



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciutadania i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de novembre de 2004

## **MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN**

«La Administración General del Estado y las políticas de integración social de los inmigrantes»

**Vicens Aguado Cudolà (Universitat de Barcelona)**

### **I.- PLANTEAMIENTO GENERAL Y CONSIDERACIONES PREVIAS: CONTROL DE FLUJOS E INTEGRACIÓN SOCIAL EN EL MARCO DEL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE LAS DIVERSAS INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS DE UN ESTADO COMPUESTO**

Al establecer los criterios generales de distribución competencial, la Constitución española de 1978 (CE) dedica una escasa atención al tema de la inmigración. Ello es debido a dos ideas fundamentales que deben retenerse: primera que en 1978 la inmigración era aún un fenómeno poco relevante en un Estado español que aún no se había incorporado a la Unión europea y segunda que la inmigración venía asociándose a la soberanía del Estado.

Los dos preceptos constitucionales de referencia son el art. 13 y el art. 149.1.2 de la CE. En el art. 13 se señala que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. La regulación de estas libertades públicas requiere, como es sabido, de una ley orgánica cuya aprobación corresponde exclusivamente a las Cortes Generales. Por lo que se refiere al art. 149.1.2 se reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.

En base a tales preceptos constitucionales y ante la inminencia de la incorporación del Estado español a la Unión europea se aprobó la LO 7/1985. Pese a su nombre "sobre derechos y libertades de los extranjeros en España" se trataba de una normativa en el que el aspecto predominante era el control de flujos migratorios. Dicha normativa se quería situar en la línea de los países miembros de la CEE que habían empezado a cerrar el acceso tras la crisis del petróleo de 1973. Se trataba, en cualquier caso, de una norma que ponía el acento en las competencias estatales de policía y control de fronteras, dejando a la CCAA un escaso o nulo papel.

Si bien la Exposición de Motivos de la LO 7/1985 hacía alguna referencia a la integración social como uno de los fines de la Ley, no fue propiamente hasta la LO 4/2000 cuando esta noción adquirió una mayor importancia y significación. El propio título de la Ley hace referencia a lo que será su leimotif o elemento clave: la integración social de los inmigrantes<sup>1</sup>. Si bien continúan regulándose los aspectos relacionados con el control de

---

<sup>1</sup> Con todo hay que destacar, como señala E. AJA FERNÁNDEZ, que: "Aunque pueda sorprender, no existe en la ley, pese a su formulación en el título, un apartado específico referido a la integración social, seguramente con razón, porque la integración dimanará del conjunto de la regulación y no de una previsión específica". *Vid.* de este autor "Las funciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la inmigración" en AA.VV.: *Informe Comunidades Autónomas 1999*, Ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2000, pp. 733.

flujos migratorios, el eje de la regulación o hilo conductor estará formado por la integración, a través de la sistematización de un elenco o listado de derechos de los extranjeros. La LO 8/2000, si bien ha introducido modificaciones importantes, ha mantenido cuando menos la estructura básica que estableció la LO 4/2000. Por su parte, la LO 14/2003 no ha tocado el texto legal relativo al elenco de derechos de los extranjeros si bien

De la LODYLE pueden, por tanto, diferenciarse dos ámbitos diversos de actuaciones en materia de extranjería e inmigración. El primero de estos ámbitos estaría integrado por un núcleo duro de la materia por el que continúan reservándose al Estado aquellos temas relacionados con el control de flujos de los inmigrantes (los requisitos de entrada, los visados, la autorización de entrada, los diferentes tipos de situaciones administrativas, las autorizaciones y permisos de trabajo, el contingente de autorizaciones de trabajo, las diversas medidas de alejamiento, el régimen de infracciones y sanciones administrativas). Pero también se admite la existencia de un segundo ámbito donde las CCAA tienen competencias: la integración social del inmigrante que la LODYLE identifica con las políticas sociales que afectan a los derechos sociales de los inmigrantes: educación, sanidad, vivienda, servicios sociales.

## **II.- ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**

### *1.- La organización de la Administración General del Estado en materia de inmigración: aspectos generales*

La legislación del Estado en materia de servicios sociales no se limita a regular de forma genérica los derechos de los inmigrantes, sino que se traduce en una extensa organización administrativa, especialmente en materia de servicios sociales<sup>2</sup>. En el ámbito de la Administración General del Estado el grueso de competencias se reparten tradicionalmente entre tres departamentos ministeriales: el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

La Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) da un amplio margen al Ejecutivo para determinar el número, la denominación y el ámbito de competencias respectivo de los Ministerios y Secretarías de Estado, pues ello se realiza a través de Real Decreto del Presidente del Gobierno (art. 8.2). Por tanto, sería perfectamente factible la creación de un Ministerio dedicado específicamente al fenómeno de la inmigración, tal y como sucede en otros países como, por ejemplo, en Canadá (Ministerio de Ciudadanía e Inmigración), en Dinamarca (Ministerio de Refugiados, Inmigración y Asuntos de Inmigración) o en Australia (Ministerio para Inmigración y Multiculturalismo y Asuntos Indígenas). La opción seguida por los diversos gobiernos españoles es la de crear, durante el mandato del Partido Popular, una Delegación del Gobierno para la Extranjería e Inmigración dependiente del Ministerio del Interior<sup>3</sup>, que ha

---

<sup>2</sup> Como señala A. NIETO GARCÍA: "A la vista del artículo 148.1.20 de la Constitución es difícil imaginar que la organización administrativa estatal sea amplia; y, sin embargo, esto es lo que sucede [...]". *Vid.* de este autor "La organización de las Administraciones públicas para el servicio del bienestar"... *op. cit.*, p. 561.

<sup>3</sup> De acuerdo con el art. 1 del RD 683/2000, de 11 de mayo, por el que se modifica la estructura orgánica de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Hacienda, Interior, Fomento y Economía: "1. Se crea en el Ministerio del Interior la figura de Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, con rango de Secretario de

sido sustituida, durante el mandato del Partido Socialista, por una Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, dependiente del Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales<sup>4</sup>. Aunque en el caso español no llega a constituirse un Ministerio específico destinado al fenómeno migratorio si que puede constatarse como la importancia del fenómeno ha tenido su reflejo en el aparato organizativo público, en especial el de la Administración General del Estado.

La otra cuestión relevante ha sido el cambio de adscripción orgánica del Ministerio de Interior al Ministerio de Trabajo, como resultado de la distinta visión política de ambos Gobiernos, ya que ambos órganos fueron creados con el rango de Secretaría y dependencia directa del titular del Ministerio. En efecto, en la actualidad corresponde al Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales “el desarrollo de la política del Gobierno en materia de extranjería e inmigración”. El debate no es nuevo ya que se planteó durante la aprobación de la LO 4/2000 y fue uno de las cuestiones que se apuntaron como la causa de dimisión del entonces Ministro de Trabajo.

En la actual estructura organizativa y dependiendo de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración dependen tres Direcciones Generales: la de Inmigración, la de Integración de los Inmigrantes y la de Emigración. A su vez, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, que es la que interesa desde la perspectiva de esta ponencia, dependen dos Subdirecciones Generales: la de Intervención Social y la de Relaciones Institucionales. Entre las funciones de la primera cabe destacar las siguientes:

El desarrollo, mantenimiento y gestión del sistema de acogida integral, promoción e integración para inmigrantes, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, personas acogidas al régimen de protección temporal y otros estatutos de protección subsidiaria.

La gestión de las subvenciones destinadas a los programas para la promoción laboral, social, cívica y cultural de los colectivos a los que se refiere el párrafo anterior, en colaboración con otros departamentos ministeriales y Administraciones públicas, así como con entidades privadas.

La gestión, control y seguimiento de los centros de migraciones, así como de los programas que se ejecuten en estos.

La gestión, control y seguimiento de plazas concertadas, de programas de apoyo al contingente de trabajadores de origen extranjero y de programas de retorno asistido.

La gestión de las iniciativas, fondos y planes de acción comunitarios dirigidos a los colectivos indicados en el párrafo primero.

---

Estado, y dependencia directa del Ministro. 2. Corresponde al Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración formular la política del Gobierno en relación con la extranjería, la inmigración y el derecho de asilo, así como coordinar e impulsar todas las actuaciones que se realicen en dicha materia”. Al objeto de garantizar la eficacia de la Delegación en el ejercicio de sus funciones, se creó una nueva Dirección General que le sirva de apoyo en el desarrollo de sus competencias (Real Decreto 807/2000, de 19 de mayo, por el que se crea en el Ministerio del Interior la Dirección General de Extranjería e Inmigración).

<sup>4</sup> Según el RD 1600/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

La gestión de los planes y programas de primera atención y de intervención urgente para situaciones de carácter excepcional.

Por su parte, la Subdirección General de Relaciones Institucionales lleva a cabo las siguientes funciones:

- El diseño, desarrollo y evaluación de acciones de formación en el exterior.
- El desarrollo de instrumentos de análisis que permitan evaluar la eficacia de los programas realizados y su impacto social, así como el desarrollo de indicadores de integración de los inmigrantes y realizar el seguimiento y la evaluación de los planes, programas y actuaciones que tengan como destinatarios inmigrantes, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, personas acogidas al régimen de protección temporal y otros estatutos de protección subsidiaria.
- La elaboración de informes sobre normas y proyectos de ámbito nacional, comunitario europeo e internacional con incidencia en su ámbito competencial.
- La concertación de actuaciones y la realización de estudios en colaboración con otros departamentos ministeriales, comunidades autónomas, corporaciones locales y entidades públicas y privadas.
- La participación en organismos comunitarios europeos e internacionales en el ámbito de la integración de inmigrantes y prestar asistencia técnica a los programas de cooperación internacional dirigidos a sus colectivos de atención, sin perjuicio de las competencias de la Secretaría General Técnica al respecto.

Las competencias para llevar a cabo la función de control de flujos migratorios dependen de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, así como del Ministerio del Interior.

Por lo que se refiere al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación le corresponde de forma general “participar, en la esfera de actuación que le es propia, en la propuesta y aplicación de la política de extranjería”, así como “dirigir la política de cooperación internacional para el desarrollo y coordinar a los órganos de la Administración General del Estado que, en el ámbito de sus competencias, realicen actuaciones en esta materia” (art. 1.1 del RD 1416/2004, de 11 de junio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación). El aparato organizativo más relevante que en materia de control de flujos migratorios corresponde a este Ministerio es la Administración General del Estado en el exterior. La LOFAGE regula la Administración General del Estado en el exterior (arts. 36-37) que, entre otros órganos, está compuesta por las Misiones Diplomáticas y por las Oficinas Consulares a quienes se atribuyen importantes funciones en materia de control de flujos tanto por lo que respecta a la expedición de visados como a la contratación de origen en relación a la información y selección de los inmigrantes que deseen entrar en el contingente de autorizaciones de trabajo. En la estructura del Ministerio le corresponde a la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares “la propuesta, elaboración y aplicación de la política [...] en materia de inmigración y asilo, en la esfera de actuación del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y sin perjuicio de las competencias atribuidas en estas materias a otros departamentos, con los que la Dirección General mantiene la necesaria coordinación”. En particular, le corresponde entre otras el ejercicio de las siguientes funciones: “La

coordinación de la tramitación por parte de las oficinas consulares de los visados uniformes, así como la gestión de los visados nacionales, en los términos establecidos en la normativa española, y, en el ámbito propio de las competencias del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, la propuesta y aplicación de la política en materia de inmigración y asilo” [art. 18.1.d) del RD 1416/2004, de 11 de junio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación].

En relación al Ministerio del Interior si bien pierde un importante de competencias que ahora son asumidas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, continúa conservando aquellas propias del control policial, así como aquellas referidas a “asilo, al refugio, al régimen de apátridas y a la atención a los desplazados”. En efecto, tal y como pone de relieve el Preámbulo del RD 1599/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior:

“El Real Decreto 553/2004, por una parte, atribuye al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el desarrollo de la política del Gobierno en materia de extranjería, inmigración y asilo, y, por otra parte, ha suprimido la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración. En coherencia con lo expuesto, el artículo 5.3 del Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, suprime en el Ministerio del Interior la Dirección General de Extranjería e Inmigración, dependiente de la citada Delegación del Gobierno, cuyas funciones, salvo las relativas al ámbito de actuación policial, pasan a integrarse en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. No obstante lo anterior, y dado el especial contenido de las funciones concernientes al asilo, al refugio, al régimen de apátridas y a la atención a los desplazados, se considera conveniente que se ejerzan por el Ministerio del Interior.”

A la Dirección General de la Policía le corresponde “[d]irigir, organizar y controlar el cumplimiento de lo dispuesto en materia de extranjería”. En concreto, bajo la coordinación de la Subdirección General Operativa, encontramos a la Comisaría General de Extranjería y Documentación a quien corresponde “la organización y gestión de los servicios de expedición del documento nacional de identidad, de los pasaportes y de las tarjetas de extranjeros; el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros; la prevención, persecución e investigación de las redes de inmigración ilegal, y, en general, el régimen policial de extranjería, refugio y asilo e inmigración”. Por su parte, a la Dirección General de la Guardia Civil le corresponde “[e]n el ejercicio de sus competencias, y en relación con la extranjería e inmigración, actuar, de acuerdo con la normativa vigente en la materia, en coordinación con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración”.

Además de las funciones propiamente policiales a las que hemos aludido anteriormente hay que hacer mención especial de las competencias en materia del ejercicio del asilo que sigue conservando el Ministerio del Interior a través de la Subsecretaría del Interior. Dependiendo de ésta encontramos a la Dirección General de Política Interior que, específicamente, tiene encomendadas entre otras: la coordinación de la preparación de propuestas del Consejo de Ministros y de los órganos superiores del ministerio, así como de otros órganos directivos de los ministerios con competencias en materia sobre derecho de asilo, refugio, régimen de apátridas y atención a los desplazados; el ejercicio de la presidencia de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio; la coordinación de la actuación administrativa de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno en cuestiones relacionadas con el derecho de

asilo y demás formas de protección; la participación en las reuniones de los organismos nacionales, internacionales o supranacionales con competencias en materia de derecho de asilo y demás formas de protección, y la intervención en la aplicación de los acuerdos que se deriven de aquellas y, en especial, de las que se desarrollen en el seno de la Unión Europea; la resolución de los expedientes administrativos sobre asilo que le sean atribuidos por la normativa vigente; la coordinación y disposición de las actuaciones necesarias para atender las necesidades humanas inmediatas en caso de flujos masivos de desplazados, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos del departamento; la elevación de las propuestas de resolución en materia de apátridas.

## *2.- Del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración*

Los antecedentes más próximos de la estructura administrativa del Estado en materia de servicios sociales deben buscarse en el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), Entidad Gestora de la Seguridad Social que fue creada por el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, para la gestión de los servicios complementarios de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social. Desde su creación hasta el año 1997 el INSERSO dirigía su atención hacia determinados colectivos como eran las personas mayores y personas con discapacidad, así como los solicitantes de asilo y refugiados. Su estructura organizativa estaba enfocada para un ámbito territorial de gestión a nivel de todo el territorio español.

El Real Decreto 140/1997, de 31 de enero, transformó el antiguo INSERSO en el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), ampliando las competencias de la entidad en materia de inmigración. Por su parte, readaptó su estructura organizativa en función del traspaso de competencias a las CCAA por lo que en la actualidad la entidad sólo mantiene Direcciones Provinciales en las Ciudades de Ceuta y Melilla, y los centros de referencia de ámbito general. Paradójicamente, si bien el Estado ha venido culminando el traspaso de competencias en el ámbito de servicios sociales, todavía encontramos con que el IMSERSO lleva a cabo una serie de actuaciones en el ámbito de los servicios sociales<sup>5</sup> especialmente en las funciones de planificación y evaluación y de desarrollo normativo<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Así, ya el Tribunal Constitucional se preguntaba a inicios de 1992 "si tiene algún sentido que el Estado mantenga un ente de gestión (se refería al entonces INSERSO) en una materia – los servicios sociales – que ha sido descentralizada prácticamente por entero por la Constitución y por los Estatutos de Autonomía" (STC 13/1992, de 6 de febrero).

<sup>6</sup> *Vid.* la intervención parlamentaria de la Sra. Julios Reyes (Coalición Canaria): "Y enlace con uno de los temas que usted comentaba, que hacía referencia a que la Administración del Estado seguiría teniendo competencias en el ámbito de los servicios sociales, cada vez menos en el ámbito de la gestión y cada vez más en el ámbito de planificación y evaluación y de desarrollo normativo. En el ámbito del desarrollo normativo debe participar, como es lógico, este Parlamento, pero a su vez nos encontramos en una situación en donde los desarrollos normativos que se hacen por parte de la Administración del Estado tienen una repercusión directa, cada vez más, en el ámbito de la gestión, no tanto de la Administración del Estado, porque queda cada vez más en una parcela más reducida, pero sí en la gestión directa de los servicios, en este caso servicios sociales, que se realiza desde las administraciones autonómicas y locales que, no olvidemos, en última instancia son las que tienen el contacto directo con el ciudadano, por lo que tiene que haber un enlace y una coordinación cada vez mayor para que el desarrollo de esa normativa se adecúe a las necesidades y, además, facilite en última instancia las mejoras en la gestión de las prestaciones en cualquier parte del territorio. no sólo entre los sexos sino también en el conjunto de la sociedad. ".*Vid.* Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 2002 VII Legislatura núm. 541. Política social y empleo. Presidencia del Excmo. Sr.

De acuerdo con el Real Decreto 238/2002, de 1 de marzo, por el que se establece la Estructura orgánica y funciones del IMSERSO las competencias de este Instituto se referían, entre otras, a las siguientes materias:

- La asistencia, promoción e integración social de los inmigrantes, desplazados, solicitantes de asilo y refugiados.
- El establecimiento y gestión de centros de atención especializada,
- Las relaciones con organismos extranjeros e internacionales y la asistencia técnica a los programas de cooperación internacional.
- La elaboración de propuestas normativas y la emisión de informes sobre normas y proyectos de ámbito nacional e internacional.
- Facilitar la incorporación de los inmigrantes al mercado de trabajo cuando tengan dificultades de inserción laboral, mediante el diseño de "itinerarios integrados de inserción".
- La acogida y atención de extranjeros que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad: construcción de centros de estancia temporal para inmigrantes, creación de plazas de acogida en colaboración con Organizaciones No Gubernamentales y programas específicos para jóvenes extranjeros, y
- El apoyo a Organizaciones no Gubernamentales.

De acuerdo con la Memoria del IMSERSO<sup>7</sup> las principales líneas de actuación llevadas a cabo por este Instituto en materia de inmigración se ha enfocado esencialmente en cinco puntos:

Mejora del conocimiento de la realidad social en cuanto a los parámetros de integración social y laboral de los inmigrantes. A modo de ejemplo se deben citar las áreas de estudios e investigaciones y publicaciones, así como el mantenimiento y promoción de las Redes para el conocimiento de la Situación de la Integración Social.

Actuación directa sobre las actitudes de la población mediante el desarrollo de programas contra la discriminación y en favor de la tolerancia y campañas de sensibilización.

Constitución y funcionamiento de una red de apoyo, asesoramiento e información a los inmigrantes refugiados, solicitantes de asilo y desplazados, especialmente en cuestiones como la interpretación y traducción, el asesoramiento jurídico, la información para el acceso a los sistemas sociales normalizados, etc.

Planificación, ordenación, apoyo y evaluación de programas de acogida, de integración laboral, educativa, de participación ciudadana y fomento del asociacionismo, a través del

---

D. Julio Padilla Carballada. Sesión núm. 24, celebrada el miércoles, 26 de junio de 2002. Comparecencia del Señor Director General del Instituto de Migraciones y Servicios sociales, IMSERSO (Galerón de Miguel) para informar sobre: a) El papel del imsero en el marco de la Administración General del Estado, una vez culminado el proceso de transferencia de competencias a las comunidades autónomas, por acuerdo de la comisión de política social y empleo (número de expediente 212/001119)b) La nueva estructura y funciones de dicho instituto. a petición del grupo parlamentario catalán (Convergència i Unió). (número de expediente 212/001062).

<sup>7</sup> Vid. la siguiente dirección electrónica: [http://www.seg-social.es/imsero/migracion/i0\\_miginm01.html](http://www.seg-social.es/imsero/migracion/i0_miginm01.html)

Régimen General de subvenciones de este Instituto, de la convocatoria de subvenciones con cargo al I.R.P.F. y convenios de colaboración con las CC.AA. y otras entidades.

Mantenimiento de sistemas específicos de acogida para colectivos en situaciones especiales, como los solicitantes de asilo, refugiados, desplazados y otros en situación de vulnerabilidad y en peligro de exclusión o marginación en territorios o tesituras sociales determinadas. Dentro de esta línea incluimos los Centros de Migraciones dependientes del IMSERSO ubicados en Ceuta y Melilla.

No obstante, de acuerdo con la nueva reorganización Ministerial se han producido una serie de cambios significativos, de acuerdo con el Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales. Por una parte, se procede a red denominar el IMSERSO que pasa a tener el nombre de "Instituto de Mayores y Servicios Sociales", estableciendo su adscripción como Entidad Gestora de la Seguridad Social a la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Mayores y Discapacidad. Por otra parte, las competencias que tenía hasta la fecha pasan a ser asumidas por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

Por tanto, se produce un proceso de recuperación del Ministerio de las competencias que hasta ahora tenía una Entidad Gestora de la Seguridad Social con personalidad jurídica propia e independiente de la Administración General del Estado si bien dependiente o vinculada a la misma dado su carácter de ente instrumental. La atribución de estas competencias a una Entidad Gestora de la Seguridad Social suponía que a esta Entidad le era de aplicación el régimen jurídico de los Organismos Autónomos previsto en la LOFAGE salvo en determinados aspectos de su régimen jurídico<sup>8</sup> que les sería de aplicación su legislación específica, por la Ley General Presupuestaria en las materias que sea de aplicación y supletoriamente por la propia LOFAGE. En cambio, su atribución a la Secretaría de Estado de Inmigración comporta su integración en un órgano administrativo que no tiene personalidad jurídica propia e independiente de la Administración General del Estado. Se produce, por tanto, un proceso de centralización funcional.

### *3.- La red pública de centros de migraciones*

Hasta el 2001 la prestación directa de determinados servicios de atención a los inmigrantes vino desarrollándose por el IMSERSO a través de las actividades desarrolladas desde los Centros de Acogida a Refugiados (CAR), y desde los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI), habiéndose creado en 1.999 el CETI de Melilla y en el 2000 el CETI de Ceuta, ambos con participación financiera de la Comisión Europea en su creación y mantenimiento. Si bien se había previsto la creación de otros CETI en las CCAA de Andalucía, Canarias y Madrid, en el año 2001 se produce un cambio de política.

Este cambio de política queda reflejado en el Plan GRECO donde se prevé la creación de una red pública de centros de migraciones y se alude a la necesidad de contar con el apoyo de las CCAA y de los entes locales<sup>9</sup>. Esta previsión fue objeto de una previsión normativa

---

<sup>8</sup> Se trata del régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, así como el relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y a la asistencia jurídica, todo ello de acuerdo con la Disposición Adicional sexta de la LOFAGE.

<sup>9</sup> Entre los puntos que prevé el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2001, que aprueba el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración, publicado por la Resolución de 17 abril 2001 (BOE 101, de 27 abril de 2001) está la de: "2.4 Acogida y atención de extranjeros que se

específica a través de los arts. 145 a 147 del RELODYLE. Estos artículos prevén la creación de una red pública de centros de migraciones, así como regulan algunos aspectos del régimen jurídico y los requisitos y procedimiento de ingreso en estos establecimientos<sup>10</sup>. Recientemente, cabe destacar que el Borrador de Reglamento de la LODYLE prevé los centros de migraciones en sus arts. 163 a 165.

Esta red pública de Centros de Migraciones se adscribe al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a quien corresponderá las siguientes funciones: a) el acordar el establecimiento de nuevos centros, su ampliación o clausura; b) el aprobar los estatutos y normas de funcionamiento interno; y c) determinar las prestaciones y el régimen jurídico.

La justificación de esta red pública se fundamenta "en los fines de integración social que tiene encomendados" el Ministerio. Tales centros se destinan a las funciones de atención, acogida, intervención social y, en su caso, derivación de extranjeros que tengan la condición de solicitantes de asilo, desplazados, refugiados, apartidas o de inmigrantes que se hallen en situación de vulnerabilidad o corran riesgo de exclusión social.

Según la Memoria del IMSERSO en el 2002 se iniciaron actuaciones para la construcción de seis Centros de Migraciones en Tenerife, Las Palmas, Murcia, Huelva, Barcelona y Valencia;

---

encuentran en situaciones de vulnerabilidad, con las siguientes medidas: a) Construcción de centros de estancia temporal para inmigrantes.-Se construirán centros de estancia para inmigrantes en distintas Comunidades Autónomas con una capacidad para acoger a 400 personas cada uno. Estos centros acogerán a extranjeros en los que concurran circunstancias excepcionales de carácter humanitario. En estos centros, de carácter público, donde se trabajará en la primera acogida de los inmigrantes para ofrecerles los rudimentos básicos necesarios (idioma, habilidades sociales, conocimiento del medio...) mientras se adopta una decisión sobre su situación. b) Creación de plazas de acogida en colaboración con organizaciones no gubernamentales.-El objeto de esta medida es dar cobertura social a los inmigrantes que, por diferentes motivos, están desconectados del mercado de trabajo y se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Concretamente, se creará una red nacional de acogida de inmigrantes, con la colaboración de las Organizaciones no Gubernamentales de ámbito estatal. Esta colaboración se concretará mediante la adopción de acuerdos o convenios. Asimismo, será necesario contar con el apoyo de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales."

<sup>10</sup> El Sr. Director General del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, IMSERSO (Galerón de Miguel) informó sobre estos Centros de Migraciones en los siguientes términos: Estamos desarrollando la normativa que corresponde a los centros de migraciones, en cumplimiento de la Ley de extranjería y del Reglamento de extranjería y migración, y en concreto, tanto los Estatutos de centros de migraciones como el estatuto de los centros de Ceuta y Melilla, ya son una realidad y esperamos que muy pronto serán publicados a través de una orden ministerial. Nuevos centros en materia de migraciones. Ya tenemos luz verde del propio Ministerio, y en eso estamos trabajando, para la construcción de siete nuevos centros de migraciones, centros que vamos a llamar de acogida y derivación, una especie de centros base para las personas migrantes, donde recibirán la primera atención y también la primera formación en aquellos aspectos básicos de nuestra cultura, sobre todo de nuestro idioma, para que después, a través de los centros de derivación que el Imseroso mantiene en múltiples entidades, asociaciones, etcétera, puedan ser acogidas de una manera más especializada. Estos siete centros van a estar ubicados en las autonomías que tienen una mayor afluencia de personas migrantes como puede ser la isla de Santa Cruz de Tenerife o la isla de Gran Canaria, es decir, en Las Palmas y en Santa Cruz de Tenerife, como también en la Comunidad de Andalucía, la Comunidad de Valencia, la Comunidad de Murcia y la Comunidad de Madrid. Son, como digo, siete nuevos centros en los que ya hemos dado los primeros pasos hace unos meses para que puedan ser una realidad a lo largo del año 2003 y, como mucho, a lo largo de los primeros meses del año 2004. Como digo, cumplimos así el mandato de la Ley de extranjería y, desde luego, estamos en línea con una de las grandes preocupaciones que tiene nuestro país como es la atención a las personas migrantes." *Vid.* Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 2002 VII Legislatura núm. 541. Política social y empleo. Presidencia del Excmo. Sr. D. Julio Padilla Carballada. Sesión núm. 24, celebrada el miércoles, 26 de junio de 2002.

señalándose que el grueso de la inversión se preve para el 2003 y el inicio de su funcionamiento en el 2004. En esta línea, cabe mencionar que la Administración del Estado ha empezado a suscribir algunos convenios de colaboración con las Administraciones autonómicas a fin de llevar a la práctica esta red pública<sup>11</sup>. Así, de acuerdo con el Balance 2003 de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración:

“El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales cuenta con una red pública de Centros de Migraciones para la atención, acogida, intervención social y, en su caso, derivación de solicitantes de asilo, desplazados, refugiados, apátridas o inmigrantes en situación de vulnerabilidad con riesgo de exclusión social. Se encuentran en funcionamiento seis Centros de Migraciones, con un total de 1.315 plazas de acogida. Se ha destinado durante 2003 un presupuesto de 9.713.692,71 euros para el mantenimiento de estos Centros”.

Cabe tener en cuenta, no obstante, tal y como ha señalado el *Síndic de Greuges* en su Informe al Parlament de Catalunya de 2002 que: “no hemos de pensar que la puesta en marcha y el despliegue efectivo de esta red modifica la norma atributiva de competencias que, en materia de servicios sociales, corresponde a los ayuntamientos.”

La importancia de una red estatal de centros de migraciones podría entenderse en la necesidad de una correcta distribución de los extranjeros por el territorio español, evitando que se concentren en determinadas zonas que queden sobrecargadas y no puedan llevar a cabo una correcta prestación. En este sentido, pueden ser un instrumento válido para la primera atención y la derivación a otros centros<sup>12</sup>. El problema que se plantea a través de estas técnicas de colaboración es que, como ha sido puesto de relieve en el ámbito específico de los servicios sociales<sup>13</sup>, acaban condicionando indirectamente el ejercicio de las

---

<sup>11</sup> Vid. por ejemplo la Resolución de 24 de abril de 2002, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de Extremadura, por la que se publica el Convenio de colaboración con el IMSERSO para el desarrollo de actuaciones conjuntas en materia de acogida básica (DOE 54, de 11 de mayo de 2002); el Acuerdo de 30 de enero de 2001 de la Secretaría General de la Consejería de Trabajo y Política Social de la Región de Murcia por el que se publica el Convenio de colaboración con el IMSERSO para el desarrollo de actuaciones conjuntas en materia de acogida básica a inmigrantes (BORM 42, de 20 de febrero de 2001).

<sup>12</sup> Vid. la intervención parlamentaria de la Sra. Julios Reyes (Coalición Canaria): “En Canarias somos conocedores de las gestiones que se están haciendo para el desarrollo de los centros, tanto en la isla de Gran Canaria como en la de Tenerife, y solamente quisiera hacer dos reflexiones: una, insistir en la necesidad de que se persista en la negociación y el consenso de la Administración del Estado, en este caso, con las administraciones autonómicas y locales más afectadas por el desarrollo de estos centros, y otra, insistir también en algo que venimos planteando, que es reconocer la limitada capacidad de acogida que puede tener, en este caso, Canarias por su lejanía y por las características de los territorios insulares. Nosotros siempre hemos planteado que los centros deben de tener una capacidad de acogida de 250 personas como máximo, pero no debemos olvidar el segundo problema que acompaña a esta situación y que quizá tenga una cierta especificidad en Canarias, y es el número de inmigración irregular que proviene del África Sub-Sahariana que, en muchas ocasiones, no existe la posibilidad de ser repatriados a sus países y que con la legislación actual, tras los cuarenta días de estancia en los centros, tampoco pueden ser retenidos. Entendemos que es la red de centros del resto del Estado quien tiene que asumir, cuando se produzcan desbordamientos en los centros de Canarias, una correcta derivación y reparto tanto en España como, en su momento en Europa, cuando se desarrolla de la política europea de inmigración.”

<sup>13</sup> Vid. M. MARSAL: “Modelos de distribución competencial y técnicas de colaboración, análisis del ejercicio real de las competencias a partir de técnicas relacionales” en J. TORNOS MAS (Ed.): Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña, Ed. Tirant lo Blanch, Col. “Políticas de Bienestar Social, Valencia, 2002, pp. 589-631.

competencias que, de acuerdo con la legislación aplicable, corresponden a las entidades locales<sup>14</sup>. Por tanto, sin perjuicio que el Estado pudiera establecer algunos programas generales de atención inmediata a los inmigrantes que se materializaran a través de convenios con las CCAA y los entes locales, a mi entender no queda suficientemente justificada una intervención centralizada de la Administración del Estado a través de la creación de órganos, la aprobación de estatutos, así como la determinación de las prestaciones.

## **II.- LAS PRINCIPALES LÍNEAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO EN MATERIA DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES**

### *1.- El alcanzar el pleno ejercicio de los derechos de los inmigrantes y la lucha contra el racismo y la xenofobia*

El pleno ejercicio de los derechos de los inmigrantes resulta un requisito necesario para conseguir la integración social de los inmigrantes en la sociedad de acogida. El Estado en base al art. 149.1.2 de la CE ha establecido un marco normativo imprescindible a través de la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos de los Extranjeros en España y su Integración Social (LODYLE) que ha sido objeto de diversas modificaciones (LO 8/2000 y LO 14/2003). En la LODYLE se recoge un elenco o listado de derechos cuyos mínimos son de aplicación a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa<sup>15</sup>, mientras que en su plenitud son de aquellos que se encuentran en la situación administrativa de residencia en la que se viene a producir una equiparación con los derechos de los ciudadanos españoles<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Como señala A. NIETO GARCÍA: "¿Qué explicación tiene la creación de órganos de la Administración General del Estado – y sus correspondientes asignaciones presupuestarias- para desarrollar competencias sobre materias constitucionalmente atribuidas a las Comunidades Autónomas? La intención puede ser clara – completar los huecos dejados por realizaciones autonómicas incompletas o insuficientes -, pero también puede entenderse como una invitación al desbordamiento competencial". *Vid.* de este autor "La organización de las Administraciones públicas para el servicio del bienestar"... *op. cit.* p. 563.

<sup>15</sup> De acuerdo con la LODYLE, los inmigrantes en situación irregular tienen, fundamentalmente, los siguientes derechos: a la documentación (art. 4); a la educación hasta los 18 años (art. 9.1); a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea la causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica (art. 12.2); a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles cuando se traten de menores de dieciocho años (art. 12.3); a la asistencia sanitaria en caso que se traten de mujeres durante el embarazo, parto y postparto (art. 12.4); a los servicios y prestaciones sociales básicas (art.14.3); a transferir sus ingresos y ahorros obtenidos en España a su país o a cualquier otro, conforme a los procedimientos establecidos en la legislación española y de conformidad con los tratados intencionales aplicables (art. 15.2); a la tutela judicial efectiva (art. 20.1); al derecho a los recursos contra los actos administrativos (art. 21); a la asistencia jurídica gratuita cuando carezcan de recursos económicos y se refieran a procedimientos que pueden llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión y en todos los procedimientos en materia de asilo, así como el de interprete cuando no comprendan o hablen la lengua oficial que se utilice (art. 22.1).

<sup>16</sup> La situación de regularidad en sus diversas variantes (estancia, residencia temporal, residencia de larga duración) implica que el extranjero es titular de una serie importante de derechos. Así, además de los derechos que corresponden a todos los extranjeros, según hemos visto anteriormente, tienen los siguientes: la libertad de circulación y de elección de residencia con las limitaciones previstas legalmente (art. 5 de la LODYLE), al derecho de reunión y manifestación (art. 7 LODYLE), al ejercicio del derecho de asociación (art. 8 LODYLE), a la sindicación o a la afiliación a una organización profesional (art. 11 LODYLE)<sup>16</sup>. Estos derechos son, a su vez ampliados, en el caso que estemos ante extranjeros residentes: el de participación política a través del sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, atendiendo a criterios de reciprocidad (art. 6.1 LODYLE); el de

Para la lucha contra el racismo y la xenofobia cabe advertir que el ordenamiento jurídico dispone de normas jurídicas en base a las cuales los poderes públicos deben reaccionar frente a este tipo de situaciones. Así, cabe traer a colación en este punto el art. 3.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1904 (XVIII), de 20 de Noviembre de 1963, según el cual:

“Se pondrá particular empeño en impedir las discriminaciones fundadas en materia de raza, color u origen étnico, especialmente en materia de derechos civiles, acceso a la ciudadanía, educación, religión, empleo, ocupación y vivienda”.

En esta línea la LODYLE prevé la existencia de una cláusula antidiscriminatoria en base a la cual puede la Administración establecer medidas de carácter sancionador. De esta forma, de acuerdo con el art. 23 de la LODYLE, donde se especifican las diversas conductas que pueden considerarse en cualquier caso un acto de discriminación. Tal conducta está tipificada como infracción muy grave por el art. 54.1.c) de la LODYLE en los siguientes términos:

“La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito.”

Dicha infracción es sancionable con una multa pecuniaria que puede ir desde 6.001 hasta 60.000 euros, de acuerdo con el art. 55.1.c) de la LODYLE. En el caso que el acto de discriminación se realizara por un extranjero, al tratarse de una infracción muy grave, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, según el art. 57 de la LODYLE.

Cabe señalar, sin embargo, que la lucha contra la discriminación no debe enfocarse solamente desde una perspectiva sancionadora, sino que resulta necesario llevar a cabo una labor de información y educación especialmente en la sociedad de acogida. Por ello resulta importante que los poderes públicos lleven a cabo campañas informativas para prevenir comportamientos discriminatorios.

