

EL MARCO COMPETENCIAL

LAURA DíEZ BUESO (*)

SUMARIO: — I. MARCO GENERAL DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN. — II. COMPETENCIAS ESTATALES: 1. La competencia exclusiva del Estado en materia de inmigración. 2. Participación autonómica en la competencia estatal: el contingente de trabajadores. 3. Posibles vías de modificación del sistema vigente. 4. Los derechos y libertades de los inmigrantes. — III. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS.

I. MARCO GENERAL DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

Las referencias expresas de la Constitución Española a la extranjería son escasas y parcas, tanto en lo que relativo a los derechos de los inmigrantes cuanto a la distribución competencial en esta materia. Tras la remisión del artículo 13 del texto constitucional a los Tratados y la ley en el primer caso, el apartado segundo del artículo 149.1 reserva la competencia exclusiva sobre extranjería al Estado sin más precisiones.

A partir de estas premisas, la Ley orgánica 7/1985 (1) atribuyó todas las competencias en materia de extranjería al Estado, obviando cualquier referencia a la intervención autonómica. Esta opción venía en parte condicionada por la filosofía de la propia Ley, que concebía a la inmigración como un fenómeno no estable y focalizaba su atención en el control de la regularidad de los extranjeros (2). Ambas circunstancias se advierten fácilmente si se

(*) La autora es miembro del Grupo de Estudios sobre Derechos de los Inmigrantes de la Universidad de Barcelona, dirigido por el profesor Eliseo AJA. El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Los derechos de los inmigrantes en España: las funciones de las distintas instancias políticas», financiado por la CYCIT (BJU 2001-2881).

(1) Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España.

(2) Un estudio general sobre esta primera Ley de extranjería española, donde se ponen de relieve las notas distintivas que acaban de citarse, puede encontrarse en M. Concepción APRELL LASAGABASTER, *Régimen administrativo de los extranjeros en España*, Madrid, Marcial Pons, 1994. Para un análisis completo del régimen jurídico de la extranjería durante la legislación

repasan los preceptos de esta ley orgánica, que ni siquiera reconocía el derecho a la reagrupación familiar e impedía a los jueces suspender la ejecución de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la misma (artículo 34) (3).

Semejante normativa se mostró pronto claramente insuficiente y poco ajustada a la realidad que trataba de regular, circunstancia que motivó la elaboración de un nuevo Reglamento de desarrollo de la Ley en el año 1996, que sustituyó al aprobado en 1986 (4). Sin embargo, los esfuerzos de este nuevo Reglamento fueron insuficientes para dar una respuesta adecuada al incremento incesante de inmigrantes que pretendían establecerse en nuestro país, además de continuar vedando la intervención a las administraciones autonómicas y locales que comenzaban a sentir ya la presión de las necesidades de la población inmigrante (5).

Se debió esperar hasta la aprobación de la Ley orgánica 4/2000, reformada a los pocos meses de su entrada en vigor por la Ley orgánica 8/2000 (6), para que ambos inconvenientes se superaran, de manera sustancial si se compara con la situación vigente durante los años precedentes, aunque de forma relativa si se atiende a lo que parecen exigir los dictados jurídico-constitucionales y administrativos en el ámbito de la extranjería y del sistema autonómico. La aprobación de la nueva legislación orgánica supone un indudable avance respecto del estatuto de los inmigrantes y también una pequeña entrada de las comunidades autónomas en la materia, aunque ambos avances deben aceptarse con matices.

orgánica anterior puede completarse la lectura de esta monografía con el artículo de la misma autora *El nuevo Reglamento de la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España* (RD 155/1996, de 2 de febrero), en «Revista de Administración Pública», núm. 140, 1996.

(3) En cuanto a la reagrupación familiar, este déficit se suplió tras la aprobación del Reglamento de extranjería de 1996, que creó *ex novo* el permiso de residencia por reagrupación familiar (artículo 54). La prohibición de suspensión judicial de las resoluciones administrativas en materia de extranjería fue declarada inconstitucional por la STC 115/1987, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

(4) Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que deroga el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo.

(5) Al margen del permiso por reagrupación familiar, el Reglamento de 1996 incluyó avances muy importantes, como la gradación de las infracciones, la promoción de la inmigración estable a través de la previsión de permisos permanentes de residencia o un amplio reconocimiento de derechos a los menores inmigrantes, mejoras que, en todo caso, se mostraron insuficientes. Sobre la situación existente durante la vigencia de este Reglamento, que desembocó en la reforma de la Ley de 1985, puede verse ELISEO AJA, MARCO APARICIO WILHELM, MÍGUEL ÁNGEL CABELLOS ESPÍERREZ, LAURA DÍEZ BUESO, DAVID MOYA MALAPEIRA y EDUARD ROIG MOLÉS, *La nueva regulación de la inmigración en España*, Valencia, Institut de Dret Públic-Tirant lo Blanch, 2000, pp. 18-38.

(6) Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, reformada por Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Dejando aquí de lado el estatuto de los extranjeros (7), la apertura de la materia inmigración a las comunidades se produce con muchas limitaciones en la vigente Ley de extranjería. El motivo fundamental que reduce *ad radice* la intervención autonómica general en la materia deriva de la tendencia a identificar la integración de los inmigrantes con la prestación de derechos y, acto seguido, a circunscribir las competencias autonómicas a los aspectos directamente relacionados con la integración de los inmigrantes (8). Esta opción se aprecia claramente en los preceptos de la Ley dedicados a la coordinación entre las administraciones estatal, autonómica y local, especialmente en el dedicado al Consejo superior de política de inmigración, integrado por representantes de todas estas administraciones, que «establecerá las bases y criterios sobre los que se asentará una política global en materia de integración social y laboral de los inmigrantes, para lo cual recabará información y consulta de los órganos administrativos, de ámbito estatal o autonómico, así como los agentes sociales y económicos implicados con la integración y defensa de los derechos de los extranjeros» (artículo 68.1).

Con esta maniobra, la Ley provoca dos consecuencias negativas íntimamente relacionadas: en primer lugar, resuelve poco acertadamente que las decisiones relativas a la situación administrativa de los extranjeros no afectan o afectan escasamente a su proceso de integración; en segundo lugar, impide la intervención autonómica en las cuestiones relacionadas con la regularidad de los inmigrantes, reduciendo la actuación de las comunidades en materia de extranjería a la prestación de derechos. Se dibuja así un doble ámbito de intervención en materia de extranjería: un núcleo duro reservado en exclusiva y de forma excluyente al Estado, relativo a la situación jurídico-

(7) Los trabajos que han tratado el actual régimen jurídico de la extranjería en España han sido diversos, entre otros, JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ y CRISTÓBAL 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), Granada, Comares, 2001; MARCOS FRANCISCO MASSO GARROTE, *El nuevo Reglamento de extranjería*, Madrid, La Ley, 2001; PASCUAL AGUIELO y MARÍA AURELIA ÁLVAREZ, *Normativa comentada sobre extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2001; IGNACIO ALARCÓN MOHEDANO, TERESA MARAÑÓN MAROTO y LUIS-VIDAL DE MARTÍN SANZ, *Derecho de extranjería. Práctica administrativa y jurisdiccional*, Madrid, Dykinson, 2002; PABLO SANTOLAYA (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2002.

(8) Cabe notar que esta situación se produce fundamentalmente tras la reforma operada por la Ley 8/2000, que no sólo reduce el catálogo de derechos de los inmigrantes (especialmente los irregulares), sino que deja en un claro segundo plano el eje integrador que podía predicarse de la Ley 4/2000, que abarcaba todo el régimen jurídico aplicable al extranjero y no sólo sus derechos y libertades. Esta circunstancia influye directamente en la capacidad de intervención autonómica, que se ve reducida sustancialmente en la Ley vigente que tiende a identificar integración con prestación de derechos. Sobre este cambio en el eje vertebrador de ambas Leyes, puede verse mi trabajo *La Ley española de inmigración 4/2000 tras la reforma: análisis jurídico y perspectivas*, en el vol. col. coordinado por LUIS JESÚS PASTOR ANTOLÍN, *Globalización y migraciones hoy: diez años de continuos desafíos*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2001, pp. 31-42.

administrativa de los extranjeros; y un campo conectado con la idea de integración que se identifica con la prestación de derechos, donde las comunidades autónomas pueden intervenir junto con el Estado en tanto dispongan de competencias en materias relacionadas con derechos de carácter social.

De hecho, la Ley de extranjería hace poco más que reconocer un ámbito de intervención a las comunidades autónomas previsto ya en el bloque de la constitucionalidad y únicamente crea un foro de coordinación en el que asegura la presencia del Estado. Pese a ello, no debe interpretarse que las autonomías disponen de una incidencia residual en el campo de la inmigración. Si bien es cierto que su capacidad para intervenir en las decisiones estatales relativas a la situación administrativa de los extranjeros es casi nula, cuentan con amplias competencias en ámbitos que pueden considerarse también fundamentales en el tratamiento de la inmigración. Las comunidades autónomas disponen de un importante acervo competencial en materias con una clara y decisiva incidencia en la extranjería, como la educación, la vivienda, la asistencia social o la sanidad; asimismo, no pueden olvidarse sus significativas competencias en el terreno del régimen local, administración local de enorme transcendencia para el inmigrante por las prestaciones públicas de su competencia y por su proximidad a la ciudadanía, factor que favorece su implicación y participación en los asuntos públicos (9).

