administrativo...*, pp. 82 y 83.