## *2.- La acogida y atención de extranjeros que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad*

Los extranjeros, especialmente cuando llegan a las fronteras españolas, pueden encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad. En este sentido, además de las medidas policiales de control resulta necesario atender ciertas necesidades de carácter humanitario. Piénsese,

---

participación en los asuntos municipales (art. 6.2 LODYLE); el de educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles (art. 9.3 LODYLE); el acceso al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes (art. 9.5 LODYLE); el de ejercicio de una actividad remunerada por cuenta propia y ajena si cumplen los requisitos previstos en la LODYLE y en la disposiciones de desarrollo (art. 10.1 LODYLE); el de acceso, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas (art. 10.2 LODYLE); el de acceso a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles (art. 14.1 LODYLE); el de acceso a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles (art. 14.2 LODYLE); a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista por la LODYLE y los Tratados (art. 16.1 LODYLE); a la reagrupación familiar (art. 16.2 LODYLE), a la asistencia jurídica gratuita, cuando acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar, en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan (art. 22.2 LODYLE).

por ejemplo, en el caso evidente de los inmigrantes que llegan en pateras hasta las costas de Andalucía o de las Islas Canarias en una situación muy precaria o aquellos que consiguen entrar a través de los muros en las fronteras terrestres de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Pese a que se produzcan medidas de alejamiento de las zonas fronterizas hacia otros lugares del territorio español resulta necesario atender a estos inmigrantes y lograr una actuación coordinada con CCAA y Entidades Locales que eviten situaciones lamentables como las denunciadas en repetidas ocasiones por los *ombudsmen* autonómicos<sup>17</sup>.

Esta función se lleva a cabo fundamentalmente a través de los Centros de Migraciones que hemos examinado anteriormente. También cobra un papel muy importante la participación del tercer sector a través de programas financiados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales como el Programa de mantenimiento, funcionamiento y actividades habituales de entidades, que tiene por objeto “la provisión de medios básicos para el mantenimiento y fortalecimiento de las organizaciones dedicadas a los inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados”.

Cabría delimitar con claridad la intervención del Estado en este ámbito porque de otra manera se podría producir una clara invasión de las competencias de las CCAA y Entes Locales que tienen en materia de servicios sociales. Tal vez un criterio de delimitación sería el dar aquella atención más inmediata relacionada más específicamente con el control de flujos migratorios, ello evidentemente de forma coordinada con las CCAA y Entes Locales. Una vez producida esta atención más inmediata se debería derivar a los servicios sociales autonómicos y locales.

### *3.- La incorporación de los inmigrantes al mercado de trabajo*

Entre las medidas de integración social de los inmigrantes cobra una importancia significativa el acceso al mercado de trabajo. En una gran parte, el fenómeno de la inmigración viene determinado por la búsqueda de un trabajo con el cual poder mejorar las condiciones de vida existentes en el país de origen. Con todo, hay que matizar esta afirmación por cuanto la inmigración no es un fenómeno exclusivamente laboral. En efecto, los datos oficiales demuestran que una parte importante de los extranjeros (al menos una quinta parte) no se encuentran dentro de la franja de edad potencialmente activa<sup>18</sup>. A ello, debe añadirse que los

---

<sup>17</sup> Vid. V. AGUADO I CUDOLÀ: “La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las Administraciones locales: un primer balance (I) y (II)” en *Cuadernos de Derecho Local* 0, octubre 2002 y 1, febrero 2003.

<sup>18</sup> Vid. I. BRANCÓS COLL; A. DOMINGO VALLS: “Migracions de reemplaçament o complementàries?” en *Quaderns de Serveis Socials* 17, Ed. Diputació de Barcelona, Barcelona, 2000. En la p. 21 estos autores señalan que: “Tampoco actualmente no se puede hablar de una inmigración hacia España exclusivamente de trabajadores. Según datos del Ministerio del Interior, el 31-12-1998 el número de personas con permiso de residencia en vigor ascendía a 719.647, de los cuales 77.036 eran menores de 16 años (10,07%) y 69.273 mayores de 64 años (9,6%), por lo cual la población en edad laboral de 16 a 64 años era de 573.338 personas (79,7%). De este último grupo 300.087 se encontraban acogidos al régimen comunitario y 273.251 al régimen general. En otras palabras, una quinta parte de la población de nacionalidad extranjera con permiso de residencia en vigor en España no se encuentra dentro de la franja de edad potencialmente activa.” Según el Informe del Eurostat “La situación social en la Unión Europea 2002- Resumen” (consultable en la siguiente dirección electrónica < <http://europa.eu.int/comm/eurostat/>>): “Las tasas de participación en el mercado de trabajo varían considerablemente de una categoría de migrantes a otra. Los ciudadanos comunitarios que viven en otro Estado miembro y los trabajadores originarios de los países candidatos de Europa Central y Oriental presentan tasas iguales o superiores a la media comunitaria. Otros grupos de emigrantes registran tasas de empleo mucho más bajas, especialmente las mujeres procedentes de África del norte y Turquía. En la categoría de edad de 15 a 24

puestos de trabajo que vienen a ocupar los inmigrantes no son tanto los mismos que ocupa la población autóctona, sino que se trata fundamentalmente de sectores con los mercados de trabajo segmentados, los denominados “nichos laborales”<sup>19</sup>. Por tanto, frente a la creencia extendida de que los inmigrantes vienen a compensar los efectos de la disminución de las bajas tasas de natalidad, reemplazando a la población de origen, en realidad parece que se trata de ocupar una serie de trabajos que son rechazados por la población autóctona, por lo que vienen a complementar la segmentación del mercado laboral<sup>20</sup>.

En cuanto a las acciones específicas llevadas a cabo por el Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales cabe destacar aquellos Programas dirigidos a la integración laboral cofinanciados por el Fondo Social Europeo. El objeto de estos programas es desarrollar acciones tendentes a la inserción en el mercado de trabajo de los inmigrantes que se encuentren en situación o en riesgo de exclusión social, a través del desarrollo de itinerarios integrados de inserción laboral individualizados. La efectividad de estos Programas dependerá en cualquier caso de que el inmigrante se encuentre en situación regular y, por tanto, con la posibilidad tanto real como jurídica de inserción en el mercado de trabajo.

El ámbito laboral es además propicio a que se produzcan situaciones de discriminación tanto en el acceso como en las condiciones de trabajo<sup>21</sup>. Hay que señalar que la cláusula del art. 23 de la LODYLE establece que constituyen actos discriminatorios: todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten, entre otros, el acceso al trabajo, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad. Por ello el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales prevé programas que tienen como objeto la sensibilización de los empresarios y a la sociedad con

---

años, la tasa media de desempleo es del 16 % entre los ciudadanos de la UE, el 15 % entre los ciudadanos turcos, el 14 % entre los ciudadanos de los otros doce países candidatos y el 21 % entre los nacionales de otros.”

<sup>19</sup> Vid. I. BRANCÓS COLL; A. DOMINGO VALLS: “Migracions de reemplaçament o complementàries?” ... *op. cit.*

<sup>20</sup> Según el Informe del Eurostat “La situación social en la Unión Europea 2002- Resumen” (consultable en la siguiente dirección electrónica < <http://europa.eu.int/comm/eurostat/>>): Pese a que la inmigración suele ser considerada un factor de flexibilidad en el mercado de trabajo, no podemos pasar por alto el riesgo de segregación que entraña la excesiva representación de nacionales de terceros países en los empleos peor remunerados. La gran mayoría de los asalariados procedentes de terceros países ocupan empleos poco cualificados y escasamente remunerados. Las trabajadoras migrantes tienden a trabajar en el sector de la hostelería y la restauración y en el del servicio doméstico. Esta situación no se explica únicamente por el bajo nivel de cualificación de los ciudadanos de terceros países. Los trabajadores procedentes de los países de Europa Central y Oriental tienden a ocupar empleos que requieren capacidades inferiores a su nivel formal de cualificación. La vulnerabilidad de los migrantes a la discriminación, la explotación y los abusos se ve a menudo exacerbada por las dificultades lingüísticas, la falta de familiaridad con las costumbres y la cultura locales y el escaso desarrollo de las redes sociales. Existen ya, sin embargo, ciertas iniciativas — por ejemplo, los mediadores interculturales— que pretenden mejorar la accesibilidad de los inmigrantes a los lugares de trabajo o a los servicios sociales y de salud.

<sup>21</sup> Vid. “Inser-Im Un projecte per a la inserció sociolaboral dels immigrants magribins” en *Quaderns del Fons Social Europeu* 8, Ed. Diputació de Barcelona, 2000, p. 23: “La discriminación que sufren los inmigrantes se manifiesta tanto en el acceso como en las condiciones de trabajo: economía sumergida, contratación precaria, sin acceso a la formación y a la promoción. Los mismos inmigrantes, por razones de urgencia económica, no tienen la posibilidad de exigir las condiciones que corresponden a sus derechos y se conforman con aceptar las condiciones que se les asignan: horas de trabajo superiores a las previstas, remuneración inferior, temporalidad e incerteza. Estas condiciones se agravan más en relación con la vivienda, cuando se añaden manifestaciones de rechazo cultural o de racismo.”

el fin de prevenir la discriminación en el acceso al mercado de trabajo, a través de campañas específicas, estudios o seminarios, así como los programas de formación de formadores en el campo específico de la inmigración.

#### *4.- La actuación concertada para la ejecución de las medidas de integración social con las Administraciones públicas y organizaciones no gubernamentales*

Como hemos visto, el grueso de las competencias en materia de integración social de los inmigrantes correspondería a las CCAA y Entes Locales debido a los títulos horizontales en materias como servicios sociales, vivienda, educación, asistencia sanitaria en que la mayoría de competencias son "exclusivas" o concurrentes". Por otra parte, la irrupción del tercer sector respecto al fenómeno de la inmigración plantea la necesidad de canalizar y optimizar este esfuerzo surgido desde la sociedad civil. Desde ambas perspectivas se plantea, por tanto, la necesidad de concertar la actuación de la Administración General del Estado tanto con el resto de Administraciones públicas como con las asociaciones y entidades sin ánimo de lucro que actúan en el ámbito de la inmigración.

La concertación con las CCAA se ha instrumentado a través de la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales. Esta Conferencia acordó los criterios objetivos de distribución de un crédito presupuestario destinado a concertar la realización de programas de servicios sociales entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las Comunidades Autónomas. La formalización de los compromisos financieros de la Administración General del Estado para dicha distribución se ha realizado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros<sup>22</sup>. Las Comunidades Autónomas deberán cofinanciar al menos el 50 por ciento del importe de los programas. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales aporta para el desarrollo de estos convenios en el ejercicio 2004 un total de 3.785.890 euros. Con estos compromisos se financian una serie de programas que están comprendidos en el Plan GRECO como son: a) Acciones de información, orientación y asesoramiento sociolaboral; b) Programas de acogida básica; y c) Programas de sensibilización, lucha contra la discriminación y promoción de la participación ciudadana.

Por lo que hace referencia al tercer sector la actuación de la Administración General del Estado es la de establecer una línea de ayudas y subvenciones<sup>23</sup>. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales establece las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones a

---

<sup>22</sup> Según la Memoria del IMSERSO: "La determinación de la cantidad asignada a cada Comunidad Autónoma con las que se suscribirán convenios de colaboración durante el año 2004 se ha efectuado tomando como referencia, por cada Comunidad Autónoma, el número de extranjeros con tarjeta o permiso de residencia del régimen general, el número de trabajadores extranjeros afiliados al Régimen Especial Agrario y, por último, se han tenido en cuenta situaciones especiales de ciertas Comunidades Autónomas en lo que respecta al gasto que les puede suponer atender llegadas no controladas de inmigrantes que demandan en un primer momento atención humanitaria. Las Comunidades Autónomas con las que han suscrito convenios en el marco de la Conferencia Sectorial son: Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia, La Rioja, Comunidad Valenciana y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla".

<sup>23</sup> Sobre el tercer sector en el ámbito de la inmigración *vid. V. AGUADO I CUDOLÀ: "Ámbito competencial de los poderes públicos y participación del tercer sector en la integración social de los inmigrantes" en AA.VV.: Inmigración, sociedad y Estado. Una cuestión abierta*, Ed. Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales, 2004.

través de una Orden de bases de periodicidad anual<sup>24</sup>. Así, por ejemplo, en una de las convocatorias se han establecido como programas generales objetos de subvención los siguientes<sup>25</sup>: a) Programa de mantenimiento, funcionamiento y actividades habituales de entidades; b) Programas para el fomento de la participación y la convivencia ciudadana y promoción de acciones para el conocimiento y evaluación de la situación de la integración social y laboral; c) Programas dirigidos a la integración laboral cofinanciados por el Fondo Social Europeo; d) Cofinanciación de la Iniciativa Comunitaria EQUAL.

### **III.- CONCLUSIÓN: LA IMPORTANCIA DE LAS FUNCIONES LLEVADAS A CABO POR EL ESTADO EN MATERIA DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES**

La importancia que va adquiriendo el fenómeno migratorio en la sociedad española de inicios del siglo XXI se refleja en la organización y en las funciones de la Administración General del Estado. Si bien todavía no se ha creado un Ministerio dedicado específicamente a los asuntos sobre ciudadanía e inmigración, a diferencia de cómo acontece en otros países de nuestro entorno cultural, encontramos una organización específica, con rango de Secretaría de Estado, así como un tratamiento transversal a través de una comisión interministerial. Las competencias en materia de inmigración han oscilado entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales como consecuencia de la diversa orientación política de los gobiernos que han sucedido en los últimos años.

Después de examinar la organización y las funciones de la Administración General del Estado en el ámbito de inmigración, podemos constatar que mantiene una posición importante por lo que respecta a la integración social. Por tanto, sin perjuicio que el grueso de las competencias corresponden a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales en función de diversos títulos materiales (como son la educación, sanidad, asistencia y servicios sociales, vivienda), la Administración General del Estado no se limita a gestionar el control de flujos migratorios sino que ha desarrollado importantes programas de atención social que permitan la integración de los inmigrantes en la sociedad española. Estos programas se reflejan en la creación de una infraestructura propia para la prestación de servicios de acogida y atención a los inmigrantes a través de los Centros de Migraciones, como también a través de medidas de fomento para incentivar y encauzar la actuación las entidades del tercer sector.

Sin perjuicio de que en determinadas funciones puede justificarse un cierto protagonismo del papel de la Administración General del Estado en el ámbito de la integración social de los inmigrantes, en base al art. 149.1.2 de la CE, ello no debe suponer un desconocimiento de las competencias que CCAA y Entes Locales tienen atribuidos a través de títulos competenciales sectoriales, especialmente en materia de servicios sociales.

---

<sup>24</sup> Vid. la Orden TAS/640/2003, de 17 de marzo de 2003, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones del Área de Asuntos Sociales, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y sus Organismos adscritos (BOE 70, de 22 de marzo de 2003).

<sup>25</sup> Vid. la Resolución de 25 de marzo de 2003, del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), por la que se convoca la concesión de subvenciones en las áreas de atención a mayores, personas con discapacidad, inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados, durante el año 2002 (BOE 84, de 8 de abril de 2003).

## **BIBLIOGRAFIA CITADA:**

AGUADO I CUDOLÀ, V: "Ámbito competencial de los poderes públicos y participación del tercer sector en la integración social de los inmigrantes" en AA.VV.: *Inmigración, sociedad y Estado. Una cuestión abierta*, Ed. Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales, 2004.

AGUADO I CUDOLÀ, V.: "La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las Administraciones locales: un primer balance (I)" en *Cuadernos de Derecho Local* 0, octubre 2002.

AGUADO I CUDOLÀ, V.: "La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las Administraciones locales: un primer balance (II)" en *Cuadernos de Derecho Local* 1, febrero 2003.

AJA FERNÁNDEZ, E.: "Las funciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la inmigración" en AA.VV.: *Informe Comunidades Autónomas 1999*, Ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2000.

DIEZ BUESO, L.: "El marco competencial" en POMED SÁNCHEZ, L.; VELASCO CABALLERO, F. (Eds.): "Ciudadanía e Inmigración" número monográfico (VI) de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2003.

M. MARSAL: "Modelos de distribución competencial y técnicas de colaboración, análisis del ejercicio real de las competencias a partir de técnicas relacionales" en TORNOS MAS J. (Ed.): *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Ed. Tirant lo Blanch, Col. "Políticas de Bienestar Social, Valencia, 2002

NIETO GARCÍA, A.: "La organización de las Administraciones públicas para el servicio del bienestar" en S. MUÑOZ MACHADO; J. L. GARCÍA DELGADO; GONZÁLEZ SEARA, L. (Eds.): *Las estructuras del bienestar en Europa*, ed.



## MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

«El marco jurídico del sistema educativo ante la realidad de la inmigración»

Marc Tarrés Vives (Universitat de Girona)

### 1. Los antecedentes del sistema educativo español

Aunque de modo breve, resulta de especial interés realizar una referencia a los antecedentes de la educación en España. Los mismos ayudan a explicar las singularidades del modelo español y sus diferencias con otros sistemas escolares de nuestro entorno. Existen, por supuesto, similitudes y entre ellas no es ninguna novedad considerar que la universalización de la educación va estrechamente ligada a su consideración como cuestión pública<sup>1</sup> coincidente con la consolidación del Estado nacional, especialmente a partir del último tercio del siglo XIX. Lo es en Francia, en Alemania, en los Estados Unidos... y también en España. Por otro lado, cabe advertir que en paralelo a la extensión de la educación discurre otro tema objeto de gran controversia: el de la pedagogía, esto es qué y cómo educar<sup>2</sup>. Sin embargo, es este un aspecto que debemos orillar en esta exposición.

La Constitución española de 1812 que marca su impronta en buena parte del siglo XIX declaraba en el tema que nos interesa que: "*(...) el Estado, no menos que soldados que la defiendan, necesita de ciudadanos que ilustren a la nación y promuevan su felicidad con todo género de luces y conocimientos. Así que uno de los primeros cuidados que deben ocupar a los representantes de un pueblo grande y generoso es la educación pública. Ésta ha de ser general y uniforme (...) Para que el carácter sea nacional, para que el espíritu público pueda dirigirse al grande objeto de formar verdaderos españoles, hombres de bien y amantes de su patria, es preciso que no quede confiada la dirección de la enseñanza pública en manos mercenarias*" ("Discurso preliminar"). A partir de estos principios, la Constitución establecía la obligación para el Estado de mantener un sistema escolar que alcanzase a todos los pueblos del reino. En definitiva, a la instrucción pública consagra el texto gaditano todo su Título IX.

Es un apartado relativamente breve que consta de seis artículos pero que incorpora principios fundamentales que tendrán una gran importancia durante buena parte del siglo XIX. Los artículos 366 y 367 establecen, entre otras, la referida obligación de crear escuelas de primeras letras en todos los pueblos de la monarquía "*en las que se enseñará a los niños a leer, escribir, contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles*". Existe, pues, un mandato constitucional que implica la

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, L. MENAND (2002, 327) afirma que "el estado de la educación elemental americana era también una importante cuestión pública en 1896".

<sup>2</sup> Pese a algunos aspectos hoy día discutibles el libro de F. Ferrer Guardia, *La escuela moderna*, constituye, sin duda, una de las más influyentes aportaciones españolas a los métodos de enseñanza del siglo XX. La edición consultada se cita en la bibliografía.

universalidad de la instrucción primaria y su extensión a toda la población sin excepciones. El artículo 368 resulta también de importancia porque destaca uno de los grandes objetivos del liberalismo español en materia educativa: la uniformidad de las enseñanzas (*“el plan general de enseñanza será uniforme en todo el reino”*). La complicada situación política e institucional que vive el Estado español durante la primera mitad del siglo XIX comporta que todas las decisiones y buenas intenciones en materia educativa queden, por su transitoriedad, en papel mojado hasta que en el año 1857 se aprueba por las Cortes la “Ley General de Instrucción Pública”<sup>3</sup>. La llamada Ley Moyano no difería sustancialmente del texto constitucional de 1812. La enseñanza pública quedaba unificada en tres niveles, de acuerdo con un esquema fuertemente centralista: 1) enseñanza primaria obligatoria para todos los niños entre seis y nueve años de edad a impartir en cada municipio de más de quinientos habitantes; 2) un nivel de secundaria, con institutos de enseñanza media en todas las capitales de provincia (la racionalización administrativa territorial ya se había logrado el año 1833 con el conocido Decreto de Javier de Burgos); y 3) un conjunto de universidades localizadas en diferentes capitales (el doctorado se reservaba para la “Universidad Central” sita en Madrid). La importancia de la Ley Moyano más que por lo que ella dispone, radica en la duración de sus conceptos y niveles básicos hasta la masificación de la enseñanza a finales del franquismo y la conocida Ley Villar Palasí.

Como en tantos otros ámbitos, el país real no iba a ser más que un pálido reflejo del país legal. Efectivamente, el gobierno, al carecer de recursos para cubrir los gastos del plan educativo, optó por decretar que fuesen los propios municipios quienes asumiesen la enseñanza primaria –justo en el momento en que se produce la desamortización-, mientras que las Diputaciones provinciales lo harían de la enseñanza media. El escenario a fines del siglo XIX no podía resultar más deprimente, cuando más del cincuenta por ciento de la población infantil no se encontraba escolarizada, ante un diecisiete en Francia, o un cinco en Alemania e Inglaterra –paradójicamente el porcentaje de estudiantes universitarios era equivalente-. Además, en el caso español, la mayoría de alfabetizados lo fueron en instituciones privadas, primordialmente colegios católicos. Es decir, el establecimiento de una escuela nacional española, a la manera de Francia, no fue realidad –y aún parcialmente- hasta mucho más tarde y cuando existía ya un escenario escolar consolidado como era el de los centros escolares de órdenes religiosas católicas. Es más, cuando después de la guerra franco-prusiana la III República impuso la educación estatal obligatoria y laica –y el servicio militar obligatorio, ya desaparecido- (1880), miles de religiosos dedicados a la enseñanza tuvieron que abandonar el país vecino y muchos de ellos se establecerían en España ayudando así a la gran expansión de colegios privados de ambos sexos que se produce durante la Restauración. Todos estos hechos no deben ser desconocidos ya que ayudan a explicar una realidad incuestionable: al menos hasta el primer tercio del siglo XX la escuela española –a diferencia de otros Estados- no es un instrumento de integración nacional. Como afirma Pierre Vilar, el Estado español del XIX no hizo un esfuerzo en pro de escuelas públicas en las que “fabricar españoles”; en su lugar dominaron los colegios religiosos que, obviamente, tenían otra prioridad: la de “fabricar católicos”. Otra consecuencia de esta falta

---

<sup>3</sup> Con relación a este período histórico, *vid.* PUELLES BENÍTEZ DE (1999, 57-124).

de “penetración” del Estado<sup>4</sup> será la ausencia de una homogeneización lingüística a través de la escuela pública.

En suma, si Francia suele ponerse como ejemplo cuando, por ejemplo, se trata el tema de la enseñanza de la religión en las aulas escolares; esa pretendida equiparación debe, sin embargo, ser de antemano discutida por varios motivos: 1) la laicidad es un pilar de la República francesa sobre el que se apoya todo el ámbito público, incluida la escuela; 2) el carácter laico del Estado francés y de la escuela pública tiene carácter secular al ser llevado a cabo por las leyes de laicización promulgadas entre los años 1880 y 1886. De entre ellas, la ley de 1882 introdujo el laicismo, sustituyendo la enseñanza religiosa por la “instrucción moral y cívica”<sup>5</sup>; 3) el modelo escolar francés sólo conoce de centros públicos y centros privados. En los primeros rige de modo inequívoco la laicidad, tal como recientemente se ha encargado de reafirmar la reciente Ley de 15 de marzo de 2004 (Ley nº 2004/228) por la que se restringe la ostentación de símbolos religiosos por parte de los alumnos en los centros escolares. Por el contrario, España presenta en todos y cada uno de estos elementos peculiaridades propias que en buena parte tienen rango constitucional. Efectivamente, y en primer lugar, la Constitución de 1978 no opta por un modelo de Estado que considera a la religión como un mero asunto privado, sino que reconoce tanto a la persona como a los grupos religiosos un importante protagonismo a través de la libertad religiosa o del principio de cooperación –de manera explícita con la Iglesia Católica-<sup>6</sup>. En otras palabras, se trata de un modelo aconfesional o de “laicidad abierta” –incluso “laicidad plural”- que no es aceptado en el país vecino<sup>7</sup>. Aconfesionalidad que exige del Estado una escrupulosa neutralidad ante el fenómeno religioso y le impone una prohibición de concurrencia en el mismo. Como segunda consideración cabe referir que, tal como hemos descrito anteriormente de forma muy breve, los antecedentes históricos de nuestro país son bien diferentes al tener la religión católica un papel singularmente destacado de difícil parangón –en cuanto a intensidad y duración- con otros Estados europeos. Finalmente, y en tercer lugar, los principios de libertad religiosa y enseñanza –derecho a establecer un ideario educativo<sup>8</sup>- consagrados en nuestra Constitución diseñan un sistema escolar en el que cabe la financiación pública de la enseñanza privada o, dicho de otro modo, reconocen la imposibilidad de un monopolio educativo del Estado. Es lo que se conoce como el modelo de centros concertados. Pero además, sería incluso admisible desde el punto de vista constitucional la ayuda económica pública a centros no concertados, siempre que así lo decidiese el legislador ordinario<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Vid. B. de RIQUER (1993, 9 y ss).

<sup>5</sup> Vid. L. LUZURIAGA (1991, 184); H. PENA-RUIZ (2003, 145).

<sup>6</sup> Art. 16.3 CE “Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de *cooperación* con la Iglesia Católica y las demás confesiones” –cursiva nuestra-. Vid. A. GARCÍA GÁRATE (1998, 491).

<sup>7</sup> Vid. H. PENA-RUIZ (2003, 127-129).

<sup>8</sup> STC 5/1981, de 13 de febrero. Sobre esta cuestión véase P. LORENZO VÁZQUEZ (2001, 65-73).

<sup>9</sup> Vid. A. EMBID IRUJO (2000, 238-246).

## 2. Las tres cuestiones del sistema educativo español: calidad, libertad en la enseñanza e inmigración

Afirmar que la educación es una de las cuestiones que más interés suscita en nuestra sociedad, a la vez que es objeto de atención especial y recursos por parte de las administraciones pública, no supone más que constatar una realidad. La misma viene claramente marcada por tres preocupaciones que son idénticas a las que, de un modo u otro, pueden encontrarse en otros países de nuestro entorno. Estas serían:

- asegurar un nivel de calidad en la educación universal de los escolares que garantice un aprendizaje suficiente de conocimientos para su incorporación activa en la sociedad y un correcto desarrollo de sus aptitudes personales. Así lo reconoce la vigente Ley orgánica 10/2002, de Calidad de la educación (en adelante, LOCE), cuando manifiesta en su exposición de motivos que: *“La educación, que une el pasado y el futuro de los individuos y las sociedades, está siempre influida por el mundo del conocimiento y por el de los valores, por las legítimas expectativas de los individuos y por las exigencias razonables de la vida en común. Pero nunca como hoy ha sido más necesaria la convergencia entre esas dimensiones esenciales de la educación; nunca ha sido tan evidente que calidad y equidad, desarrollo económico y cohesión social, no son elementos contrapuestos, sino objetivos ineludibles, a la vez que complementarios, del avance de nuestras sociedades”*. Aquí habría que añadir que el desiderátum de la calidad<sup>10</sup> de la educación es común en todos los países occidentales y parece nacer de una cierta convicción de que la gran invención del siglo XIX, la escuela pública, se encuentra en crisis. La crisis de la educación no es desde luego nada nuevo, en algunos casos se denuncia desde hace ya medio siglo por voces autorizadas<sup>11</sup>. Desde una perspectiva seguramente exagerada pero indicativa se ha llegado a afirmar que *“(E)n todo Occidente la educación se echó a perder por culpa de unos métodos inadecuados para ese propósito, unos cursos absurdos para el profesorado, la aversión al trabajo duro, el gusto por las maquinitas y los esfuerzos por reproducir y transformar el mundo exterior”*<sup>12</sup>.
- el reconocimiento a los alumnos –titulares del derecho a la educación- y a los padres de un espacio de disposición en el ejercicio del derecho a la educación en todo el sistema educativo. En el caso español, esto significa tanto en los centros de titularidad pública como, mediante el ejercicio de la libertad de elección de centro, en los centros privados y centros privados concertados. En otras palabras, la libre elección de centro escolar por parte del titular del derecho a la educación corre paralela a la libertad de creación de centros docentes (art. 27 CE), de tal modo que el llamado

---

<sup>10</sup> Expresión harto indeterminada cuyos intentos de definición no dejan, en ocasiones, de causar cierto pasmo. Por ejemplo, una de ellas reza: “Proceso o principio de actuación que no apunta exclusivamente a la obtención de unos resultados inmediatos/finales, sino, fundamentalmente, a un modo de ir haciendo, poco a poco, las cosas para alcanzar los mejores resultados posibles en orden a lo que se nos demanda y a las posibilidades y limitaciones reales que se tienen”, cit. E. CANO GARCÍA (1998, 73). El concepto calidad hoy día parece no dissociarse del que se ofrece en el ámbito de la normalización en el que las célebres normas ISO 9000 de calidad parecen sobrepasar el ámbito de los procesos de producción industrial para abarcar ámbitos insospechados.

<sup>11</sup> Por ejemplo, la filósofa H. ARENDT (1996, 185 y ss.)

<sup>12</sup> J. BARZUN (2001, 1171).

sistema de concertos constituye una de las singularidades del modelo educativo español. Aquí cabe realizar una doble distinción entre, por un lado, el derecho constitucional de creación (y mantenimiento) de centros privados y, por otro, el derecho de alumnos y padres a escoger por razones de ideario<sup>13</sup> un centro concertado. El primer aspecto ha sido tratado doctrinalmente y tiene importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional; el segundo prácticamente no lo ha sido y ofrece, en el marco de una sociedad multicultural, una problemática específica en atención a la existencia de lo que bien puede considerarse una auténtica garantía institucional en el derecho a acceder a determinados centros privados, según su ideario o carácter propio, garantía que en otros casos no existiría. Todo ello, además, sin perjuicio de poder considerar que cuando un centro privado no esté en condiciones de subsistir, surja el deber estatal de garantizar con carácter general su mantenimiento con tal de abarcar el pluralismo educativo que la Constitución dispone<sup>14</sup>.

- La incorporación al sistema escolar de alumnado de origen inmigrante proveniente de diferentes países y, por tanto, portador de múltiples culturas, lenguas y credos. Esa diversidad de origen es un hecho destacable y que especialmente en el caso de Cataluña, no permite considerar la actual situación idéntica a otras migraciones producidas a lo largo del siglo XX en dicho territorio. Advierto ya mi parecer sobre el hecho de que el tratamiento actual de la inmigración no puede ser el mismo que tradicionalmente se ha venido considerando en Cataluña y, por tanto, la prognosis basada en modelos anteriores puede resultar equivocada en el caso de este territorio. Con carácter general, la realidad de hoy nos muestra no una relación bicultural, con fuertes vínculos, sino multicultural y, en ocasiones, con casi inexistentes puntos de conexión cultural. Además, cabe subrayar que la multiculturalidad arribada a nuestra sociedad es tomada como un beneficio para la misma, y como tal objeto de tutela jurídica. En consecuencia, es indiscutido el planteamiento de que la escuela, la educación, debe poder atender a ese pluralismo cultural<sup>15</sup> en aras de una integración y convivencia entre las culturas<sup>16</sup>. Una educación, en suma, que insiste en el valor de la diversidad y el respeto a la diferencia.

---

<sup>13</sup> El TC ha reconocido la posibilidad de ideario o carácter propio del centro escolar (SSTC de 13 de febrero de 1981 y 27 de junio de 1985). Así, en la STC de 13 de febrero de 1981 se afirma que: "(...) el derecho que el artículo 34 LOECE –Ley Orgánica 5/1980, sobre el Estatuto de Centros Escolares- reconoce a los titulares de los centros privados para establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución, forma parte de la libertad de creación de centros, en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a éstos de un carácter u orientación propios. Esta especificidad explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que una expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución (art. 38) consagra".

<sup>14</sup> Véase nota nº 9.

<sup>15</sup> Así en el informe del Defensor del Pueblo sobre *La escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico* puede leerse entre sus recomendaciones la siguiente: "(L)a introducción de la diversidad cultural como eje transversal y perspectiva desde la que debería abordarse la elaboración en los centros docentes de la programación de todas las áreas de conocimiento. Es imprescindible generalizar en las escuelas un modelo de educación respetuoso con las diferencias culturales que constituye la base necesaria para una

Sin embargo, y de forma harto paradójica, la cuestión de la inmigración recibe un tratamiento altamente parco en la ya referida Ley de Calidad de la educación (art. 42 y 52.7, con relación a la enseñanza para personas adultas). Ello contrasta con las buenas palabras de la exposición de motivos en la que se habla de: *“(...) un nuevo desafío, que ha irrumpido de forma súbita en el escenario educativo y social de España, y que precisa de un tratamiento adecuado. En efecto: el rápido incremento de la población escolar procedente de la inmigración demanda del sistema educativo nuevos instrumentos normativos que faciliten una efectiva integración, educativa y social, de los alumnos procedentes de otros países que, con frecuencia, hablan otras lenguas y comparten otras culturas. Pues el grado de integración social y económica de los adultos depende, a medio y largo plazo, de la capacidad de integración, por parte del sistema educativo, de niños y adolescentes procedentes de la inmigración”*. Cabe decir que la sección 2ª del Capítulo VII de la Ley (sobre la atención a los alumnos con necesidades educativas específicas), en lo que se refiere a los alumnos extranjeros pretende favorecer su incorporación en el sistema educativo con los mismos derechos y deberes que los alumnos autóctonos mediante, en su caso, programas específicos de aprendizaje que podrán impartir las administraciones educativas.

### 3. Inmigración, educación y cuestión lingüística

Con independencia de cual sea la lengua “vehicular” de la enseñanza, según la Comunidad Autónoma de residencia (castellano, catalán, gallego o eusquera), lo cierto es que el escolar inmigrante encuentra en el idioma un primer escollo a superar<sup>17</sup>. La Ley Orgánica 10/2002

---

*valoración positiva de todas las culturas presentes en los centros y de las personas que pertenecen a las mismas.” – recomendación novena, pág. 274-.*

<sup>16</sup> Vid. L. ABAD (1993, 47-55).

<sup>17</sup> En el informe del Defensor del Pueblo sobre la escolarización del alumnado de origen inmigrante en España se refiere, por ejemplo, que “un estudio realizado en la ciudad de Barcelona y su área metropolitana ha puesto de manifiesto que, a diferencia del alumnado de habla castellana, los niños, niñas y adolescentes inmigrantes desarrollan un conocimiento muy pobre de la lengua “vehicular”, lo que tiene importantes consecuencias en otras áreas curriculares como las matemáticas, las ciencias sociales o las ciencias naturales” (vol. II, 9). Añadiendo que “(L)os programas de *inmersión lingüística* abordan la adquisición del lenguaje desde una perspectiva comunicativa en la que predomina, en todo momento, la negociación de contenidos en la interacción adulto-niño. De hecho, en estos programas se considera la importancia del conocimiento de la lengua que posteriormente “vehiculará” los contenidos académicos. Por tanto, su objetivo fundamental es que los y las escolares inmigrantes comprendan los mensajes lingüísticos en un período relativamente breve de tiempo. En este tipo de programas el lenguaje está altamente contextualizado, para que el alumnado pueda comprender su significado. Y el profesorado ha de ser bilingüe, ya que durante un período relativamente largo de tiempo los y las escolares emplean su propia lengua, aunque los profesores puedan utilizar preferentemente la autóctona. Además, la inmersión se apoya en la voluntariedad de las familias que envían a sus hijos e hijas a un programa de cambio de lengua hogar-escuela” (vol. II, 11). Con relación al tema de conocimiento de la lengua “vehicular” por parte del escolar inmigrante, el referido informe recomienda “adoptar medidas de apoyo específico a favor de todos los alumnos que padezcan dificultades en el dominio de la lengua vehicular de la enseñanza, tanto en el momento del acceso al sistema educativo como en cualquier otro momento posterior.” (vol II, 269).

presta de algún modo atención a esta circunstancia en dos de sus preceptos: arts. 42.1 y 52.7. El artículo 42.1 establece que: *“Las Administraciones educativas favorecerán la incorporación al sistema educativo de los alumnos procedentes de países extranjeros, especialmente en edad de escolarización obligatoria. Para los alumnos que desconozcan la lengua y la cultura españolas, o que presenten graves carencias en conocimientos básicos, las Administraciones educativas desarrollarán programas específicos de aprendizaje con la finalidad de facilitar su integración en el nivel correspondientes”*.

Por su parte, el artículo 52.7, con relación a la enseñanza para personas adultas, prevé como objetivo que: *“Las Administraciones educativas promoverán programas específicos de lengua castellana y las otras lenguas cooficiales, en su caso, y de elementos básicos de la cultura para facilitar la integración de las personas inmigrantes”*.

En definitiva, la Ley de Calidad de la educación sigue la pauta marcada por el Documento de Bases para una Ley de Calidad de la educación en el que, en sus superficiales referencias al fenómeno de la inmigración, afirmaba que: *“un primer paso imprescindible es reforzar el aprendizaje lingüístico, para facilitar en el menor tiempo posible que los niños en esas situaciones desarrollen adecuadamente su proceso educativo”*. Se observa, pues, que la voluntad declarada de integración de los inmigrantes en el sistema educativa pasa decididamente por el tema lingüístico. En el caso del artículo 42 se trata meramente de una integración en el correspondiente nivel educativo del extranjero menor de edad; en el del artículo 52.7, referente a personas adultas, se considera también una integración de carácter cognitivo-cultural e implícitamente de carácter social.