II. COMPETENCIAS ESTATALES

1. La competencia exclusiva del Estado en materia de extranjería

A partir de la reserva contenida en el artículo 149.1.2 de la Constitución, la Ley de extranjería ha regulado dos amplios ámbitos de esta materia cuya ejecución atribuye también en exclusiva a la administración estatal. El primero es el que denomina régimen jurídico de los extranjeros (título II de Ley) y abarca tanto la entrada y salida de los inmigrantes como sus situaciones administrativas, es decir y entre otras cuestiones, los permisos y autorizaciones de residencia y de trabajo. El segundo ámbito es el sancionador (título III de la Ley), lo que supone dejar en manos exclusivas del Estado la conocida como policía de extranjería. Esta opción del legislador orgánico, plenamente acorde con los dictados constitucionales, implica que

(9) Este trabajo no va a abordar el importante campo de acción de los entes locales en materia de extranjería, ya que este estudio se realiza en otro artículo de este mismo monográfico. En todo caso, un amplio y reciente análisis sobre la situación de los entes locales ante la inmigración puede encontrarse en Vicenç AGUADO CUDOLÀ, *L'aplicació del marc jurídic de la immigració a les administracions locals: un primer balanç*, en «Quaderns de Dret local», núm. 0, octubre 2002 y núm. 1, febrero 2003.

restan en poder del Estado aspectos sustanciales de la materia extranjería, entre los que se encuentran la regulación y la ejecución de los visados de entrada; de todos los permisos y autorizaciones previstos en la Ley, incluidas sus renovaciones; y del sistema de infracciones y sanciones de extranjería, que puede dar lugar a la devolución, el retorno, la expulsión o la multa del inmigrante.

Como resultado, la variante extranjería produce una modificación en la distribución general de competencias entre Estado y comunidades autónomas y también una afectación directa de las competencias de estas últimas. En relación con la entrada, la competencia estatal determinará la llegada de un contingente anual de inmigrantes distribuido por las diversas comunidades, destinado a trabajar en unos sectores productivos concretos y con una formación y un origen seleccionado por la misma administración estatal, que también ordenará su movilidad geográfico-laboral durante su residencia en España. Las competencias estatales relativas a los permisos de residencia implicarán la llegada o la permanencia de un número y sector concreto de inmigrantes (trabajadores, reagrupados, estudiantes, regularizados, etc.) en una comunidad autónoma, que deberá prestar los derechos correspondientes reconocidos con carácter de mínimos en la misma Ley de extranjería; las competencias exclusivas del Estado respecto de los permisos de trabajo implicarán igualmente la obligación de prestar ciertos derechos, además de suponer una excepción a la competencia autonómica de ejecución laboral. Finalmente, las competencias estatales de policía de extranjería también implican una excepción a la distribución general de competencias en materia de policía en País Vasco y en Cataluña, donde la policía autonómica se configura con un carácter de policía integral en el territorio de la comunidad.

Pese a que la variante extranjería provoca los reajustes descritos en el sistema general de reparto competencial y la afectación directa de ciertas competencias autonómicas, no existen mecanismos de participación de las comunidades en las decisiones del Estado relativas al régimen jurídico de los extranjeros o a la policía de extranjería. La falta de instrumentos participativos en el ejercicio de estas competencias estatales deriva, en primer lugar, de la misma ausencia general de estos instrumentos en nuestro sistema autonómico (10). En este sentido, resulta emblemático el caso del Senado español, en contraposición con el gran juego que muestra el *Bundesrat* alemán que, por ejemplo, paralizó la aprobación de las instrucciones generales de

(10) Los trabajos que han puesto de relieve este déficit participativo, tanto a nivel normativo como práctico, han sido muchos; entre los más completos puede consultarse la monografía colectiva Alberto PÉREZ CALVO (coord.), *La participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones del Estado*, Pamplona, Instituto Navarro de Administración Pública, 1997.

aplicación de la Ley de extranjería durante casi una década, hasta conseguir que las mismas reservaran cierto espacio de decisión a las administraciones de los *Länder* (11).

Tal vez las deficiencias de la situación descrita se han pretendido compensar en la Ley de extranjería mediante la previsión de mecanismos específicos de colaboración en este campo. Bajo la rúbrica «la coordinación de los poderes públicos», el título IV regula someramente el ya aludido Consejo superior de política de inmigración, como órgano de coordinación de las actuaciones de las administraciones públicas en materia de inmigración (artículo 68). Por otro lado, la Ley también prevé la posible constitución de subcomisiones de cooperación en el seno de las comisiones bilaterales entre Estado y comunidades autónomas, «para analizar cuestiones sobre trabajo y residencia de extranjeros» (disposición adicional segunda).

Pese a lo que formalmente cabría esperar, estas previsiones legales no han alcanzado el objetivo coordinador proclamado. Para comenzar, el Consejo superior podría configurarse como un punto neurálgico en la definición de la normativa y la política de extranjería si se le habilitara para intervenir en este terreno y no se recondujera su acción a la integración social y laboral del inmigrante, restringiendo indirectamente su ámbito de actuación por efecto de la ya comentada conexión legal entre integración y derechos. Este efecto restrictivo se hace todavía más evidente en el Real Decreto 344/2001 de creación del Consejo (12), cuya exposición de motivos afirma que este órgano se concibe como un órgano de diálogo y participación del conjunto de administraciones públicas «puesto que la integración social y laboral de los inmigrantes, no sólo afecta a la administración general del Estado, sino también a las comunidades autónomas y corporaciones locales, que tienen atribuidas competencias, si bien en distinta medida, en materias como sanidad, prestaciones y servicios sociales, vivienda, educación y cultura». Es más, la única función que este reglamento reconoce al Consejo superior en relación con las competencias del Estado es la emisión de un informe no vinculante con carácter previo a la convocatoria del contingente de traba-

(11) Prácticamente toda la normativa federal alemana con incidencia sobre la inmigración (ley, reglamento e instrucciones de extranjería y normativa sectorialmente afectada) requiere para ser aprobada el voto favorable del *Bundesrat*, de forma que cualquier norma relativa a esta materia se negocia previamente con los *Länder*. Sobre este tema y sobre la distribución competencial en materia de inmigración en Alemania puede consultarse Eliseo AJA (coord.), Vicenç AGUADO CUDOLA, Laura DíEZ BUESO, David MOYA MALAPEIRA, Andreu OLESTI RAYO y Eduard MOLÉS, *Informe sobre Derecho comparado de la inmigración: Alemania, Francia, Italia, Reino Unido, Suecia y Unión Europea*. Generalitat de Catalunya-Secretaría para la inmigración, septiembre 2001, pp. 151-153.

(12) Real Decreto 344/2001, de 4 de abril, por el que se crea el Consejo superior de política de inmigración.

jadores, único supuesto de intervención autonómica en la competencia estatal de extranjería que ya prevé expresamente la vigente Ley orgánica.

La configuración del Consejo superior como instancia ajena a la competencia del Estado en materia de extranjería es ciertamente grave, pues supone la inexistencia de un foro de participación general de las comunidades autónomas en las decisiones estatales relativas al régimen jurídico de los extranjeros y a la policía de extranjería, en definitiva, la inexistencia de un foro de participación autonómica en las decisiones relativas a la orientación política global sobre inmigración. Esta participación tendría un claro fundamento en el interés de las comunidades autónomas en este tipo de decisiones, concepto de interés más amplio que el de competencia pero fácilmente justificable en atención a las consecuencias que la variable extranjería provoca en el reparto general de competencias y a la directa incidencia de la misma en las competencias de las autonomías. Si bien el fundamento del interés justificaría una intervención limitada, que podría cifrarse con carácter mínimos en la obligada información sobre las decisiones de política general del Estado en materia de extranjería, lo cierto es que este canal informativo sería muy útil en el momento de definir las políticas autonómicas relacionadas con esta materia, e incluso podría propiciar ciertos hábitos en la administración estatal poco proclive a poner en conocimiento de las comunidades las políticas desarrolladas en el ámbito de sus competencias. Así pues, resultaría oportuna la reformulación del Consejo superior como órgano de coordinación general en materia de extranjería, sin centrar únicamente su acción en los temas relacionados con las competencias autonómicas y locales relativas a la prestación de derechos. Aunque tampoco se puede desconocer que la configuración normativa de un órgano nunca es suficiente para asegurar su eficacia, como demuestra la actividad que hasta el momento ha desarrollado en Consejo superior que ni siquiera ha cubierto su estrecho ámbito de acción relacionado con la prestación de derechos a los inmigrantes (13).