Para hacernos una composición adecuada de la situación actual en lo que atañe a la presencia de menores de edad extranjeros en el sistema educativo español hay que exponer brevemente unas cifras. Según el *Anuario estadístico de extranjería* en el curso 2001-2002 un total de 201.518 alumnos extranjeros cursaban enseñanzas no universitarias de régimen general y especial (educación infantil, primaria, secundaria, especial, ciclos formativos de FP y programas de garantía social) de los que 162.958 lo hacían en centros públicos y 38.580 en centros privados. En el curso 2001-02 las Comunidades Autónomas con mayor proporción de extranjeros sobre el total de alumnado eran Madrid con el 6,03%, seguida Baleares con el 5,59% seguida de Madrid. Cataluña contaba con una proporción del 3,24% y era la segunda Comunidad Autónoma con mayor número de alumnos extranjeros (34.676) después de Madrid con un total de 57.461. Estas cifras en términos absolutos han aumentado en algunos casos en mas de un 100% en dos años. Así lo indican los datos del Ministerio de Educación y Ciencia que cifraba en 302.423 el alumnado extranjero en enseñanzas no universitarias en el curso 2002-03 y estimaba un total de 389.726 sobre un total de 6.895.800 durante en curso 2003-04 (6.968.168 en el curso 2004-05, sin cifras de alumnado extranjero que, previsiblemente son las que incrementan el total sobre el curso pasado). En el caso de Cataluña durante el curso 2003-04 se alcanzó la cifra de 74.491 alumnos extranjeros que representaban ya el 10,6% del total de alumnado. De estos, 62.992 estaba escolarizado en centros públicos y 11.499 en centros concertados y privados. Para este curso 2004-05 las previsiones apuntan ya a 100.000 alumnos<sup>18</sup>. Además, cabe referir que alumnado extranjero

---

<sup>18</sup> Datos recogidos en el periódico *La Vanguardia* de 12 de septiembre de 2004 (págs. 43 y 44).

no significa niños venidos del extranjero; por el contrario el número de nacidos en España no deja de aumentar. Así, mientras en el año 1996 el número de nacidos en España de madre extranjera era de 11.832, en 2002 era ya de 43.469 con lo que el porcentaje sobre el total de nacidos en nuestro país alcanzaba el 10,44%. Tal como apunta el Informe del Defensor del Pueblo sobre *La escolarización del alumnado de origen inmigrante en España* hasta ahora dicho alumnado cubría la disminución habida en el alumnado autóctono. Sin embargo, en estos últimos años el aumento de natalicios entre los referidos autóctonos y el progresivo aumento entre los inmigrantes estaría ya provocando una saturación cuando no déficit en la prestación del servicio de educación muy similar a la vivida en los años setenta pero con la complejidad que ofrece una inmigración de origen y cultura muy diversa.

En definitiva, el alumnado extranjero se concentra en tres niveles educativos –educación infantil, primaria y enseñanza secundaria obligatoria-, registrándose en diez años (1991-92 a 2001-02) un crecimiento global de más de un 350%. Los datos hablan de un crecimiento constante en todas las CC.AA y, en los niveles educativos obligatorios, de una población escolar extranjera que en algunos casos ya es cuantitativamente relevante –aunque en el global de casi siete millones de alumnos no lo parezca- y que obliga a unas indispensables nuevas formas de gestión educativa.

El referido artículo 42 de la Ley de calidad de la educación nos plantea cuatro cuestiones con relación a la Ley: a) la ausencia de cualquier otra referencia al estatuto personal del extranjero menor de edad; b) su ubicación sistemática en la Ley, concretamente en el Capítulo VII “De la atención a los alumnos con necesidades específicas”; c) el trato de la cuestión lingüística, especialmente en aquellas Comunidades Autónomas en las que existen dos lenguas cooficiales y una de ellas constituye la lengua “vehicular” en la enseñanza –es el caso de Cataluña-; d) la ausencia de referencia a la “lengua propia” o materna del menor extranjero.

Sobre la primera cuestión, cabe señalar que la condición de extranjero menor de edad confiere un conjunto de derechos de acuerdo con las previsiones contenidas en la Ley orgánica 4/2000 “sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración” (LODYLE). Según la misma, todos los menores de 18 años tienen el derecho y el deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas (art. 9.1). En lo que se refiere a educación infantil, de carácter voluntario, se establece que las administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficiente para asegurar la escolarización de la población que lo solicite. En este sentido cabe decir que la Ley orgánica de calidad de la educación prevé una educación preescolar hasta los tres años de edad (art. 10) y una educación infantil (art. 11), ambas son voluntarias y sólo se reconoce expresamente el carácter gratuito de la segunda.

Según se ha dicho, el artículo 42 de la Ley de la Calidad se encuentra incluido dentro del Capítulo VII “De la atención a los alumnos con necesidades educativas específicas”. Esta ubicación sistemática había sido calificada como discriminatoria en el trámite de consultas del anteproyecto. Por el contrario, el Consejo de Estado en su Dictamen nº 1709/2002, de 27 de junio, considera que no se trata a los alumnos extranjeros de modo discriminatorio,

argumentando que: *“(...) la regulación... no se aplica al alumno extranjero por el hecho de ser extranjero... se aplicará a los alumnos procedentes de países extranjeros (no sólo necesariamente, por tanto, a los extranjeros) que desconozcan la lengua y cultura españolas, o que presenten graves carencias en conocimientos básicos. Ello significa que los alumnos que procedan del extranjero que no presenten tales deficiencias, deberán incorporarse al sistema educativo sin necesidad de someterse a programas específicos de aprendizaje con la finalidad de facilitar su integración en el nivel correspondiente”*. Además, añade el Consejo de Estado, *“(...) se trata de un precepto que claramente tiene una finalidad integradora del alumno extranjero que manifiesta tales deficiencias. Parece lógico que la incorporación de tal alumno al régimen ordinario educativo exija previamente su preparación, precisamente para preservar la igualdad de condiciones. Podría incluso sostenerse que lo discriminatorio sería no dar un tratamiento especial a aquellos alumnos que presentan peculiaridades que exijan dicho tratamiento especial. El tratamiento igual de situaciones desiguales en modo alguno supone la realización del derecho de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución”*. Finalmente, en esta cuestión concluye que *“tampoco se observa discriminación alguna por el hecho de que tales provisiones relativas a programas específicos de aprendizaje para alumnos extranjeros, se encuentren contenidas en el Capítulo titulado ‘De la atención a los alumnos con necesidades específicas’. No existe demérito alguno en considerar a los alumnos extranjeros que presenten tales deficiencias como alumnos ‘con necesidades educativas específicas’, al menos durante su fase de adaptación”*.

Debe destacarse que el repetido artículo 42 tiene la consideración de orgánico. En este sentido la redacción de su primer apartado podría no considerarse muy afortunada al afirmar que *“(P)ara los alumnos que desconozcan la lengua y cultura españolas, o que presenten graves carencias en conocimientos básicos, las Administraciones educativas desarrollarán programas específicos (...)”*. Con relación a este apartado el Dictamen del Consejo Consultivo de la Generalitat de Catalunya sobre la Ley de calidad de la educación, de 18 de febrero de 2003 (BOPC, de 21 de febrero de 2003, pág. 23 y ss.) considera que *“en lo que se refiere al aprendizaje de la lengua y la cultura, limita el contenido de los programas específicos a que se refiere únicamente al aprendizaje de la lengua y cultura españolas, olvidando que el catalán es la lengua propia de Cataluña y una de las lenguas oficiales en su territorio, y que según la Ley del Parlamento de Cataluña 1/1998, de 7 de enero de política lingüística, el catalán es la lengua propia de la enseñanza y debe utilizarse normalmente como lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza no universitaria. Pues bien –añade el Dictamen-, este olvido no sólo supone un incomprensible desconocimiento de la Ley antes referida, sino que a la vez implica ignorar la pluralidad cultural y lingüística del Estado y vulnera los artículos 3 CE y 3 EAC”<sup>19</sup>*. Así mismo, el alto órgano consultivo de la Generalitat considera que una interpretación sistemática de los artículos 42.1 y 52.7 *“lleva a la conclusión que existe una discriminación con relación a los menores de edad respecto a las otras lenguas cooficiales”*. En definitiva, se considera que el precepto *“(...) establece un plus de enseñanza a favor de la lengua española para los alumnos extranjeros que la conocen suficientemente. Nada debe objetarse al precepto cuando se aplique en una parte del territorio del Estado que tenga la lengua española como única lengua oficial, sin embargo esta discriminación positiva a favor de estos alumnos adolece de una gran ausencia cuando estos alumnos viven en una Comunidad Autónoma con una lengua y cultura propias,*

---

<sup>19</sup> Traducción propia del catalán.

*especialmente cuando esta lengua propia es, además, la lengua vehicular de las enseñanzas, tal como sucede en Cataluña. La integración de estos alumnos requiere también el conocimiento de la lengua y cultura del lugar donde residen”.*

A mi parecer la problemática planteada es de carácter semántico. Una atenta interpretación del citado artículo 42.1 a la luz del artículo 3.1 y 2 de la Constitución nos llevaría a considerar que “lengua y cultura españolas” incluye tanto al castellano (lengua oficial del Estado –art. 3.1 CE-) como a las demás lenguas españolas (art. 3.2 CE), también oficiales en las respectivas CC.AA y que pueden ser, según el modelo de política lingüística educativa, vehiculares en la enseñanza. Esta interpretación se vería reforzada también con una interpretación sistemática del artículo 52.7 de la Ley de calidad de la educación en el que se habla no de lengua española, sino de castellana y las otras lenguas cooficiales. En el caso del artículo 42.1 no sería necesario realizar esta distinción, pues, según la Constitución, tan lengua española es el castellano como el catalán.

La Ley de calidad de la educación no hace referencia alguna al mantenimiento de la lengua y cultura de origen, si bien la normativa de educación (LOGSE y normas de desarrollo reglamentario) prevén, desde una perspectiva pedagógica e intercultural, el desarrollo de programas de mantenimiento y difusión de la lengua y cultura de origen. Estos programas se han desarrollado en diferentes países europeos (especialmente Alemania) desde hace tiempo. En España, el programa ELCO orienta la enseñanza de la lengua y cultura de origen a partir de convenios firmados con Portugal y Marruecos, incorporándola en el ámbito escolar. Sin embargo, es cierto que inicialmente estos programas se concibieron para favorecer la reintegración de los inmigrantes en sus países de origen pero dado que el retorno dejó de producirse, han sido entonces otros argumentos de carácter más cultural y pedagógico los que han sostenido su continuidad: en primer lugar se argumenta la importancia, en los procesos de integración educativa y social, de conservar la lengua e identidad cultural de origen; en segundo lugar se señalan consideraciones más pedagógicas relacionadas con el dominio de la lengua materna, basadas en la reconocida importancia – para el aprendizaje de una segunda lengua- de consolidar y mantener la primera lengua o lengua materna<sup>20</sup>. En la práctica lo cierto lo cierto es que la implementación de estos programas en los centros escolares ha sido harto difícil cuando no imposible –p. ej. en el caso de niños marroquíes su lengua materna puede ser una de las diferentes lenguas árabes dialectales, entre ellas en berebere, y no el árabe estándar-.

La situación descrita en la Ley de calidad de la educación así como los sistemas de inmersión lingüística previstos en la legislación de algunas CC.AA comportan una imposibilidad de los padres inmigrantes para determinar la lengua vehicular de la enseñanza de sus hijos. Es más, de la jurisprudencia del TC<sup>21</sup> y del Tribunal Europeo de Derecho Humanos no se desprende

---

<sup>20</sup> Al respecto el interesante informe de la UNESCO “La educación en un mundo plurilingüe”.

<sup>21</sup> En la STC 195/1989 se dice: “ninguno de los múltiples apartados del artículo 27 de la Constitución (...) ni el primero, al reconocer a todos el derecho a la educación, ni el tercero o el séptimo, en los que aparecen expresamente mencionados los padres de los alumnos, prescribiendo aquél la garantía por parte de los poderes públicos ‘del derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones’ y previendo éste la intervención de los padres en ‘el control y administración de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que

el reconocimiento al escolar inmigrante, de un trato de diferencia lingüística y el derecho al mantenimiento de la lengua y cultura de origen. Cabe, sin embargo, atender si tal reconocimiento puede desprenderse del Derecho europeo y foros internacionales de los que forma parte España.

En el caso del Derecho europeo debe tenerse en cuenta la Directiva 77/486/CEE, de 25 de julio, relativa a la escolarización de los hijos de trabajadores migrantes. El artículo 2 de este texto legal prevé que los Estados miembros, de conformidad con sus situaciones nacionales y sistemas jurídicos, adoptarán las medidas pertinentes para ofrecer en su territorio una enseñanza gratuita, a favor de los hijos de todo trabajador nacional de otro Estado miembro. Esta enseñanza debe incluir especialmente la de la lengua oficial o una de las lenguas del Estado de acogida, adaptada a las necesidades específicas de aquellos hijos. En este extremo la legislación española daría cumplimiento. Ahora bien, la Directiva también prevé en su artículo 3 que los Estados de acogida en cooperación con los Estados de origen adoptarán las medidas adecuadas para la promoción, en coordinación con la enseñanza normal, de la enseñanza de la lengua materna y de la cultura del país de origen a favor de los hijos de trabajadores nacionales de otros Estados miembros. Estas previsiones son especialmente relevantes una vez producida la ampliación de la Comunidad europea con los países del este, los cuales, por ejemplo Polonia y Rumania, tienen un importante flujo migratorio hacia España.

Finalmente, podemos referir un conjunto de textos internacionales en los que se trata el tema planteado. Así, el Acta Final de Helsinki (1975), en su apartado relativo a los aspectos económicos y sociales de trabajadores inmigrantes, confirma el derecho de los mismos a recibir, dentro de lo posible, una información regular en su propio idioma, tanto en lo que se refiere a su país de origen como al país de inmigración. Además, debe velarse para que los hijos de trabajadores inmigrantes establecidos en el país de inmigración reciban la enseñanza que normalmente se imparta y en igualdad de condiciones que los niños del citado país y, además debe permitírseles que reciban enseñanza suplementaria de su propio idioma, cultura, historia y geografía. Estas previsiones son aplicables a los Estados firmantes, entre ellos España. También en el marco de Naciones Unidas cabe destacar la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990, en la que se enuncia que *“los Estados de empleo (...) aplicarán una política encaminada a facilitar la integración de los hijos de los trabajadores migratorios en el*

---

la Ley establezca’ incluye, como parte o elemento del derecho constitucionalmente garantizado, el derecho de los padres a que sus hijos reciban educación en la lengua de preferencia de sus progenitores en el centro docente de su elección” (FJ 3) –cursiva nuestra-. Cabe destacar también la STC 337/1994, dictada en una cuestión de inconstitucionalidad, en ella el TC no se pronunció sobre una posible relación entre libertad ideológica y elección de lengua docente, pero en el auto de planteamiento de la cuestión el Tribunal Supremo invocó indirectamente la libertad ideológica en los términos siguientes: “(...) La lengua es vehículo de la personalidad, constituye el medio para el ejercicio de la facultad más propia del ser humano, y es instrumento para la actuación de una buena parte de los derechos humanos y de las libertades públicas (así, las de expresión e información y la libertad ideológica y de culto). Y por ello puede decirse que los artículos 1.1, 10 y 15 CE, junto con los parágrafos 2 y 5 del artículo 27, configuran un auténtico derecho de los padres y de los hijos a escoger la lengua en que éstos han de ser enseñados en cualquier etapa educativa”.

*sistema escolar local, particularmente en lo tocante a la enseñanza del idioma local” y a la “enseñanza de su lengua y cultura maternas”; dichos Estados podrán además “establecer planes especiales de enseñanza en la lengua materna de los hijos de los trabajadores migratorios” (art. 45). También la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 hace hincapié en que al idioma debe considerársele también un valor educativo. El art. 29 establece que “la educación del niño deberá estar encaminada a (...) inculcar al niño el respeto de (...) su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores (...).”*

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros:

- AA.VV., (1999) *La immigració estrangera a Espanya. Els reptes educatius*. Barcelona: Funcació "la Caixa"
- AA.VV., (2001) *El sistema educativo en la España de los 2000*. Madrid: FAES
- ABAD, L. - CUCÓ, A. - IZQUIERDO, A., (1993) *Inmigración, pluralismo y tolerancia*. Madrid: Editorial Popular
- ARENDT, H., (1996) *Entre el pasado y el futuro (Ocho ejercicios sobre la reflexión política)*. Barcelona: Península
- BARZUN, J., (2001) *Del amanecer a la decadencia (Quinientos años de vida cultural en Occidente)*. Madrid: Taurus
- CANO GARCÍA, E., (1998) *Evaluación de la calidad educativa*. Madrid: La Muralla
- ELÍAS MÉNDEZ, C., (2002) *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch
- EMBID IRUJO, E., (2000) *La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI*. Madrid: Tecnos
- FERRER GUARDIA, F., (2002) *La Escuela Moderna*. Barcelona: Tusquets
- LORENZO VÁZQUEZ, P., (2001) *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*. Madrid: BOE-CEPC
- LUZURIAGA, L., (1991) *Historia de la Educación y Pedagogía*. Buenos Aires: Losada
- MENAND, L., (2002) *El club de los metafísicos. Historia de las ideas en América*. Barcelona: Destino
- PENA-RUIZ, H., (2003) *Qu'est-ce que la laïcité?*. París: Gallimard
- PUELLES BENÍTEZ, M. DE, (1999) *Educación e ideología en la España contemporánea*. Madrid: Tecnos
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. - ELÍAS MÉNDEZ, C., (2002) *Nuevo reto para la escuela. Libertad religiosa y fenómeno migratorio*. Valencia: Minim

### Capítulos de libro:

- GARCÍA GÁRATE, A., (1998) "El largo y tortuoso camino hacia la laicidad (A propósito de la STC 177/1996, de 11 de noviembre)". Martínez-Torrón, J. (ed.) *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*. Granada: Comares. 487-496.

#### Artículos de revista

- RIQUER, B. DE, (1993) "Reflexions entorn de la dèbil nacionalització espanyola del segle XIX", *L'Avenç*, 170. 9 y ss.

#### Informes:

- AA.VV., (2003) *La escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico*, Madrid: Defensor del Pueblo.
- KING, L. (coord.) *La educación en un mundo plurilingüe*, París: UNESCO.
- (2004) *Datos y cifras. Curso escolar 2004/2005*, Madrid: Ministerio de Educación y Ciencia.
- (2003) *Anuario estadístico de extranjería*, Madrid: Ministerio del Interior - Delegación del Gobierno para la extranjería y la inmigración.



## **MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN**

«La inserción laboral como mecanismo de integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida: Los programas de inserción laboral de los inmigrantes en el ámbito municipal»

**Ignasi Camós Victoria (Universitat de Girona, Càtedra d'immigració, drets i ciutadania)**

### **1. La inmigración y la Administración Local.**

El impacto que la población inmigrante extracomunitaria está teniendo en el ámbito municipal es desde mediados de la década de los años 90 considerable, comportando una importante transformación no sólo social y económica del entorno, sino también cambios en la gestión municipal de los recursos y servicios disponibles, no en vano, los municipios son la administración a donde se dirigen las migraciones.

La Administración local como administración más próxima al ciudadano, a pesar de carecer del resorte normativo apropiado y de las competencias correspondientes, se encuentra, a menudo, ante la necesidad de proceder a resolver demandas planteadas por la inmigración a causa de la pasividad de la Administración competente.

Así pues, la Administración Local se ha convertido en la Administración <<gestora>> del fenómeno migratorio y el reto que éstas asumen es considerable ya que <<tienen que gestionar un cuerpo social cada vez más diversificado y el cumplimiento de los objetivos de éstas (Administraciones) requiere una sofisticación creciente de sus sistemas de detección de necesidades, de diseño de políticas, de toma de decisiones (estructuración de servicios y actuaciones) y de modelos y técnicas de gestión>><sup>1</sup>.

Con independencia de la política municipal de recepción y acogida de los inmigrantes, la gestión local del proceso migratorio se ha convertido en uno de los retos, sino el principal, de la Administración local al albor del siglo XXI, no en vano se han convertido en los principales agentes de gestión de los procesos de integración de la población, incluyendo dentro de este proceso a los autóctonos y los recién llegados.

Uno de los grandes déficits del actual modelo migratorio es precisamente que, en ocasiones, los municipios deben afrontar un conjunto de responsabilidades, especialmente en el campo de la prestación de determinados servicios, sin tener competencias expresas ni recursos suficientes para garantizar estos servicios y la calidad de los mismos, habiéndose convertido en una de las características o nota definitorias de este proceso el hecho de que las Administraciones locales exceden en su actuación propia la estricta distribución de competencia establecidas en materia de inmigración.

---

<sup>1</sup> CRID (Consorti de Recursos per ala Integració de la Diversitat). Municipio y diversidad. Estrategias, políticas y servicios municipales para la integración de personas inmigrantes no comunitarias, p. 16.

En cualquier caso los principales retos ante el fenómeno migratorio, des del punto de vista municipal, no pasan únicamente y exclusivamente en la reivindicación de un mejor sistema de distribución de competencias y responsabilidades en este ámbito, que debe ser una de las prioridades, sino que se sitúan en torno a la fijación de una posición política en la gestión de este fenómeno que sobre la base de la integración de los inmigrantes en el marco del respeto a los principios y valores democráticos, que permita el desarrollo de un conjunto de actuaciones encaminadas a la integración social, cultural, económica y también política de todos los ciudadanos y ciudadanas del municipio, incluyendo dentro de este colectivo, como es obvio, a los inmigrantes.

Las características sociales, culturales, económicas de los recién llegados genera un impacto considerable en las sociedades de acogida provocando importantes transformaciones -a ritmos muy rápidos- en la conformación de la población de los municipios receptores de inmigración, debiendo de adaptarse la dinámica y los servicios municipal a esta transformación, sin que eso suponga orientarlos hacia estos recién llegados, sino más bien integrarlos dentro de los colectivos destinatarios de los servicios partiendo, así pues, del principio de que cualquier actuación o política desarrollada en el ámbito municipal debe afectar a toda la población evitando los riesgos de exclusión ya sea de los recién llegados o de los autóctonos.

El impacto de la inmigración en el ámbito municipal no afecta a todas las Administraciones locales por un igual, depende, en gran medida, del número de inmigrantes que llegan a un determinado municipio, así como del ritmo en que éstos llegan, el volumen que representan respecto al total de la población residente, la tasa de crecimiento, y de otros factores como el origen y la lengua de los recién llegados, las formas de llegada y de convivencia e incluso del tiempo de previsión de estancia y del proyecto migratorio.

Por ello, si bien las actuaciones municipales pueden diferir en un municipio respecto de otros productos de la especificidad local deben mantener un diseño común en cuanto a la gestión del impacto del proceso migratorio y de la gestión de la diversidad, cumpliendo el municipio un rol esencial en el objetivo final de la integración social de los inmigrantes.

En no pocas ocasiones la gestión local del fenómeno migratorio, en especial, cuando existe un modelo de integración, y una política diseñada para ello, puede reducirse a un tema de orden financiero, por cuanto que el incremento de coste de la gestión del fenómeno migratorio exige un aumento de los recursos disponibles para hacer frente al incremento de población que reside en el municipio y que hace uso de los servicios ofrecidos por éste, no debe olvidarse por ello que las características propias de los colectivos de inmigrantes los convierten en destinatarios potenciales de los servicios municipales generando un incremento de la demanda de algunos servicios.

Así pues, des del punto de vista financiero es necesario apostar por un incremento de la financiación ordinaria vinculada ésta al incremento de población residente, por una revisión o reorientación de la financiación de los servicios deficitarios y, por la búsqueda de recursos extraordinarios, abandonando la idea de que la gestión de los flujos migratorios puede efectuarse con el mismo presupuesto con el que se gestionaban los servicios municipales antes de la llegada masiva de nuevos conciudadanos ya que el riesgo de exclusión de

sectores desfavorecidos, autóctonos principalmente, puede dificultar enormemente la percepción que éstos tienen de los recién llegados.

## **2. Las políticas de recepción y acogida como eje principal de la actuación municipal ante el fenómeno migratorio.**

La gestión de la recepción, acogida y primera socialización en el entorno donde los inmigrantes residen, constituye uno de los retos principales de las Administraciones locales, quienes en aras a la proximidad con el individuo y, a pesar, tal y como he apuntado anteriormente, de la falta de competencias, y muy significativamente, de recursos, deben hacer frente a la adopción de medidas destinadas a la integración de los inmigrantes.

La actuación frente al fenómeno migratorio desde el ámbito local se ha desarrollado, de forma preferente, en el campo de la recepción y acogida, normalmente, partir de una visión transitoria de este tipo de políticas y sobre la base esencial de que son, en gran medida, aspectos claves para el éxito de la política de integración de los inmigrantes en las sociedades de acogida, no en vano, el diseño y desarrollo de políticas en este ámbito han de facilitar, sin duda alguna, la incorporación normalizada del inmigrante en la sociedad de acogida, momento éste en el que, precisamente, la fase de recepción y acogida, debe considerarse como concluida.

Es necesario, así pues, destacar dos aspectos claves de las políticas de recepción y acogida; de un lado, su carácter transitorio, por cuanto como hemos visto no son sino un puente a la normalización que supone la integración en la sociedad de destino y, de otro, la necesidad de una planificación individualizada del itinerario de recepción y acogida teniendo en cuenta la adaptación de los servicios ofertados a los perfiles de la inmigración.

En esta fase de gestión del fenómeno migratorio la participación de los agentes sociales y, especialmente, de las entidades con presencia en el territorio de acogida, ha sido y es imprescindible, no sólo para dar soporte esencial a las acciones que desde la Administración Local se impulsan a pesar de carecer, en muchas ocasiones, del soporte competencial y de los recursos suficientes, sino, muy significativamente, para que, a través del conocimiento del territorio, se facilite la inserción de este colectivo, pudiéndose utilizar la figura del convenio de colaboración como instrumento que da cobertura a esta colaboración fijando los servicios concertados (amplitud e intensidad de los mismos) y las condiciones en que éstos deben ser prestados.

Debe tenerse en cuenta, pero, que la integración a una determinada sociedad es un proceso dinámico, cuya duración varía en cada individuo, en atención a las circunstancias personales y sociales que le rodean, y que no se satisface, ni mucho menos, con la inserción económico-social de dicho individuo en la sociedad de acogida.

Los servicios incluidos en el marco de las políticas de recepción y acogida deberían comprender, entre otros, el asesoramiento jurídico para la tramitación de la documentación administrativa necesaria para el acceso a las correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo, información sobre la sociedad de acogida, incluyendo información sobre el posible acceso a determinados servicios sociales, los perfiles socio-culturales de la sociedad de

acogida y, en su caso, el conocimiento de las lenguas necesarias para su inserción, así como, servicios más específicos vinculados al mercado de trabajo y al acceso a la vivienda, incluyendo una posible intermediación en ambos ámbitos.

### **3. La inserción laboral de los inmigrantes en el ámbito municipal: el empleo como factor esencial de la integración social.**

Teniendo en cuenta el carácter eminentemente económico de los flujos migratorios y los estrechos vínculos existentes entre la política de inmigración y el mercado de trabajo, no en vano, lo que condiciona la regularidad o irregularidad administrativa es la tenencia o no de una autorización de residencia y de trabajo, cuando se habla de inclusión-exclusión, la situación laboral de la persona en cuestión es un elemento central, pues nuestra sociedad está basada en el empleo, no sólo como fuente básica de ingresos, sino también como mecanismo integrador y de realización personal, de hecho es la vía de acceso a un nivel de vida digno y estable, es la vía de reconocimiento e identidad social ya que la persona se reconoce así misma y es reconocida por los demás en relación con el trabajo que desempeña y, en definitiva es el origen de una red de relaciones sociales y personales que condicionan su participación social<sup>2</sup>.

Así, si el acceso al mercado de trabajo entraña dificultades para importantes sectores de la población, en el caso de la población inmigrante, éste es, si cabe, más complejo, ya que a la hora de acceder a él, el punto de partida es marcadamente desigual respecto al del resto de demandantes de empleo, en parte, debido a las diferencias culturales existentes para adaptarse a las pautas socio-laborales de la sociedad de acogida, pero también, al elevado grado de desconfianza que en el seno de la sociedad existe respecto a la integración que éstos pueden alcanzar, así como a la existencia de prejuicios en torno a la menor capacitación y/o adaptación a los niveles de productividad que otros pueden alcanzar.

Los inmigrantes a la hora de acceder al mercado de trabajo no sólo se enfrentan a inconvenientes o impedimentos de índole socio-cultural, en muchas ocasiones, las dificultades de acceso al mismo dependen de factores tales como, entre otros, la ausencia de redes sociales para la búsqueda de empleo, las dificultades para encontrar avales o ayudas para la puesta en marcha de iniciativas de autoempleo, o incluso, a la demanda cada vez mayor de perfiles profesionales cualificados y polivalentes.

Superar los obstáculos que éstos encuentran en el momento de acceder al mercado de trabajo, sean de la índole que sean, y mejorar las competencias tanto personales como profesionales de este colectivo son elementos claves para la integración ordenada y con garantías de éxito de los inmigrantes en el mercado de trabajo, elemento clave para su integración social, jugando un papel primordial la Administración Local al poder disponer al servicio de éstos los instrumentos ya existentes de inserción sociolaboral o al aprobar planes o programas específicos de apoyo a la inserción laboral de la población inmigrante.

---

<sup>2</sup> CRUZ ROJA (2002) *Guía de buenas prácticas por el empleo para colectivos vulnerables*. p.17.

El debate en torno a la conveniencia o no de integrar a los inmigrantes en Programas ya existentes, o bien, aprobar programas específicos, debate que se extiende al conjunto de acciones desarrolladas a favor de este colectivo, en el caso de la inserción laboral, en mi opinión, carece de fundamento, ya que se opte por la integración de los inmigrantes en programas generales o se aprueben para éstos programas específicos, la propia dinámica del mercado de trabajo, caracterizado por niveles considerables de especialización, y el perfil propio de cada colectivo exige la adopción de medidas individualizadas ajustadas al perfil de cada individuo a la hora de emprender acciones destinadas a la mejora de la empleabilidad de éstos.

En cualquier caso, en mi opinión, a modo de reflexión, en aras a la integración de los inmigrantes en las sociedades de acogida fin principal y último de estas acciones, parece más acertado, la integración de los inmigrantes dentro del conjunto de medidas impulsadas por parte de las Administraciones, especialmente, la Administración Local en favor de las personas con dificultades de inserción, sean éstas o no inmigrantes, siempre y cuando se tenga en cuenta el perfil y necesidades específicas de este colectivo y ello no vaya, en ningún caso, en detrimento, especialmente, des del punto de vista de recursos disponibles, del resto de colectivos participantes.

Más allá de los efectos directos que la participación en programas de inserción sociolaboral de instituciones públicas y/o privadas tiene sobre el nivel de empleabilidad de los trabajadores inmigrantes, tal y como se establece en el artículo 46. 2 del Borrador de Reglamento de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, constituirá un indicio de arraigo a efectos de la posible obtención de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, al que pueden acceder los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen cuenten con un contrato de trabajo en el momento de la solicitud y, o bien, acrediten vínculos familiares con españoles o con otros extranjeros, o bien, presenten un informe acreditando su inserción social emitido por el organismo competente del Ayuntamiento en el que tenga su domicilio o por el Foro para la Integración Social.

En este informe deberá hacerse constar, entre otras cuestiones, además del tiempo de permanencia del interesado en su domicilio, los medios de vida con los que cuenta, su grado de conocimiento de las lenguas que se utilizan, la inserción en las redes sociales de su entorno y, muy significativamente, los programas de inserción sociolaboral de instituciones públicas o privadas en los que hayan participado.

### **3. La inserción laboral de los inmigrantes en el ámbito municipal: Los programas de inserción laboral de los inmigrantes en el ámbito municipal.**

Existen modalidades muy diversas de programas de inserción laboral de inmigrantes, algunas de las cuáles reciben incluso financiación europea<sup>3</sup>, y en muchos casos ejercidas a través de servicios, generalmente mixtos, impulsados por la propia Administración Local con los que ésta suscribe un convenio de colaboración<sup>4</sup>.

Aunque el estudio del conjunto de estas medidas o iniciativas, dada la variedad y especificidad de las mismas merecería un tratamiento más extenso del que se va a prestar en esta ponencia, es por ello que, a modo de primera y sucinta aproximación, me centraré en el

---

<sup>3</sup> En el marco de los Fondos Estructurales establecidos para la reducción de las diferencias de nivel de desarrollo entre las regiones de Europa y la promoción de la igualdad de oportunidades en materia de empleo entre los diferentes grupos sociales. Así, dentro de las iniciativas ADAPTA y EMPLEO dirigidas a favorecer el desarrollo de los recursos humanos en el mundo de trabajo y que tienen como máxima prioridad la creación de empleo, se incluyen, dentro del programa EMPLEO que opta por una aproximación proactiva al problema de la exclusión en materia de empleo, hasta 4 proyectos en los que se incluyen medidas que en su conjunto constituyen una vía hacia la (re)integración: el programa NOW que va dirigido a mejorar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo; el programa INTEGRA que promueve el desarrollo de respuestas innovadoras al paro de larga duración; el programa HORIZON que anima a los Estados miembros a trabajar conjuntamente para afrontar los problemas a los que se enfrentan las personas discapacitadas y colectivos desfavorecidos en el proceso de integración a la sociedad y al mundo laboral; y el programa YOUTHSTAR orientado a favorecer la integración de los jóvenes. Vid a título de ejemplo, MARTÍNEZ GARCÍA, M. Fco; GARCÍA RAMIREZ, M; y MAYA JARIEGO, I (2000). *Inserción socio-laboral de inmigrante en Andalucía: El programa Horizon*. Universidad de Sevilla. Por su parte en el Marco del Programa INTEGRA del Fondo Social Europeo se han desarrollado programas y proyectos para mejorar el acceso al mercado de trabajo y las posibilidades de empleo de grupos en riesgo de exclusión social con especial atención a los inmigrantes, se suscribió el proyecto INTEGRA-RAINBOW en diciembre de 1997 en el que participaron la Diputación de Barcelona, la Junta de Andalucía, la entidad CRESM de Sicilia y Alexis de Lorena al que se incorporaron como socios la Generalitat Valenciana, la provincia de Milano y la Región Wallonne. También es posible destacar, entre otros, el Proyecto IGUALBAIX aprobado en el marco de los objetivos del programa EQUAL para los años 2002-2004 cuyo eje principal es el de facilitar el acceso y la reincorporación al mercado de trabajo de las personas con dificultades de integración o reintegración laboral, así como combatir el racismo y la xenofobia en relación con el mercado de trabajo. Entre los colectivos al que se dirige este proyecto se incluyen los inmigrantes extracomunitarios.

<sup>4</sup> Así por ejemplo, en el caso del Ayuntamiento de Sabadell, las acciones a favor de la inserción sociolaboral (formación y orientación laboral) de los inmigrantes se realiza a través del Servei Ciutadà d'Acolliment a Immigrants (SCAI) que es quien coordina las funciones de acogida, información y orientación así como los servicios ofrecidos por las entidades de la ciudad. El SCAI nació en 1995 y está gestionada por 6 entidades de solidaridad de la ciudad de Sabadell (Cáritas, CCOO (CITE), Comité Oscar Romero, Drapaires d'Emaús, La Lliga dels drets dels Pobles i UGT (Servei Institucional i Social i Servei d'Ajut a la Recerca de Treball). Las funciones de este servicio son suministrar información legal, efectuar, si es necesario, la tramitación de documentación, dar apoyo en problemas vinculados con la vivienda, atención médica, división familiar, discriminación, etc., dar también apoyo personal para normalizar su situación y, en última instancia prestar asesoramiento laboral. En el caso de Barcelona la prestación de estos servicios, especialmente, los que nos ocupan: formación y orientación laboral, formación lingüística, mediación intercultural, interpretación y servicios sociales se ofrecen a través del Servei d'Atenció a Immigrants Estrangers i Refugiats (SAIER), servicio que inició sus actividades en el año 1989 y cuya gestión es mixta público-privado. Inicialmente se firmó el convenio con la Associació Catalana de Solidaritat i Ajuda al Refugiat (ACSAR) y Cruz Roja, aunque posteriormente se unieron CITE, AMIC y el Colegio de Abogados de Barcelona. En el año 2002 se puso en marcha un nuevo modelo de gestión mixto en el que convive el Convenio suscrito con estas 5 entidades y un contrato con la empresa GOC, SA que se encarga de gestionar tanto los Servicios de Recepción e Información como el control de la información y la coordinación de los circuitos de derivación.

examen de algunos de los programas específicos de inserción laboral, circunscritos al Área de la Diputación de Barcelona

La gran mayoría de los Planes locales de inmigración incluyen un capítulo o apartado dedicado a la inserción laboral de inmigrantes. Así, por ejemplo en el *Pla Municipal per a la Nova Ciutadania de Mataró*, instrumento en el que se recogen las estrategias y políticas de inmigración y convivencia ciudadana desde una concepción integradora, comunitaria y participativa y cuyas líneas estratégicas son, tal y como consta en el apartado 4º del Plan: la integración de las personas que llegan al municipio de Mataró en el marco del respeto a los principios y valores democráticos, la normalización de la prestación de servicios, de la igualdad de oportunidades y de la calidad de vida de todos los ciudadanos y ciudadanas, y la promoción del cambio social y cultural desde la concertación y el consenso político y social, se incluye, dentro de los Programas de Actuación incluidos en el Plan, un Programa específico de apoyo o soporte a la inserción laboral de los inmigrantes en el que participan el Institut Municipal de Promoció Econòmica de Mataró (IMPEM), la regiduría de Igualdad y Solidaridad y la de Servicios Sociales, cuyo objetivo principal es el de garantizar la formación ocupacional y la incorporación al mercado de trabajo de colectivos con dificultades<sup>5</sup>.

La finalidad de este programa es tanto la de asesorar y cualificar a aquellas personas que quieran incorporarse al mercado de trabajo en condiciones laborales adecuadas como la de facilitar el acceso de los inmigrantes a un empleo digno.

De entre los aspectos más destacables del programa quizás convendría reseñar el hecho de que se incluye la previsión de ampliar los recursos destinados a estas actividades para la población en general y particularmente a favor de todos los colectivos con dificultades de inserción, así como, que las acciones previstas en el Programa se realizar sobre la base del asesoramiento personalizado y en grupo con el objetivo de que los inmigrantes accedan a los servicios de empleo que ofrece el municipio de Mataró.

En el caso del *Pla Local d'Immigració i Diversitat* aprobado por el Ayuntamiento del Prat del Llobregat en marzo del año 2003, se incluye dentro de los ejes estratégicos, en concreto, dentro del segundo de éstos: la promoción de la integración social de los inmigrantes en un marco de respeto a los principios y valores democráticos, igualdad de oportunidades y calidad de vida de todos los ciudadanos y ciudadanas, incluyéndose un objetivo estratégico (2.5) como es el de promover la integración laboral, velando porque no se establezcan desigualdades en el acceso al mercado de trabajo y las condiciones de trabajo y condiciones laborales en función de la nacionalidad y/o el país de origen del trabajador o trabajadora, y a tal fin estableciendo como actuaciones a desarrollar dos acciones: trabajar para garantizar el acceso a los recursos y servicios formativos y ocupacionales, observando las demandas específicas de este colectivo para poder resolverlas y ofrecerles cursos coordinados con agentes del territorio que trabajan en el ámbito laboral y, sensibilizar a los empresarios sobre la contratación de este colectivo a partir del principio de igualdad de oportunidades.

---

<sup>5</sup> En el caso de Mataró, desde 1995 a través del IMPEM vienen desarrollándose y ofreciéndose servicios de orientación y formación dirigida a la población inmigrante. Entre 1997-1999 se llevó a cabo una acción de orientación profesional para inmigrantes a través del programa PAPI- Programa de ayuda o soporte a proyectos de inversión.

Por su parte el *Pla de Gestió per a la Immigració, la Diversitat i la Convivència* a Terrasa aprobado el 27 de febrero de 2003, no sólo se destaca la importancia del trabajo y de la formación como factores que facilitan, sin duda alguna, la integración del inmigrante y la necesidad de contemplar este elemento en las políticas de integración, sino que se considera un área clave para asegurar una buena gestión de la diversidad, incorporándose dentro del primero de los ejes estratégicos: los instrumentos para la recepción de los inmigrantes como acciones, facilitar el acceso de este colectivo a las políticas de empleo y la formación.

Así, en el marco de este eje estratégico, se incluyen acciones en unos casos integradas dentro de los servicios específicos para la primera acogida, en otros, en el capítulo de los servicios adaptados a elementos de multiculturalidad o incluso dentro de los servicios que facilitan el acceso a la igualdad de oportunidades, se incluyen actuaciones de índole muy diversa como cursos de formación ocupacional para el sector de los empleados del hogar, una bolsa de trabajadores extranjeros o un proyecto (Cheb-Darwuka) de formación y orientación socio-laboral dirigida a jóvenes recién llegados, e incluso un proyecto (Maqamat-Darwuka) de introducción a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Destaca la variedad y diversidad de acciones al margen de las comunes de información, orientación i intermediación laboral (POI) dirigidas al asesoramiento y la orientación para acceder al mercado del trabajo o mejorar la ocupabilidad, a partir de itinerarios personalizados de inserción, existen un numero considerables de actuaciones más específicas.

En una línea similar a la de Terrasa, en Manresa donde ya se desarrollaba actuaciones específicas dirigidas a este colectivo con anterioridad al Plan de Inmigración se incluye en éste la planificación de estrategias de actuación basadas en la realidad presente y futura de forma consensuada y sobre la base de la coordinación con recursos, entre otros, en materia de inserción laboral.

Por su parte, una de las 7 línea estratégica del *Plan para la convivencia intercultural* del municipio de Santa Coloma de Gramanet, afecta a la Economía y el Trabajo, abogándose, entre otras cuestiones, por el fomento del trabajo y la lucha contra la economía sumergida, apostando, a su vez, por la difusión de información sobre el acceso al mercado de trabajo, el impulso de la formación incluyendo a los inmigrantes dentro de las acciones de formación ocupacional de alcance general con personas residentes, e incluso por la empresarialización de los inmigrantes potenciando la autoempresa y el cooperativismo como un base más de integración.

Entre las acciones a desarrollar es necesario destacar además de la creación de un Observatorio del mercado de trabajo<sup>6</sup>, o la elaboración de guías o instrumentos formativos sobre la normativa laboral, posibilidades de negocio, requisitos y servicios locales de orientación, las dirigidas al fomento del autoempleo, utilizando el concepto de discriminación positiva para los colectivos más desinformados, la realización de campañas de fomento de la afiliación sindical de los trabajadores inmigrantes

---

<sup>6</sup> La finalidad de este Observatorio es la de facilitar una visión global, rigurosa y objetiva sobre la realidad económica y laboral en la ciudad.

Mención aparte merece la acción 14 del Plan de acción para la convivencia intercultural 2001-2010 consistente en el asesoramiento a empresarios locales para fomentar y o promover la contratación de personas extranjeras<sup>7</sup>, también la acción 16 el denominado circuito de información y orientación laboral en el servicio local de empleo para facilitar el acceso normalizado de los inmigrantes a los diferentes recursos de información, orientación, formación e inserción<sup>8</sup> que junto con el Programa de acompañamiento para la inserción de las personas inmigradas al que me referiré con posterioridad, constituyen dos de los ejes básicos de la política desarrollada en este ámbito por parte de este municipio, así como la acción 19 relativa a la promoción de del asociacionismo de la población inmigrante, especialmente a las asociaciones empresariales locales y a los sindicatos como mecanismo para la integración normalizada<sup>9</sup>.

Se incluyen también acciones específicas, en este caso, en forma de taller, dirigidas al colectivo de mujeres inmigradas con la finalidad de fomentar la igualdad de oportunidades del colectivo. Taller desarrollado en el marco del programa *Dones avui per a la igualtat d'oportunitats*, de la Direcció General d'Actuacions Comunitàries i Cíviques de la Generalitat de Catalunya<sup>10</sup>.

Incluso en el caso del *Programa Municipal para la interculturalidad* del Ayuntamiento de Hospitalet del Llobregat aunque éste se configura como un instrumento y punto de referencia necesario para visualizar las necesidades globales en la prevención de conflictos i analizar, promover y gestionar respuestas transversales que contribuyan a una buena política municipal de migración, se estructura en 4 ejes prioritarios, incluyendo uno el socioeducativo/laboral donde se integran los servicios de formación y orientación laboral, inserción y mediación intercultural.

De entre los diversos instrumentos examinados aquél que mayor interés ha despertado tanto por su especificidad como por su amplio contenido es el Programa de acompañamiento al mundo del trabajo para trabajadores extracomunitarios cuya responsabilidad recae en el Área de Promoción Económica del Ayuntamiento de Granollers, y el Programa de acompañamiento para la inserción laboral para inmigrantes desarrollado por el Ayuntamiento de Santa Coloma de Gramenet, mediante las Áreas de Servicios Sociales y de Promoción Económica a través de la empresa municipal Grameimpuls, SA, en colaboración con el Departament de Treball i Indústria.

Estos dos Programas tienen un objetivo general común como es el de conseguir la inserción social y laboral de las personas procedentes de países no comunitarios. Objetivo general del que se derivan una serie de objetivos específicos en algunos casos vinculados al ámbito del

---

<sup>7</sup> El responsable de esta acción es la ACI y ESCIBNA (Empresarias de Santa Coloma de Gramenet y Barcelonés norte asociadas), colaborando en su ejecución el Ayuntamiento-Plan para la convivencia intercultural y Grameimpuls-Servicio de fomento empresarial

<sup>8</sup> El responsable de esta acción es el Ayuntamiento a través de la empresa municipal Grameimpuls, SA, con la colaboración del Servicio de promoción del empleo.

<sup>9</sup>El responsable de esta acción es la ACI, ESCIBNA y los sindicatos.

<sup>10</sup> Se puede ver el Programa *"Dones Avui per a la igualtat d'oportunitats"* en: <http://www.gencat.es:8000/benestar/persones/dones/programa/index.htm>

conocimiento o de los contenidos como es la mejora de la formación básica de éstos, aprendiendo a comunicarse y a conocer la lengua castellana y catalana, conociendo el mercado de trabajo así como, de forma básica, la legislación laboral, y otros objetivos éstos no vinculados tanto al ámbito del conocimiento o de los contenidos, sino más bien de la integración laboral y de las actitudes, así se establece como objetivos en este ámbito: mejorar de la comprensión o el conocimiento de la cultura de acogida, potenciar el diálogo intercultural, conocer el funcionamiento de las redes públicas de servicios y mejorar su utilización, dar a conocer el tejido social que trabaja en temas de integración social e intercultural y potenciar el contacto entre éstas y los usuarios, comprender la legislación laboral y los sistemas de organización y comunicación empresarial y, en última instancia, potenciar la adquisición de hábitos socio-laborales básicos para la adquisición y mantenimiento de los puestos de trabajo.

Más allá de los objetivos de potenciar la autoestima y/o la capacidad de autonomía personal a que se hace referencia en el Programa impulsado por el Ayuntamiento de Santa Coloma de Gramenet, dos son los ejes principales de estos programas, de un lado, la mejora de los niveles de formación y conocimiento de la realidad sociolaboral del entorno (lengua, legislación, hábitos, sistemas de organización de las empresas, del mercado de trabajo etc..) y, de otro, potenciar el acceso a los servicios de empleo e intermediar, poniendo en contacto a éstos con el tejido social que se ocupa de la integración social, la oferta y demanda de trabajo.

Nos encontramos ante una actuación necesariamente interdepartamental, no en vano confluyen sobre el programa áreas diversas (Educación, servicios sociales, Oficina de Atención al ciudadano) y está abierto a la participación de entidades cívicas. Se trata de una actuación que debe o debería basarse en un programa integral en el que se contemple, bajo la forma de proyecto abierto, un itinerario individualizado de contenidos en función del perfil específico de cada uno de los participantes.

La intervención está fundamentada en la acción tutorial tanto a nivel individual como en grupo adaptada a las necesidades detectadas del usuario, flexible y práctica. El Programa se divide en 3 fases; en la fase inicial además de la toma de contacto necesaria con las personas que llegan de forma directa o derivadas por otros servicios municipales a este servicio (fase de acogida), se realiza una entrevista para conocer el perfil sociolaboral de la persona, y efectuar un análisis de sus potencialidades y aspectos deficitarios, así como para conocer la expectativas de éste. Con los resultados de la entrevista se procede a la elaboración de un itinerario individualizado de intervención, fijándose acuerdos y compromisos sobre dicho itinerario donde se determinarán las acciones a desarrollar (fase de orientación y derivación).

En la 2ª fase, la fase de intervención grupal se concentran las acciones a desarrollar incluyéndose el conocimiento del idioma tanto castellano como catalán (dentro de este modulo se imparten también sesiones sobre educación vial); el conocimiento del entorno: recursos, funcionamiento de servicios; el conocimiento del mundo laboral (se dan a conocer aspectos básicos de la cultura del mundo laboral del país de acogida y se resuelven las dudas que puedan plantearse desde la perspectiva de la persona extranjera); y una serie de módulos formativos más específicos a partir de las demandas de formación-cualificación

detectadas y las posibilidades de incorporación al mercado de trabajo. Es importante destacar que dentro de cada módulo se contempla la posibilidad de realizar prácticas en empresas.

La 3ª y última fase es la fase de derivación a ofertas laborales. En esta fase se efectúa una prospección de empresas y sensibilización en torno a la contratación de trabajadores extranjeros extracomunitarios, captación de ofertas laborales y prácticas en empresas, entrevista y derivación de ofertas. Esta 3ª fase no se finaliza con esta prospección y captación, se efectúa, además, un acompañamiento para aquellas personas que tienen dificultades para moverse por el entorno y un seguimiento de su inserción con el usuario y la empresa.

Dejando de lado los datos cuantitativos obtenidos a través de este Programa<sup>11</sup>, el gran valuarte del mismo es, sin duda alguna, la capacidad que tiene para dar respuesta a la necesidad de proporcionar recursos que faciliten la incorporación al mercado de trabajo de personas que tienen importantes dificultades para acceder al mismo. Se ha convertido en un punto de referencia para los inmigrantes que buscan empleo y quieren formarse pero tienen dificultades para acceder a otros servicios ya que presentan notables carencias a nivel de conocimiento de idioma, recursos formativos y laborales.

En el caso de Granollers, a diferencia de lo que sucede en Santa Coloma de Gramenet el Programa de acompañamiento al mundo del trabajo para trabajadores/as extracomunitarios/as es gestionado directamente por el Ayuntamiento recayendo la responsabilidad del mismo sobre el Área de Promoción Económica, aunque cuenta con la colaboración de las Áreas de Participación Ciudadana, Derechos de la Persona y Plan Estratégico.

Existe también una distinción entre acciones de carácter individual y acciones grupales, incluyéndose dentro de las primeras además de las tutorías (entrevistas) y acciones específicas de acompañamiento para la inserción y prácticas laborales en empresas, la tramitación administrativa de documentación. Por lo que respecta a las acciones de grupo se incluyen dentro de las mismas acuerdos concretos con empresas para la formación específica de perfiles profesionales y la inserción de sus participantes.

Quizás sea destacable dos aspectos específicos de este Programa respecto del de Santa Coloma de Gramenet, de un lado, el estrecho vínculo existente entre este Programa y la Mesa municipal de Inmigración formada por el Ayuntamiento, el tejido asociativo y los

---

<sup>11</sup> A partir de los datos facilitados por el propio Ayuntamiento, a través de la empresa pública Grameimpuls, en el año 2003 fueron atendidas 262 personas de las cuales 83 (62 hombres y 21 mujeres) fueron dadas de alta en el Programa de acompañamiento de para la inserción laboral de inmigrantes, 20 participaron en el módulo de maquinista y confección, 24 en el módulo de construcción, 21 en el lampistería y 18 en soldadura. De estos 83 participantes, 8 realizaron prácticas en empresas. Por edades de los 83 participantes 31 tenían una edad inferior a 25 años, 48 tenían una edad de entre 25 y 45 años y 5 eran mayores de 45 años. Por nacionalidades 55 de los participantes provenían de Marruecos, 19 de Blangadesh, 4 de Pakistán 4 de los Países del Este. De las 83 personas dadas en alta en el programa 40 han trabajado durante el desarrollo del mismo (36 con contrato laboral; 2 en escuelas taller y 2 como autónomos). El dato más relevante es que entre mayo de 2003 y mayo de 2004 se habían gestionado un total de 110 ofertas de empleo.

sindicatos, y de otro, el esfuerzo que se efectúa para permitir el acceso al mismo de las madres con hijos al estar previsto como servicio de apoyo un servicio de guardería.

Al margen de los Programas de acompañamiento analizados, de entre las medidas de inserción laboral examinadas, me gustaría destacar el Programa Emprendedores de otras culturas, organizado por el Ayuntamiento de Barcelona, a través de Barcelona Activa SA.

Aunque existen, hoy por hoy, condiciones objetivas que dificultan la utilización del autoempleo por parte de los inmigrantes como el hecho de que el poco tiempo que en muchos casos llevan en la sociedad de acogida no permite disponer de recursos (ahorros) suficientes, así como el desconocimiento del país y el entorno, o incluso la baja formación y especialización, sí pueden darse casos de autoempleo, siendo por ello necesario fijar recursos específicos que permitan el desarrollo de estas iniciativas autoempresariales<sup>12</sup> ya que el autoempleo debe convertirse en una vía más de acceso al mercado de trabajo.

El *Programa Emprenedors d'Altres Cultures* tiene por objetivo dar información y orientación para favorecer las iniciativas empresariales de autoempleo y potenciar las capacidades emprendedoras de personas inmigrantes procedentes de países no comunitarios, mejorando el éxito de proyectos empresariales ya iniciados y contribuyendo a la integración de los mismos en el tejido empresarial de la ciudad.

Como puede observarse las acciones incluidas en este programa no sólo se dirigen al fomento, estricto sensu, de las iniciativas de autoempleo llevadas a cabo por parte de personas inmigrantes extracomunitarias, sino que también, se incluyen acciones de soporte a iniciativas ya en marcha e incluso acciones para facilitar la viabilidad de las mismas a través de su inserción en el tejido empresarial de la ciudad.

La finalidad de este programa es contribuir a que aquellos inmigrantes que tienen un proyecto de negocio viable puedan solventar las dificultades que la falta de conocimiento de los hábitos comerciales y de gestión del país de acogida, así como, la falta de formación, de experiencia empresarial o, incluso de una red de apoyo, pueda ocasionarles.

Se combinan, así pues, acciones de formación en nuevas tecnologías de la información, técnicas de negociación, formación empresarial y sistema laboral y de seguridad social con otras de relación entre empresas, incluyéndose visitas a empresas ya constituidas por personas inmigrantes para conocer de primera mano experiencias reales y establecer contactos, así como asesoramiento personalizado en el conocimiento del entorno y en la elaboración del Plan de empresa.

Se intenta a través de este programa también facilitar la obtención del permiso de trabajo por cuenta propia, de hecho el seguimiento del Programa puede ser una garantía de viabilidad del proyecto y el acceso a sistemas de financiación sin avales, mediante microcréditos de entidades como la Fundación Un sol món<sup>13</sup> i Acció Solidària contra l'Atur<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> PLANAS VILELLA, J. GABIENT D'ANALISI I PLANIFICACIÓ (2001). *La immigració a Granollers. la seva capacitat de generació de noves activitats econòmiques i d'aportació de renda a escala local*. p. 76.

<sup>13</sup> Esta Fundación forma parte de la Obra social de la entidad Caixa de Catalunya. Vid, al respecto: <http://obrasocial.caixacatalunya.es/osocial/redirect.html?link=http://obrasocial.caixacatalunya.es/CDA/ObraSocial/Home/0.3423.2x3y.00.html>

Aunque existen una variedad de tipologías de programas y/o acciones en materia de inserción sociolaboral quizás estos programas específicos de acompañamiento para la inserción de trabajadores extracomunitarios, cuyo eje esencial es el tratamiento individualizado de las necesidades y perfiles formativos para ajustar al máximo la demandas y ofertas de trabajo y, de forma significativa, el perfil de los candidatos a las necesidades de las empresas.

Así pues, con independencia de si se incluyen o no medidas específicas o, se opta por derivar a los participantes hacia las medidas existentes para el conjunto de ciudadanos del municipio, sin duda alguna, el tratamiento integral de los problemas que se detectan en los participantes, la variedad de acciones existentes, sean éstas individuales o de grupo, el carácter interdepartamental de esta actuación y la posible participación de entidades sociales en el programa, convierten a éstos en un instrumento esencial para contribuir a la integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida.

---

<sup>14</sup> Vid, al respecto: <http://www.pangea.org/accio/>. La Acción Solidaria contra l'atur se creó el año 1981 para hacer frente a la problemática del desempleo y en 1984 se constituyó como Fundación civil privada.



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciutadania i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de novembre de 2004

## **MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN**

«El marco jurídico de la contratación de trabajadores de los nuevos Estados miembros de la UE y las particularidades de su acceso al mercado de trabajo en España.»

**Francina Esteve (Universitat de Girona)**

### **I. Impacto de la quinta ampliación de la Unión Europea**

La quinta ampliación de la Unión Europea, que amplió de 15 a 25 el número de sus Estados miembros, representa uno de los hechos más relevantes del año 2004 junto con el acuerdo de la Conferencia Intergubernamental de 18 de junio de 2004 de aprobar un Tratado constitucional para la Unión Europea, texto que fue solemnemente autenticado el pasado 29 de octubre.

Tales acontecimientos nos sitúan en un nuevo escenario europeo de consecuencias imprevisibles pero que, en cualquier caso, exige análisis, reflexión, planificación, estrategia y liderazgo político tanto para asumir los nuevos retos a los que se enfrenta nuestra sociedad como para ser capaces de transmitir credibilidad y confianza a la ciudadanía.

Ninguno de los dos acontecimientos ha encendido pasiones entre los ciudadanos españoles y el debate concreto de las condiciones en las que debía llevarse a cabo la adhesión de los nuevos miembros fue prácticamente inexistente.

A pesar de ello, el impacto de tales acontecimientos es evidente. Así pues, es la primera vez que "de golpe" se adhieren 10 nuevos Estados que presentan una gran heterogeneidad entre ellos. La mayoría de ellos son pequeños Estados, excepto Polonia que puede calificarse como mediano y de dimensiones parecidas a las de España y que cuenta con más de la mitad de la nueva población, es decir 38 millones de personas.

El total de la población aumenta en un 20% (lo que representa un total de 75 millones de nuevos ciudadanos que se suman a los 378 millones de población, alcanzando la cifra total de 450 millones de personas), pero en cambio el PIB en relación a la UE-15 sólo aumenta en un 5% (son pues países más pobres).

En algunos países la tasa de desempleo es elevada (por ejemplo, en Polonia es del 19%) y se calcula que los salarios están a menos de la mitad de los salarios de la UE, en concreto en Polonia no llegan al 40% de la media de los salarios europeos y aunque sea previsible que los salarios aumenten durante los próximos años, ello deberá ir vinculado al crecimiento económico y a un mayor nivel de productividad (que de momento parece bastante bajo).

Sin embargo, el nivel de formación de los nuevos ciudadanos europeos es comparable al nuestro e incluso cabe señalar que la mayoría de los jóvenes de los nuevos Estados miembros tienen un dominio del inglés y de las nuevas tecnologías de la información mejor que el nivel de los jóvenes españoles.

En el año 2000 la Comisión realizó un estudio sobre el impacto de la ampliación en el mercado de trabajo de los 15 EEMM y estimaba que, en un marco de plena libre circulación de trabajadores, cerca de dos millones de personas de los nuevos países podrían emigrar hacia los 15 EEMM durante los 10 años siguientes a su adhesión y señalaba que este impacto podría afectar principalmente a Alemania y a Austria, y que previsiblemente sería más limitado en relación a Italia y Francia y todavía más limitado en relación a España.

La Comisión indicaba que esta liberalización del mercado de trabajo podría permitir resolver algunos problemas puntuales de ciertos sectores pero también predecía que esta movilidad sería insuficiente para compensar a largo plazo el problema de la baja tasa de natalidad y del envejecimiento de la población europea, dado que estos países también tienen un crecimiento demográfico limitado y ello afecta a su potencial migratorio.

En cambio, los estudios económicos de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) no preveían que la ampliación pudiera provocar una gran afluencia de inmigración de los nuevos Estados hacia los antiguos miembros y en cambio alertaban de que los nuevos países previsiblemente tendrían muchas presiones migratorias de sus vecinos y muy pronto dejarían de ser países de emigración para convertirse en países de inmigración.

## **II. El período transitorio: las medidas y cláusulas de salvaguardia previstas en los nuevos Tratados de Adhesión.**

En una fase incipiente de las negociaciones de las condiciones de adhesión de los nuevos miembros a la UE, y especialmente a instancias de Alemania y de Austria, se abordó la delicada cuestión de acordar un período transitorio para que los quince EEMM pudieran mantener determinadas restricciones a la libre circulación de trabajadores de los nuevos Estados miembros.

Una tal disposición ya se había incluido anteriormente en otros Tratados de adhesión, como ocurrió en relación a España y Portugal, cuyo temor a que los españoles y portugueses invadieran el mercado de trabajo de los demás Estados miembros, condujo a pactar un período transitorio de 7 años que se redujo posteriormente al constatarse que los temores iniciales eran infundados.

Las razones de la existencia de tales medidas se hallan en el hecho de incorporarse Estados que tienen un nivel de desarrollo económico inferior al de los quince y especialmente un nivel salarial inferior a la media europea. El miedo a un masivo desplazamiento de trabajadores surgió principalmente en Alemania y Austria, pero todos los EM estuvieron de acuerdo en incluir en el Acta de adhesión un período transitorio.

La disposición transitoria acordada sólo se aplica al acceso de los trabajadores por cuenta ajena al mercado de trabajo, ello significa que los nuevos ciudadanos europeos tienen derecho, desde el 1 de mayo de 2004, a ejercer la libre prestación de servicios y el libre establecimiento, que incluye la posibilidad de crear su propia empresa o de establecerse como autónomos, en todos los Estados miembros y las restricciones afectan exclusivamente a su contratación como asalariados. Por consiguiente las restricciones que se van a comentar tampoco se aplican a los estudiantes, pensionistas, turistas etc., que gozan plenamente del

régimen comunitario. Los nacionales de los nuevos Estados miembros son ya “ciudadanos de la UE” y tienen derecho a entrar, circular y residir en cualquier Estado miembro de la UE (siempre que dispongan de recursos suficiente y de un seguro sanitario para que no constituyan una carga sanitario o social para el país en el cual quieran vivir).

Cabe señalar una particularidad en relación a la libre prestación de servicios que afecta exclusivamente a Alemania y Austria, existiendo una cláusula específica que les permite limitar la posibilidad de que las empresas de determinados sectores (construcción, limpieza industrial, etc..) instaladas en los nuevos Estados miembros, puedan prestar servicios que impliquen el desplazamiento temporal de trabajadores. Pero ello sólo se aplicaría en caso de graves trastornos en alguno de los sectores de servicios en cuestión previstos y únicamente durante el período en el que Austria y Alemania apliquen medidas nacionales con arreglo a las disposiciones transitorias.

Más allá de esta particularidad, las restricciones incluidas en los Tratados de adhesión sólo cubren el ámbito de la libre circulación de trabajadores por un período de tiempo que puede llegar hasta un máximo de 7 años.

Sin embargo, tales restricciones no se aplican a los nacionales de Chipre y Malta<sup>1</sup>, que debido a su reducido número de habitantes (entre los dos países no llegan a 1.200.000 personas) y a su nivel de desarrollo económico (comparable al de los demás países europeos), se consideró innecesario imponer tales restricciones al libre acceso al mercado laboral de los demás EEMM. Así pues, los nacionales de estos dos países, desde el 1 de mayo de 2004 gozan del pleno derecho a circular, residir y trabajar en cualquier otro EM en las mismas condiciones que los nacionales del propio país y básicamente ello supone que no se les puede pedir ningún permiso de trabajo ni ninguna autorización administrativa.

En cambio, las cláusulas de salvaguardia rigen para los nacionales de los demás 8 nuevos países (Polonia, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia i Lituania) en relación a lo que, los antiguos Estados miembros pueden mantener su régimen nacional de inmigración.

Los anexos correspondientes a los diferentes Tratados de adhesión han incorporado la **posibilidad** de aplicar la cláusula de salvaguardia hasta que transcurra un período máximo de 7 años, período que se divide en tres fases: la primera de 2 años, una segunda de 3 años y finalmente una tercera, excepcional y última de dos años más (2+3+2). En realidad el período transitorio previsto es de 5 años, pero ciertamente tras ellos, existe la posibilidad de que un Estado pida a la Comisión la autorización para continuar aplicando medidas nacionales durante 2 años más y sólo será concedida esta autorización en caso de que existan perturbaciones graves en su mercado de trabajo o en caso de grave riesgo de que se produzcan. Por consiguiente estos dos últimos años sólo se plantea en el supuesto de que un Estado miembros pueda demostrar que tiene graves dificultades en su mercado de trabajo y en ningún caso, después de los 7 años, se podrá mantener la exigencia de un permiso de

---

<sup>1</sup> La única particularidad en relación a Malta es que el Tratado de adhesión contempla la posibilidad de invocar una cláusula de salvaguardia.

trabajo, imponiéndose ya en todos los casos el régimen comunitario de la libre circulación de trabajadores.

Así pues, el régimen comunitario es el siguiente, durante 2 años (mayo 2004- mayo 2006) cada antiguo miembro de los quince, podrá escoger su régimen de gestión de los permisos de trabajo para los ciudadanos de los 8 nuevos Estados, aplicándose normas nacionales en lugar del régimen comunitario, pero se comprometen a conceder los permisos de trabajo de forma más favorable que en relación a los extracomunitarios (principio de preferencia) y se comprometen a no aplicar a tales ciudadanos condiciones más restrictivas que las que existían antes de la ampliación (cláusula de stand still) y finalmente se comprometen a otorgar a quienes ya residan actualmente en la UE el derecho de reagrupación familiar, sea cual sea la nacionalidad de los miembros de su familia.

Al cabo de dos años, la Comisión europea debe analizar el resultado de esta política y debe emitir recomendaciones (acto no vinculante) y también el Consejo puede pronunciarse sobre el funcionamiento de las disposiciones transitorias, pero serán los EM los que podrán decidir mantener o no tales regímenes especiales. En caso de que quieran mantener las restricciones, podrán hacerlo para un período adicional de tres años con la exigencia de que lo notifiquen a la Comisión. Así pues, la decisión corresponderá a cada Estado miembro.

En caso de que un Estado miembro decida no imponer restricciones a los nacionales de los nuevos Estados miembros y por consiguiente aplique el régimen comunitario de la libre circulación de trabajadores, a tales ciudadanos no se les exigirá el permiso de trabajo como requisito para acceder al mercado de trabajo, sin embargo pueden mantenerse ciertas exigencias administrativas en caso de que se realicen exclusivamente con fines de control y de seguimiento estadístico. Si dicho Estado quisiera volver a imponer restricciones, existe una cláusula de salvaguardia general que le permite poder solicitar a la Comisión la autorización para volver a imponer restricciones si se enfrenta o corre el riesgo de enfrentarse a graves problemas en su mercado de trabajo. En tal caso corresponderá a la Comisión decidir qué tipo de restricciones y durante cuánto tiempo podrán aplicarse. Cualquier Estado miembro podrá pedir al Consejo que por mayoría cualificada anule o modifique la decisión de la Comisión.

En el Acta de adhesión, los Estados miembros se han comprometido a otorgar una cierta preferencia a los trabajadores de los nuevos Estados miembros en relación a los trabajadores de terceros países (principio de preferencia) y en todo caso los quince Estados miembros tienen la obligación de no adoptar medidas que puedan hacer más difícil el acceso a sus mercados laborales en relación a la situación que existía en cada Estado miembro al firmarse dicho acuerdo el 16 de abril de 2003 (cláusula de stand still). Así por ejemplo, si un país hubiera acordado la admisión de una determinada cuota de trabajadores a través de un acuerdo bilateral, dicha cuota no podría disminuir durante el período transitorio sino tan sólo mantenerse o aumentarse.

Más allá de las disposiciones previstas en los Tratados de adhesión, debe señalarse la existencia de unos acuerdos de asociación concluidos entre la CE y los nuevos países miembros que han otorgado ciertos derechos a los trabajadores de dichos países, siendo especialmente relevante la cláusula de no discriminación que, en general, se les aplica cuando

hayan accedido al mercado de trabajo de cualquier Estado miembro. Es por ello, que, atendiendo a la jurisprudencia del TJCE (y en este sentido cabe recordar la sentencia Kolpak que fue casi tan famosa como la sentencia Bosman), desde el momento en que los trabajadores de los nuevos Estados disponen de un permiso de trabajo, estarán cubiertos por el régimen comunitario que les garantiza la igualdad de trato en relación a los nacionales, aplicándose la prohibición de discriminación tanto a las condiciones de trabajo, como a las ventajas sociales y fiscales y a las normas sobre coordinación de los sistemas de seguridad social.

Es por ello que, a las personas que antes de la adhesión de los nuevos Estados miembros, ya hayan accedido al mercado de trabajo y estén trabajando legalmente en uno de los quince Estados miembros, no se les podrá imponer nuevas restricciones y gozarán del libre acceso al mercado de trabajo en dicho Estado miembro (no al de los demás). En tal caso, también a los miembros de la familia de dicho trabajador que ya estén con él se les concede acceso inmediato al mercado laboral.

El régimen transitorio se puede imponer pues, a los trabajadores de los nuevos miembros que accedan después del 1 de mayo de 2004 al mercado de trabajo de “los quince” y en el caso de los familiares que se reúnan con el trabajador legalmente establecido en un Estado miembro después de dicha fecha, sólo se prevé que tengan acceso al mercado de trabajo una vez hayan residido durante 18 meses o a partir del tercer año siguiente a la adhesión, según lo que les resulte más beneficioso.

### **III. Características del acceso al mercado de trabajo en España**

El régimen aplicable a los nuevos países miembros aparece en el acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2003 (BOE de 31 de diciembre de 2003) y su desarrollo se encuentra en el “Memorando en relación a la aplicación de la libre circulación de trabajadores de los 8 nuevos Estados miembros” aprobado por el Ministerio de Trabajo y asuntos sociales.

En dichos textos consta que España decide introducir un período transitorio inicial de dos años, período que puede prorrogarse a partir del 1 de mayo de 2006 por tres años más. Tal decisión se adoptó sin haber sido objeto de demasiadas explicaciones por parte del Gobierno y sin haber suscitado mayores debates en el seno de la opinión pública y aparentemente responde más a una reacción mimética en relación a la posición de prudencia mantenida por la mayoría de los demás Estados miembros, que a un análisis en el que se valore el eventual impacto negativo que una liberalización de la libre circulación de trabajadores pudiera tener en nuestro mercado de trabajo.

En el supuesto de que no se prorrogue el período transitorio, a partir del 1 de mayo de 2006 se aplicará a todos los trabajadores asalariados nacionales de los 8 países mencionados, el mismo régimen comunitario que se aplique a los comunitarios y a los nacionales del EEE, es decir actualmente el RD 178/2003, régimen que ya se aplica actualmente a los ciudadanos de Chipre y Malta.

En los últimos años, ha habido en España un constante aumento de trabajadores de los países de Europa Central y en diciembre de 2003 constaban registrados en la seguridad social 25.520 contratos de trabajadores de los nuevos países miembros, indicando el gobierno español que dicho período transitorio serviría para integrar plenamente a las personas que ya estuvieran trabajando en España, otorgándoles plena igualdad de trato y el derecho al reagrupamiento familiar.

El Gobierno español también se propone, durante este período, examinar los sectores que puedan necesitar trabajadores de estos nuevos países y señala que **podría** concederles autorizaciones para trabajar sin necesidad de que su contratación estuviera vinculada a la situación nacional del mercado de trabajo (de momento se trata de una mera declaración de intenciones sin ningún efecto jurídico).

Según establece el acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2003, a partir del 1 de mayo de 2004 no se exige visado a los trabajadores de los nuevos países miembros que sean contratados para períodos inferiores a 6 meses (en concreto 180 días).

También se prevé que en los casos en que se exija visado de trabajo y residencia, su expedición será gratuita y deberá solicitarse y recogerse personalmente por parte del interesado en el país de origen del trabajador o en el país de su última residencia legal.

En todo aquello que no se haya previsto expresamente, en principio durante estos dos años se aplicará el régimen español de extranjería y su principal ventaja es que en las renovaciones del permiso de trabajo otorgadas por 1 año, no se tendrá en cuenta la "situación nacional de empleo", lo que en realidad significa que la normativa de inmigración sólo se les aplicará para la concesión del primer permiso de trabajo para 1 año y, una vez concedido, gozan de la plena protección que deriva del régimen comunitario.

En relación a los familiares de los trabajadores autorizados a trabajar por un período igual o superior a 1 año, se les aplica el régimen comunitario de residencia previsto en el RD 178/2003 que incluye una noción más amplia de familiar que la prevista en el marco europeo, pues incluye no sólo al conyuge, descendientes menores de 21 años o mayores que vivan a sus expensas, sino también a los ascendentes del trabajador o del cónyuge (no separado) que vivan a sus expensas.

Sin embargo, en dicha regulación aparecen situaciones complejas y hasta cierto punto contradictorias, así por ejemplo, a los familiares que residan legalmente en España antes del 1 de mayo de 2004 se les concede el derecho de libre acceso al mercado de trabajo en las mismas condiciones que los nacionales, en cambio a los familiares que entren legalmente después del 1 de mayo se les aplicará la normativa española de inmigración para regular su acceso al mercado de trabajo.

También debe tomarse en consideración el hecho de que como ciudadanos europeos, el régimen de entrada y expulsión que rige a tales colectivos no es tampoco el de la normativa de extranjería sino la normativa comunitaria (integrada en el RD 178/2003) que restringe la potestad del Estado y sólo permite impedir la entrada, ordenar la expulsión, denegar la expedición de la tarjeta de identidad de extranjero o del correspondiente visado por

razones de orden público, seguridad pública o salud pública en los términos que han sido interpretados por la jurisprudencia del TJCE.

Por consiguiente, cabe considerar que, a la de por sí ya compleja situación legislativa que rige la inmigración en España, se le suma un régimen que aparentemente debería resultar claro, pero que en la práctica presenta un número considerable de defectos, ambigüedades y contradicciones y que constituye, de forma transitoria, un tercer régimen jurídico que incluye aspectos del régimen comunitario y otros del régimen español de extranjería.

#### **IV. Acuerdo de España con Polonia**

En relación a los nuevos miembros de la UE, España ha desarrollado una cierta relación "privilegiada" con Polonia, habiendo concluido un acuerdo bilateral sobre regulación y ordenación de flujos migratorios (firmado en Varsovia el 21 de mayo de 2002- publicado en el BOE de 20 de septiembre de 2002)

Cuando se concluye dicho acuerdo, Polonia no era un país del cual derivasen importantes flujos migratorios hacia España, por consiguiente se concluye principalmente por razones políticas y no tanto por necesidad de regular el flujo migratorio, pero tiene importancia ya que los países con los que se firman tales acuerdos son con los que se gestiona la contratación de trabajadores por vía del "contingente".

Estos acuerdos pretenden regular de forma ordenada los flujos migratorios en materia laboral y evitar migraciones irregulares. En ellos se suele incluir la posibilidad de contratar tres tipos de trabajadores: estables (al menos para 1 año), de temporada (no más de 9 meses) y en prácticas (suele ser un número limitado (50) para contratar jóvenes entre 18 y 35 años para perfeccionamiento de su cualificación profesional y lingüística (máximo para 18 meses).