Como se ha avanzado, el otro mecanismo de coordinación previsto en la Ley de extranjería son las subcomisiones de cooperación, que pueden

(13) Sobre la configuración y actividad del Consejo superior de política de inmigración puede consultarse Eduard ROIG MOLÉS, *Autonomía e inmigración: competencias y participación de las Comunidades Autónomas y los entes locales en materia de inmigración*, en «Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario», núm. 14, 2002, pp. 213-217. En este estudio se deja amplia constancia de la nula actuación del Consejo superior en relación con la función normativa del Estado en materia de extranjería, de su estricta limitación a las actuaciones expresamente previstas en la Ley (léase, contingente de trabajadores) y de su concentración en la coordinación de las actuaciones autonómicas en sus ámbitos competenciales, entendiéndose además la coordinación en su sentido más laxo como simple intercambio de alguna información y discusión de ciertas actuaciones.

constituirse en el seno de las comisiones bilaterales Estado-comunidad autónoma. Si el Consejo superior cumpliera las funciones de coordinación general de la política de extranjería, las subcomisiones podrían configurarse efectivamente como órganos bilaterales para la gestión ordinaria de la inmigración, permitiendo una eficaz comunicación y coordinación de aquellas resoluciones relativas a inmigrantes concretos tomadas a nivel estatal o autonómico que pudieran afectar directa o indirectamente a la toma de decisiones de la otra administración. La estrecha relación entre las decisiones estatales relativas a la situación administrativa de un extranjero y las relacionadas con sus derechos sociales tomadas a nivel autonómico hacen muy aconsejable el conocimiento recíproco de estas resoluciones por parte de ambas administraciones, ya que pueden condicionarse mutuamente. Pero, otra vez, la potencialidad de estas subcomisiones no se ha correspondido con su actuación en la práctica, escasa cuando existe y reconducida de nuevo a la cuestión del contingente (14).

En definitiva, una configuración legal poco propicia de los instrumentos de coordinación y una escasa voluntad política si se atiende a su actuación en la práctica han frustrado la necesaria colaboración en el campo de la extranjería, tanto en el diseño de una política global como en el terreno de la gestión administrativa diaria. Esta situación no contribuye a construir una política coherente que asuma como general el objetivo de integración del extranjero y, desde otra perspectiva, perjudica también la necesaria flexibilidad que debiera tener la política estatal de extranjería dependiendo de las notas que este fenómeno presenta en las diversas comunidades autónomas.

2. Participación autonómica en la competencia estatal: el contingente de trabajadores

Como se acaba de exponer, las necesarias relaciones de colaboración entre Estado y comunidades autónomas en materia de extranjería y la participación de éstas en las decisiones estatales son actualmente una excep-

(14) Eduard ROIG MOLÉS ya ha puesto de manifiesto el escaso rendimiento práctico de estas subcomisiones en *Autonomía e inmigración: competencias y participación de las Comunidades Autónomas y los entes locales en materia de inmigración*, en «Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario», núm. 14, 2002, p. 222. En esta línea, el mismo autor ha destacado que el desarrollo práctico de las subcomisiones «resulta sumamente decepcionante, puesto que en ningún caso se ha conseguido una dinámica de reunión constante y fluida en la que puedan tratarse, no simplemente las cuestiones más genéricas con ocasión de algún debate o proyecto normativo concreto, sino también y muy especialmente expedientes concretos que permitieran a la comunidad plantear sus posiciones en referencia a la situación de determinados extranjeros» (trabajo inédito facilitado por el autor, titulado *Relaciones intergubernamentales en materia de inmigración: desarrollo y carencias de un modelo en construcción*).

ción. Los canales previstos con carácter general en la Ley de extranjería se han mostrado claramente insuficientes, aunque la Ley todavía prevé otras dos fórmulas de relación, esta vez de carácter no general sino relativo a dos aspectos muy concretos de la competencia estatal: la inspección laboral y el contingente de trabajadores.

En cuanto a la inspección laboral, lo cierto es que las alusiones a la participación autonómica parecen reiterar de nuevo aquello que ya se desprende del bloque de la constitucionalidad. Concretamente, el artículo 67.3 de la Ley atribuye a la administración estatal la función de diseñar los planes, programas y directrices de la inspección de trabajo en materia de inmigración, aunque deja a salvo las facultades de planificación que en su caso correspondan a las comunidades autónomas. Quizás la crucial importancia que debiera tener la inspección laboral en la persecución de los empleadores de mano de obra sin permisos y en la lucha contra la discriminación de los trabajadores inmigrantes hubiera requerido alguna ulterior previsión, especialmente en el terreno de la coordinación con la administración autonómica que, al igual que el Estado, también dispone de competencias funcionales en materia de inspección laboral. En todo caso, a nivel práctico es muy escasa la actividad de los inspectores dirigida a la represión del empleo de inmigrantes sin permisos (aún menos en el ámbito de la lucha contra actos de discriminación), más allá de acciones puntuales que no se inscriben en una planificación de carácter global.

Como se ha avanzado, la Ley también abre una pequeña puerta a la participación autonómica en el relevante tema del contingente anual de trabajadores. La vigente Ley de extranjería configura al contingente de trabajadores como la principal vía de entrada de nueva inmigración, dejando en un rotundo segundo plano al régimen general de entrada (15). A través de este instrumento, el gobierno central decide anualmente el número de nuevos permisos de trabajo que se concederán por sectores laborales y por

(15) La voluntad por configurar al contingente de trabajadores como principal vía de entrada de nueva mano de obra extranjera, no sólo se ha reflejado en las previsiones de la Ley, sino también en la normativa de ejecución de la misma: la convocatoria del contingente de trabajadores para el año 2002, realizada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, eliminó incluso la posibilidad de entrada a través del régimen general para la tramitación de ofertas nominativas, Acuerdo que por este motivo fue impugnado ante el Tribunal Supremo por algunos partidos (Ezker Batua-Izquierda Unida), sindicatos y ONG (SOS-Racismo, CEAR, VODAME-VINCIT, FMR, MPDL, ARI-PERU). Un análisis sobre este Acuerdo de convocatoria de contingente para 2002, donde se critica esta supresión temporal del régimen general de entrada, puede encontrarse en VICENÇ AGUADO CUDOLÀ, *El contingent per a treballadors estrangers no comunitaris per a l'any 2002: la dubtosa legalitat de la desaparició de l'anomenat règim general per a la tramitació d'ofertes nominatives de treball*, en el vol. col. *Anuari de la immigració a Catalunya 2001*, Barcelona, Editorial Mediterrània, 2002, pp. 74-82.

comunidades autónomas según las necesidades de mano de obra (16), es decir, cada comunidad recibirá un número determinado de nuevos inmigrantes que desempeñaran unos trabajos concretos, a los que deberá prestar los derechos sociales reconocidos a los inmigrantes regulares. La transcendencia de este mecanismo regulador de la entrada de nuevos flujos migratorios para las comunidades autónomas justifica sobradamente una mínima intervención autonómica en la configuración del contingente, que se ha traducido en una referencia genérica de la Ley de extranjería donde se especifica que el gobierno aprobará el contingente anual de trabajadores «teniendo en cuenta la situación nacional del empleo, las propuestas que eleven las comunidades autónomas y previa audiencia del Consejo superior de política de inmigración» (artículo 39).

De esta forma, la intervención de las autonomías en la determinación del contingente se articula a un doble nivel: primero, a través de una propuesta al gobierno central; después, mediante la representación de las comunidades en el Consejo superior. Ciertamente, ambas referencias legales son parcas, de forma que el grado de la participación autonómica se ha derivado al desarrollo reglamentario previsto en el artículo 65 del Reglamento de extranjería (17), que no aprovecha la ocasión para asegurar una adecuada participación de las comunidades autónomas en un aspecto tan relevante para las mismas como el contingente de trabajadores.

El Reglamento ha reconducido la «propuesta» de las comunidades a su participación en las Comisiones ejecutivas provinciales del INEM, de forma que será en el seno de estas Comisiones donde las comunidades deberán defender sus propuestas relativas al número y a los sectores necesitados de nueva inmigración, al lado de las que en esta misma sede planteen la administración central, las organizaciones empresariales y los sindicatos. Se diluye así la influencia autonómica en el acuerdo definitivo de estas cifras y sectores, acuerdo que además se formula a partir de las cifras iniciales aportadas por empresarios y sindicatos habitualmente poco coincidentes.

(16) Pese a que la convocatoria anual del contingente se dirige formalmente a extranjeros que se encuentran todavía en su país de origen y ésta parece ser efectivamente su finalidad en la actualidad, la dinámica generada hasta hace poco ha sido la de emplear el contingente de trabajadores como una regularización anual y encubierta de inmigrantes que se encuentran en situación irregular en España; sobre esta práctica puede leerse Vicenç AGUADO CUDOLÀ, *El contingent d'autoritzacions per a treballadors estrangers: de mesura de regularització encoberta a instrument de contractació en els països d'origen*, en el vol. col. *Anuari de la immigració a Catalunya 2000*, Barcelona, Editorial Mediterrània, 2002, pp. 40-44.