En todos ellos también se incluye una cláusula que prevé la obligación de readmisión de los trabajadores irregulares que sean nacionales de estos países.

Suele señalarse que con Polonia el régimen del contingente ha funcionado en general mejor que con otros países y en aplicación de este acuerdo y por vía del contingente, las empresas españolas contrataron 6320 trabajadores polacos en 2002 y unos 9000 en el año 2003. Así pues de acuerdo con la cláusula de stand still el régimen actual del contingente debe mantenerse o mejorarse para los trabajadores de Polonia durante estos dos próximos años.

Dicho acuerdo ha permitido desarrollar una relación de colaboración y de cooperación con Polonia y unas relaciones de confianza que son beneficiosas para el desarrollo de actividades económicas. También el gobierno de la Generalitat abrió oficinas en Polonia con una función de mediación (Programa Xila) siendo de momento la historia de un cierto fracaso, dado que se llevó a cabo con la oposición del gobierno del Partido Popular y para que estas oficinas tengan un cierto papel y sean útiles es imprescindible que se desarrollen en base a un acuerdo (al menos político) con el Gobierno, en el que se clarifique las funciones que pueden desempeñar tales oficinas en el proceso de contratación de trabajadores en los países de origen en las que se instalen.

## **V. La particular situación del Reino Unido e Irlanda.**

El RU, Irlanda y también finalmente Suecia han sido los únicos miembros de la UE que, después del 1 de mayo de 2004, han otorgado libre acceso a su mercado laboral para los ciudadanos de los 10 nuevos miembros de la Unión

Lamentablemente desconozco la situación existente en Suecia y por ello voy a comentar exclusivamente la situación del RU e Irlanda.

En diciembre del 2002, el RU anunció su intención de otorgar libre acceso a su mercado de trabajo para los nacionales de los nuevos países miembros y en febrero del 2004 el Gobierno precisó los términos en los que el RU concretaría su decisión a través de un "registro de trabajadores".

El RU ha mantenido con contundencia la posición de que la ampliación beneficia tanto a los 10 nuevos Estados miembros como a los quince antiguos miembros, y tanto desde una perspectiva económica como política. Por consiguiente una tal decisión mantiene gran coherencia con la posición defendida a lo largo de todo el proceso de negociación y además representa una ventaja política estratégica en relación a los demás miembros europeos.

En concreto se considera que la potencialidad del movimiento de trabajadores es beneficioso para el RU, especialmente para poder cubrir necesidades en sectores determinados y en ciertas zonas geográficas, así como en relación a la contribución fiscal que puede derivar de tal movilidad. Por consiguiente justifica su decisión de supresión de restricciones para atraer "los trabajadores que necesita el RU", considerando preferible tener trabajadores que se integren en la economía de forma regular y pagando impuestos, en lugar de hacerlo en situación irregular y sujetos a condiciones de abuso y explotación.

Tal decisión se adoptó a partir de varias investigaciones que mostraban que no era previsible que hubiera una gran afluencia de trabajadores de los nuevos miembros hacia el RU después de la ampliación y que por consiguiente el impacto de la movilidad no amenazaba su mercado de trabajo. Las investigaciones también señalaban que los que querían emigrar a la UE en su mayoría deseaban hacerlo por períodos de tiempo limitados (meses y no años) y que en la medida en que las perspectivas económicas mejorasen en sus respectivos países, las personas escogerían volver a su país de origen con nuevas habilidades y habiendo estrechado vínculos con otros países.

En febrero de 2004, el gobierno británico anunció la introducción de un registro de trabajadores para los nuevos 8 miembros, permitiendo el libre acceso a su mercado de trabajo pero obligándoles a registrar si iban a trabajar más de 1 mes para una empresa en el RU, requisito que no se aplicaría ni a los que trabajasen por cuenta propia ni a los que ya estuvieran trabajando regularmente en el RU. Dicho instrumento se concibe principalmente como instrumento de control del impacto de la libre circulación de trabajadores en el mercado británico de trabajo. Es evidente que, en caso de que constatará un impacto negativo en su mercado de trabajo, tal instrumento le serviría para justificar la necesidad de adoptar ciertas restricciones a lo largo del período transitorio.

En el caso de Irlanda, dicho país aprobó una nueva ley de empleo en abril del 2003 (Employment Permits Bill) y en ella se otorga a los trabajadores de los nuevos países miembros libre acceso al mercado de trabajo irlandés, al mismo tiempo que se introdujeron cambios más restrictivos en la regulación del número y en la selección de los demás inmigrantes "extracomunitarios". Durante el año anterior a la ampliación, el gobierno hizo pública su expectativa de que la decisión de eliminar tales restricciones a la libre circulación de trabajadores reduciría considerablemente la necesidad de contratar trabajadores fuera de la UE ampliada.

Irlanda consideró que una gran parte de las necesidades de su mercado de trabajo podrían verse cubiertas por trabajadores de los nuevos Estados miembros, aunque abrir plenamente el mercado comportaba el riesgo de no saber cuántos trabajadores iban a desplazarse para buscar trabajo en Irlanda. El control que realiza Irlanda de los nuevos trabajadores se lleva a cabo a partir del registro en su sistema de seguridad social.

Por consiguiente, Irlanda ha procedido a cambiar el estatuto jurídico de los ciudadanos de los nuevos Estados miembros para los que quieran acceder al mercado de trabajo después del 1 de mayo y para los que ya estaban residiendo o trabajando en Irlanda antes de la ampliación (de forma regular o irregular), para estos últimos el 1 de mayo representó una clara "regularización" de su situación administrativa.

## **VI Consideraciones finales**

En España no han tenido demasiado eco los análisis o estudios de prospectiva sobre las ventajas e inconvenientes de la ampliación en general y en concreto sobre el mantenimiento de restricciones para el acceso a nuestro mercado de trabajo o en su caso de la opción del "libre acceso". La ampliación no ha suscitado debate, ni demasiada reflexión ni tampoco han aparecido claras posiciones políticas por parte del gobierno o por parte de los grupos políticos.

España ha optado por mantener el período transitorio de dos años para no tomar riesgos y posicionarse de forma prudente, pero no parece que haya voluntad de mantener una tal situación durante tres años más, especialmente ante una situación en la que, algunos sectores económicos manifiestan la dificultad por encontrar trabajadores y ante una experiencia de los empresarios españoles que, en general, manifiestan una buena consideración en relación a los trabajadores de los nuevos países miembros y también ante una serie de estudios económicos en los que todos coinciden en que no se prevé un gran impacto de trabajadores provenientes de los mencionados países. Al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que lo que actualmente podría considerarse como una buena estrategia económica y política, quizás ya no lo sea dentro de algunos años.

España debería adoptar su decisión en base a un mejor análisis de las ventajas e inconvenientes que pueden derivar del libre acceso a nuestro mercado y eventualmente plantearse las ventajas que un sistema de control (como el del RU) podría tener para analizar el impacto de la liberalización del mercado de trabajo y disponer así de mayores argumentos

para mantener una cierta coherencia ante candidatos con los que se mantienen mayores relaciones a nivel de flujos migratorios, como son Bulgaria y Rumanía.



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciutadania i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de noviembre de 2004

## MESA 5: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

«El Derecho comunitario y la consecución de la ciudadanía: la Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados que son residentes de larga duración»

**Francisco Javier Durán Ruiz (Universidad de Granada)**

### 1. La política migratoria de la Unión Europea y el estatuto de residente de larga duración

La doctrina sitúa como origen de la política comunitaria de inmigración el Tratado de Ámsterdam que entró en vigor el 1 de mayo de 1999 (JIMÉNEZ PIERNAS 2002, 869), por el gran avance que supuso incorporar al mismo el acervo Schengen<sup>1</sup>, e introducir en un nuevo título IV en el TCE “visados, asilo, inmigración, y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas” (arts. 61 a 69). El artículo 63.4 TCE, prevé que el Consejo adopte las “medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a las cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros”.

Ya se había planteado en la Resolución del Consejo, adoptada el 4 de marzo de 1996, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que sean residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros<sup>2</sup>, la equiparación de los nacionales de terceros Estados con los ciudadanos comunitarios en diversos ámbitos, incluidas las condiciones de trabajo, pero no se trataba de un acto jurídicamente vinculante; siempre ha sido más sencillo el acuerdo entre los Estados miembros a la hora de legislar respecto del control de fronteras o lucha contra la inmigración ilegal, que en los aspectos relativos a la inmigración legal y la integración de los nacionales de terceros Estados (vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ 2002, 852).

No obstante, se produjo un decisivo avance en el Consejo Europeo celebrado en Tampere, que establecía como una de las directrices principales de la política de inmigración y extranjería comunitaria la “concesión de un trato justo al inmigrante que facilite su integración y aproxime su estatuto al de los ciudadanos de la Unión” (Conclusiones de la Presidencia, puntos 18 y 21<sup>3</sup>). También la Carta de Derechos Fundamentales proclamada en

---

<sup>1</sup> Mediante el Protocolo núm. 2 Anejo al Tratado de la Unión Europea, se incorporó al ordenamiento comunitario el acervo creado a partir del Convenio de Schengen relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, adoptado el 14 de junio de 1985, y su Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990.

<sup>2</sup> DOCE C 80, de 18 de marzo de 1996, p. 2.

<sup>3</sup> El punto 21 se refiere claramente a los residentes de larga duración cuando manifiesta “El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un periodo de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que

Niza en diciembre de 2000 y actualmente incorporada al Tratado por el que se instituye una Constitución Europea, dispone en su artículo 45 apartado 2 que “se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro”.

Sobre estas bases, el Consejo adoptó el 25 de noviembre de 2003 la Directiva 2003/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración<sup>4</sup>.

## 2. ¿Quién puede beneficiarse del estatuto de residente de larga duración? Un ámbito de aplicación caracterizado por las exclusiones

El elenco de posibles beneficiarios del estatuto de residente de larga duración responde a los postulados de la política migratoria de la Unión Europea, que excluye cualquier acción integradora para los inmigrantes irregulares, destinados a la expulsión, y sólo contempla la integración de los que consiguen acceder legalmente a los empleos que los nacionales de los Estados miembros abandonan y mantener su situación. Así se comprueba en artículo 3 de la Directiva 2003/109/CE, que se refiere al ámbito de aplicación del estatuto, estableciendo que “la presente Directiva será aplicable a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro”. Esta residencia además de legal debe ser ininterrumpida e inmediatamente anterior a la solicitud para otorgar el derecho a obtener el estatuto de residente de larga duración (art. 4). Veamos, pues, como se concretan estos requisitos.

### 2.1 Nacional de un tercer país

El primero de los requisitos consiste en tener la nacionalidad de “un tercer país”. Si en cada Estado miembro existe la dicotomía nacional-extranjero, que constituye la base para un trato diferenciado en cuanto al estatus de derechos que se otorgan a una y otra figura, en el ámbito de la Unión Europea se contraponen el nacional de un Estado miembro (*ciudadano de la Unión*) y el que no ostenta la nacionalidad de ningún Estado miembro, *nacional de un tercer país*.

La condición de nacional de un Estado miembro otorga, además, la “ciudadanía comunitaria”, el estatuto jurídico común en territorio de los Estados miembros para todos los que tienen reconocida la nacionalidad de uno de ellos, creado por el Tratado de la Unión Europea. Por esta razón el nacional de un tercer país es extranjero no sólo frente a cada uno de los Estados miembros, sino también respecto de la propia Unión Europea (BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ 2001, 42). La prueba de que una persona ostenta la nacionalidad de un Estado miembro la constituye su pasaporte o documento de identidad en vigor expedido por dicho Estado<sup>5</sup>.

---

contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia. El Consejo Europeo hace suyo el objetivo de ofrecer a los nacionales de terceros países que hayan residido legalmente durante un periodo prolongado la posibilidad de obtener la nacionalidad del Estado miembro en que residen”.

<sup>4</sup> DOCE L 16 de 23/01/2004, pp. 44..

<sup>5</sup> En el caso de que la persona tenga dos nacionalidades, si una de ellas es la de alguno de los Estados miembros, ésta es la que ha de tenerse en cuenta a efectos de las libertades comunitarias, sin importar el lugar de procedencia del trabajador, ni que haya nacido y vivido hasta el momento en el tercer Estado del cual también

El régimen comunitario está integrado por la titularidad directa del derecho a la libre circulación y residencia de personas (art. 18 TCE) y por la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 TCE). Tal prohibición impediría, en la práctica, la aplicación a los ciudadanos de la Unión de las normas de extranjería que, por definición, siempre asumen un contenido discriminatorio por razón de la nacionalidad del sujeto (JIMÉNEZ BLANCO 2003, 76).

Este régimen comunitario se ha extendido también a nacionales de otros Estados no miembros de la Unión Europea en virtud de Tratados que han sido ratificados por la Unión Europea y al mismo tiempo por cada uno de sus Estados miembros. Así, los Acuerdos sobre el Espacio Económico Europeo<sup>6</sup>, que entraron en vigor el 1 de enero de 1994, extienden la libre circulación a los nacionales de Liechtenstein, Islandia y Noruega<sup>7</sup>; y el acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y la Confederación Suiza<sup>8</sup> lo ha ampliado también a los nacionales suizos.

El derecho a circular libremente y a residir reconocido a los nacionales de los Estados miembros de la UE, del EEE y de Suiza, del art. 18 TCE, se ha extendido también a determinados familiares de éstos aunque sean nacionales de terceros Estados, en tanto en cuanto facilita la libre circulación de los propios comunitarios. Pero sólo los primeros son titulares originarios del derecho, mientras que los familiares gozan del mismo a título derivado únicamente, y en el caso de los nacionales de terceros Estados sin más, no gozan del derecho aunque sean residentes legales en un Estado miembro (FERRER i GÓMEZ 2001, 27-28).

Los nacionales de terceros países que son familiares de comunitarios (entiéndase por comunitarios nacionales de Estados miembros de la UE, del EEE o de Suiza) y se benefician por ello del mismo trato son: el cónyuge; los hijos del comunitario o de su cónyuge que sean menores de veintinueve años o mayores de esa edad siempre que vivan a sus expensas; y sus ascendientes o los de su cónyuge que vivan a sus expensas, si bien se exceptúan los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges<sup>9</sup>.

---

es nacional. Esto se deriva de la doctrina sentada por el TJCE en la conocida Sentencia de 7 de julio de 1992, asunto C-369/90, *Micheletti*, reiterada en su Sentencia de 2 de octubre de 1997, asunto C-122/1996, *Saldanha*, Rec. 1995, p. I-5325.

<sup>6</sup> Firmados en Oporto el 2 de mayo de 1992 y en Bruselas el 17 de marzo de 1993, (DO L 001, de 3 de enero de 1994, p. 3) y ratificados por España por Instrumento de 26 de noviembre de 1993.

<sup>7</sup> El Acuerdo EEE se firmó en entre los entonces doce Estados miembros de la Comunidad Europea y los entonces seis Estados miembros de la AELC (Asociación Europea de Libre Comercio): Austria, Finlandia, Islandia, Noruega, Suiza y Suecia. Sin embargo, Suiza no ratificó el Acuerdo. Desde entonces, tres de los países que originalmente pertenecían a la AELC (Austria, Finlandia y Suecia) han pasado a ser miembros de pleno derecho de la Unión Europea, y en mayo de 1995 Liechtenstein ingresó en el EEE. Por consiguiente, el Acuerdo se aplica ahora a los veinticinco Estados miembros de la UE y a tres países de la AELC.

<sup>8</sup> DO L 114 de 30 de abril de 2002, pp. 6-72.

<sup>9</sup> Los familiares incluidos en el régimen comunitario tendrán que cambiar cuando se transponga la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DO L 158 de 30-4-2004, p. 77). Ésta incluye entre los familiares, a "la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una *unión registrada*", si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida. La noción de hijos se cambia por la de "descendientes directos" (más amplia en cuanto

La Directiva de residentes de larga duración no hace referencia a ninguno de los anteriores, sino a aquellos *nacionales de terceros países* que están sometidos al régimen general de extranjería del Estado miembro de que se trate, en concreto en España, a los que se rigen por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>10</sup> (LOEXIS, en adelante).

## 2.2 Con cinco años de residencia legal y continuada en un Estado miembro

El estatuto de residente de larga duración trata de armonizar la legislación de los Estados miembros, que requerían tiempos muy diversos de residencia al nacional de un tercer país para concederle un permiso de residencia permanente o de duración ilimitada<sup>11</sup>. Así, el artículo 4 de la Directiva exige para la obtención del estatuto una residencia legal e ininterrumpida del nacional de un tercer país en el Estado miembro, por un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud del mismo<sup>12</sup>.

El cómputo de dicho período de tiempo resulta bastante restrictivo y no facilita el acceso al estatuto: no tiene en cuenta el tiempo de residencia legal cuando los motivos de la residencia hayan sido de carácter temporal, por ejemplo, la residencia de los trabajadores temporeros, los trabajadores desplazados para realizar una prestación de servicios transnacional, los trabajadores transfronterizos, los que presten servicios "au pair", o aquellos casos en que el permiso esté limitado formalmente.

Pese a ser una restricción, respecto al régimen en España supone un avance el que puedan contabilizarse la mitad de los períodos de residencia efectuados con fines de estudios o de formación profesional para alcanzar el período necesario para la obtención del estatuto. No obstante, esto podría ser discutible, puesto que la LOEXIS prevé en su art. 33, apdo. 2 que *"la situación del extranjero en régimen de estudiante será la de estancia..."*. Así, podría entenderse que en España no puede computarse el 50% del tiempo de permanencia como estudiante puesto que su situación no era de residencia. No estamos de acuerdo con este planteamiento. Dado que los estudiantes están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, sólo podrán acceder al estatuto de residente de larga duración si consiguen un permiso de residencia por motivos distintos a realizar estudios, y tiene sentido considerar el tiempo previo que han permanecido en España ya que, si existe voluntad de residir de forma

---

que incluye no sólo hijos sino a nietos, etc.), ya se trate de descendientes del ciudadano de la Unión, de su cónyuge o de la pareja registrada, menores de 21 años o a cargo de los anteriores. También incluye los ascendientes directos a cargo de los anteriores, incluyendo a los ascendientes de los estudiantes y de su cónyuge o pareja registrada.

<sup>10</sup> Modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre B.O.E. núm. 307, de 23 de diciembre, y por LO 14/2003 de 20 de noviembre, BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

<sup>11</sup> De este modo, mientras en Finlandia la obtención de un permiso de residencia permanente sólo requería dos años de estancia legal en el país, Grecia exige quince años de residencia (GROENENDIJK, K., GUILD, E. and BARZILAY, R. 2000, 31 y 50)

<sup>12</sup> Este era el plazo establecido en gran parte de los Estados miembros, incluida España, para el otorgamiento de un permiso de residencia de validez ilimitada o permanente. Italia proponía un período de seis años, ya que con la Ley 189/2002, de 20 de julio (la famosa Ley "Bossi-Fini"), acababa de aumentar de cinco a seis años el tiempo requerido por su ley de extranjería (Decreto legislativo 286/1998, de 25 de julio) para obtener el permiso de residencia indefinido, la "carta di soggiorno".

permanente en nuestro país, el período transcurrido como estudiante contribuye también de forma decisiva a crear lazos de arraigo e integración, que es la *ratio* de la Directiva.

No se pronuncia la Directiva sobre los modos de acreditación del tiempo de residencia legal, ni sobre qué se considera residencia legal. Determinar estos aspectos será competencia de cada Estado miembro y de sus normas internas relativas a las formas y requisitos para la permanencia en su territorio. La LO 4/2000, tras su última reforma por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, establece en su art. 30 bis, apartado 1, que *"son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir"*, mientras que el apartado 2 dispone que la situación de residencia podrá ser temporal o permanente. La situación de residencia temporal se define como la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años (art. 31.1 de la LOEXIS), en tanto que la residencia permanente aparece en el art. 32.1 como *"la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles"*. La situación de residencia legal podrá acreditarse con la tarjeta de identidad del extranjero, o bien, mediante los visados de residencia o de trabajo y residencia, en tanto no se expida aquella, que contendrá el tipo de autorización que se otorga y la duración de la residencia que se autoriza.

La dilación en la concesión de los permisos resulta un obstáculo para la adquisición del estatuto de residente de larga duración y por ende para la integración del nacional del tercer país en España, puesto que durante el tiempo transcurrido entre la solicitud y la concesión no existe en la práctica una situación de residencia legal que se pueda acreditar posteriormente. Esto se ha resuelto con la reforma de la LOEXIS desde el momento en que los visados para residir o para residir y trabajar habilitan una vez realizada la entrada en territorio español, a permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido el visado (artículos 25.bis y 27.2 LOEXIS). No obstante, respecto a las autorizaciones de residencia previas a la modificación de la LOEXIS, el legislador debería plantearse en la transposición de la Directiva, considerar como fecha de inicio del cómputo de la residencia legal la de la presentación de la solicitud del permiso de residencia a efectos de la concesión del estatuto de residente de larga duración, y del mismo modo en los casos en que la residencia se haya denegado y se conceda tras un recurso en vía administrativa o contenciosa.

En cuanto al requisito de que los cinco años sean de residencia *"ininterrumpida"*, la Directiva 2003/109/CE manifiesta su intención de que su aplicación sea flexible en función de las circunstancias (Considerando 6º) y, en este sentido, establece que las ausencias del territorio del Estado miembro no suponen la interrupción del cómputo del período de cinco años, teniéndose en cuenta para su cálculo siempre que sean inferiores a seis meses consecutivos y que no supongan en total más de diez meses a lo largo del período de cinco años. Sin embargo, esta flexibilidad puede ser mayor si así lo dispone el Derecho nacional del Estado miembro de que se trate<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Así, cuando concurren razones específicas o excepcionales de carácter temporal, el Estado miembro puede aceptar períodos de ausencia más prolongados. También el Estado miembro puede tener en cuenta en su legislación interna las ausencias por motivos laborales para realizar el cómputo de los cinco años, incluida en este caso la prestación de servicios transfronterizos (art. 4 de la Directiva 2003/109).

### 2.3 Supuestos excluidos

Como hemos mencionado, no todos los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro podrán tener acceso al estatuto de residente de larga duración. La Directiva 2003/109/CE, en su art. 3, realiza una serie de exclusiones, en principio en razón de que el objetivo de estas personas no es la residencia permanente en el Estado miembro:

- 1) los que residan en un Estado miembro para realizar estudios o una formación profesional;
- 2) los refugiados o solicitantes de tal condición sobre los que no ha recaído una resolución definitiva;
- 3) los autorizados a residir en virtud de una protección temporal o que la hayan solicitado y estén a la espera de una resolución sobre su estatuto;
- 4) los que hayan sido autorizados a residir en un Estado miembro en virtud de formas subsidiarias de protección, o lo hayan solicitado y estén a la espera de una resolución sobre su estatuto;
- 5) los que residan exclusivamente por motivos de carácter temporal: por ser prestadores de servicios "au pair", trabajadores temporeros, trabajadores por cuenta ajena desplazados por un prestador de servicios a efectos de prestar servicios transfronterizos, prestadores de servicios transfronterizos, o porque su permiso de residencia está limitado formalmente;
- 6) aquellos sujetos a un estatuto diplomático, consular, o de representante de un Estado en sus relaciones con organizaciones internacionales de carácter universal.

Los supuestos excluidos han sufrido un destacado incremento respecto de los previstos en la propuesta de Directiva, que los limitaba a aquellos casos en que la residencia respondiese a motivos temporales. Así, en la propuesta cabía la posibilidad de que accedieran al estatuto los doctorandos, los refugiados y los nacionales de terceros Estados familiares de ciudadanos de la Unión, siempre que hubiesen obtenido el derecho de residencia permanente en dicho Estado.

La concesión del estatuto a los doctorandos justificaba su desigualdad de trato en relación al resto de estudiantes en la conveniencia de favorecer la integración en la sociedad y en el mercado del empleo de estas personas altamente cualificadas. Esto suponía un cambio de mentalidad en la política comunitaria, puesto que la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 1994 relativa a la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros con el fin de realizar estudios<sup>14</sup>, otorgaba a su permanencia en un Estado miembro un carácter claramente temporal, pudiendo requerirse incluso pruebas por parte de las autoridades de inmigración de que el estudiante volviese a su país de origen una vez concluidos sus estudios<sup>15</sup>, y no diferenciaba los doctorandos del resto de estudiantes<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> DO C 274, de 19-09-1996, p. 10.

<sup>15</sup> Existe aquí una polémica, en cuanto que los nacionales de terceros países que estudian en Estados miembros, si permanecen como residentes en ellos, no contribuyen con los conocimientos adquiridos al desarrollo de sus países de origen que, precisamente con tal fin, financian en muchos casos sus estudios.

<sup>16</sup> La Resolución del Consejo considera "estudiantes" a los nacionales de un tercer país que hayan sido admitidos por un centro de enseñanza oficial, un centro oficialmente reconocido de educación superior en uno de los Estados miembros con el fin de: cursar estudios, realizar un doctorado o realizar actividades

Este cambio finalmente no se ha producido, y España no tendrá que modificar su legislación en este sentido.

Los refugiados son el caso más sangrante de los excluidos. La propuesta de Directiva, consideraba a aquellos que habían obtenido el reconocimiento de la condición de refugiado en situación de residencia legal permanente, en contraposición a los solicitantes de asilo, cuya situación es claramente temporal en tanto no se adopte una decisión sobre su estatuto. Finalmente, se excluyeron de la redacción final de la Directiva también los refugiados, pese a la oposición de algunos Estados miembros (Bélgica, Finlandia, Francia, Países Bajos y Suecia)<sup>17</sup>, que finalmente la aceptaron bajo el compromiso de la Comisión de elaborar una propuesta de Directiva encaminada a introducir un procedimiento simplificado para la adquisición del estatuto por parte de los refugiados y de las personas que gozan de protección subsidiaria.

En España esta exclusión no constituye un problema, puesto que se otorga de manera automática a los refugiados la residencia permanente, pero no ocurre así en otros países, y supone además que no se beneficien del derecho de residencia en otros Estados miembros derivado del estatuto. En caso de la pérdida de la condición de refugiado, si el extranjero pasa al régimen general de la LOEXIS, al menos la Directiva tiene en cuenta el tiempo transcurrido en la condición de refugiado o de solicitante de asilo para acceder a la condición de residente de larga duración<sup>18</sup>.

Se preveía también en el apartado 3 del art. 3 de la propuesta de Directiva, que los nacionales de terceros países miembros de la familia de ciudadanos de la Unión pudiesen acceder al estatuto de residente de larga duración en el Estado miembro de acogida, pero únicamente *"después de haber obtenido, en el sentido de la legislación sobre libre circulación de personas, el derecho a la residencia permanente en dicho Estado"*. Esta inclusión se encontró con el problema de la ausencia de configuración por las normas comunitarias del mencionado derecho a la residencia permanente en el momento de aprobarse la Directiva<sup>19</sup>. Por otra parte, los miembros de la familia de ciudadanos de la Unión que hayan ejercido el derecho a la libre circulación de personas, gozan a su vez del derecho de libre circulación y residencia. No obstante, no se explica que se les haya excluido de la posibilidad de obtener el estatuto, puesto que su derecho es de carácter derivado, por lo que la condición de residente de larga

---

postuniversitarias para ampliación de estudios o formación, cuyo principal objetivo no sea el de percibir ingresos.

<sup>17</sup> Resultado de los trabajos del Comité Estratégico de Inmigración, Fronteras y Asilo, en su reunión de 10 de abril de 2003. Expediente interinstitucional 2001/0074(CNS).

<sup>18</sup> Lo mismo se deduce en los casos de autorizados a residir por haber solicitado o tener concedida una protección temporal u otra forma subsidiaria de protección, ya que el art. 4 de la Directiva no excluye del cómputo a estos ni a los refugiados.

<sup>19</sup> Tal derecho de residencia permanente se ha configurado posteriormente al aprobarse la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que dispone que tanto los ciudadanos comunitarios como los considerados miembros de su familia por la Directiva, tras cinco años de permanencia en un Estado miembro obtienen la residencia permanente.

duración resulta necesaria para que puedan ejercer, a título individual, su derecho de residencia en otro Estado miembro<sup>20</sup>.

### **3. El estatuto comunitario de residente de larga duración frente al de residente permanente en España**

La vocación de la Directiva sobre el estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración podemos decir que resulta más declarativa que constitutiva. Es decir, apunta más en la dirección de hacer homogéneo un régimen más beneficioso, estable, y similar al del nacional, que venían concediendo los distintos Estados miembros a los extranjeros con motivo de su permanencia prolongada (permisos de residencia permanentes o de duración ilimitada), que en el sentido de innovar y otorgarles nuevos derechos, salvo en la fundamental cuestión del derecho a residir en un Estado miembro.

En España, la figura del residente permanente fue una de las grandes novedades introducidas por el cambio aperturista que supuso la entrada en vigor del RD 155/1996, de 2 de febrero<sup>21</sup>, que modificaba la ejecución reglamentaria de la LO 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España<sup>22</sup> (TRINIDAD GARCÍA y ROBLES ALMÉCJA 1999, 9). Tal y como se encuentra configurada tras la LO 4/2000 y su Reglamento de desarrollo, podemos comprobar que la residencia permanente presenta ventajas significativas respecto al estatuto de residente de larga duración en cuanto a sus requisitos de adquisición, los sujetos que pueden acceder a ella, la acreditación y cómputo del tiempo de residencia y derechos que otorga.

#### **3.1 Tiempo de residencia y cómputo**

El tiempo de residencia exigido para la adquisición de la residencia permanente es el mismo que para la obtención del estatuto de residente de larga duración. El apartado 2 del art. 32 de la LO 4/2000, dispone que *“tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada”*. Este período se acomoda al régimen existente de permisos de residencia, pues el permiso de residencia temporal se concede en primer término por un año, y se renueva por períodos sucesivos de dos años. Es decir, tras el término de vigencia de la segunda renovación habrán transcurrido los cinco años de residencia temporal necesarios para poder obtener el permiso de residencia permanente.

Este nuevo plazo se introdujo con la LO 4/2000, de 11 de enero, puesto que el RD 155/1996 exigía en principio seis años de residencia, salvo el caso de los nacionales de países iberoamericanos, Guinea Ecuatorial, Filipinas, Andorra, de origen sefardí u originarios de

---

<sup>20</sup> Vid. Comentario del artículo 3.3 de la Propuesta de Directiva del Consejo de 13 de marzo de 2001, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, COM (2001) 127 final (DO C 240 E de 28-08-2001, p. 79).

<sup>21</sup> Publicabado en el BOE núm. 47, de 23 de febrero de 1996, el Reglamento entró en vitor el 22 de abril de 1996. Se regulaba la residencia permanente en los artículos 49 y 52.

<sup>22</sup> BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985.

Gibraltar, a los que se exigía únicamente cinco años puesto que el art. 79 del Real Decreto les concedía un permiso de trabajo permanente en este período.

Sin embargo, ya desde su regulación primera, la residencia permanente en España se puede obtener en plazos inferiores de residencia. Así, el art. 32.2 LOEXIS, desarrollado por el art. 42.2 de su Reglamento ejecución<sup>23</sup>, dispone que en supuestos excepcionales de especial vinculación con España no sea exigible el plazo de cinco años: residentes que sean beneficiarios de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social; residentes que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, en su modalidad contributiva, o prestaciones análogas vitalicias y suficientes para su sostenimiento; nacidos en España que al llegar a la mayoría de edad acrediten haber residido en España de forma legal y continuada durante, al menos, los tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud<sup>24</sup>; españoles de origen que hubiesen perdido la nacionalidad española; los que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante al menos los tres años consecutivos inmediatamente anteriores<sup>25</sup>; apátridas o refugiados que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España<sup>26</sup>; y extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior.

En lo relativo a la continuidad y cómputo del tiempo de residencia, la LO 8/2000 introdujo una reforma en el art. 32 LOEXIS, para considerar *“que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporalmente”*<sup>27</sup>. El desarrollo reglamentario determinó que, tratándose de salidas realizadas de forma regular, no afectan a la continuidad de la residencia las ausencias por motivos de vacaciones, las ausencias de hasta seis meses que sumadas no superen un año (aquí amplía los diez meses máximos establecidos en la Directiva), y las ausencias, debidamente justificadas, realizadas por motivos familiares o de asistencia sanitaria. Deberán incluirse también las las ausencias por motivos laborales, contempladas en la Directiva pero no en la LOEXIS.

---

<sup>23</sup> Real Decreto 864/2001, de 20 de julio BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001, rect. en BOE núm. 240, de 6 de octubre de 2001.

<sup>24</sup> Esto será de aplicación para los hijos que hayan tenido en España nacionales de terceros países, y no hayan adquirido por nacimiento la nacionalidad española. Estos hijos, nacidos en España, adquieren automáticamente el mismo tipo de permiso de residencia del que sea titular cualquiera de sus progenitores, sin necesidad de obtener la exención de visado.

<sup>25</sup> Esto es consecuencia del art. 35 LOEXIS, conforme al cual *“se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública”*. Una vez que se comprueba respecto de un menor que es imposible el retorno con su familia o al país de origen, se le concede una autorización de residencia, con efectos retroactivos al momento en que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

<sup>26</sup> En la Directiva los apátridas estarían sometidos al régimen general de cinco años de residencia para obtener el estatuto, entendiéndose incluidos en el concepto dado por la Directiva de nacional de un tercer país, si nos atenemos al comentario al artículo 2 de la Propuesta que incluía en el concepto de nacional de tercer país tanto a las personas que tengan la nacionalidad de un tercer Estado como a los apátridas en el sentido expresado en el Convenio de Nueva York de 28 de septiembre de 1954.

<sup>27</sup> Reforma derivada de la enmienda núm. 127, presentada por el Grupo Mixto.

### 3.2 Configuración como derecho

La Ley de extranjería, cumpliéndose los requisitos, configura como un derecho la obtención de la residencia permanente. Lo mismo se deduce del artículo 4 de la Directiva, pues dispone que los Estados miembros "*concederán*" el estatuto de residente de larga duración. Se trata, en ambos casos, de un derecho exclusivamente del nacional de un tercer país, que no alcanza a los miembros de su familia.

Al tratarse de un derecho, únicamente puede denegarse la concesión del estatuto alegando motivos de orden público, seguridad o salud públicas<sup>28</sup>, nunca por motivos de orden económico. La Directiva limita la discrecionalidad en la aplicación de estos conceptos y exige que las autoridades competentes de los Estados miembros al adoptar la resolución sobre la concesión o no del estatuto tengan en consideración la gravedad o el tipo de delito cometido, así como el peligro que pueda suponer la persona concreta, y como factor favorable a la concesión, la duración de la residencia y los vínculos con el país de acogida. Respecto al concepto de orden público y seguridad pública, en el Acta de la sesión del Consejo que aprobó la Directiva, se hizo constar que "incluye también los casos en que un nacional de un tercer país pertenece a una asociación que apoya el terrorismo, apoya una asociación de este tipo o tiene aspiraciones extremistas<sup>29</sup>". La resolución denegatoria debe ser motivada, correctamente notificada y es susceptible de recurso.

No obstante, la obtención del estatuto de residente de larga duración se somete a otra serie de condiciones además de la duración y continuidad de la residencia. El nacional de un tercer país para acceder al estatuto de residente de larga duración debe ser económicamente autónomo. La Unión Europea está dispuesta a otorgar una serie de derechos al residente extranjero de cara a su integración siempre que se trate de una persona productiva, y no de una carga para el Estado miembro en el que reside.

A estos efectos, el nacional de un tercer país deberá probar, en primer lugar, que dispone de recursos "*fijos y regulares suficientes*" para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro. La determinación de la suficiencia de los recursos queda a merced de cada Estado miembro, aunque la Directiva apunta como posible medida de referencia la cuantía que corresponda a los salarios y pensiones mínimas. En segundo lugar, se exige también al nacional del tercer Estado un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos asegurados para los propios nacionales del Estado miembro de que se trate, tanto para sí como para los miembros de su familia.

Por último, queda a la discrecionalidad de cada Estado miembro si exige que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración establecidas en la legislación nacional, normalmente consistentes en el conocimiento del idioma o de aspectos diversos relativos al

---

<sup>28</sup> La amenaza para la salud pública se remite, igual que respecto a los nacionales comunitarios, a las enfermedades definidas por la Organización Mundial de la Salud; si bien, y a diferencia de los nacionales comunitarios, se prevé la posibilidad de exigir un examen médico para comprobar que no padecen las enfermedades consignadas.

<sup>29</sup> En el Anexo a la Nota de la Secretaría General del Consejo al Comité de Representantes Permanentes, Doc. 14679/03 de 14 de noviembre de 2003.

Estado miembro de acogida<sup>30</sup>. También puede requerir prueba de que dispone de un alojamiento adecuado.

Estos requisitos no son exigidos en España para la obtención del permiso de residencia permanente. El único requisito en la legislación española consiste en la acreditación de los cinco años de residencia legal y continuada, y si es la primera vez que se solicita, probar también el cumplimiento de las obligaciones fiscales en España. El certificado de antecedentes penales se expide de oficio, y será el que justifique que el extranjero no supone amenaza para el orden o la seguridad pública<sup>31</sup>.

El hecho de que no se requiera la acreditación de medios económicos abre la puerta, en principio, para la posible obtención, a su vez, del permiso de residente permanente por parte de los familiares reagrupados del residente permanente. Pero hemos de tener en cuenta que la residencia de estos familiares (cónyuge, hijos menores y ascendientes<sup>32</sup>), es dependiente de la del reagrupante; si el reagrupante es residente permanente, tendrán un permiso de residencia por reagrupación familiar con la misma duración de cinco años del reagrupante, pero no un permiso de residencia permanente. Para tener acceso a un permiso de residencia independiente se requiere que obtengan una autorización para trabajar y en el caso de los hijos, ser mayor de edad<sup>33</sup>. Una vez obtenida la autorización para trabajar, podrán acceder a un permiso de residencia independiente, que podrá ser de carácter permanente cuando su residencia previa haya sido de al menos cinco años, y también al estatuto de residentes de larga duración.