(17) Real Decreto 864/2001, de ejecución de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000.

Los diversos acuerdos de las Comisiones provinciales se hacen llegar al Ministerio de trabajo, por conducto del subdelegado del gobierno, y se discuten en la Comisión interministerial de extranjería, que eleva una propuesta global de contingente al gobierno. Será este quien apruebe la convocatoria definitiva, aunque antes deberá dar audiencia al Consejo superior, segundo nivel de participación autonómica previsto legalmente. Como ya se ha avanzado, el Real Decreto 344/2001 regulador de este órgano contiene efectivamente una referencia a su intervención en el procedimiento de fijación del contingente, pero se trata de una alusión genérica que se limita a reproducir la recogida en la Ley de extranjería, de manera que el nivel de la discusión en su seno y la intensidad de la intervención de las administraciones públicas ha venido determinada por la voluntad de sus representantes, que hasta ahora ha sido muy escasa (18).

Después de todas estas consideraciones, no puede decirse que la participación de las comunidades autónomas en el proceso de fijación del contingente anual de trabajadores extranjeros sea relevante, ni tan siquiera suficiente para poder sostener que el parecer y los intereses de las comunidades en esta importante toma de decisión estatal resultan suficientemente amparados (19). A ello cabe añadir que ni la Ley ni el Reglamento de extranjería prevén ninguna clase de intervención autonómica en la gestión del contingente, gestión que ha sido duramente criticada tanto por el sector empresarial como por los sindicatos (20). Esta insuficiente participación de las comunidades autónomas en el proceso de determinación del contingente y la nula intervención en su gestión contrasta, no sólo con su interés por influir en la fijación del volumen de inmigrantes a los que deberá prestar los derechos sociales prescritos por la Ley, sino que contrasta también con su mayor conocimiento de la realidad empresarial y socio-laboral de la comunidad de destino del trabajador extranjero y con las mayores capacidades administra-

(18) Sobre esta dinámica del Consejo superior en el procedimiento de fijación del contingente anual de trabajadores puede verse Eduard ROIG MOLÉS, *Autonomía e inmigración: competencias y participación de las Comunidades Autónomas y los entes locales en materia de inmigración*, en «Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario», núm. 14, 2002, pp. 217-220.

(19) Es más, el texto del proyecto de ley de reforma de la vigente ley de extranjería, remitido por el Congreso de los Diputados al Senado el 10 de octubre de 2003, reduce todavía más la participación de las Comunidades Autónomas: en primer lugar, al situar al mismo nivel su participación en la conformación del contingente al de la intervención de las organizaciones sindicales y empresariales; en segundo lugar, al sustituir la audiencia del Consejo Superior por un informe general de este órgano sobre la situación del empleo (artículo 39.2 del proyecto).

(20) Sobre las distunciones en la gestión del contingente de trabajadores puede consultarse Mónica ARBELÁEZ RUDAS, *Va fracasar el contingent proposat pel govern per l'any 2002?*, en el vol. col. *Anuari de la immigració a Catalunya 2002*, Barcelona, Editorial Mediterrània, 2003.

tivas de las comunidades, especialmente respecto de los consulados españoles en los países de origen de nuestra inmigración económica.

Ante esta situación, algunas comunidades autónomas han reaccionado defendiendo su competencia para establecer oficinas propias en el extranjero destinadas a intervenir indirectamente en el proceso de gestión del contingente, concretamente, en la fase de selección de los trabajadores extranjeros, atendiendo a las necesidades de los sectores empresariales de su comunidad. El caso de Cataluña ha sido notorio, comunidad que ha procedido a la apertura de esta clase de oficinas en países como Polonia con unas funciones de preselección de candidatos en función de las demandas planteadas por los empresarios catalanes, preselección que concluye con la presentación de la oferta nominativa correspondiente ante la subdelegación del gobierno (21). La apertura de estas oficinas en el extranjero ha producido ciertas tensiones con el gobierno español (22), que considera como propia esta competencia en virtud expresa del artículo 65.6 del Reglamento de extranjería, donde se especifica que el Ministerio de trabajo es el organismo responsable de llevar a cabo los procesos de selección de los trabajadores extranjeros en sus países de origen y donde se excluye además de la participación en este proceso a las comunidades cuando esta misma participación se dirige únicamente a los empresarios y a sus organizaciones.

Pese a ello, parece que la apertura de este tipo de oficinas en el extranjero por parte de las comunidades autónomas dispone de una adecuada

(21) El establecimiento de estas oficinas se ha llevado a cabo sin una cobertura normativa específica, es decir, no existen resoluciones de creación de las mismas que concreten su base competencial ni sus funciones. La oficina establecida en Varsovia se integra en la denominada Red de intermediación y selección laboral en origen de la Generalidad de Cataluña (XILA), que gestiona el Departamento de Trabajo del gobierno autonómico. Según se describe en el eje temático número 10 del II Plan Interdepartamental de Inmigración 2001-2004, la oficina de Varsovia preselecciona candidatos en origen a partir de los perfiles profesionales solicitados por los empresarios catalanes, una vez certificada la imposibilidad de contar con trabajadores nacionales que se adecuen a los mismos; los candidatos preseleccionados son presentados al empresario que elige el perfil adecuado y formula la correspondiente oferta nominativa, gestionada ante la subdelegación del gobierno por la oficina central de la XILA. Como figura en el II Plan Interdepartamental, se pretende extender este programa a lo largo de tres fases a diversos países europeos y Latinoamericanos y a la ciudad de Tánger.

(22) Tras el anuncio del gobierno catalán de abrir una oficina en Casablanca para fomentar las relaciones catalano-marroquíes y, sobre todo, para orientar a las personas que quieran trabajar en Catalunya, el gobierno español insistió en que la competencia en materia de extranjería corresponde de forma exclusiva al Estado y alertó sobre la conveniencia de negociar la apertura de este tipo de oficinas autonómicas en el extranjero con el ejecutivo central. Estas reacciones se recogieron puntualmente en los medios de comunicación; véanse las noticias *Aznar rechaza la apertura de oficinas de inmigración catalanas en el exterior*, *El País*, jueves 16 de enero de 2003, y *Toque de atención al Govern por su oficina marroquí*, *La Vanguardia*, del mismo día.

cobertura constitucional y estatutaria. La capacidad de las comunidades para llevar a cabo una actividad con proyección exterior se encuentra limitada por la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales, prevista en el artículo 149.1.3 de la Constitución. Pese a ello, el Tribunal Constitucional ha dejado claro en Sentencias como la 153/1989 que «no cualquier relación con temas en que estén involucrados otros países o ciudadanos extranjeros implica por sí sola o necesariamente que la competencia resulte atribuida a la regla de relaciones internacionales» (FJ 8). Más concretamente, la STC 165/1994 señala que las comunidades autónomas están capacitadas para llevar a cabo acciones exteriores siempre que estas «no impliquen el ejercicio del *ius contrahendi*, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado y no generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros y organizaciones inter o supranacionales» (FJ 6).

Si se atiende concretamente a las funciones que desarrollan oficinas como la de Polonia, resulta difícil sostener que las mismas pueden inscribirse en el catálogo de actuaciones reservadas al Estado, ya que ni tan siquiera producen efectos vinculantes para terceras personas y se limitan a facilitar la búsqueda de los perfiles más ajustados a las necesidades de los empresarios catalanes, dejando siempre en manos estatales la tramitación de las correspondientes ofertas nominativas presentadas por los propios empresarios ante la subdelegación del gobierno de cada provincia. Distinto sería el caso de una actuación autonómica similar a la llevada a cabo por el gobierno de la provincia del Quebec en Canadá, que realiza una efectiva selección de extranjeros en origen de aproximadamente el 50% del total de los nuevos inmigrantes que recibe anualmente (los de la categoría de independientes, que no incluye ni los permisos por reagrupación familiar ni por asilo), selec-

(23) En general, la intervención de las provincias en materia de extranjería es bastante limitada, tal y como se establece en el artículo 95 de la Constitución canadiense. El caso del Quebec responde a la coyuntura política surgida en 1966, cuando esta provincia aprueba su primera Ley sobre inmigración y crea un Ministerio dedicado específicamente a esta materia. Tras las fuertes reticencias que ambos hechos despertaron en el gobierno federal y desde entonces, la competencia de inmigración en Quebec se define a través de un acuerdo bilateral, el vigente firmado en 1991 y articulado sobre la base ya citada de conseguir cierto equilibrio demográfico en la provincia y de proteger su identidad cultural, finalidades que justifican también la competencia de la provincia en materia de integración de los inmigrantes a cambio de una ayuda financiera por parte de la Federación. Sobre la distribución de competencias en materia de inmigración entre la Federación y el Quebec puede consultarse Ignacio CAMÓS VICTORIA, *La política de integración y regionalización de la inmigración en la provincia de Quebec*, en el vol. col. *Derecho de la inmigración y derecho de la integración. Una visión múltiple: Unión Europea, Canadá*,

ción dirigida a conseguir el incremento demográfico de la población francófona y a proteger la identidad cultural de esta provincia (23).