### 3.3 Derechos del residente de larga duración y del residente permanente

El estatuto de residente de larga duración otorga, dada su vocación de instrumento para la integración social –que se entiende precisamente como la incorporación del inmigrante al sistema común de derechos y obligaciones del Estado de acogida–, el derecho a la igualdad de trato en un amplio abanico de sectores: en el acceso a un empleo, ya sea por cuenta propia o ajena, así como las condiciones de empleo y trabajo; el acceso a la educación y formación profesional de todos los niveles, incluido el acceso a becas; el reconocimiento de diplomas profesionales, certificados y otros títulos; acceso al sistema de protección social en

---

<sup>30</sup> Esta posibilidad, que no incluía la propuesta de Directiva, fue una de las enmiendas introducidas en el trámite de consulta por el Parlamento Europeo, cuya Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores, la justificaba manifestando que “Debe ponerse de manifiesto que la integración exige el esfuerzo de ambas partes. En tanto que la sociedad de acogida debe conceder a los inmigrantes perspectivas de residencia de larga duración y el mismo acceso a numerosos ámbitos, los inmigrantes deberán aprender, por su parte, la lengua oficial del país de acogida. Un rápido y sólido aprendizaje de la lengua beneficia tanto al inmigrante como a la sociedad de acogida” (Informe sobre la propuesta de directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, Ponente: Baroness Sarah Ludford, en A5-436/2001 de 30 de noviembre de 2001).

<sup>31</sup> El seguro de enfermedad no sería necesario en cuanto está garantizado por el art. 12 LOEXIS el derecho a la asistencia sanitaria completa al extranjero empadronado, en las mismas condiciones que los españoles.

<sup>32</sup> Los familiares reagrupables del residente legal se especifican en el art. 17 LOEXIS.

<sup>33</sup> Recordemos que el artículo 71 del RD 864/2001 exime del requisito de considerar la situación nacional de empleo para obtener un permiso de trabajo en España al cónyuge y los hijos (no así a los ascendientes) del extranjero titular de un permiso renovado, y si el extranjero ha podido ejercer el derecho a la reagrupación familiar significa que tiene tal permiso, puesto que así lo exige la LOEXIS.

sentido amplio (seguridad social, asistencia social y sanitaria); beneficios fiscales; acceso y suministro de bienes y servicios; procedimientos de acceso a la vivienda; libre acceso a todo el territorio del Estado miembro; y libre asociación y sindicación. Se permite además a los Estados miembros ampliar la igualdad de trato a otros ámbitos y a otras prestaciones.

Los Estados miembros pueden imponer restricciones al disfrute de estos derechos y supeditar su ejercicio a que el beneficiario se halle en su territorio (sería el supuesto de la educación y formación profesional, incluyendo las becas de estudio, las prestaciones sociales, beneficios fiscales, acceso a bienes y servicios o libertad de asociación); o mantener restricciones al acceso al empleo cuando éste sea reservado a los propios nacionales o los nacionales de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo. Asimismo se puede exigir la acreditación de un nivel lingüístico adecuado para acceder a la educación y la formación; o, en el ámbito de las prestaciones sociales (en concreto la asistencia social y protección social), limitar la igualdad de trato a las prestaciones básicas.

El residente de larga duración gozará además de "residencia segura", esto es, de una especial protección contra la expulsión. Sólo podrá adoptarse tal medida contra un residente de larga duración "cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público y la seguridad pública". El art. 3 de la Directiva 2001/40 del Consejo de 28 de mayo de 2001, sobre reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países<sup>34</sup>, se propone como referente a la hora de concretar el concepto de orden público (MOYA ESCUDERO y RUEDA VALDIVIA 2003, 69). No se puede adoptar la decisión de expulsión por motivos económicos, lo que recuerda las circunstancias en que podía denegarse su concesión, pero además, los elementos a considerar antes de aplicar la medida son aquí más amplios, dado la gravedad de la medida, y se derivan de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la aplicación del artículo 8 del CEDH relativo a la protección del derecho de toda persona a la vida privada y familiar (OLESTI RAYO, 2004)<sup>35</sup>. La Directiva otorga, en igualdad con los nacionales, los derechos a interponer contra dicha medida los recursos existentes y a obtener asistencia jurídica gratuita en caso de carencia de recursos.

Se discutió acerca de la inclusión del derecho al voto y el acceso a la nacionalidad en la Directiva, dos aspectos claves para la integración, puesto que implican, más allá de de un acercamiento al régimen de los comunitarios, una auténtica posibilidad de integración y una ciudadanía efectiva para los nacionales de terceros países, que no pueden existir en tanto no tengan derecho a participar con su voto en la elaboración de las normas que se les aplican. La Propuesta de Directiva justificaba que no se hubiesen incluido estos derechos, por tratarse de competencias exclusivas de los Estados miembros. Sin embargo, el Dictamen del

---

<sup>34</sup> DOCE L 149, de 2 de junio de 2001. Este precepto se refiere a una amenaza grave y actual, y dispone que la medida será adoptada en los siguientes casos: 1) condena de un nacional de un tercer país por el Estado miembro a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año; 2) existencia de sospechas fundadas de que el nacional de un tercer país ha cometido hechos punibles graves; 3) existencia de indicios reales de que tiene la intención de cometer tales hecho en el territorio de un Estado miembro.

<sup>35</sup> Las autoridades nacionales deben tener en cuenta, antes de adoptar la medida de expulsión, además de la duración de la residencia y los vínculos con el país de residencia (que se toman en consideración para no denegar la concesión del estatuto), la edad del extranjero, su ausencia de vínculos con el país de origen y las consecuencias de la expulsión para el extranjero y los miembros de su familia.

Consejo Económico y Social<sup>36</sup>, incidía en la necesidad de diferenciar ambas cuestiones, manifestando que *"el acceso a la nacionalidad es, ciertamente, un asunto exclusivo de los Estados, pero el derecho de voto en elecciones municipales y europeas puede ser desarrollado por la normativa europea"*. Esta última posibilidad no se ha plasmado finalmente en la Directiva ni en la Constitución Europea, y supone perder una gran oportunidad, aunque también abrir esperanzadoras perspectivas de futuro al plantearse al menos como jurídicamente posible.

El estatuto de residente de larga duración aproxima el régimen de los nacionales de terceros países al de los ciudadanos comunitarios en cuanto es permanente –aunque puede perderse el derecho a mantenerlo o serle retirado<sup>37</sup>– y una vez adquirido sólo es necesario solicitar la renovación del permiso que lo documenta cada cinco años, otorgándose la renovación de forma automática, al igual que ocurre con el permiso de residencia permanente. Con todo, sigue siendo más amplio en la concesión de derechos el estatuto de residente permanente español que el de residente de larga duración comunitario, pues otorga todos los derechos en condiciones de igualdad con los españoles, sin restricciones, incluido el acceso al trabajo sin limitación alguna y la protección contra la medida de expulsión.

#### **4. Aportaciones del estatuto a la equiparación entre nacionales de terceros países y ciudadanos comunitarios: el derecho de residencia en otro Estado miembro**

La principal y revolucionaria novedad del estatuto de residente de larga duración, es el derecho que otorga a los nacionales de terceros países de residir por un período superior a tres meses en Estados miembros distintos al que le ha concedido el estatuto (art. 14 de la Directiva). Hasta el momento sólo existía para los nacionales de terceros países la posibilidad de circular hasta tres meses por el territorio de los Estados miembros con un visado Schengen o con una tarjeta de estudiante o de residente otorgada por uno de ellos, reconociéndose el derecho de residencia solamente a los nacionales de Estados de la UE, del EEE y de Suiza y sus familiares<sup>38</sup>.

La residencia en el segundo Estado miembro puede responder a tres motivos: realizar una actividad económica ya sea como trabajador por cuenta propia o ajena, la realización de estudios o formación profesional y otros fines. El derecho a residir implica el derecho a entrar en el segundo Estado miembro e, implícitamente, permanecer hasta la concesión de la

---

<sup>36</sup> Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, aprobado el 17 de octubre de 2001, DO C 36, de 8-2- 2002.

<sup>37</sup> Se pierde el derecho a mantener el estatuto cuando se compruebe su obtención fraudulenta, cuando se apruebe una medida de expulsión contra el extranjero por ser una amenaza a la seguridad u orden públicos (aunque cabe retirar el estatuto por estos motivos sin que ello conlleve expulsión, atendiendo a la gravedad de los delitos), o se ausente más de doce meses consecutivos del territorio de la Comunidad. En caso de que se adquiriera el estatuto en un Estado miembro diferente se pierde el concedido anteriormente, pero puede recuperarse por un procedimiento simplificado, y tras seis años de ausencia del Estado miembro que concedió el estatuto, también se pierde el derecho a mantenerlo.

<sup>38</sup> Las formalidades administrativas para el ejercicio de este derecho se regulan por el RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE de 22 de febrero de 2003). Se otorga también a los familiares de españoles que son nacionales de terceros países.

residencia. Pero la concesión del permiso no es automática por el mero hecho de probar que se tiene el estatuto de residente de larga duración en otro Estado miembro, es necesario solicitar un permiso de residencia en el segundo Estado y acreditar los motivos para los que se quiere residir.

Este derecho de residencia se asemeja al de los ciudadanos comunitarios, sin llegar a ser equivalente; pueden establecerse por el Estado miembro de acogida determinadas limitaciones. La diferencia sustancial se halla en que los Estados miembros pueden limitar el número total de nacionales de terceros Estados que pueden optar a este derecho de residencia, siempre y cuando la restricción existiera en el momento de la adopción de la Directiva. Se evita, además, el principio de igualdad de trato en el acceso a una actividad económica: se puede, en función de la necesidad del mercado laboral doméstico, utilizar los procedimientos nacionales de contratación; y se permite conceder preferencia en el acceso al trabajo a los nacionales de la Unión Europea (y de terceros Estados cuando así lo establezca la normativa comunitaria), y a los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en el Estado receptor y perciban prestaciones de desempleo. El permiso de residencia que se otorga debe ser "renovable" según la Directiva, pero nada dispone sobre su duración, que establecerá el Estado miembro y puede limitar, al igual que puede limitar el acceso a actividades laborales distintas a aquella para la que se ha concedido el permiso durante un período máximo de doce meses, y establecer las condiciones en que se podrá trabajar cuando la residencia se haya concedido por otros motivos.

El plazo para presentar la solicitud de residencia es de tres meses como máximo desde la entrada en el segundo Estado miembro. La Directiva permite que se solicite la residencia ante las autoridades del segundo Estado miembro aunque el nacional de un tercer país resida aún en territorio del Estado miembro que le ha otorgado el estatuto, lo que supone una gran ventaja, y en la práctica, una posibilidad de mejorar las condiciones de trabajo para el nacional de un tercer país sin el riesgo de que tras el traslado, el segundo Estado miembro deniegue la residencia. Los requisitos genéricos cuya acreditación puede solicitar el segundo Estado miembro para otorgar la residencia son los mismos que para el otorgamiento del estatuto de residente de larga duración<sup>39</sup>.

En cuanto a los requisitos particulares, en los casos de que se solicite la residencia para trabajar, el segundo Estado miembro puede requerir pruebas del contrato de trabajo, o bien una certificación del empleador de que ha sido contratado, o una propuesta de contrato de trabajo, si se trata de un trabajador asalariado; si es un trabajador por cuenta propia, puede pedirle que acredite que cuenta con los recursos, documentos y permisos necesarios para el ejercicio de la actividad elegida conforme a la legislación nacional. En el caso de que la residencia responda a motivos de realización de estudios o formación profesional, puede solicitarse prueba de la matrícula en un centro homologado.

---

<sup>39</sup> El residente de larga duración que solicita residir en un segundo Estado miembro tendrá que presentar su permiso de larga duración y un documento de viaje válido. Ha de probar que cuenta con recursos fijos y regulares suficientes para sí y para su familia, así como con un seguro de enfermedad, como requisitos obligatorios, y queda a voluntad de cada Estado miembro el requerir pruebas de la integración (salvo que se solicitaran ya en el primer Estado), exigir la realización de cursos de idiomas, o la acreditación de contar con un alojamiento adecuado.

Lo más destacado es que una vez obtenido el permiso de residencia en el segundo Estado miembro, el nacional de un tercer país goza de la igualdad de trato en los sectores establecidos en la Directiva (vid. *supra* 3.3), pero no tendrá la cualidad de residente de larga duración en el segundo Estado miembro hasta que no cumpla las condiciones para ello también en éste último (cinco años de residencia, etc.). Antes de ese momento no existe “residencia segura”, la renovación de su residencia puede ser denegada o su permiso retirado, siendo obligado a abandonar él y su familia el segundo Estado miembro, y no sólo por motivos de seguridad pública u orden público, también por dejar de cumplir las condiciones para la residencia o residir ilegalmente (p.ej. por falta de renovación del permiso). Lo positivo es que de producirse la medida de expulsión, el Estado miembro donde el nacional de un tercer país es residente de larga duración tiene obligación de readmitirlo en su territorio, y en casos más graves en que se pretenda la expulsión del territorio de la Unión, el segundo Estado miembro debe consultar previamente al Estado que concedió el estatuto.

Esto implica que los ordenamientos internos de los Estados miembros deberán introducir dos categorías diferenciadas con distinto régimen jurídico: la de aquellos nacionales de terceros países a los que otorguen el permiso de residente de larga duración, y la de aquéllos a quienes otorgue la residencia por ser titulares del permiso de residente de larga duración en un Estado miembro distinto, introduciendo aún más complejidad en los variopintos regímenes de los nacionales de terceros países.

El derecho de residencia se extiende también a los miembros de la familia del nacional de un tercer país, siempre que la familia se hubiese constituido ya en el primer Estado miembro. En tal caso, el segundo Estado tiene que autorizar que los familiares respecto a los cuales existe un derecho a la reagrupación familiar conforme a lo dispuesto en la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre<sup>40</sup> –esencialmente el cónyuge y los hijos menores–, acompañen al residente de larga duración o se reúnan con él en el segundo Estado miembro. No existe obligación de otorgar la residencia en cuanto a otros parientes que formasen parte de la familia en el primer Estado miembro, puesto que tampoco existe un derecho a la reagrupación respecto de ellos<sup>41</sup>, pero la Directiva permite también que acompañen o se reúnan con el nacional de un tercer país que ha obtenido la residencia en el segundo Estado miembro si éste lo autoriza. Los familiares también deben solicitar el permiso de residencia, y el segundo Estado miembro les expedirá un permiso de residencia renovable de igual duración al concedido al titular del derecho.

---

<sup>40</sup> Diario Oficial de 3 de octubre de 2003. Los miembros de la familia reagrupables que establece el art. 4.1 de la Directiva sobre reagrupación familiar son: el cónyuge; los hijos menores no casados del reagrupante y de su cónyuge (hijos comunes), incluidos los hijos adoptivos; los hijos de uno de ellos -reagrupante o cónyuge- cuanto tenga el derecho de custodia (o haya consentimiento de la persona que comparte la custodia) y los tenga a su cargo.

<sup>41</sup> Estos parientes, que sólo podrán ser reagrupados si la legislación del Estado miembro en cuestión así lo establece, son: los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, a su cargo y sin apoyo familiar en el país de origen; los hijos mayores solteros que no puedan valerse por sí mismos debido a su estado de salud; la pareja estable no casada, o la pareja registrada del reagrupante, así como los hijos menores o adoptados de dichas parejas y los hijos mayores de edad si no pueden proveer sus propias necesidades por su estado de salud.

En caso de no estar constituida la familia en el primer Estado miembro, el residente de larga duración puede ejercer el derecho de reagrupación familiar en el segundo Estado miembro. Esto puede motivar flujos migratorios internos hacia aquellos Estados miembros cuya transposición del derecho de reagrupación familiar sea más amplia.

## 5. Conclusiones: un avance hacia la ciudadanía con demasiadas limitaciones

Sin duda, el estatuto del residente de larga duración supone un gran avance en la integración de los nacionales de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, puesto que realmente su estatuto de derechos se aproxima al de los ciudadanos comunitarios y gozan, si no del derecho de libre circulación en sentido comunitario, al menos de la posibilidad de residir en el resto de Estados miembros y de una situación de residencia estable y segura.

Por otra parte, las limitaciones y restricciones que se observan en diversos aspectos, así como la falta de desarrollo de un derecho al voto en las elecciones locales y europeas, suponen perder una oportunidad única para poner las bases de una ciudadanía europea fundamentada en la residencia en un Estado miembro.

Por otro lado, la Directiva pone de manifiesto una política comunitaria en que la integración no aparece como un objetivo *ab initio*, ya que no se produce hasta que el nacional de un tercer país se convierte en residente de larga duración, y se antepone a ella las necesidades de flexibilidad del mercado laboral, que por medio de la temporalidad y los cupos, se decanta por un trabajador que cubra las necesidades de mano de obra coyunturales de los Estados miembros y del que posteriormente se pueda prescindir fácilmente.

El estatuto de residente de larga duración plantea también algunas dudas respecto a su transposición al ordenamiento interno español, dada la mayor amplitud de los derechos que otorga el estatuto de residente permanente y los casos en que éste se concede sin necesidad de una residencia de cinco años. La clave está en el artículo 13 de la Directiva, que dispone que *"los Estados miembros podrán expedir permisos de residencia permanente o de duración ilimitada en condiciones más favorables que las establecidas en la presente Directiva"*. Más no cabe simplemente convertir los permisos de residencia permanente en permisos de residencia de larga duración, pues se añade que *"tales permisos de residencia más favorables no darán derecho a obtener la residencia en otros Estados miembros"*. Puesto que la Directiva permite la ampliación de los derechos que otorga el estatuto o la equiparación con los comunitarios en ámbitos distintos a los recogidos, la solución sería mantener la residencia permanente para aquellos casos en que la LOEXIS la otorga en un plazo inferior a cinco años, y establecer un nuevo permiso de residente de larga duración conforme a los requisitos de la Directiva, que otorgase a su vez todos los derechos de la residencia permanente, junto con el derecho de residencia en otros Estados miembros.

También será necesario regular cuidadosamente el nuevo tipo de residencia temporal introducido por la Directiva para aquellos nacionales de terceros países que hayan obtenido el estatuto de residentes de larga duración en otros Estados miembros y quieran ejercer su derecho de residencia en España.

Por otra parte, el derecho de residencia en otros Estados miembros de los nacionales de terceros países que acceden al estatuto de residentes de larga duración, puede suponer un

desajuste en las actuales políticas de cupos de Estados miembros como España, puesto que se produce un nuevo flujo interno que podría cubrir las necesidades de mano de obra que constituye el fin del contingente anual de trabajadores extranjeros.

## BIBLIOGRAFÍA

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. (2001) *Los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea*, Córdoba: Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones.

FERRER i GÓMEZ, A. (2001) *Libre circulación de nacionales de terceros Estados y miembros de la familia en la Unión Europea*, Barcelona: Institut Universitari d'Estudis Europeus.

GROENENDIJK, K., GUILD, E. and BARZILAY, R. (2000) *The Legal Status of Third Country Nationals who are Long-Term Residents in a Member State of the European Union*, Estrasburgo: Consejo de Europa, Community Relation Series.

MOYA ESCUDERO, M., y RUEDA VALDIVIA, R. (2003) *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid: La Ley.

TRINIDAD GARCÍA, M<sup>a</sup>.L. y ROBLES ALMÉCJA, J.M. (1999) *Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Unión*, 2<sup>a</sup> Ed., Granada: Comares.

### Capítulos de libro:

JIMÉNEZ BLANCO, P. (2003) "Las libertades de circulación y residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea". Presno Linera, M.A (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 71–146.

### Artículos de revista:

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E. (2002) "Asilo e inmigración en la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 13, 833–856

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

OLESTI RAYO, A. (2004) "El estatuto de los residentes de larga duración: Comentario a la Directiva del Consejo 2003/109 de 25 de noviembre de 2003", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 4, en [www.iustel.com](http://www.iustel.com)

FACH GÓMEZ, K. (2003) "Propuesta de Directiva relativa al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea", *Revista de Derecho Migratoria y Extranjería*, núm. 2, 53-64.



## MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

«Los problemas jurídicos de la repatriación y expulsión de los menores extranjeros»

**Ana Ruiz Legazpi (Universidad de Valladolid)**

La inmigración infantil es un fenómeno que representa un nuevo desafío para los principios de nuestro ordenamiento.

En efecto, la cláusula social del Estado de Derecho ha consagrado un tratamiento universal de protección a la infancia que desplaza, en el ámbito de la extranjería, cualquier tratamiento normativo inspirado de forma exclusiva en el control de los flujos migratorios. Así, las medidas previstas en la Ley de Extranjería (LE)<sup>1</sup> para sancionar la estancia irregular de los extranjeros no se pueden aplicar sin más a los menores, porque gozan de un estatuto especial de acuerdo con la remisión del artículo 39.4 de la Constitución a la Convención de Derechos del Niño (CE y CDN).

En consecuencia, el régimen jurídico del menor extranjero ha de aspirar a la realización de su interés superior y a su protección, sin discriminación por razón del origen nacional o de la irregularidad administrativa (artículos 3.1, 2.1 y 4 de la CDN, respectivamente). Como también puede deducirse de nuestro ordenamiento legal, a la luz de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de las correspondientes leyes autonómicas, así como de la jurisprudencia constitucional, cuando reconoce que el estatuto jurídico del menor es, sin duda, una norma de orden público, y por tanto de inexcusable observancia para todos los poderes públicos respecto a todos los menores dentro del territorio nacional (STC 141/2000).

El legislador de extranjería pretende respetar estos principios instaurando un régimen jurídico especial en su artículo 35, bajo la rúbrica residencia de menores.

Por esta razón, algunas iniciativas de política migratoria han planteado serios problemas jurídicos al régimen constitucional de protección de menores: La Instrucción 3/2003, de 23 de Octubre, de la Fiscalía General del Estado (FGE) y el Memorandum de entendimiento entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la repatriación asistida de menores no acompañados.

En realidad, el debate de fondo gira en torno a la legalidad de la expulsión de extranjeros cuando son menores, a raíz de la falta de una norma de prohibición expresa.

Se suele negar su legalidad por vulnerar el especial régimen de protección de los menores. A grandes rasgos, los menores extranjeros no acompañados se encuentran en una situación, técnicamente denominada desamparo, que genera de forma automática una obligación de tutela de la administración pública (artículo 172 Código Civil, CC). De modo que la

---

<sup>1</sup> Ley 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la Ley 8/2000 y 14/2003.

administración está obligada a desplegar todos los medios a su alcance para otorgar el amparo que el joven necesita.

En este sentido es clara la opción del legislador de extranjería al contemplar un régimen especial para los menores, en lugar de consentir una remisión al general.

En concreto, la repatriación del menor se configura como el instrumento legal por excelencia con el que abordar la inmigración infantil y se prevé, con carácter subsidiario, la residencia en España bajo la tutela administrativa para aquellos casos en los que la solución principal sea imposible (Art. 35 LE y 62 de su Reglamento, RE).

Es necesario aclarar que, aún implicando un alejamiento del territorio nacional, la repatriación no responde a una filosofía sancionadora, a diferencia de la expulsión. Con ella se pretende, al menos en teoría, la reagrupación del menor con su familia o, a lo sumo, lograr su cuidado a cargo de los servicios de protección del país de origen.

Las iniciativas en política de inmigración infantil a las que hacemos referencia deben situarse en este contexto normativo.

La Instrucción 3/2003 FGE, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretenden entrar ilegalmente en España y en quienes no concurre la situación jurídica de desamparo, afecta a los extranjeros entre 16 y 18 años. Del título mismo se desprende el ánimo crítico contra la interpretación que se venía defendiendo para impedir la expulsión de menores, aún habiendo sido asumida expresamente por esta institución (Instrucción 2/2001 y Circular 3/2001).

El FGE niega que los extranjeros mayores de 16 años se encuentren en una situación técnica de desamparo pues, aún aceptando que es frecuente que los deberes básicos de protección sean incumplidos en estos casos, no admite que estén desasistidos moral o materialmente, cuando la ley exige acumulativamente sendas circunstancias (Art. 172 CC). Por el contrario, estima que estos menores pueden reputarse emancipados por vida independiente consentida por los padres y, por tanto, ser tratados como adultos (Art. 319 CC), también a efectos de expulsión.

Todas las críticas que merece esta postura se reconducen a la interpretación del régimen jurídico de los menores de forma contraria a los principios constitucionales de protección. Así, se produce una discriminación por el origen nacional pues, en realidad, se introduce un doble rasero con los que examinar las situaciones de desamparo en función de la nacionalidad del menor y, además, no se atiende debidamente a la supremacía del interés del menor, al interpretarse de forma extensiva la regulación de la emancipación en su perjuicio.

Por no apuntar los riesgos que entraña si recordamos la esencial función tuitiva de los intereses de los menores, que el Ministerio Fiscal tiene constitucional y estatutariamente atribuida (Art. 124.1 CE y Art. 3.7 EOMF)

Poco tiempo después de dictarse esta Instrucción, el 23 de Diciembre de 2003, se firmó en el Ministerio del Interior el Memorandum de entendimiento entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre repatriación de menores no acompañados. En principio ambos son diferentes, pues en el primer caso se trata de defender simples medidas de alejamiento contra mayores de 16 años y, en el segundo, de regular el procedimiento para llevar a cabo la repatriación asistida de los menores no acompañados para reagruparlos con su familia

cuando sean marroquíes, dentro del marco específico de menores extranjeros que prescribe el Art. 35 LE.

De hecho, el Memorandum obedece a la lógica legislativa de la repatriación como instrumento de política de inmigración infantil, al margen de las críticas por identificar automáticamente la repatriación con el interés del menor. Sin embargo, la lectura del acuerdo deja al descubierto la defectuosa reglamentación de la repatriación prevista para los menores marroquíes.

Así, la inmediatez, con la que se exige que el menor localizado en la frontera sea puesto a disposición de las autoridades marroquíes, impide una adecuada valoración de la solución más propicia a su interés superior o del riesgo o peligro para la vida que pueda suponer esta medida (como exige el propio artículo 62 del RE). Cuestión nada baladí si se atiende al elevado índice de jóvenes que vuelven a intentar cruzar el Estrecho arriesgando sus vidas.

El carácter policial con el que se afronta la repatriación en el Memorandum se pone de manifiesto al prever la entrega del menor a las autoridades policiales fronterizas, y no a los servicios de protección o a la familia directamente. De este modo se encarga a las autoridades policiales de frontera marroquíes la tarea de localizar a las familias o, en su caso, a los servicios de protección que se harán cargo del joven.

Según estas previsiones, con la entrega inmediata a las autoridades policiales en frontera, las autoridades españolas están decidiendo la repatriación sin conocer el destino definitivo del menor en Marruecos y sin tener suficientes elementos para decidir sobre la solución que mejor satisface el interés del joven. Sobre todo cuando la realidad social de Marruecos carece de medios de protección efectiva de menores, al no contar con un servicio público asistencial. Los firmantes del acuerdo son plenamente conscientes de estos problemas, como lo demuestra la última de las acciones adoptadas, mediante la cual se prevé la creación de un comité *ad hoc*, constituido por los representantes de todos los departamentos competentes, que será el encargado de establecer y evaluar las condiciones de acogida y reinserción de los menores, basados en proyectos de acompañamiento cofinanciados.

En resumen, no existen por ahora suficientes garantías en la nueva política de repatriación asistida que permitan asegurar el interés del menor. Además de que la decisión suele ser inmediata, en realidad no se pretende la reagrupación familiar, en la medida que la entrega del menor se realiza a la autoridad de frontera y no a la familia (que puede no haber sido localizada todavía) ni, mucho menos, a los servicios de protección de menores, porque no existen. Circunstancias todas ellas que nos llevan a afirmar que, bajo el pretexto de la repatriación y reagrupación familiar, se esconden expulsiones encubiertas y prohibidas en nuestro ordenamiento.

En esta ocasión, a la gravedad de los hechos hay que sumarle que afecte a más personas y más vulnerables, pues ahora se incluyen todos los menores de 18 años y no sólo los mayores de 16.

Por último, las garantías de las que dispone el menor frente a una decisión de repatriación adoptada según este procedimiento son más bien limitadas en la práctica, más aún con los criterios de actuación que se imponen a los fiscales desde la Instrucción 3/2003, cuando

serían los únicos con capacidad material para actuar un recurso contra la decisión de repatriación en defensa del menor extranjero.



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciutadania i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de novembre de 2004

## MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

«La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados»

**Ana Ruiz Legazpi (Universidad de Valladolid)**

La determinación de la edad de los inmigrantes indocumentados adquiere una importancia indiscutible si tenemos en cuenta que el régimen jurídico que se aplica a la irregularidad de su estancia es diferente en función de su edad, en la medida que se encuentra condicionado por el mandato constitucional de protección a la infancia (Art. 39.4 de la Constitución, CE).

Para dar respuesta a esta prescripción, el artículo 35 de la Ley de Extranjería (LE)<sup>1</sup> prevé dos posibles soluciones para el fenómeno de la inmigración infantil. La primera consiste en la repatriación del menor para reagruparlo con su familia y, sólo cuando esto no sea posible, como segunda y última alternativa, se permite la residencia del menor en España, que sería regular hasta que adquiriera la mayoría de edad.

En este contexto, como consecuencia de las expectativas que genera el régimen de los menores extranjeros, sobre todo en tanto se considere prohibida su expulsión, es lógico sospechar que existan personas que aleguen ser menores cuando en realidad no lo son, para, de esta manera, huir de la aplicación del régimen general de extranjería, de marcado cariz sancionador. Cuando no se pueda comprobar la verdadera edad del extranjero porque carece de documentos o porque los que posee son falsos, se impone arbitrar instrumentos que permitan determinar la edad y delimitar así el régimen jurídico que deviene aplicable.

El legislador en materia de extranjería se ocupa de este problema especial en el primer párrafo del artículo 35, instaurando una suerte de procedimiento para determinar la edad del inmigrante indocumentado, que plantea algunos problemas

El primero de ellos se refiere al concepto mismo de minoría de edad, pues en nuestro ordenamiento es la ley personal, es decir, de la nacionalidad, la norma aplicable para establecer la mayoría de edad (Art. 9.1 Código Civil, CC). No obstante, para sortear las evidentes dificultades prácticas que presenta esta solución jurídica para la inmigración infantil, se establecen los 18 años para adquirir la mayoría de edad (Art. 12 CE y 315 CC). De este modo se garantiza el estatuto de protección a todos los jóvenes de menos de esta edad sin discriminación por razón de la nacionalidad (Art. 2.1 Convención de Derechos del Niño).

Aunque la Ley no lo prevea, hasta que se conoce si el joven ha alcanzado o no esta edad, debe gozar de una presunción *iuris tantum* de minoridad a su favor, que le protege frente a la aplicación del régimen jurídico sancionador, otorgándole provisionalmente la protección del estatuto del menor. En consecuencia, los servicios de protección de menores deben prestar la asistencia necesaria a estos jóvenes en el periodo que transcurre hasta que se despejen las dudas sobre su edad.

---

<sup>1</sup> Ley 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la Ley 8/2000 y 14/2003.

En general, el procedimiento de determinación de la edad previsto en la ley requiere un esfuerzo de interpretación constante para que puedan ser respetadas las garantías mínimas exigibles en un Estado de Derecho.

Una interpretación sistemática permite deducir que la determinación de la edad se configura por el legislador como una fase previa o preliminar de la repatriación para reagrupar al joven con su familia, que no en vano se regula como el instrumento legal por excelencia con el que abordar la inmigración infantil. Esto permite asumir que la autoridad ante quien se desarrolla esta actuación de trámite sea la misma que tiene encomendada el resto del procedimiento, en concreto el Delegado del Gobierno de la Comunidad Autónoma de que se trate, el Delegado del Gobierno en las Ciudades de Ceuta y Melilla (Art. 62.4. 1º y 4º del Reglamento de ejecución de LE). Lo que no deja de ser una muestra del carácter policial que reviste la repatriación del menor, que se confirma con la destacada participación que se concede a los cuerpos policiales en la detección de extranjeros cuya edad no pueda ser determinada, aún en detrimento del papel de los agentes sociales, posiblemente más eficaz.

En realidad, así se abre la posibilidad de recurrir una determinación errónea de la edad aplicando la doctrina general de recursos contra este tipo de actos de trámite (Art. 21.1 LE y DA2ª del Reglamento, y su remisión a las normas administrativas generales).

En cualquier caso, la piedra angular de todo el procedimiento consiste en la realización de una serie de pruebas médicas que permiten determinar la edad biológica. Normalmente consisten en una peritación ósea de forma que, mediante el contraste de una radiografía de la mano o muñeca de la persona examinada con un modelo preestablecido, se obtiene como resultado un arco de edades posibles en función de los nudos de osificación y de la persistencia de cartílagos. El método que cuenta con más difusión se llama Greulich y Pyle, pero también se utiliza otro muy similar denominado Tanner-Whitehouse, aunque ambos presentan problemas de fiabilidad.

Estas pruebas radiológicas, como los demás reconocimientos médicos que se han de efectuar por decisión de un poder público, constituyen intervenciones corporales susceptibles de afectar determinados derechos fundamentales, como el de integridad física o intimidad. Esto significa que, para que la afectación del derecho sea constitucionalmente irreprochable, han de practicarse y acordarse revestidas de determinadas garantías.

Una garantía esencial no prevista en la ley es su autorización judicial, toda vez que en nuestro ordenamiento el Fiscal no pueda acordar una medida de esta naturaleza por ser limitativa de derechos, por más que el legislador de extranjería le atribuya la disposición de estas pruebas médicas. Esta aparente contradicción puede salvarse con una interpretación del conjunto del ordenamiento jurídico.

Por una parte, la intervención del Ministerio Fiscal se reduce a un problema de alcance, pues aunque no pueda acordar la realización de pruebas médicas a los menores si son limitativas de derechos (Art. 5 Párr. 2º EOMF), ha de interceder en defensa del menor, al tener encomendada la función tutiva de sus intereses (Art. 3.7 EOMF).

Por otra, la autorización judicial presenta un problema de competencia judicial. Pues, aunque constituye una garantía de los derechos de los menores extranjeros, que se encuadra en el ámbito de la administración de justicia a modo de colaboración con otros poderes, lo cierto es que no está prevista legalmente. En este sentido, el Juez de Menores tiene descartado su

protagonismo pues, a diferencia de lo establecido en el artículo 32 de la Ley 4/2000, tras su modificación, ahora no se le encomienda la disposición de las pruebas. La solución más adecuada hay que buscarla en la cláusula de competencia residual a favor de los Juzgados de Primera Instancia del artículo 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, quienes además tienen atribuida la competencia en materia de protección de menores.

Una de las grandes lagunas que reviste todo el procedimiento afecta a la libertad personal del extranjero de cuya edad se duda hasta que se averigua si es menor. En efecto, desde el momento en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado localizan a un extranjero, de cuya minoría de edad se duda, hasta que la edad es determinada con certeza, transcurre un lapso de tiempo en el que el extranjero requerido se encuentra, desde la óptica jurídico-constitucional, en una situación de privación de libertad.

En un primer momento, cuando la policía pide al extranjero la documentación y, además de no lograr identificarle, duda sobre su minoría de edad, le requerirá que le acompañe a las dependencias más próximas en las que sea posible su identificación. Nos encontramos en el ámbito de la privación de libertad policial, también llamada retención policial. Esta figura está regulada en el artículo 20.2 de la Ley de Seguridad Ciudadana, que fue objeto de una interpretación conforme al artículo 17 CE en la STC 341/1993. Esto significa que, por ejemplo, cabe plantear un *habeas corpus* o que la retención no puede durar más del tiempo imprescindible, con un límite máximo de 24 horas, de acuerdo con el propio artículo 17.2 CE, en conexión con el artículo 17 de la Ley de Responsabilidad Penal de Menores.

Sin embargo, cuando sea necesario practicar una peritación ósea, la permanencia en dependencias judiciales deja de estar justificada, pues el reconocimiento médico ha de practicarse en una institución sanitaria por personal técnico adecuado. A partir de este momento tiene lugar la intervención de un juez autorizando la realización de las pruebas que, indirectamente, consiente la situación de privación de libertad. Por eso no cabrá ya el recurso de *habeas corpus*.

Además, cuando por cualquier motivo la determinación de la edad se retrase, el presunto menor debe ser conducido a un centro adecuado a su persona. En este caso, aunque la ley tampoco lo prevea, es necesario acordar su internamiento para evitar que se fugue prolongando el círculo de indocumentación-retención. Podemos afirmar que, tratándose de una medida cautelar limitativa de derechos, debe ser acordada judicialmente, aplicándose por analogía la figura del internamiento en un centro de educación especial, que cabe dentro de las amplias potestades que el artículo 158.3 CC confiere al juez para que, a instancia de parte o de oficio, adopte las medidas necesarias para la protección del menor en cualquier procedimiento. De nuevo, como la medida se encuadra en el ámbito de la protección de menores, el órgano judicial competente es el Juez de Primera Instancia.

Por último, sólo queda espacio para reconocer que, a pesar del esfuerzo de interpretación del procedimiento de determinación de la edad en clave de respeto de los derechos fundamentales, se impone una regulación que extienda los principios del Estado de Derecho a la resolución de los desafíos que presenta el fenómeno de la inmigración infantil.