3. Posibles vías de modificación del sistema vigente

Como se ha comentado en el apartado anterior, a partir de la reserva del artículo 149.1.2 de la Constitución el Estado ha regulado en la vigente Ley de extranjería dos aspectos fundamentales de esta materia, como son el denominado régimen jurídico de los inmigrantes y la policía de extranjería; además, la ejecución de toda esta normativa también se atribuye de forma exclusiva a la administración del Estado. No cabe duda de que esta opción legal se ajusta perfectamente a los dictados constitucionales, puesto que el precepto citado no condiciona ni la titularidad ni el ejercicio de esta competencia y diseña un sistema donde la variable extranjería afecta de forma transversal a las competencias de las comunidades autónomas, señaladamente en materia de ejecución laboral y de policía. En esta misma línea, la competencia estatal sobre extranjería también incide directamente en las competencias autonómicas en tanto las comunidades se encuentran obligadas a acoger a los inmigrantes que determine el Estado y a ofrecerles las prestaciones sociales correspondientes.

Si bien la Ley de extranjería se adecua al reparto competencial previsto en la Constitución, se ha apuntado también la ausencia de un régimen efectivo de participación de las comunidades autónomas en las decisiones del Estado relativas a la extranjería, fundamentada en el interés que éstas pueden tener en la definición y el ejercicio de esta competencia estatal, interés que se ve claramente reforzado por efecto de la transversalidad de esta competencia. Los limitados supuestos de participación autonómica legalmente previstos, que pueden cifrarse escasamente en la intervención en la fijación anual del contingente de trabajadores, no han servido para dar una entrada efectiva a las comunidades, que no sólo se han visto relegadas a una participación que podría calificarse de meramente formal, sino que tampoco se ha sacado partido a su proximidad al tejido empresarial y laboral de la comunidad y a la mayor agilidad de sus administraciones. Al diagnóstico jurídico que precede cabe añadir un apunte práctico, como son las claras deficiencias en la actuación de la administración estatal en materia de extranjería, especialmente en el ámbito de la tramitación de permisos y autorizaciones. Estos procedimientos se llevan generalmente a cabo en las Oficinas de extranjeros existentes en buena parte de las provincias españolas, que dependen de los

España, Quebec y Cataluña, Girona, Institut d'Estudis Autonòmics-Universitat de Girona, 2002, pp. 219-240.

informes que les remiten los Ministerios del interior y de trabajo; esta doble dependencia ministerial, la escasez de recursos personales y materiales y el ingente trabajo de los funcionarios de estas Oficinas ha provocado el colapso en algunas de ellas, marcadamente las situadas en las grandes ciudades o en provincias con una incidencia migratoria notable (24).

La situación descrita parece apuntar hacia la conveniencia de aumentar la presencia autonómica en la competencia estatal sobre extranjería. Entre los diversos instrumentos que pueden barajarse en esta dirección (25), cabe destacar el empleo de las leyes de transferencia o delegación del artículo 150.2 de la Constitución o la encomienda de gestión prevista en el artículo 15 de la Ley de régimen jurídico (26).

Comenzando por la primera, podría transferirse o delegarse a las comunidades a través de una ley del artículo 150.2 de la Constitución la tramitación y resolución de los procedimientos de concesión y renovación de permisos de residencia y de trabajo. La posibilidad de emplear este instrumento de ampliación extraestatutaria de competencias vendría avalada por diversos motivos. En primer término, parece no existir inconveniente alguno en su utilización en este marco, ya que se trata de una competencia estatal no residual, en materia ejecutiva y de naturaleza transferible o delegable, pues que no afecta a la reconocibilidad o soberanía del Estado (27).

Por otra parte, la posibilidad de este tipo de transferencia o delegación viene avalada igualmente por la mayor precisión de la normativa vigente en

(24) Se ha denunciado en muchas ocasiones el inadecuado funcionamiento de la administración estatal de extranjería, tanto a nivel interno como en su vertiente exterior, con unas estructuras administrativas y una dotación no siempre acordes con la dimensión cualitativa y cuantitativa del fenómeno migratorio. Tras esta constatación, Pablo SANTOLAYA MACHETTI ha apuntado la necesidad de conseguir una normalización de la actuación administrativa en materia de extranjería: «nos tenemos que acostumbrar a actuar conforme a procedimientos homologados y sometidos a los principios constitucionales. Parece obvio, pero no lo es tanto» (*Tema para debate: Comunidades Autónomas e inmigración*, en «Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario», núm. 14, 2002, p. 250).

(25) Se tratan en este artículo varias opciones de carácter general que permitirían trasladar el desarrollo de ciertas competencias de las Oficinas de extranjeros a las Comunidades Autónomas, sin acometer el estudio de otras alternativas no genéricas también posibles. Entre ellas, por ejemplo, la posibilidad de que la propia Ley de extranjería prevea que los informes que actualmente elabora la Delegación provincial del Ministerio de trabajo se substituyan por informes de los Departamentos de trabajo de las comunidades con competencia en materia de ejecución laboral.

(26) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, reformada por Ley 4/1999, de 13 de enero.

(27) No existe una total coincidencia en la doctrina sobre el ámbito que cabe otorgar a las leyes del artículo 150.2 de la Constitución, pero sí en relación con este núcleo de transferencia o delegación al que nos estamos refiriendo. Al respecto puede consultarse la reciente monografía de José Antonio MONTILLA MARTOS, *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación: configuración constitucional y práctica política*, Madrid, Tecnos, 1998.

el momento de establecer los requisitos que dan lugar a la concesión o renovación de permisos. Se puede llegar a considerar que en buen número de casos este tipo de procedimientos responde a una potestad reglada, señaladamente los supuestos de concesión de permisos por reagrupación familiar del cónyuge o descendientes menores de edad, que además ya disponen de un visado expedido por las autoridades consulares españolas después de confirmar el cumplimiento de las condiciones que dan lugar a la reagrupación. También la mayor parte de las renovaciones de permisos de residencia y de trabajo responde al esquema de una potestad reglada, de forma que son un claro ejemplo de los procedimientos que podrían ser transferidos o delegados a las comunidades, en el caso de los permisos de trabajo con el argumento añadido de las competencias autonómicas en materia de ejecución laboral.

Es más, si la opción fuera la delegación de competencias podrían incluso establecerse ciertos controles más o menos intensos sobre la actividad autonómica, por ejemplo, la fijación de directrices por parte del gobierno central que detallaran de forma precisa el iter que debe seguir la tramitación de los permisos así como los criterios que deben regir su resolución. Ello resultaría especialmente positivo desde otra perspectiva, si se atiende a la falta de uniformidad en la aplicación de la normativa de extranjería por parte de las distintas administraciones territoriales del Estado, circunstancia que conduce a situaciones de clara desigualdad en la aplicación de una Ley que incide directamente en los derechos de los inmigrantes. En la dirección de controlar la tramitación y resolución de los permisos por parte de la administración del Estado, incluso podría preverse en la ley de delegación que los recursos contra los actos de la administración autonómica sean resueltos por el subdelegado del gobierno.

Un último argumento favorable al empleo del artículo 150.2 de la Constitución en este ámbito es la oportunidad de ofrecer una mayor coordinación y coherencia al sistema, dejando en manos de la misma administración la tramitación de los permisos de residencia y trabajo y la decisión sobre la concesión o denegación de prestaciones sociales. Debe insistirse aquí en que la identificación de la integración del inmigrante con la prestación de derechos sostenida en la vigente Ley de extranjería resulta ficticia, pues todas las decisiones administrativas que afectan al extranjero inciden directamente en su proceso de integración, incluso especialmente las relativas a su regularidad administrativa. Resulta difícil escindir las decisiones que afectan a la integración del inmigrante de las que pueden considerarse al margen: el caso más elocuente de resoluciones relativas a la situación administrativa del extranjero que inciden claramente en su integración es la concesión de permisos por reagrupación familiar, pero existen muchos otros ejemplos, como las autorizaciones por arraigo o las derivadas de un proceso

de regularización extraordinaria. Esta situación parece abonar la necesidad de una mayor intervención autonómica en todas las decisiones administrativas que afectan al inmigrante, ya sea asumiendo competencias en materia de concesión o renovación de permisos, participando en la toma de decisiones estatales en el resto de tramitaciones relativas a su regularidad administrativa o, incluso, asumiendo también ciertas competencias en relación con éstas últimas una vez el inmigrante se encuentre en territorio español.

En esta línea, otro eje para completar y ofrecer mayor coordinación y coherencia al sistema en la hipótesis de una transferencia o delegación de competencias en materia de permisos es la correlativa trasfencia o delegación de competencias en el ámbito de la policía de extranjería a las comunidades vasca y catalana (28). La resolución de los procedimientos de concesión o renovación de permisos dependen en buena medida de datos que obran en poder de la policía de extranjería y de la posible existencia de procedimientos infractores incoados al extranjero; al mismo tiempo, la tramitación de un procedimiento infractor requiere el conocimiento de la situación administrativa del inmigrante relativa a sus permisos de residencia y/o trabajo. Así pues, existe una íntima relación entre la administración encargada de tramitar los permisos de residencia y trabajo y la policía de extranjería, de forma que parece conveniente que un mismo nivel administrativo disponga de competencias tanto para decidir la concesión o renovación de permisos como en los procedimientos sancionadores; ambas competencias podrían ser asumidas por las administraciones autonómicas, dejando al margen los aspectos de la policía de extranjería relativos al control de fronteras, que seguirían en manos de la administración del Estado puesto que el inmigrante todavía no se encuentra en territorio español.

Desde otra perspectiva, la transferencia o delegación de estas competencias a las policías autonómicas vasca y catalana sería también coherente con las funciones de policía integral que ambas están desarrollando en la práctica. Ambos cuerpos desarrollan como propias la generalidad de las funciones policiales en las comunidades de País Vasco y Cataluña, por lo que

(28) Se hace referencia únicamente a las policías de País Vasco y Cataluña ya que las desplegadas en comunidades como Navarra sólo desarrollan funciones de protección de autoridades forales y vigilancia del tráfico; por su parte, las secciones de la policía nacional dependientes de autoridades autonómicas en Galicia, Andalucía y Comunidad Valenciana desempeñan solamente funciones de custodia de autoridades y edificios.

Sobre las competencias de la Ertzaintza y de los Mossos d'Esquadra puede consultarse, respectivamente, Iñaki AGIRREAZKUEENAGA y José Luis AURTENETX, *Reflexiones sobre el modelo policial vasco*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 56, 2000, pp. 9-34; y Assumpta PALAU MARGARIT, *Análisis y evolución de las funciones de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra como policía ordinaria e integral*, en el vol. col. *El modelo policial y sus retos de futuro*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics-Escuela de Policía de Catalunya, 2000, pp. 241-261.

resulta coherente que dentro de sus funciones de vigilancia general controlen también el cumplimiento de la normativa de extranjería y lleven a cabo la tramitación de los procedimientos sancionadores correspondientes, en lugar de entregar a la policía nacional a los extranjeros en situación irregular detectados en territorio autonómico como actualmente sucede, no como consecuencia de lo estipulado en el artículo 149.1.27 de la Constitución, sino como resultado de la transversalidad del título estatal previsto en el apartado segundo del mismo artículo 149.1. Aunque podría considerarse que esta transferencia o delegación de funciones plantea ciertos problemas no presentes en los supuestos anteriores. El artículo 13 del Estatuto catalán reserva, en todo caso, a la Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado el régimen general de extranjería, la expulsión y la inmigración, reserva en la que insiste el Acuerdo de la Junta de Seguridad de Cataluña de 17 de octubre de 1994, también reproducida en los Acuerdos de la Junta de Seguridad de País Vasco de 13 de marzo de 1989 y de 16 de junio de 1995. Ello no significa, empero, que la reserva estatutaria suponga un obstáculo para proceder a la transferencia o a la delegación, como no lo supuso en el caso de la transferencia de competencias en materia de tráfico a Cataluña a través de una ley orgánica del 150.2 de la Constitución (29). Por otra parte, tras la aprobación de la transferencia o la delegación sólo quedaría adaptar el contenido de los Acuerdos de las respectivas Juntas de Seguridad a los términos de la ley orgánica.

Se ha avanzado ya que una posibilidad distinta a la expuesta hasta el momento es el empleo de la encomienda de gestión, prevista en el artículo 15 de la Ley de régimen jurídico. Como es sabido, no resulta posible utilizar la encomienda de gestión como fórmula encubierta de transferencia o delegación de competencias ejecutivas, destinada a evitar la generalmente difícil aprobación de una ley orgánica del artículo 150.2 de la Constitución, sino que la concepción y finalidad de ambos instrumentos es diversa, pese al uso que en ocasiones se ha hecho de la encomienda excediendo los límites que parece marcar la Ley de régimen jurídico (30). Si se atiende a las prescripciones expresas del citado artículo 15, podría admitirse que a través de una encomienda de gestión el gobierno central encargara a las comunidades con una incidencia migratoria elevada la tramitación de los permisos de residencia y trabajo (incluso los procedimientos sancionadores), reservándose el

(29) Ley orgánica 6/1997, de 15 de diciembre, de transferencia de competencias ejecutivas en materia de tránsito y circulación de vehículos a motor a la comunidad autónoma de Cataluña.

(30) Sobre la configuración jurídica de la encomienda de gestión y también sobre el empleo que se ha hecho de la misma puede verse Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *Las encomiendas de gestión*, en el vol. col. dirigido por Eliseo AJA, *Informe Comunidades Autónomas 1995*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, 1996, pp. 667-685.

Estado la fijación de los criterios que estas tramitaciones deberían seguir, la resolución de los recursos presentados contra las mismas y la resolución final de los expedientes, que continuaría en manos del subdelegado del gobierno (31). Con todo, debe admitirse que el empleo de la encomienda de gestión en los términos descritos puede plantear objeciones, si se atiende a las especiales características de los procedimientos en materia de extranjería: por un lado, porque la tramitación administrativa marca muy directamente el sentido de la resolución; por otro, por el imprescindible traspaso de medios materiales y personales de la administración estatal a la autonómica, para que esta pueda hacer frente a los procedimientos administrativos encomendados (32).

4. Los derechos y libertades de los inmigrantes

Hasta el momento se ha analizado la competencia exclusiva del Estado en materia de extranjería que abarca, según establece la Ley vigente, la normativa y la ejecución del régimen jurídico de los inmigrantes y del régimen sancionador. No obstante, no acaban aquí las competencias estatales en esta materia. El título I de la Ley regula también los derechos y libertades de los inmigrantes, distinguiendo diversos estatutos en función de su situación administrativa: derechos de los inmigrantes en situación regular, derechos de los irregulares y derechos de los extranjeros empadronados en un municipio. De esta forma, la Ley describe un triple catálogo y lo hace, según establece su disposición final cuarta, distinguiendo a su vez entre aquellos artículos con carácter orgánico y aquellos que carecen del mismo: los primeros se dictan en desarrollo del artículo 81 de la Constitución y los segundos (derecho al trabajo y seguridad social, sanidad, vivienda y asistencia social) en virtud de la competencia reconocida en el artículo 149.1.2 de la norma constitucional.

Para empezar, debe apuntarse el escaso rigor de la Ley al conceder una naturaleza atributiva de competencias a la previsión recogida en el artículo 81 de la Constitución. Es por todos conocida la confusa jurisprudencia

(31) Otras encomiendas de gestión han seguido un esquema casi idéntico, como la prevista en el Convenio entre el Ministerio de Obras Públicas y su homólogo en el País Vasco celebrado en 1994, donde se encomienda al departamento vasco la tramitación de las autorizaciones sobre el dominio público hidráulico y su policía en las cuencas Cantábrica y del Ebro, reservándose el Estado la determinación de los criterios que deberá seguir la tramitación, la resolución de los recursos relativos a la misma y la resolución final de todos los expedientes de autorización y de policía tramitados por la administración vasca.

(32) De todos modos, pueden encontrarse algunos casos en que la encomienda de gestión ha ido acompañada del traspaso de medios, como en el Convenio entre el Ministerio de Agricultura y la Generalidad de Cataluña en materia de actuaciones relativas a la intervención y regulación de los mercados celebrado el año 1995, convenio que dio lugar a la aprobación del Real Decreto 2075/1995 de traspaso de medios personales y financieros.

dencia constitucional relativa al juego de este precepto respecto del reparto de competencias entre Estado y comunidades autónomas y también se sabe que el Tribunal ha concedido en la práctica y en ciertos casos este carácter competencial al citado precepto (33). Pero también es notorio que el propio Tribunal ha negado expresamente virtualidad competencial a la reserva de ley orgánica (entre otras, STC 137/1986), circunstancia que impide a la Ley de extranjería ampararse en la misma para aprobar la mayor parte del régimen de derechos y libertades de los inmigrantes; en esta misma dirección, el Tribunal Constitucional ha dejado igualmente claro que, «en aplicación de un elemental criterio de interpretación sistemática, fijar el alcance de la reserva de ley orgánica debe cohererarse con el contenido de los preceptos del llamado bloque de la constitucionalidad que distribuyen las competencias entre el Estado y las comunidades autónomas» (STC 173/1998, FJ 7).

¿Cuál es, entonces, el título del Estado para regular el catálogo de derechos de los inmigrantes? Este título se encuentra en las diversas competencias sectoriales reconocidas al propio Estado en el artículo 149.1 de la Constitución, que le habilitan para regular, por ejemplo, las bases de la educación y de la sanidad o el régimen de la seguridad social. Por otra parte, el Estado también puede alegar su competencia para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos, reconocida en el primer apartado de este precepto, para asegurar un acceso de los extranjeros a los derechos en condiciones de igualdad respecto de los nacionales. Incluso resulta defendible que la competencia para establecer el catálogo de derechos de los extranjeros pueda encontrarse en el propio apartado segundo del artículo 149.1, en tanto una política dirigida a la integración de los inmigrantes obliga a determinar un estatuto mínimo de derechos destinado a hacer factible tal objetivo.