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciutadania i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de novembre de 2004

## MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

«Los menores marroquíes no acompañados: del derecho a la realidad»

**Beatriz Campuzano Díaz**

### I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Nuestras autoridades se tienen que enfrentar con cierta frecuencia al problema que supone la llegada de menores extranjeros no acompañados, fundamentalmente, de Marruecos. Para hacernos una idea de la magnitud de este problema podemos reseñar que, según los datos ofrecidos por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, durante el año 2002 los organismos públicos de protección tuvieron que acoger a 6239 menores –un 56% más que en el año anterior -, estimándose que la tasa de crecimiento anual ronda los 1000 menores.

### II.- EL TRATAMIENTO JURÍDICO PREVISTO.

La Ley de Extranjería se ocupa de los menores extranjeros no acompañados en su art. 35, cuyo contenido se desarrolla más ampliamente en el art. 62 del Reglamento. A estos menores se les ofrece una respuesta jurídica diferenciada con respecto a la establecida para los extranjeros adultos, dado que tiene que tomarse en consideración el sistema normativo existente en materia de protección de menores, que se aplica sin discriminación por razón de nacionalidad. Piezas centrales de este sistema son la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, a las que se añaden las distintas normas autonómicas en materia de protección de menores. Vamos a exponer a continuación muy resumidamente como debe tratarse a estos menores:

Cuando nuestros Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localizan a un extranjero indocumentado, cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad, se le dará la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. El hecho se pondrá a continuación en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá lo necesario para la determinación de su edad, contando con la colaboración de las instituciones sanitarias oportunas (art. 35.1 LE). Una vez determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes en materia de protección de menores (art. 35.2 LE).

A partir de este momento, nuestras autoridades tienen que tomar una decisión sobre lo que es más conveniente para el futuro del menor: si volver a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares, o quedarse e integrarse en España. En la decisión que ha de tomarse sobre el futuro del menor confluyen competencias de la Administración del Estado y de los servicios de protección de menores de las Comunidades Autónomas, que aparecen delimitadas en el Art. 35.3 LE, y más detalladamente, en el Art. 62.4 del Reglamento.

- La repatriación del menor se condiciona a que se localice a la familia del menor o, en su defecto, a los servicios de protección de menores que puedan hacerse cargo del mismo, y a que no exista riesgo en caso de retorno para la integridad del menor, su persecución o la de sus familiares. El menor tiene derecho a ser oído, y además, aunque no se diga expresamente, hay que atender en todo caso a su interés superior.

- En el caso de que se opte por la permanencia del menor en España, la Ley de Extranjería contempla varias medidas destinadas a favorecer su integración. El Art. 35.4 LE dispone que se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores tutelados por una Administración pública, y que a instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad del retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará un permiso de residencia cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. En los Art. 40.j) y 41.k) LE se establece un régimen muy favorable para facilitar su acceso al mercado de trabajo. Y se añade que en el Art. 22.2.c) del Código Civil también se establece un régimen muy favorable para la adquisición de la nacionalidad española.

### III.- EL TRATAMIENTO REAL.

La presencia en España de menores extranjeros no acompañados constituye para nuestra autoridades un problema delicado y de difícil gestión, pues no siempre disponen de infraestructuras y medios suficientes para atenderlos. Ello ha llevado a que se hayan producido actuaciones al margen de la normativa aplicable, especialmente en aquellos puntos de nuestra geografía donde el problema se vive con mayor intensidad -Ceuta y Melilla-. Las denuncias de estas actuaciones irregulares han provenido de muy diversos ámbitos y sectores sociales, destacando, más recientemente, las realizadas por Human Rights Watch, el Comité sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, o el Informe presentado por la relatora especial, Sra. G. Rodríguez Pizarro, de conformidad con la Resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos.

Al inadecuado tratamiento que se ofrece en la práctica a estos menores se unió, para empeorar aún más la situación, una Instrucción del Fiscal General del Estado (*Instrucción 3/2003, de 23 de octubre de 2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo*) relativa a la actuación de los fiscales en relación con estos menores.

Esta Instrucción comenzaba refiriéndose a la minoría de edad, para señalar que de acuerdo con lo norma de Derecho internacional privado aplicable -art. 9.1.CC-, debía ser determinada por la ley de la nacionalidad del menor. Pero a continuación se descartaba esta posibilidad, aludiendo a que el contenido y vigencia del derecho extranjero debe ser objeto de prueba, sin perjuicio de que el tribunal pueda valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación -281.2 LEC-, y a que dadas las circunstancias en que se produce la entrada clandestina de estos menores no cabía considerar tal posibilidad.

Después criticaba la práctica consistente en aplicar automáticamente los mecanismos tuitivos previstos en la legislación española, una vez comprobado que el extranjero era menor de 18 años. La Instrucción afirmaba que el menor de edad que se encontrase en España sin el referente de una persona adulta no debía ser declarado automáticamente en situación de

desamparo, ya que podía considerarse que se encontraba emancipado. Y para fundamentar esta idea se refería al Art. 319 de nuestro Código Civil, que contempla la vida independiente del menor como causa de emancipación.

Curiosamente, la Instrucción omitía en este punto cualquier referencia a las normas de Derecho internacional privado. Se da la circunstancia de que la emancipación es una figura que afecta a la capacidad del individuo y, por tanto, debe acudirse también a la ley de la nacionalidad para que determine los sujetos susceptibles de emancipación y las causas por las que ésta puede concederse (Art. 9.1 CC). Dicha omisión estaba relacionada con la referencia inicial que se hacía a la prueba del derecho extranjero, ya que la Instrucción volvía a decir en este punto que se estaría a lo dispuesto en nuestro Código Civil, salvo prueba en contrario -Art. 281.2 LEC- Pero el que se decantase por una interpretación tan estricta de este precepto, sin requerir una implicación más activa de nuestras autoridades en la averiguación del derecho extranjero por estar en juego el interés superior del menor, no resultaba admisible.

Las críticas que recibió la mencionada Instrucción fueron tan numerosas y generalizadas, que el Fiscal General del Estado se vio obligado a manifestar, al poco tiempo de su aprobación, que sería objeto de reformas.

#### IV.- VÍAS DE SOLUCIÓN.

La solución a este problema pasa necesariamente por la colaboración entre las autoridades marroquíes y españolas. Y en esa línea se enmarca precisamente *el Memorandum de entendimiento entre el Reino de Marruecos y el Reino de España sobre repatriación asistida de menores no acompañados, firmado en Madrid el 23 de diciembre de 2003*, donde se manifiesta que ambos países son conscientes de que para solucionar este problema deben colaborar estrechamente.

Ahora bien, hemos de señalar que las acciones de colaboración previstas en este Memorandum parecen estar encaminadas primordialmente a devolver al menor a su país de origen. Así, se dice que las autoridades competentes de ambos Estados adoptarán todas las medidas previstas en sus respectivas legislaciones para la identificación de los menores no acompañados, y que, una vez identificados, las autoridades consulares del Estado requerido procederán a la expedición inmediata de la documentación que acredite su nacionalidad y a facilitar el retorno a su país de origen para su entrega a las autoridades fronterizas. Se añade que en el caso de que la localización del menor no acompañado se produzca en el momento de su entrada en el otro país a través de un puesto fronterizo, las autoridades del Estado de acogida lo entregarán de manera inmediata a las autoridades fronterizas del país de origen, después de que se constate el hecho debidamente por el oficial de enlace.

Si los menores marroquíes observan que pueden ser repatriados con facilidad tendrán menos incentivos para entrar irregularmente en España. Pero con ello creemos que no se estará contribuyendo a solucionar definitivamente el problema. Las condiciones de pobreza y de falta de oportunidades educativas con que se encuentran en su propio país seguirán estando presentes y determinarán que quieran seguir accediendo a nuestro país para beneficiarse del sistema normativo existente en materia de protección de menores.

Las acciones anteriormente mencionadas deben complementarse por tanto con el desarrollo de proyectos de cooperación, que contribuyan, en la medida de lo posible, a mejorar la situación de los menores en Marruecos. En el Memorándum se contempla de hecho esta posibilidad. Dice, concretamente, que conforme a los compromisos de las dos partes, un comité *ad hoc* constituido por los representantes de todos los Departamentos competentes, será el encargado de establecer y evaluar las condiciones de acogida y de reinserción de menores basadas en los proyectos de acompañamiento, y que este Comité someterá al Comité permanente las propuestas, especialmente para la cofinanciación por las dos partes de estos proyectos, y de aquellos referidos al interés supremo del menor en materia socio-educativa.

Alguna iniciativa en este sentido ya se había desarrollado con anterioridad. Así que se trataría de mantener y reforzar esta línea de cooperación, dándole la importancia y el carácter prioritario que merece. El desarrollo de proyectos para la mejora de la situación de los niños marroquíes contribuiría al logro de dos objetivos fundamentales: por una parte, a que los menores que fueran repatriados a Marruecos lo hicieran con las debidas garantías; y por otra, a que los menores, gracias al desarrollo de proyectos socio-educativos, pudieran recibir una formación que fuera útil de cara a su futuro laboral. Cabría considerar la posibilidad de ofrecer formación en aquellos sectores productivos en los que nuestro país necesita mano de obra, para que así la entrada de estos menores pudiera producirse en el futuro en el marco de la regularidad y para responder a ofertas de trabajo.



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciudadanía i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de noviembre de 2004

## MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

### «Los derechos de los inmigrantes en situación irregular en España y Francia» Mercedes Soto

La inmigración como problema, la inmigración como reto: son términos que se repiten de manera constante en los discursos que tienen como tema central los movimientos migratorios. Se trata efectivamente de una cuestión que pone de manifiesto, como pocas, las dificultades de regulación, la dependencia del contexto político y las contradicciones del derecho.

Como sino explicar que en los países democráticos, aún reconociendo y garantizando sus respectivas constituciones los derechos fundamentales, este reconocimiento carezca de alcance general. Una buena parte de esos derechos se reservan a los nacionales del Estado en cuestión. No obstante, todos esos países se autoproclaman comprometidos y vinculados a los derechos humanos como conjunto de derechos internacionalmente reconocidos a la persona. El contenido de sus constituciones responde también a esos planteamientos, llegando a establecer cláusulas interpretativas que reenvían a dicho concepto (como es el caso del Art. 10.2 de la Constitución española). Parece lógico esperar que si su alcance es universal, pues son reconocidos a la persona, deberían ser también extendidos a los extranjeros, cuya cualidad de persona nunca ha sido puesta en duda. Desafortunadamente, la realidad revela que, si bien los principios éticos del derecho natural no justifican el tratamiento diferenciado de los extranjeros respecto de los nacionales, lo cierto es que la consagración de los derechos del extranjero por el derecho positivo sigue siendo "incompleta, ambigua y reticente". En definitiva, la efectividad de los derechos humanos supone su reconocimiento por el poder como requisito necesario: su concreción depende de una codificación ulterior por más que funden su reivindicación en el derecho natural. La protección del grupo es el argumento esgrimido para la justificación de medidas restrictivas.

Esa situación que genera importantes limitaciones en el ejercicio de los derechos por los extranjeros, se acentúa aún más cuando se trata de los vulgarmente denominados "irregulares", los extranjeros cuya entrada o permanencia en el territorio se produce al margen o en contra de la voluntad estatal. Las políticas estatales de integración, prioritariamente en ámbitos regionales, han contribuido a crear esta auténtica subcategoría de extranjeros. Los "irregulares" no solo son ajenos a la vida estatal sino, por lo general, indeseados o, en el mejor de los casos, ignorados por el Estado. La división se va acentuando progresivamente conforme se va favoreciendo el ejercicio de derechos y la obtención de los beneficios derivados del Estado del bienestar, tan sólo a aquellos que cumplen las reglas estatales (en ocasiones, sería más adecuado decir, a aquellos a quienes se permite cumplir las reglas estatales).

Nuestro trabajo se plantea una reflexión acerca de las posibles vías que permitan obtener un más amplio reconocimiento de derechos a favor de los inmigrantes en situación irregular. En esta reflexión hemos considerado particularmente útil indagar en la experiencia comparada de otros países considerados como de inmigración antigua, es decir, tradicionalmente

receptores de inmigración, confrontando esta experiencia con la propia. De entre los países europeos nos hemos centrado en el ejemplo de Francia donde la intervención del Consejo Constitucional ha permitido a la doctrina proclamar la emergencia de un estatuto constitucional del extranjero por vía jurisprudencial.

Dos son las rutas a través de las que discurriremos:

El principio de dignidad humana por su carácter matricial. ¿Puede servir de referente para superar las restricciones a los derechos de los extranjeros? ¿Cuál es el alcance del mismo y cómo se ha interpretado por la jurisprudencia constitucional? ¿Es acorde con el respeto a la dignidad humana el mantenimiento de la línea divisoria entre los “regulares” y los “irregulares”? ¿La infracción de las normas establecidas por el Estado concernientes a la entrada, estancia y salida del territorio puede justificar la limitación de los derechos de la persona? La realidad nos muestra que la lógica estatal se impone, incluso los tribunales del orden internacional reconocen a los Estados una amplia disponibilidad para regular la entrada y estancia en su territorio. ¿Significa eso que la soberanía estatal prevalece sobre la dignidad humana?. El reconocimiento de valor constitucional a la dignidad de la persona humana podría jugar favorablemente en beneficio de los extranjeros irregulares, suprimiendo la condición de regularidad que les excluye del acceso a ciertos derechos fundamentales. A veces, la respuesta sólo podrá ser teórica o hipotética por la ausencia de pronunciamientos judiciales expuestos al respecto. No parece del todo descabellado pensar que de la dignidad de la persona humana puedan no sólo derivarse derechos fundamentales (lo que sí se reconoce expresamente por los tribunales constitucionales) sino también extender sus beneficios a los extranjeros en situación irregular).

La aplicación del principio de igualdad a los extranjeros. Su reconocimiento constitucional, sus posibles excepciones y el alcance de las mismas. En este ámbito el principio de igualdad, en la mayoría de los ordenamientos europeos, tiene un papel muy reducido, aplicándose sólo en ciertos casos entre nacionales y extranjeros regulares, partiendo de la tesis de que ambos pueden ser sometidos a diferente regulación normativa. Durante mucho tiempo la tendencia ha sido la distinción de derechos entre nacionales y extranjeros, pero la evolución más reciente muestra, al menos en lo que toca a los derechos humanos, que el principio de igualdad ha de aplicarse de modo estricto. La integración ha ganado la batalla a la segregación, obligando a rechazar la discriminación del extranjero. Los órganos jurisdiccionales a quienes se encomienda el control de la actuación legislativa, tienden a considerar, cada vez con más frecuencia, que las medidas específicas respecto de ciudadanos extranjeros han de respetar, en cualquier caso, los derechos constitucionales reconocidos a cuantos residen en el territorio del Estado en cuestión. La libertad individual y la seguridad, la libertad de circulación, la libertad de matrimonio, el derecho a la vida familiar, el derecho a la protección social, el derecho a los recursos establecidos, figuran entre los derechos que han de ser siempre reconocidos. La diferencia entre extranjeros y nacionales va desvaneciéndose progresivamente en las sucesivas acciones legislativas. Puede la fuerza expansiva de este principio extenderse también a favor de los extranjeros “irregulares”?

En nuestra reflexión será pieza fundamental el estudio de la contribución de las jurisprudencias constitucionales. En este terreno, abordaremos las principales decisiones del Consejo Constitucional francés y de nuestro Tribunal Constitucional. La interpretación de los textos constitucionales y legales no sólo nos servirá para determinar cuáles son los

derechos fundamentales reconocidos a los extranjeros en situación irregular sino que intentaremos dilucidar si es posible establecer unos principios generales que permitan a los "irregulares" hacer valer otros derechos.



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciudadanía i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de noviembre de 2004

## MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

«Tratamiento del matrimonio poligámico (los tribunales españoles y la pensión de viudedad)»

### **Patricia Orejudo Prieto de los Mozos (Universidad de Oviedo)**

Los desafíos a los que se enfrentan los operadores jurídicos españoles ante la conformación de sociedades multiculturales son múltiples. El asentamiento en nuestro territorio de un importante número de extranjeros procedentes de Estados pertenecientes a órbitas culturales distintas sitúa al legislador y a los aplicadores e intérpretes de las normas ante la necesidad de aliviar la tensión existente entre el respeto a la identidad cultural de los individuos y la garantía de determinados principios y valores de la sociedad en que éstos se insertan. Se trata, en definitiva, de hallar instrumentos, en lo que aquí importa jurídicos, al servicio de la paz o el ajuste social.

Podrían proponerse diversos ejemplos para evidenciar las múltiples situaciones en las que se manifiesta el mencionado reto. Para esta ocasión, empero, he elegido una muy concreta: la que se ocasiona con motivo de la solicitud de reconocimiento de la condición de beneficiaria de una pensión de viudedad, por parte de la segunda esposa –podría ser tercera o cuarta– de un varón polígamo –el fallecido–. Recientemente, órganos jurisdiccionales españoles han debido enfrentarse a esta cuestión; por ello, emplearé sus resoluciones, que cabe avanzar, contienen pronunciamientos encontrados, como guía para el análisis de los mecanismos legales con que se cuenta para dar soluciones aceptables social y jurídicamente.

La Sala de lo Social del TSJ de Galicia, por Sentencia de 2 de abril de 2002 (AS 2002/899), confirma la decisión del Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña, de fecha 13 de julio de 1998, de repartir entre Ana y Amina la pensión de viudedad de Mor. Mor y Ana habían contraído matrimonio en Senegal, su país natal, el 30 de junio de 1974; posteriormente, también en Senegal, Mor volvió a unirse en matrimonio el 1 de febrero de 1981, con Amina, también senegalesa, sin disolver el vínculo previo. De esta manera, conformó un matrimonio poligámico con arreglo a lo permitido en la legislación senegalesa, sujeta ésta al Islam. Mor, que trabajaba como autónomo en Galicia, falleció el 14 de agosto de 1995. Gracias a la regularidad de su situación de estancia y de trabajo, –y es de suponer que tras haber cotizado el mínimo requerido al efecto– había generado el derecho de sus hijos (tres del primer matrimonio y uno del segundo) a una pensión de orfandad, y a una de viudedad por parte del cónyuge. Pero son dos las mujeres que solicitan el reconocimiento de su condición de beneficiarias de la pensión de viudedad, en su totalidad cada una de ellas. Los órganos gallegos, sin embargo, deciden dividir en partes iguales la cuantía.

Una problemática idéntica resuelve, en un sentido similar, el Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona, que rechaza la pretensión de Teresa, primera esposa de Miguel Ángel, de ver reconocido su derecho a la totalidad de la pensión de viudedad. Tras el matrimonio contraído entre ambos el 26 de marzo de 1980 en Gambia, Estado del que ambos eran

nacionales, Miguel Ángel había celebrado otro vínculo, poligámico como el anterior, con la también gambiana Julieta, el 18 de agosto de 1993. A la muerte de Miguel Ángel, el 7 de marzo de 1999, el INSS concede la mitad de la pensión de viudedad a cada una de las mujeres. Teresa recurre ante el TSJ de Cataluña, que concede a esta primera esposa la totalidad de la pensión, por Sentencia de 30 de julio de 2003 (AS 2003/3049). La decisión se acompaña de un Voto Particular (en lo sucesivo, el Voto) que disiente de las razones alegadas por la mayoría, pero no discrepa del sentido de la resolución. Veamos los argumentos de este tribunal y de la Magistrada D<sup>a</sup> Rosa M<sup>a</sup> Virolés Piñol, subscriptora del Voto, frente a los que esgrimen los otros órganos jurisdiccionales, para fundamentar sus respectivas resoluciones.

El TSJ de Cataluña, tras exponer los hechos que acabo de resumir, afirma que “la cuestión que se plantea a la Sala no es otra que determinar la eficacia de la institución islámica de la poligamia y de si tal figura puede ser aplicada y tener sus efectos en el ordenamiento español, o por el contrario atenta contra el orden público y por lo tanto ninguna efectividad debe comportar” (F.D. Tercero). Con ello, incurre en un primer error en el razonamiento jurídico, que con acierto –a mi entender– advierte la Magistrada Virolés. No se trata de aceptar la “institución islámica”, ni de decidir si ha lugar a su aplicación en el sistema español, sino, sencillamente, de determinar si en el supuesto de hecho de la norma reguladora de las pensiones de viudedad, concretamente en la consideración de cónyuge como sujeto beneficiario, puede incluirse a quien tiene esa cualidad según un ordenamiento extranjero, pero no sería considerado como tal por el ordenamiento jurídico español. El motivo de esta denegación, no se me escapa, es que el cónyuge ya estaba unido a otro matrimonio, que no fue disuelto con carácter previo a la celebración del segundo; más claramente, que el segundo matrimonio se celebró válidamente porque el ordenamiento al amparo del cual se conformó admite la poligamia. Para responder al interrogante planteado en sus justos términos, resulta imprescindible acudir a las normas del sistema español que rigen el reconocimiento de los matrimonios extranjeros, lo cual, en un segundo error de importancia, es omitido por el TSJ de Cataluña. Lo hacen, sin embargo, el TSJ de Galicia y la Magistrada que formuló el Voto: la aplicación analógica del art. 49.2 C.c. lleva a considerar válidos, en principio, a ambos matrimonios, porque han sido válidamente celebrados con arreglo a la ley del lugar de su celebración (Senegal y Gambia respectivamente). Resulta sorprendente, en esta afirmación, que no hayan distinguido entre la validez que regula la mencionada disposición, según el sentir mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia, que es la validez formal, de la que en esta materia está sobre la mesa, que no es otra que la validez de fondo. La posibilidad de contraer un matrimonio sin haber disuelto el vínculo conyugal previo es, en efecto, una cuestión de capacidad y no de forma. En defecto de disposición rectora de la validez sustancial del vínculo, tal opinión predominante apunta a la sumisión de los requisitos de fondo del matrimonio al art. 9.1 C.c., que remite a la ley de la nacionalidad de los cónyuges. Las leyes a tener en cuenta, según esta interpretación, serían las mismas (puestos que los contrayentes eran nacionales del Estado en que se celebraron los matrimonios), pero el fundamento jurídico, otro. La interpretación de los tribunales en estas sentencias, aunque no esté debidamente desarrollada –y por lo tanto, pueda ser más fruto de un error de juicio que de una decisión consciente– se correspondería con otra lectura del sistema español de DIPr en la materia, que es la que yo propongo: tanto los requisitos de forma como los sustantivos han de sujetarse al ordenamiento con arreglo al cual se celebró el matrimonio; por lo general, el del Estado de la autoridad que intervino. En cualquier caso,

lo que no admite duda es que los cuatro matrimonios implicados fueron, o al menos hay que presumirlo, válidamente conformados con arreglo a los ordenamientos de los lugares donde se celebraron, y por tanto también lo han de ser para el ordenamiento español según el mentado art. 49.2 C.c., siempre, claro está, que no atenten contra el orden público español (art. 12.3 C.c.).

Todo se reduce, pues, a la forma en que haya de darse aplicación a la excepción de orden público a los supuestos. Y aquí, de nuevo, yerra el TSJ de Cataluña en múltiples aspectos. En primer lugar, su error más burdo es el de hacer referencia a lo dispuesto en el art. 17.1 de la Ley de Extranjería. Esta disposición permite la reagrupación de *un único* cónyuge extranjero del reagrupante polígamo; lo cual, como no afirma que sólo cabe la reagrupación del *primer* cónyuge, lejos de implicar un rechazo al reconocimiento de la eficacia del segundo matrimonio, como interpreta la Sala, admitiría implícitamente tal posibilidad. Se refiere el TSJ, en segundo término, a la consideración de delito que tiene la bigamia en el art. 217 CP. Nada que oponer a la apreciación, siempre que se traiga a colación como mero argumento *ad abundantiam* que justifique la contrariedad de la poligamia con el orden público. No es preciso que una institución constituya un tipo delictivo para resultar contraria a los principios y valores dispuestos en la CE, que son los que componen el orden público español. En tercer lugar, menciona que la DGRN viene denegando la celebración y la inscripción de matrimonios poligámicos; y aunque habría mucho que decir en torno a los prejuicios nacionalistas que muestra el Centro Directivo en estas decisiones, basta en este punto con señalar que los ámbitos son radicalmente distintos, y por ende los argumentos no son intercambiables. La excepción de orden público, como bien señalan los tribunales gallegos y el Voto, es flexible, o, en expresión de internacional-iusprivatistas, atenuable.

En esta atenuación del orden público está el *quid* de la cuestión: ¿porqué y a qué efectos puede darse eficacia a una institución contraria a nuestro orden público?. Que lo es, no admite dudas, desde el momento en que discrimina a la mujer frente al hombre en la regulación de su capacidad nupcial. Podríamos preguntarnos acerca de los argumentos que cabría oponer al reconocimiento de matrimonios conformados con arreglo a sistemas que admiten tanto la poligamia como la poliandria, pero este es otro problema. Como el espacio del que dispongo es limitado, me limitaré a responder sintéticamente a las preguntas formuladas. La razón para reconocer los segundos matrimonios, los poligámicos, es, a mi juicio, clara: se encuentra en la pretensión de ajuste social a la que antes hice referencia. Puede conciliarse, en aplicación de la figura del orden público atenuado, el respeto a las situaciones creadas de conformidad con otros ordenamientos, aunque sean culturalmente diferentes, con nuestros valores y principios, entre los cuales también se encuentra, no debe olvidarse, la solidaridad social. El reconocimiento de una pensión completa para cada una de las cónyuges puede implicar una carga excesiva a las arcas del Estado, así como potenciar la celebración de matrimonios poligámicos, incluso en fraude de ley. Lo que cabría plantearse es si conviene que los extranjeros polígamos puedan cotizar doblemente en previsión de tales situaciones. Entre tanto, no causa ningún perjuicio económico la división de las cuantías entre las mujeres (probablemente, empero, debería hacerse de forma proporcional al tiempo de convivencia). Debe recordarse, en este sentido, que las mujeres han contraído válidamente un matrimonio con arreglo a un determinado Derecho, que es el que el ordenamiento español admite. Por ello ha de rechazarse el argumento del Voto particular, al negar el reparto en aplicación analógica del rechazo al reconocimiento de los integrantes de

parejas de hecho como beneficiarios de la pensión. No hay identidad de razón, porque los convivientes excluyen voluntariamente las ventajas reconocidas al matrimonio si deciden no contraerlo, a pesar de tener la posibilidad de hacerlo (por lo tanto, excluyo de esta consideración a las parejas del mismo sexo).



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciutadania i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de novembre de 2004

## MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

«Reagrupación familiar en la Unión Europea»

María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto)

<p><b>MARCO NORMATIVO:</b></p> <p>El Consejo de Europa como fuente de inspiración Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 1950. La Unión Europea como fuente normativa Tratado de Amsterdam y el Espacio de Libertad Seguridad y Justicia. Consejo Europeo de Tampere Consejo Europeo de Laeken Incidencia del Tratado de Niza.- Tratado de la Unión Europea (Artículos 29 a 42). Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Artículos 61 a 69 y artículos 17 a 22 ).</p>	<p><b>ANTECEDENTES DIRECTOS</b></p> <p>Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la reagrupación familiar. [COM(1999) 638 final - Diario Oficial C 116 de 26.04.2000]. Propuesta modificada de la Comisión [COM(2000) 624 final - Diario Oficial C 62E de 27.02.2001]. Propuesta modificada de la Comisión [COM(2002) 225 final - Sin publicar en el Diario Oficial].</p> <p><b>REGULACIÓN VIGENTE</b></p> <p>La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar</p>
<p><b>CONTENIDO DE LA REGULACIÓN</b></p> <p><b>Ámbito de aplicación de la norma</b></p> <p>Destinatarios: Sujetos activos Sujetos pasivos Derechos que se recogen Procedimiento a seguir</p>	<p><b>ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS QUE SE SUSCITAN Y NOS LLEVAN A LA REFLEXIÓN.</b></p> <p>¿Cuál es nuestro concepto de familia? ¿Buscamos realmente una Europa abierta? ¿Estamos creando una Europa intercultural?</p>



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciutadania i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de novembre de 2004

## MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

«Reformas y ajustes en las políticas de inmigración tras el Tratado de Amsterdam. ¿Del control a la gestión de la inmigración?»

**Rut Bermejo Casado (Universidad Rey Juan Carlos)**

El Tratado de Ámsterdam es considerado un hito clave en el desarrollo del marco jurídico-político de la regulación y la política migratoria de la Unión Europea. Los avances previstos en dicho Tratado en relación a la comunitarización de la política de inmigración, así como las conclusiones de los diferentes Consejos Europeos realizados desde entonces<sup>1</sup> y las Comunicaciones de la Comisión Europea en la materia<sup>2</sup>, dieron paso a largas discusiones sobre el origen y desarrollo de una política común europea en materia migratoria. Las expectativas hacían prever que el desarrollo de dicha política común podría ser aún más rápido de lo previsto, produciendo, con anterioridad a los plazos establecidos, la homogeneización de las regulaciones y políticas de todos y cada uno de los estados miembros.

Las reformas de las políticas de inmigración nacionales son así un buen instrumento para comprobar en qué medida la evolución de las políticas nacionales se asemejan progresivamente entre sí y si dichas reformas están orientadas e influidas por los avances y cambios producidos en el seno de la Unión Europea, realizándose en consecuencia, la convergencia pronosticada. Dicha convergencia no sólo se relaciona con el contenido legislativo y político en términos de instrumentos y medidas adoptadas, sino también con las razones esgrimidas como motivaciones de los cambios.

El estudio comparado de dos países, España, miembro activo de las decisiones en materia de control de la inmigración de la Unión Europea y sujeta a la implementación del Convenio de Schengen y Gran Bretaña, cuya vinculación en la materia está supeditada a su deseo de participar, bien en la discusión bien en la implementación de acuerdos concretos, permite aislar la influencia de la variable Unión Europea en los desarrollos recientes de la gestión y control de la inmigración. Ambos países comparten durante la etapa 1996-2003 la continuidad reformista en sus políticas e instrumentos de control de flujos, destacando la existencia de una reforma en profundidad que en el caso español se produce en el año 2000

---

<sup>1</sup> Entre los Consejos Europeos donde las discusiones y avances en materia de política de inmigración común han sido mayores a partir de la firma del Tratado de Amsterdam cabe destacar Tampere (Octubre 1999), Laeken (Marzo 2001), Sevilla (Junio 2002), Salónica (Junio 2003) y Bruselas (Diciembre 2003).

<sup>2</sup> La mayoría han tenido como objeto la política de asilo común, fuera de esta área cabe destacar: COM (2000) 757, COM (2001) 387 final, COM (2001) 672 final, COM (2002) 175 final, COM (2002) 703 final, COM (2002) 564(01), COM (2003) 323 final, COM (2003) 336 final.

y en caso británico en 2002, en este último la reforma implica el cambio de paradigma hacia la gestión de la inmigración<sup>3</sup>.

La variable Unión Europea, es insuficiente a la hora de explicar dicha evolución reciente. En el caso Británico dicha constatación cabría esperarse de su especial estatus no obstante, en el caso español la influencia de la Unión Europea sí aparece como límite de actuación y decisión en la política migratoria. La insuficiencia como explicación de los avances proviene de la constatación del papel del ejecutivo español en este ámbito de política en Europa, dónde se realizan propuestas que una vez adoptadas son fuente de cambio de la legislación y política española. Es decir, la política del gobierno es presentada y apoyada en Europa para posteriormente ser adoptada en territorio del estado en base a su carácter común y Europeo<sup>4</sup>.

El neoinstitucionalismo en sus vertientes histórica y racional se ofrece como herramienta útil en la explicación de las decisiones de reforma tomadas. La vertiente histórica del neoinstitucionalismo destaca la necesidad de atender a los marcos institucionales y jurídicos en qué las reformas son llevadas a cabo así como a los caminos de políticas públicas seguidos en el nivel nacional, todo ello proporciona el contexto e influye la toma de decisiones de los actores gubernamentales pero tampoco determinan un cauce único y unívoco de actuación a nivel nacional. La estructura de distribución de poder y la red de actores presentes en ese ámbito de política pública se incorporan en las influencias del proceso decisorio aunque los ejecutivos nacionales continúan siendo los actores principales en el campo de la política migratoria que deben elegir entre diferentes alternativas en referencia a los objetivos en los procesos decisorios de reforma política.

De acuerdo con la perspectiva racional del neoinstitucionalismo, puede esperarse que en ese contexto internacional y nacional los gobiernos decidan los objetivos e instrumentos de la reforma. Dos variables se muestran en ambos casos relevantes a la hora de identificar el proceso de cambio seguido en las reformas de las políticas públicas de inmigración. Por un lado, la ideología política de los actores gubernamentales y su concepción del fenómeno migratorio en términos de efectos sobre el país receptor así como su percepción de las ventajas y perjuicios que puede acarrear o acarrea en un determinado contexto son objeto de análisis. En segundo lugar, los equipos de trabajo y sus conocimientos. Las ideas de los actores principales no sólo pueden ser modeladas por las opiniones de los demás actores

---

<sup>3</sup> La reforma comienza a gestarse antes de la llegada del nuevo Ministro de Interior en 2002 por la Ministra Barbara Roche, sin embargo, tanto el Libro Blanco "Safe Haven, Secure Borders" como la legislación de 2002 (2002 Nationality, Immigration and Asylum Act) suponen la realización efectiva de un cambio de paradigma hacia la gestión de la inmigración.

<sup>4</sup> Esta constatación se realiza en dos momentos principales. La reforma del año 2000, que lleva a la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de los derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social, en la cuál las prioridades políticas de la Unión Europea son esgrimidas como base de la reforma en un marco en el que la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política de inmigración de la Comunidad abre un marco muy amplio de actuación, y en un segundo momento mediante el impulso de propuestas durante la Presidencia española de la Unión Europea, primer semestre del año 2002, que sirve para dar forma a los desarrollos y prioridades de futuras presidencias y que son posteriormente esgrimidos para las siguientes reformas de la política migratoria española.

sino también por procesos de aprendizaje en los que sus opiniones cambian a la luz de la evaluación de actuaciones pasadas y nuevas demandas surgidas.

El análisis de los datos obtenidos muestra que estos dos países son diferentes tanto en sus tradiciones migratorias como en sus posiciones hacia el desarrollo y profundización del proyecto europeo. Sin embargo, las variables relativas al proceso decisorio interno y características nacionales tienen un poder explicativo clave frente al proceso de integración europea. El proyecto europeo influye la adopción de determinados instrumentos pero, dichos instrumentos son fácilmente incorporados en la medida que han sido solicitados por los gobiernos estatales y/o responden a la misma lógica y paradigma seguido en cada país. En consecuencia, las similitudes o convergencia se reduce a los objetivos genéricos de control e integración de los inmigrantes y a la utilización de algún medio similar para llevar a cabo esos objetivos.

En suma, el análisis de documentos primarios como legislación, debates parlamentarios y comparecencias ante la opinión pública así como de las entrevistas en profundidad realizadas a miembros del gobierno y la administración participantes en las decisiones y reformas realizadas en el Reino Unido y España entre 1996 y 2003 permite afirmar que la evolución de las políticas nacionales en su dimensión de control de flujos y gestión migratoria contraría las previsiones acerca de la influencia de factores internacionales o regionales en la convergencia hacia políticas restrictivas de inmigración a partir de la firma y entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. Una fotografía de las políticas desarrolladas en el año 2003 muestra que dos países como España y Gran Bretaña, no coinciden en los objetivos concretos, aunque sí optan por algunas medidas e instrumentos similares.

En consecuencia, el camino hacia una normativa obligatoria y común de los estados no puede utilizarse como explicación de las semejanzas, que no convergencia, ya que una revisión de las actuaciones en la Unión Europea en esta área de política pública muestra que el desarrollo de una legislación común está lejos de alcanzarse. Otra vía de explicación de la convergencia de las políticas públicas nos habla del aprendizaje. Unos países aprenden de otros con mayor y previa experiencia en un ámbito de política pública. En este sentido, cabría esperar que países con una larga tradición migratoria fuesen menos dependientes de otros modelos que aquellos con una escasa relación con el fenómeno. Sin embargo, aquellos países que en un principio descansaron en modelos ajenos pierden la inicial semejanza a medida que se desarrollan procesos de aprendizaje internos que determinan sus reformas y avances o retrocesos en política migratoria.



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciutadania i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de novembre de 2004

## MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

«Las políticas *holísticas* de integración de los inmigrantes: su dimensión jurídica»

**Ángeles Solanes Corella (Grupo de Estudios sobre Ciudadanía, Inmigración y Minorías, Universidad de Valencia)**

### 1- La visión holística de la integración de los inmigrantes

Para abordar la controvertida cuestión de la integración, es necesario hacer referencia a la perspectiva *holística* desde la que la misma se plantea a nivel europeo. Así, por ejemplo, la COM (2003) 336<sup>1</sup>, en su tercera parte explica porque dicha visión parece la más adecuada para hacer frente a este gran reto. Esta perspectiva me servirá como punto de partida, aunque con matizaciones, para analizar un aspecto (el jurídico en clave de derechos) de las políticas de integración de los inmigrantes.

En principio, quisiera advertir que la utilización del término *holística u holista*, en mi opinión, no resulta adecuado en este contexto, puesto que, en realidad no hace referencia a lo que el holismo supone<sup>2</sup>, sino más bien a la necesidad de elaborar una política global, total o multidimensional de integración. Es decir, una política que conciba la integración abarcando todos los aspectos que entran en juego: económicos, sociales, culturales, religiosos y también jurídicos. Para analizar esta forma de concebir la integración de los inmigrantes sustituiré el término *holística* por multidimensional, ya que entiendo que éste contribuye a clarificar mi planteamiento, y me centraré sólo en una de las dimensiones: la jurídica<sup>3</sup>, haciendo una especial referencia a un derecho de participación (político): el voto local como elemento *sine qua non* de esa pretendida política.