En atención a estos títulos competenciales, el Estado podrá diseñar un régimen relativo a los derechos de los inmigrantes sobre el que las comunidades autónomas podrán actuar libremente, en virtud de las competencias asumidas en sus Estatutos. Aunque no ha sido ésta la interpretación de la

(33) Un estudio sobre esta jurisprudencia así como de los comentarios doctrinales que ha suscitado puede encontrarse en Miguel Ángel CABELLOS ESPÍRREZ, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 232-260.

(34) Concretamente, el artículo 4.6 del Decreto 188/2001, de 26 de junio, establece que «el Departamento de educación y el departamento de bienestar social adoptarán las medidas necesarias para facilitar el acceso de los extranjeros inscritos en el padrón de cualquiera de los municipios de Cataluña a la educación de naturaleza no obligatoria y a los centros de formación de adultos, respectivamente».

administración del Estado. El Decreto de la Generalidad de Cataluña 188/2001, que amplía las prestaciones educativas a los extranjeros empadronados mayores de edad (34) cuando la Ley de extranjería reconoce este derecho solamente a los inmigrantes regulares, fue impugnado por el gobierno del Estado ante la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Según el parecer del ejecutivo estatal, las comunidades autónomas no están en disposición de ampliar el catálogo de derechos previsto en la Ley de extranjería y, por tanto, encuentran condicionada su autonomía en relación con los derechos tanto en un sentido positivo (obligación de prestar ciertos derechos) como en sentido negativo (imposibilidad de ampliar estas prestaciones). Por contra, parece que cualquiera que sea el título competencial alegado por el Estado para amparar la regulación de los derechos de los extranjeros (normativa sectorial, 149.1.1 ó 149.1.2 de la Constitución) no puede considerarse que las comunidades se encuentran limitadas por esta normativa más allá de las previsiones expresas que, en sentido positivo o negativo, contenga la Ley de extranjería. Se trata, en todo caso, de una regulación de mínimos que las comunidades autónomas deben respetar, pero la ampliación de derechos no contradice en ningún caso las previsiones de la Ley estatal y encaja perfectamente en el desarrollo de las competencias que, en materia de derechos sociales, tienen asumidas las comunidades.

III. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

Hasta el momento se ha tenido oportunidad de comprobar el gran peso específico de las competencias del Estado en materia de extranjería, que derivan del título competencial previsto en el artículo 149.1.2 de la Constitución. Concretamente, puede dibujarse claramente un ámbito competencial exclusivo (tanto en las funciones legislativas como ejecutivas) y excluyente (dada la ausencia de una participación autonómica efectiva) en el terreno estricto de la inmigración (régimen jurídico de los inmigrantes y policía de extranjería). No obstante, también se ha avanzado que las comunidades autónomas disponen de un margen de actuación en el campo de la extranjería igualmente relevante.

Las competencias autonómicas en este campo derivan, en primer término, de las prescripciones legales recogidas en la propia Ley de extranjería. Como acaba de comentarse en el epígrafe anterior, esta Ley establece en su título I un catálogo de derechos de los inmigrantes, derechos que en buena medida implican una obligación de actividad prestacional por parte de las comunidades autónomas. Este es el caso de derechos como la educación, la sanidad, la vivienda o la asistencia social, cuya prestación corre a cargo de las distintas autonomías en virtud de las competencias que han asumido en sus respectivos Estatutos. Así pues, el primer ámbito de intervención de las

comunidades vendrá determinado por las previsiones legales del propio Estado fijadas en la normativa de extranjería.

Pero aquí no concluyen las competencias de las Comunidades Autónomas en el terreno de la inmigración (35). Para empezar, acaba de apuntarse que las previsiones de la Ley de extranjería relativas a los derechos de los inmigrantes deben interpretarse con carácter de mínimos. A partir de la normativa orgánica del Estado y de la igualdad en el acceso a determinadas prestaciones reconocida en esta normativa, las comunidades podrán ampliar las previsiones en el ámbito de los derechos, tanto las relacionadas con la titularidad de los mismos como las relativas a sus condiciones de ejercicio. De esta forma, en virtud del principio de autonomía y de las competencias asumidas en sus Estatutos, las Comunidades Autónomas disponen de la capacidad para regular de forma más generosa los mínimos establecidos por el Estado.

Este ha sido el caso del Decreto 188/2001 de la Generalidad de Cataluña, que no sólo amplía el derecho a la educación de los inmigrantes, sino que también recoge la obligación de la administración catalana de promover el derecho a la asociación de todos los extranjeros (artículo 10), cuando este derecho se reconoce en la Ley de extranjería únicamente a los regulares. Más allá de estas ampliaciones, el Decreto puede entenderse como un intento por delimitar de forma ordenada las obligaciones prestacionales del gobierno autonómico respecto de la inmigración a partir del marco previsto en la normativa orgánica, intento que quizás deba considerarse como un primer paso en esta dirección dada la parquedad de algunas de sus previsiones, como las relativas a las prestaciones sociales básicas donde no se produce la necesaria aclaración sobre su alcance concreto (artículo 9 (36)).

Por otra parte, también puede valorarse positivamente este tipo de normativa autonómica relacionada directamente con la inmigración como una forma de asunción expresa de responsabilidades en este campo. La competencia exclusiva del Estado en materia de extranjería, desarrollada en los términos excluyentes que se han descrito, hizo tender hacia el convencimiento de que las comunidades autónomas no disponían de ningún ámbito de intervención en el terreno de la inmigración. Tras esta primera fase y ante

(35) Una reflexión de carácter general sobre el desarrollo autonómico de la política de inmigración, donde se abordan diversos aspectos tratados en este artículo, puede encontrarse en Eduard RUIZ MORÉS, *Autonomía e inmigración: competencias y participación de las Comunidades Autónomas y los entes locales en materia de inmigración*, en «Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario», núm. 14, 2002, pp. 206-213.

(36) El apartado segundo de este precepto relaciona como prestaciones sociales básicas una serie de prestaciones que mayoritariamente corren a cargo de los entes locales, como los servicios de atención domiciliaria, de comedor o los servicios residenciales de estancia limitada.

el aumento de la presión derivada del fenómeno migratorio, las Comunidades Autónomas con un mayor porcentaje de población extranjera han comenzado a sentir la necesidad de actuar en este ámbito y, naturalmente, lo han hecho a partir de las competencias que de forma sectorial inciden en la situación de los inmigrantes.

Esta circunstancia ha provocado que el tratamiento de la inmigración a nivel autonómico se produzca de forma muy sectorializada, desde las consejerías materialmente afectadas y sin una coordinación interadministrativa suficiente. Ante esta circunstancia, algunas Comunidades Autónomas han ido creando comisiones interdepartamentales a modo de órganos de coordinación (37) y, a partir de aquí, distintas Comunidades Autónomas han optado por centralizar sus políticas sobre inmigración en un solo órgano, responsable tanto de su definición como de su aplicación coordinada por parte de las distintas consejerías. Estos órganos se han creado a través de diversas fórmulas administrativas, que van desde direcciones generales en las consejerías responsables de los servicios sociales (38) a secretarías generales específicas dependientes del consejero de presidencia (39). No debe considerarse baladí la incardinación y el nivel de estos órganos, pues en ocasiones dará cuenta del grado de prioridad de la política sobre inmigración para el gobierno autonómico e influirá en buena medida en la eficacia de su gestión, aunque por supuesto no la asegurará.

Más allá de estas cuestiones de carácter orgánico, la regulación y la adopción de políticas concretas relativas a la inmigración ha sido muy escasa y, además, se ha llevado a cabo al margen de la intervención de los parlamentos autonómicos. La reducida actuación en este campo quizás tenga su origen en ciertas cautelas relacionadas con la dificultad de definir políticas en este terreno, todavía inexplorado y con escasas referencias en el derecho

(37) Decreto catalán 275/1993, de 28 de septiembre, de creación de la Comisión interdepartamental de inmigración y de su Consejo asesor, modificado en diversas ocasiones y actualmente regulado en el Decreto 125/2001, de 15 de mayo; Decreto aragonés de 113/2001, de 22 de mayo, de creación de la Comisión interdepartamental para la inmigración y Foro de la inmigración de Aragón; Decreto valenciano 33/2002, de 26 de febrero, de creación de la Comisión interdepartamental de inmigración.

(38) En la Comunidad de Madrid, la Dirección General de inmigración, cooperación al desarrollo y voluntariado se adscribe a la Consejería de servicios sociales (Decreto 270/2001, de 13 de diciembre); en idéntica línea, en País Vasco la Dirección General de inmigración se adscribe a la Viceconsejería de asuntos sociales del Departamento de vivienda y asuntos sociales (Decreto 40/2002, de 12 de febrero). La Comunidad gallega se aparta de la tónica anterior, ya que la Dirección General de apoyo a la inmigración se adscribe a la Consejería de emigración (Decreto 23/2003, de 20 de enero).

(39) Este es el caso de Cataluña, donde se ha creado la Secretaría para la inmigración como órgano unipersonal por Decreto 293/2000, de 31 de agosto, adscrita al Departamento de presidencia.

comparado que ofrezcan unas mínimas garantías de éxito. Otra razón podría encontrarse en el elevado coste político que ha ocasionado llevar a cabo ciertos programas dirigidos a la integración del colectivo inmigrante en algunos municipios, que ha hecho todavía más evidente la complicación de desarrollar políticas públicas en este campo. También debe tenerse en cuenta la falta de definición de una política global de extranjería a nivel estatal que permita encajar las políticas autonómicas sectoriales y la imposibilidad de llevar a cabo determinadas políticas sin una adecuada coordinación con otras Comunidades Autónomas y con el Estado, coordinación inexistente pese a lo que cabría esperar tras la aprobación del Programa global de regulación y coordinación de la extranjería y la inmigración en España (Plan GRECO 2000-2004) (40). Finalmente, tampoco siempre se cuenta con los recursos económicos necesarios para ejecutar ciertas actuaciones, especialmente las relativas a los inmigrantes irregulares con unos derechos escasos según la normativa orgánica y, en consecuencia, poco presupuestadas por el Estado.

En todo caso, no puede ocultarse la responsabilidad de las Comunidades Autónomas en el campo de la inmigración, lo que las obliga a adoptar y desarrollar políticas concretas en este campo. Al margen del ya comentado Decreto de la Generalidad de Cataluña de 2001, se han dado otros pequeños pasos en esta dirección. Ejemplo de ello han sido diversos Planes interdepartamentales dirigidos a fomentar y coordinar las políticas sobre inmigración, como el aprobado por el ejecutivo catalán en la sesión de gobierno de 18 de julio de 2001 o el aprobado por Decreto de la Junta de Andalucía 1/2002, de 9 de enero. Se trata de un conjunto de programas sectoriales que tratan de definir una política global relacionada con la inmigración y procuran una aplicación coordinada por parte de las diversas consejerías y organismos públicos implicados. Todavía es prematuro realizar una valoración sobre estos Planes, más allá de dejar apuntada la conveniencia de abordar la política migratoria desde una perspectiva de conjunto que parece más asequible si se parte de un plan que englobe los diversos programas sectoriales. No obstante, parece que más lógico hubiera sido adoptar en primer término una política global relativa a la inmigración y posteriormente adecuar y coordinar los programas sectoriales, priorizando aquellos que de forma más eficiente aseguren la consecución de los objetivos previamente marcados. Por otra parte, también debe advertirse que la mera existencia de

(40) Al margen del título, este documento aprobado por el gobierno español sin la participación autonómica por Acuerdo del Consejo de Ministros no recoge ninguna previsión dirigida a asegurar una mínima coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el campo de la inmigración. Se trata, simplemente, de un documento donde se identifica el órgano estatal competente para llevar a cabo las competencias derivadas del artículo 149.1.2 de la Constitución.

un plan no significa la ejecución coordinadora de sus programas, sino que esta coordinación dependerá de la tarea del órgano responsable de asegurar la ejecución del plan, coordinación que no siempre se produce. Finalmente, tampoco puede predicarse de los planes aprobados hasta el momento una vocación coordinadora con los niveles estatal y local, lo cual parece bien necesario especialmente en relación con la administración local.

Más allá de la eficacia real de los planes interdepartamentales hasta ahora aprobados, estos permiten conocer el posicionamiento del gobierno autonómico respecto de una disyuntiva siempre presente en el tratamiento de la inmigración: la opción por el tratamiento específico del fenómeno migratorio o su integración en las actuaciones administrativas generales. El carácter transversal de la extranjería provoca ineludiblemente que la misma se manifieste en diversos sectores competenciales y, en consecuencia, que sean prestaciones de distinto carácter las que deban ofrecerse a los inmigrantes, en el terreno de la educación, la sanidad, la vivienda o los servicios sociales, ámbitos donde también se generan actuaciones prestacionales respecto de los ciudadanos españoles. Con carácter general, en atención a los diversos planes interdepartamentales hasta ahora aprobados y constatadas las todavía incipientes políticas públicas autonómicas relativas a la inmigración, parece que se ha optado por inscribir las actuaciones dirigidas a los inmigrantes en la actividad prestacional general de la administración. Esta opción responde, en parte, al riesgo que implica el desarrollo de determinadas políticas de discriminación positiva y, en parte quizás también, a la voluntad por normalizar la situación de los inmigrantes en sus relaciones con la administración pública. Cualquiera que sean los motivos que han conducido a esta opción, no conviene ignorar el importante impacto que la inmigración ocasiona en las prestaciones públicas y, de otra parte, que la opción por la integración en los procedimientos generales no puede dejar de lado la necesidad en algunas ocasiones de llevar a cabo actuaciones diferenciadas y de discriminación positiva respecto de ciertos grupos de inmigrantes (41).

Las escasas políticas que hasta el momento han llevado a término los gobiernos autonómicos relacionadas con la inmigración también han permi-

(41) Pese a que la tónica ha sido la integración en los procedimientos generales de prestación de servicios, también cabe apuntar algunas actuaciones dirigidas específicamente a los inmigrantes, por ejemplo, el Decreto de la Junta de Andalucía 2/2001, de 9 de enero, de ayudas a la promoción de viviendas en alquiler destinadas a alojar trabajadores temporales en municipios de alta movilidad laboral, viviendas dirigidas «especialmente a los inmigrantes» como señala su artículo primero; o el Decreto del Gobierno Vasco 155/2002, de 25 de junio, de ayudas para la realización de actividades en el ámbito de la inmigración, que establece una serie de líneas de ayudas en diversos ámbitos relacionados con la población extranjera (temporeros, jóvenes, fomento de la interculturalidad, etc.).

tido atisbar otra tendencia general en la mayor parte de las Comunidades, como es derivar la gestión de las prestaciones públicas a entidades de carácter no gubernamental, a ciertas asociaciones o a otro tipo de organizaciones privadas. En relación con esta opción, cabe valorar su oportunidad cuando estos entes privados se encuentran en mejores condiciones para llevar a cabo las prestaciones correspondientes, por su forma de gestión más cercana al inmigrante y por su fácil acceso; pero también en ocasiones se advierte cierta tendencia a la dejación de funciones por parte de la administración pública y, al mismo tiempo, a la confusión de responsabilidades.

Esta tendencia a derivar hacia el sector privado la prestación de servicios emerge también en los convenios entre Estado y Comunidades Autónomas relativos a la inmigración, donde las organizaciones no gubernamentales figuran como destinatarias de los fondos comprometidos en los acuerdos o como gestoras de las actuaciones. Respecto de estos convenios verticales, en los que en ocasiones también interviene la administración local, cabe apuntar su carácter eminentemente financiero, pues consisten fundamentalmente en una aportación del Estado a la comunidad autónoma en materia de asistencia social no vinculada a ninguna actividad concreta, actividad que queda en las exclusivas manos de la comunidad. Así las cosas, parece que estas aportaciones deberían incorporarse a la financiación general de cada comunidad autónoma, dada la ausencia de título competencial del Estado en esta materia; alternatively y en el supuesto en que lleguen a preverse acciones conjuntas, podría pensarse en la creación de fondos interadministrativos comunes destinados a financiar ciertas políticas, al modo del Fondo nacional de políticas migratorias italiano (42). En materia de convenios cabe apuntar finalmente que se cumple la tradicional ausencia de acuerdos horizontales, pese a su clara oportunidad dada la enorme movilidad de la pobla-

(42) En Italia, el Estado, las regiones, las provincias y los municipios comparten la competencia de ofrecer prestaciones sociales a los inmigrantes en vistas a su integración social. En este marco, la Ley italiana de extranjería de 1998 prevé la existencia de un Documento programático trienal sobre política de inmigración, que elabora el gobierno central y que vincula a todas las administraciones públicas; correlativamente, la Ley crea un Fondo nacional de políticas migratorias para llevar a cabo los objetivos de este Documento programático, que no sólo financia el Estado sino también las regiones y los municipios para conseguir una mayor corresponsabilidad. Este Fondo territorializa los recursos y las cantidades deben gastarse por regiones y municipios en el plazo de seis meses, pasados los cuales el montante económico vuelve a integrarse en el Fondo y se redistribuye entre el resto de regiones. Pese a la novedad y oportunidad de instrumentos de estas características, tampoco puede negarse que su funcionamiento ha planteado ciertas disfunciones, como la negativa de algunos municipios a participar en los recursos dado que una mejora en la prestación de servicios supone generalmente un aumento en la densidad de población extranjera. Sobre este Fondo puede consultarse Paolo BONETTI, *El model italià. L'Estat, les regions i els ens locals en les polítiques migratòries italianes*, en el vol. col. *Immigració, autonomia i integració*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms-Institut Català de la Mediterrània, 2002, pp. 63-96.