Para concretar la noción de integración seguiré la definición dada en las COM (2000) 757 y COM (2001) 387<sup>4</sup>, y mantenida en la mencionada Comunicación de 2003, según la cual ésta

---

<sup>1</sup> COM (2003) 336 final, de 3 de junio, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre inmigración, integración y empleo.

<sup>2</sup> El vocablo <holismo>, procedente del griego, significa <todo, entero, completo>, y ha sido utilizado para designar un modo de considerar ciertas realidades primero como totalidades y después como composición de elementos o miembros. El holismo mantiene que la realidades a las que se refiere son, en principio, estructuras cuyos miembros se encuentran relacionados entre sí, de forma que cuando se trata de dichos miembros se habla de relaciones funcionales (Ferrater Mora 2001, 1678).

<sup>3</sup> El Derecho es un instrumento más para gestionar los retos de sociedades con una importante población inmigrante. Sin embargo, cuando se habla de integración se tiende a calificarla sólo como "social". La ley y el resto de instrumentos jurídicos, establecen el mínimo, especialmente importante en una sociedad plural, sin el cual no es posible la convivencia. (De Lucas 2001,36)

<sup>4</sup> COM 757 final, de 22 de noviembre, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de inmigración y COM (2001)387 final, de 11 de julio, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración.

hace referencia a “un proceso bidireccional basado en derechos mutuos y obligaciones correspondientes a los ciudadanos de terceros países en situación legal y de la sociedad de acogida, que permite la plena participación de los inmigrantes”<sup>5</sup> .

Este trabajo pretende evidenciar la necesidad de reivindicar la participación política de los inmigrantes comenzando por el derecho al voto local como elemento clave de las políticas de integración multidimensional que cada uno de los Estados, entre ellos España, debe poner en marcha. Para ello distinguiré dos partes en la exposición:

a) La primera parte me permitirá demostrar que dicho derecho se incluye en la agenda europea, siendo concebido como una pieza esencial (íntimamente conectado a la idea de ciudadanía cívica) de las políticas de integración.

b) En la segunda, trasladaré las pautas marcadas por la Unión a España, señalando como las sucesivas reformas legislativas nos alejan de la línea europea en materia de integración (aunque es cierto que existe una paradoja de difícil resolución entre esta política de integración y la de control de los inmigrantes), olvidando que la integración tiene una dimensión jurídica que se traduce en el acceso, disfrute y garantía de los derechos.

### 1.1- Elementos que definen una política de integración multidimensional

De los aspectos a tener en cuenta en la adopción de políticas de integración multidimensionales la COM (2003) 336 insiste en el acceso a la educación, la sanidad, la vivienda o los servicios sociales, así como la integración laboral y social, o la nacionalidad y la ciudadanía, ciertamente porque son los aspectos más precarios en las legislaciones de los distintos Estados miembros.

En la línea de concepción utilitarista o instrumental de la inmigración (De Lucas 2003 a, 49) dicha Comunicación señala como primer elemento clave de esta política la integración en el mercado laboral. La incorporación al mercado de trabajo y a la formación continuada en condiciones de igualdad con los nacionales serían condiciones imprescindibles para favorecer estas políticas activas, teniendo en cuenta las condiciones del mercado interior<sup>6</sup>. Ello puede suponer, desde mi punto de vista, un choque frontal con otros elementos que definen por excelencia las políticas frente a la inmigración que mantienen la mayoría de los Estados miembros, por ejemplo, con los restrictivos contingentes anuales que suponen una selección del número y sector laboral que puede ocupar el extranjero en el país de acogida, haciendo visible la paradoja que advertía anteriormente (Ambrosini 2001, 61-79) .

El segundo bloque de elementos de esta política de integración multidimensional, lo configuran derechos sociales: educación (y conocimientos lingüísticos), vivienda (y problemas

---

<sup>5</sup> Me referiré a la integración desde esta perspectiva, aunque entiendo que ésta tiene que ir más allá de los extranjeros en situación legal. Me alejo, por tanto, de posturas como la de Sartori (2001, 54) que concibe la integración como un *do ut des*, “una reciprocidad en la que al beneficiado (el que entra) *corresponde* al benefactor (el que acoge) reconociéndose como beneficiario, *reconociéndose en deuda*”.

<sup>6</sup> Vid. Conferencia europea sobre una buena integración en el mercado laboral, Copenhague 4 y 5 de julio de 2002; Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo sobre la inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada, 21 de marzo de 2002. Cfr. COM (2004) 22 final, de 21 de enero, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, informe sobre la aplicación de la estrategia para el mercado interior (2003-2006).

urbanos), sanidad y servicios sociales. Si como mantiene, entre otros, Añón (2000, 177) los derechos sociales constituyen un test de inclusión y han de ser concebidos en cuanto derechos fundamentales como universales, teniendo en cuenta que su universalidad se realiza a través de la igualdad material, difícilmente puede apostarse por la integración de los inmigrantes si no se les reconocen y garantizan tales derechos. Además existe una relación entre ciudadanía y derechos sociales que adquiere especial relevancia en lo que se refiere al régimen jurídico de los inmigrantes extracomunitarios (De Lucas 2004, 218). En mi opinión, no puede haber inclusión, acomodación, gestión de la diversidad o integración que no tenga en cuenta y asegure el reconocimiento, ejercicio y garantía de los derechos sociales.

La participación política de los extranjeros inmigrantes aparece como tercer aspecto decisivo de las políticas de integración. Sin entrar en el arduo debate de la relación entre ciudadanía y nacionalidad<sup>7</sup>, quisiera dejar constancia de la estrecha conexión que desde la Unión Europea se ha mantenido entre ciudadanía cívica (como forma de participación) e integración. Desde que la Comisión introdujo en la mencionada COM (2000) 757 la noción de ciudadanía cívica, se entiende que ésta hace referencia a un conjunto de derechos y obligaciones básicos<sup>8</sup> que los inmigrantes adquieren progresivamente en un periodo de varios años, de tal manera que reciban el mismo trato que los ciudadanos del Estado de acogida, aunque no hayan sido naturalizados. En esta línea la COM (2003) 336 señala como elemento clave de las políticas de integración multidimensionales la “nacionalidad, ciudadanía cívica y respeto a la diversidad” partiendo de la premisa de que es deseable que los inmigrantes se conviertan en ciudadanos, aunque existan condicionamientos temporales unidos a la residencia o principios diferentes para inmigrantes de primera y segunda o tercera generación.

En el acceso a la ciudadanía cívica, y su vinculación a la residencia, al *droit de cité* en palabras de Balibar (1999, 107), el nivel local es determinante. Aunque la integración se concibe dentro del conjunto de la política migratoria estatal, no puede negarse que en el ámbito local es donde comienzan a aplicarse las medidas de integración y, por lo tanto, es el primer laboratorio en el que se comprueba su efectividad. De ahí, que un paso decisivo en lo que a voluntad integradora se refiere, se encuentre en el reconocimiento del voto en las elecciones municipales.

Con la evidencia de que los países que han optado por conceder este voto a los residentes extranjeros, no han sufrido ninguna desestabilización en la política local<sup>9</sup>, sino que han

---

<sup>7</sup> Vid., entre otros, Bauböck (2004), De Lucas (2004) y Zapata (2001 y 2004). Cfr. Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo sobre el tema “Incorporación a la ciudadanía de la Unión Europea” SOC 141-CESE 593/2003.

<sup>8</sup> Me parece acertada la puntualización que hace Bauböck a propósito de la cuestión sobre si la igualdad de derechos de ciudadanía implica o no igualdad de obligaciones. Según el mencionado autor la respuesta debe ser negativa, puesto que, “las desigualdades de derechos y las desigualdades de obligaciones necesitan ser justificadas independientemente, cada uno respecto a las capacidades específicas, recursos, necesidades y compromisos que están en juego en la distribución de bienes sociales particulares” (Bauböck 2004, 199).

<sup>9</sup> Entre ellos Dinamarca, Irlanda, Holanda, Suecia y Finlandia. En el caso de Bélgica, en febrero de 2004 se aprobó una ley que concede el derecho al voto a los extranjeros extracomunitarios en las elecciones municipales (sin que sean elegibles). Esta ley se aplicará a partir del próximo escrutinio municipal en 2006. Cfr. DOC 51 0578/001, Chambre des représentants de Belgique, 12 décembre 2003, projet de loi visant à octroyer le droit de vote aux élections communales à des étrangers (projet transmis par le Sénat); DOC 51 0578/006,

permitido que emergieran élites ciudadanas incluso, como señala Wihtol de Wenden (2003, 257), en un cantidad más significativa que en el modelo meritocrático, no parece que las críticas al mismo puedan seguir manteniéndose. Más bien al contrario, como sostiene la COM (2003) 336 “desde el punto de vista de la integración, es obvio que el derecho de voto local no debería derivarse de la nacionalidad sino de la residencia permanente”<sup>10</sup>.

Apostar por el hecho de que los inmigrantes gocen de los mismos derechos legales que los ciudadanos incluidos los de participación y comenzando por el ámbito primario, no es sólo, en mi opinión, la mejor postura para hacer efectiva la integración en sus múltiples perspectivas, sino que constituye un imperativo de justicia (Carens 2004, 398). Por ello los Estados miembros que no reconocen en sus legislaciones el voto local para los inmigrantes o limitan sus derechos sociales, están llamados desde las directrices europeas, tan aludidas para otras cuestiones, a coordinar sus normativas para hacer posible una política de integración multidimensional.

## 1.2- Los agentes de una política de integración multidimensional

Aunque corresponde a los Estados asumir la iniciativa en la puesta en marcha de una política de integración multidimensional, la condición clave para aplicar de modo adecuado este planteamiento es, por una parte, mejorar la coherencia entre las políticas de inmigración, integración y empleo a todos los niveles y en el conjunto de las disciplinas; y, por otra, incluir a los interlocutores sociales, al sector de la investigación, a los proveedores de servicios públicos, a las ONG y otros agentes de la sociedad civil, entre quienes necesariamente se encuentran los inmigrantes<sup>11</sup>.

La puesta en marcha de este tipo de política exige actuaciones en un doble nivel:

- 1- En los países de origen, cuya colaboración resulta vital en la definición de la situación en la que se encontrarán sus nacionales que residan en otro Estado.
- 2- En los países de acogida, potenciando la acción de la sociedad civil en la integración de los inmigrantes.

Los interlocutores sociales, en general a nivel nacional pero de modo muy significativo en el ámbito local, desempeñan un papel fundamental en la representación de los inmigrantes que garantiza la cooperación y comprensión entre los proveedores de servicios y sus usuarios. Estos agentes deben asumir un papel relevante en la integración cotidiana de los inmigrantes,

---

Chambre des représentants de Belgique, 19 février 2004, projet de loi visant à octroyer le droit de vote aux élections communales à des étrangers (texte adopté en séance plénière et soumis à la sanction royale).

<sup>10</sup> La Comisión considera, en la mencionada Comunicación (punto 3.3), que el Tratado podría constituir la base para conceder derechos políticos a los inmigrantes residentes de larga duración. Cfr. Directiva 2003/19/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración

<sup>11</sup> Así lo mantiene la COM (2003) 336, en su punto 3.4, señalando que un mejor gobierno de las cuestiones relacionadas con la inmigración pasa por la cooperación más estrecha entre los diferentes agentes “desde las autoridades locales a las regionales, nacionales y comunitarias, incluyendo a los países de origen”.

potenciando el diálogo para definir y llevar a la práctica las políticas, pero no son los únicos implicados<sup>12</sup>.

Los propios inmigrantes constituyen otro de los agentes clave. Aunque pueda resultar una obviedad el mantener que los inmigrantes deben participar en la integración del colectivo al que pertenecen, parece que la práctica demuestra que no es así, sobre todo si se tiene en cuenta que dicha participación exige una concreción político-jurídica en forma de derechos.

Partiendo del marco teórico que mantiene Phillips (1995 y 1999, 235-256) para defender una "política de la presencia", podríamos señalar cuatro argumentos para defender que es necesario que los inmigrantes puedan actuar en el diseño de una política de integración y, para ello, es vital comenzar por el reconocimiento del voto local:

1- La apuesta por una política de presencia se relaciona, en primer lugar, con la representación simbólica, es decir, en la medida en que los encargados de tomar las decisiones políticas pertenecen mayoritariamente a un grupo, los otros se colocan en una situación de menores políticos. Asistimos así a una especie de *tutela* por parte de ese grupo predominante que trata al minoritariamente representado como si fuesen niños a los que hay que cuidar. Surgen entonces las demandas de mayor (o alguna) representación política para enfrentarse a las jerarquías de poder.

2- Las diferentes posiciones que pueden existir sobre qué aspectos deben de considerarse más importantes concede especial significación al hecho de que los candidatos sean inmigrantes (o de origen inmigrante, de organizaciones comprometidas con el colectivo inmigrante, como ha ocurrido en diversos países europeos<sup>13</sup>) o no.

Reduciendo a términos simplistas la afirmación de Phillips: los inmigrantes (como otros colectivos) creen que los asuntos que les conciernen directamente, y que durante mucho tiempo no ha sido considerados de interés o han ocupado un segundo plano, pasarán a ser cuestionados y defendidos si existe representación.

3- Esta afirmación nos lleva al tercer argumento en favor de una "política de la presencia", según el cual los grupos desfavorecidos necesitan representantes *fuertes* que actúen como sus defensores. Ya no basta con una mera representación simbólica, hay que dar un paso más que asegure la plena representación.

4- El cuarto argumento hace referencia no sólo a la necesidad de que determinados grupos de interés tengan voz, sino también al hecho de que existen determinados puntos de vista que aún no han sido formulados y que deben tenerse también en cuenta. Puesto que las preferencias políticas no constituyen un conjunto cerrado, es fundamental para

---

<sup>12</sup> Vid. Conferencia sobre "Inmigración: el papel de la sociedad civil en la promoción de la integración", Bruselas. 9 y 10 de septiembre de 2002.

<sup>13</sup> Podemos tomar como ejemplo el caso belga, en concreto las elecciones locales de Bruselas en octubre de 2000 en las que se produjo un sorprendente aumento del número de políticos belgas elegidos de origen extracomunitario. Como señalan Jacobs, Martiniello y Rea (2002, 128-132), los datos de estas elecciones "muestran ya un progreso, porque hasta entonces, la representación de las minorías étnicas inmigrantes en la vida política local no había sido tenida en cuenta ni siquiera en los municipios y vecindarios donde los inmigrantes estaban concentrados de manera significativa". La situación para las elecciones de 2006 cambia tras aprobar en 2004 la ley que permite el voto de los inmigrantes.

conseguir una representación más justa asegurar la presencia de los grupos previamente excluidos.

Si se aceptan estos planteamientos, surge el interrogante de cómo hacerlos efectivos, es decir, ¿qué medidas adoptar para conseguir en la práctica una representación de tales grupos?. En el caso de los inmigrantes, la respuesta considero que se encuentra, inicialmente, en el reconocimiento de derechos de participación, entre ellos, el voto local.

## 2- El caso español

Teniendo en cuenta la relevancia de articular una política de integración multidimensional para hacer frente a una parte de los retos que la inmigración supone, así como los elementos y agentes principales que deben configurarla, de acuerdo con las pautas establecidas desde la Unión, me centraré a continuación en el caso español para evidenciar cómo las últimas reformas legislativas nos alejan cada vez de esa deseable política de integración, colocando, al mismo tiempo, al colectivo inmigrante en una situación de *insoportable* precariedad jurídica.

### 2.1- La *desintegración* jurídica de la inmigración

La denominada política de integración española, desde mi punto de vista, no existe, al menos en lo que desde su concepción jurídica (en clave de derechos) sería exigible. Es cierto que desde que la ley 4/2000 introdujo en su título la precisión de "integración social" han proliferado los instrumentos, especialmente en el ámbito autonómico, encaminados a hacerla efectiva<sup>14</sup>. Sin menospreciar los esfuerzos realizados desde estos frentes, la visión que se ha mantenido en España de la integración de los inmigrantes ha sido, y sigue siendo, eminentemente social<sup>15</sup>, como señala el título de la ley, olvidando el papel vital del reconocimiento y garantía de los derechos.

En lugar de optar por asegurar los derechos sociales a todos los inmigrantes y potenciar el reconocimiento de derechos de participación, como claro reflejo de la voluntad política de hacer efectiva la integración, las últimas reformas legislativas nos han acercado a lo que considero una *desintegración* (entendida como ausencia total de inclusión y negación de determinados sujetos) jurídica de la inmigración. Siendo imposible analizar en este trabajo las

---

<sup>14</sup> Con anterioridad a la ley 4/2000, a nivel estatal, se adoptó el Plan para la Integración de las Personas Inmigrantes de 1994, cuyos resultados fueron más bien escasos. Más tarde, se aprobó para el período 2001-2004 el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España (Programa GRECO), que recibió múltiples críticas y del que pueden destacarse pocos resultados. Algunas Comunidades Autónomas, en los últimos años y con desigual suerte han aprobado planes de integración que, al menos de momento en casos muy concretos como Cataluña, Andalucía o Murcia, han sido más eficaces que las medidas estatales. (Vid. CC.OO. 2003 y García Añón 2003, 372-374)

<sup>15</sup> Además la repercusión del trabajo realizado, por ejemplo, por el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes ha sido muy inferior a lo deseable. Cfr. *Memoria de la actividades realizadas por el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes en 2003*, Madrid, 2003. El Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales ha vinculado al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración de la que depende la recién creada Dirección General de la Integración de los Inmigrantes, lo cual puede ser esperanzador de cara a que se revitalicen las medidas relativas a la integración. BOE nº 96, de 20 de abril de 2004.

modificaciones más relevantes introducidas por la ley 14/2003<sup>16</sup>, me limitaré a señalar porqué entiendo que alguno de los cambios legislativos aumentan la exclusión jurídica del inmigrante, teniendo presente que la situación administrativa del extranjero sigue siendo la justificación última del grado de *desintegración*:

a) En cuanto al extranjero extracomunitario residente de larga duración, aunque la *desintegración* es menor que en el siguiente nivel, (puesto que se han realizado mínimos intentos de avanzar, estando todavía lejos de llevar a la práctica, por ejemplo, las directivas en materia de igualdad<sup>17</sup>), persiste todavía el último reducto de diferenciación: la posibilidad de participación política<sup>18</sup>.

La visión utilitarista del inmigrante a la que antes me refería, impide que se le conciba como miembro de la comunidad política, del espacio público comenzando por el municipio en el que se encuentra. La ciudadanía, como categoría a la que aparecen conectados los derechos políticos, se convierte así en lo que De Lucas (2003 a, 58 y 2004, 225) denomina la "jaula de hierro en la modernidad", se vincula con la nacionalidad y el mercado, como categoría monista y excluyente, que impide, poder hablar de integración porque ésta, siguiendo los planteamientos de Phillips antes expuestos, no puede darse sin representación (política, es decir, al menos elegida por inmigrantes) del colectivo implicado.

b) Más precaria es la situación del extranjero extracomunitario en situación administrativa irregular. La propia COM (2003) 336 se refiere a los inmigrantes "ilegales" como un "escollo" para el proceso de integración. La Comisión insiste en que se aborde la situación de los que ya están, de hecho, viviendo en los Estados miembros.

Aún reconociendo los efectos negativos que pueden llegar a tener, la Comunicación acaban admitiendo las medidas de regularización para los inmigrantes irregulares en base a dos premisas (que a menudo obvian las legislaciones nacionales):

a) Por una parte, no puede olvidarse que los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, están bajo la protección de las normas universales de derechos humanos de forma que tienen unos derechos básicos que no se les pueden negar.

---

<sup>16</sup> Vid. Aguelo y Rodríguez Candela (2003, 85-113) y Solanes (2004, 89-128).

<sup>17</sup> Cfr. Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y Directiva 2003/19/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

<sup>18</sup> Parece que comienza ya el debate sobre esta cuestión en el ámbito político así, por ejemplo, como consecuencia de una moción presentada por ERC y enmendada por el PSOE, se aprobó el 18 de mayo de 2004 en el Congreso, lo que se considera una primera formulación de un pacto de Estado en materia de inmigración, en el que los distintos grupos parlamentarios, salvo el Popular, acordaron instar al Gobierno a "avanzar, previo consenso social y político, hacia el derecho de participación política de los residentes legales permanentes en la elecciones locales". Esta propuesta se acordó junto a otras dos: ampliar la duración del visado de búsqueda de empleo y abrir un período de consultas para elaborar un nuevo reglamento. Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria nº 8, 18 de mayo de 2004, VIII Legislatura, pp. 287-294.

b) Por otra parte, hay que admitir que las políticas de integración no pueden lograr plenamente sus objetivos si no abordan las cuestiones derivadas de la presencia de este colectivo.

La ley española, con la última reforma llevada a cabo por la ley 14/2003, opta por una perspectiva contraria, en mi opinión, a la de la Comunicación. En lugar de afrontar la situación de los extranjeros irregulares en España, tomando medidas legales para ello, lo que hace es intentar su *invisibilidad jurídica*. Así entiendo que se observa, por ejemplo, en el hecho de que la regularización permanente, cumpliendo unos requisitos legales y unos plazos determinados, se convierta en una excepción que a la Administración corresponde determinar; o en las distintas previsiones que se han introducido por la ley 14/2003 en la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local en relación al padrón municipal: habilitación de la Dirección General de Policía para acceder a los datos que figuran en este registro administrativo, cesión de dichos datos entre Administraciones, etc.

El padrón que, en mi opinión, sería uno de los instrumentos idóneos para la inclusión de los inmigrantes<sup>19</sup>, nos ofrece el ejemplo más claro de *desintegración* como resultado de esa voluntad de *invisibilidad* que advertía anteriormente.

El planteamiento es sencillo y a la vez sumamente grave: en el caso de los irregulares, derechos como la sanidad, los servicios sociales, etc., siguen dependiendo de la inscripción padronal, al permitir que la policía acceda a los datos de este registro se desincentiva dicha inscripción por el temor a que esa información sea utilizada en contra del extranjero, por ejemplo, dando lugar a una expulsión.

El resultado será que no *existirán* extranjeros irregulares en ningún registro oficial (o el número que figurará será menor al existente), pero no porque en la realidad hayan desaparecido sino porque *jurídicamente se han desintegrado*.

## 2.2- Integración ¿con leyes susceptibles de inconstitucionalidad?

La integración parece un objetivo difícil si se tiene en cuenta que sobre la actual ley 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, pesan dos recursos de inconstitucionalidad, pendientes de resolución, producto de las dos modificaciones que ha sufrido: por la ley 8/2000 y la ley 14/2003.

En el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la ley 8/2000<sup>20</sup> se cuestiona la posible constitucionalidad de los preceptos legales que vinculan derechos como el de reunión, asociación, libertad sindical o huelga, con la autorización de estancia o residencia en

---

<sup>19</sup> Vid. Solanes 2002 (1031-1053) y 2004 (89-128).

<sup>20</sup> Respecto a la ley 8/2000 se interpusieron recursos de inconstitucionalidad por parte del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, el de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el de la Comunidad de las Islas Baleares, el de la Junta de Extremadura y el del Principado de Asturias. Asimismo presentaron recurso el Parlamento Vasco y el de Navarra, la Diputación General de Aragón y el Grupo Parlamentario PSOE en el Congreso. Estos recursos fueron admitidos por el Tribunal Constitucional por providencia de 22 de mayo de 2001 (publicada en el BOE de 1 de junio). El Defensor del Pueblo no presentó recurso de inconstitucionalidad. Vid. *Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la ley orgánica 8/2000, de reforma de la ley orgánica 4/2000*, Archivo del Defensor del Pueblo, Secretaría General Cortes Generales, marzo 2001.

España o de trabajo. Estas previsiones dejan fuera del disfrute de los mencionados derechos a los extranjeros irregulares, o lo que es lo mismo, condicionan el ejercicio de un derecho fundamental a la situación administrativa del extranjero.

La reforma de la ley 14/2003<sup>21</sup> también ha suscitado dudas sobre su compatibilidad con la Constitución. Desde las modificaciones que limitan el derecho a la reagrupación familiar; hasta la reforma de la posibilidad genérica de regularización individual, si se cumplen unos requisitos y plazos; pasando por múltiples innovaciones en cuanto al contingente; las obligaciones de los transportistas; la reforma de la ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para que la extranjería se rija por procedimientos específicos; las transformaciones que afectan al padrón municipal etc., ponen en tela de juicio la voluntad de integración de los inmigrantes.

Sobre la modificación relativa al padrón, en mi opinión una de las más graves por la *desintegración* a la que me he referido, se plantea si se han vulnerado los principios constitucionales aplicables para la protección de datos personales, por ejemplo, el de finalidad<sup>22</sup>.

La ley 14/2003 no menciona qué datos en concreto puede buscar la Dirección General de Policía al acceder al padrón y cuál es la utilidad que van a tener una vez disponga de ellos.

La Agencia de Protección de Datos al ser consultada sobre las previsiones de la ley 14/2003 respecto al padrón señaló que la cesión de datos a los que se refería quedaría limitada a los datos de nombre y domicilio contenidos en el padrón municipal y exclusivamente para las finalidades semejantes a las previstas en dicho registro administrativo, es decir, la determinación de la condición de vecino y de la residencia en el municipio<sup>23</sup>.

La Ley Orgánica de Protección de Datos<sup>24</sup>, establece un régimen especial de las bases de datos creadas para fines policiales. Sólo se justifica la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal, por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y sin que exista consentimiento del afectado, cuando dichos datos sean necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales.

---

<sup>21</sup> Recurso de inconstitucionalidad contra la ley orgánica 14/2003 presentado por el Parlamento Vasco, de acuerdo con la Proposición no de ley aprobada por el Pleno del Parlamento Vasco en sesión celebrada el 13 de febrero de 2004, presentado el 20 de febrero de 2004. El Defensor del Pueblo no interpuso recurso de inconstitucionalidad. Vid. *Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo con ocasión de la solicitud de recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la ley orgánica 14/2003*, Madrid, 24 de febrero de 2004.

<sup>22</sup> Vid., entre otros, Serrano Pérez (2003), STC 292/2000, de 30 de noviembre, Recurso de inconstitucionalidad contra la ley orgánica 14/2003 presentado por el Parlamento Vasco, op. cit., y Dictamen de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española acerca de la posible inconstitucionalidad de determinados artículos de la ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que reforma la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero. Una síntesis puede encontrarse en Aguelo Navarro (2004,103-108).

<sup>23</sup> *Informe de la Agencia de Protección de Datos*, 22 de mayo de 2003, emitido a propósito del anteproyecto de ley que dio finalmente como resultado la aprobación de la ley 14/2003. Vid. [www.agpd.es](http://www.agpd.es).

<sup>24</sup> Artículo 22.2 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE nº 298, de 14 de diciembre). Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 1463/2000. BOE nº 4 Suplemento, 4 de enero de 2001.

En el caso del padrón, los únicos supuestos en los que podría darse el acceso de la policía a los datos de este registro administrativo serían aquellos estrictamente relacionados con sus competencias, según la ley de extranjería, pero estas funciones sobre derechos y libertades de los extranjeros al coincidir con las de carácter policial dificultan al titular de los datos el conocer cual será el uso y destino último de los mismos.

### 3- Recapitulación

De los elementos imprescindibles en la articulación de una política de integración multidimensional, según las pautas europeas, apenas encontramos reflejos en la legislación española: la integración en el mercado laboral es mínima, el acceso a los derechos sociales exige (para los extranjeros irregulares) el empadronamiento y éste se desincentiva con el acceso de la policía a los datos que en él figura, y el debate sobre los derechos de participación de los inmigrantes especialmente los de carácter político (voto local) superando el arcaico principio de reciprocidad, apenas ha comenzado.

Tampoco los agentes fundamentales de esa política tienen un papel relevante en nuestro ordenamiento: la privación de derechos de participación de que son objeto los inmigrantes hace que sus actuaciones se circunscriban a órganos cuyas decisiones, aún siendo relevantes, no tienen carácter vinculante y son obviadas.

Así las cosas parece sostenible afirmar que en el caso español más que una política de integración tenemos una legislación de *desintegración* jurídica del inmigrante, que exige profundas modificaciones como primer paso para la articulación de esa pretendida política de integración multidimensional, (más allá de soluciones parciales como las que un reglamento de desarrollo puede aportar), y da, desgraciadamente, una enorme actualidad a las palabras de Phillips (1999, 244) cuando señalaba "hay algo claramente extraño en una democracia que acepta la responsabilidad de acabar con una situación injusta pero no considera nunca que las víctimas de ella sean la gente adecuada para hacerlo".

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUELO NAVARRO, P. (2004) "La reforma de la ley de extranjería y los derechos y libertades de los extranjeros. El recurso de inconstitucionalidad frente a la LO 14/2003, de 20 de noviembre". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5. pp.103-108.

AGUELO NAVARRO, P. y RODRÍGUEZ CANDELA, J. (2003) "Algunos aspectos críticos del texto de reforma de la LOEx". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 4. 85-113

AMBROSINI, M. (2001) *La fatica di integrarsi*. Bologna :Il Mulino.

AÑÓN, M. J. (2000) "El test de la inclusión: los derechos sociales". Antón, A (coord.) *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*. Madrid: Talasa. 148-191.

BAUBÖCK, R. (2004) "Cómo transforma la inmigración a la ciudadanía: perspectivas internacionales, multinacionales y transnacionales". Aubarell, G. y Zapata, R. *Inmigración y*

*procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*. Barcelona: Icaria. Antrazyt. IEMed. 177-214.

CC.OO. (2003) *Los planes de la Comunidades Autónomas para la integración social de las personas inmigrantes*. Madrid: Confederación Sindical de Comisiones Obreras. Fundación 1º de Mayo.

DE LUCAS, J. (2001) "Una oportunidad perdida para la política de inmigración. La contrarreforma de la ley 8/2000 en España". De Lucas, J., Peña, S., y Solanes, A. *Trabajadores migrantes: una aproximación jurídica a sus derechos*, Valencia: Germania. 33-56.

" (2003 a) *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*. Barcelona: Icaria. Antrazyt.

" (2003 b) "El objetivo de la integración en las políticas de inmigración". Consejo General del Poder Judicial. *Inmigración y Derecho*. Madrid: Estudios de Derecho Judicial. CGPJ. 129-141.

" (2004) "Ciudadanía: la jaula de hierro para la integración de los inmigrantes". Aubarell, G. y Zapata, R. *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*. Barcelona: Icaria. Antrazyt. IEMed. 215-236.

FERRATER MORA, J.(2001) *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Ariel.

GARCÍA AÑÓN, J. (2003) "Inmigración y derechos de ciudadanía: la integración de los inmigrantes en las políticas públicas locales y autonómicas". Aubarell, G. (dir). *Perspectivas de la inmigración en España. Una aproximación desde el territorio*. Barcelona: Icaria. Antrazyt. 349-392.

PHILLIPS, A. (1995) *The politics of presence*. Oxford: Oxford University Press.

" (1999) "La política de la presencia: la reforma de la representación política". García, S. y Lukes, S. *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación*, Madrid: Siglo XXI. 235-256.

JACOBS, D., MARTINIELLO, M., y REA, A. (2002) "Cambios en la participación política de los inmigrantes en la región de Bruselas capital. Elecciones de octubre de 2002". *Migraciones*, 11. 113-139.

SARTORI, G. (2001) *La sociedad multiétnica. Pluralismo, Multiculturalismo y Extranjeros*, Madrid: Taurus.

SERRANO PÉREZ, M. (2003) *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Madrid: Civitas.

SOLANES, A. (2002) "El padrón municipal como mecanismo de inclusión de los extranjeros indocumentados". Baño, J. M. y Climent, J. (coord.). *Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al profesor José Mª Boquera Oliver*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1031-1053.

" (2004) "Las deficiencias de la política española sobre inmigración" y "Breve comentario sobre la reforma de la Ley de Extranjería y las últimas modificaciones que afectan al régimen jurídico del extranjero en España". VV. AA. *Inmigración, Sociedad y Estado. Una cuestión abierta*. Junta de Andalucía. Consejería de Asuntos Sociales. Dirección General de Bienestar Social. 89-115 y 119-128.

WIHTOL DE WENDEN, C. (2003) "Pour le droit de vote des immigrés aux élections municipales". Guillot, J. (dir.). *Immigració i poders locals. Ciutats i Persones*. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials. 251-258.

ZAPATA-BARRERO, R. (2001) *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*. Barcelona: Anthropos.

" " (2004) *¿Existe una cultura de acomodación en España?. Inmigración y procesos de cambio en España a partir del 2000*. Barcelona: CIDOB Edicions.



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciutadania i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de novembre de 2004

## MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

«Extranjería, legislación y consistencia del Ordenamiento Jurídico»

**Alberto Carrio Sampedro (Universidad de Oviedo)**

### Introducción<sup>1</sup>.

La diferencia de trato jurídico recibida por los extranjeros con respecto a los nacionales de un determinado Estado, con la consiguiente discriminación que ello conlleva, ha sido uno de los aspectos más transitados en los trabajos realizados últimamente sobre inmigración y extranjería. La ciudadanía, se ha afirmado con acierto, constituye hoy una categoría excluyente e incluso regresiva (Ferrajoli 2001, 57) frente a aquellos que carecen del estatus de ciudadano. Para superar esta situación se han realizado interesantes propuestas que ahondan en la necesidad de avanzar en la equiparación en derechos de nacionales y extranjeros. Sobresalen, entre ellas, las que defienden el derecho de participación política de los extranjeros, vinculándolo así a la residencia y no, como hasta ahora, a la nacionalidad (Presno 2002, 534 ss.), lo cual evidencia la necesidad, ya apuntada por de Lucas (2001, 33), de redefinir el pacto social de tal modo que ello permita recuperar el ámbito político como actividad propia de una comunidad libre de iguales.

Sin perjuicio de la aparente necesidad de repensar los actuales modelos de ciudadanía, resulta necesario, además, hacer especial hincapié en otro aspecto vinculado estrictamente al ámbito jurídico al que, a nuestro entender, se ha prestado menos atención. Este es el que se refiere a la producción indebida de determinadas normas jurídicas que, en ocasiones, puede suponer la restricción ilegítima de ciertos derechos. Conviene, por ello, diferenciar entre las desigualdades consentidas por el propio ordenamiento jurídico de aquellas otras que no lo son.

En la actualidad es ampliamente asumida la idea de que los ordenamientos jurídicos conforman una estructura jerárquica de la que resultan determinados límites para la producción normativa. El Derecho sería un sistema que regula su propia producción (Kelsen) o un sistema autopoyético (Luhman). La asunción de estos presupuestos conlleva, habitualmente, la consecuencia inmediata de que las argumentaciones en torno a la producción jurídica queden recluidas o cerradas en los términos del propio sistema jurídico. Una consecuencia práctica de esto sería que las decisiones jurídicas sean criticadas (o justificadas) "en relación a un determinado sistema jurídico, esto es, al que concede competencia para adoptar la específica decisión de este tipo", Caracciolo (2000, 162).

Ahora bien, aceptar esta postura ontológica acerca del Derecho obliga a suponer una cierta racionalidad de toda actividad jurídica, no sólo en la vertiente de creación y aplicación de las normas, sino también en su aspecto externo, es decir, en su operatividad o eficacia social, así

---

<sup>1</sup> \* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación PB-0251, denominado "Seguridad Jurídica y técnica legislativa" financiado por la Fundación para el Fomento en Asturias de la Investigación Científica Aplicada y la Tecnología (FICYT).

como en el modo peculiar de “interpretar” o “leer” la realidad social desde los propios esquemas jurídicos. El objetivo del presente trabajo consistirá en abordar desde una perspectiva crítica la necesaria conjugación de teoría y praxis.

Comenzaremos apuntando de forma necesariamente esquemática los criterios básicos de la concepción teórica que entiende el ordenamiento jurídico como un conjunto sistematizado de normas, para considerar, después, hasta qué punto la teoría se deja enfrentar a una realidad jurídica como la diseñada por la legislación de extranjería española. En otras palabras, trataremos de comprobar aquí, tomando como contexto jurídico positivo de referencia la legislación de extranjería, si esta realidad jurídico práctica efectiva se deja describir bien por los conceptos formales de la teoría o si ha de ser considerada práctica inconsistente, esto es, no justificada jurídicamente.

### **Ordenamiento jurídico y sistematización normativa.**

Se partirá aquí de considerar las relaciones entre normas como relaciones nodales de todo ordenamiento jurídico. Esto presupone, cuando menos, dos premisas: a) que las normas constituyen los elementos o unidades mínimas del Derecho; y b) que es justamente en las relaciones internormativas donde se genera el “sistema jurídico”. A partir de ello, se abre una perspectiva que podemos llamar “formal” acerca del Derecho. Por “formal” entenderemos aquí una aproximación “estructural” en el sentido en que Bobbio (1955, 8 y 35) usa este concepto para referirse a la Teoría General del Derecho. Es decir, se tratará de indagar no tanto en las relaciones de contenido entre las normas y sus objetos de referencia, cuanto en las relaciones estructurales entre las propias normas abstractamente consideradas (como formas o procedimientos).

Una característica sobresaliente del ordenamiento jurídico, bajo esta óptica, es que las normas jurídicas se remiten de hecho unas a otras, y esto determina que la normatividad jurídica tenga, efectivamente, una dimensión “metalingüística” o autorreflexiva. El Derecho sería una práctica que regula la producción de normas y una práctica que produce nuevas normas de acuerdo con dicha regulación.

Como cuestión previa será necesario, sin embargo, establecer un criterio que permita identificar las normas que pertenecen al ordenamiento jurídico. Consideraremos, en primer lugar, como normas pertenecientes al sistema jurídico todas las disposiciones contenidas en la Constitución, esto es, las normas soberanas u originarias ( $N_0$ ). En segundo lugar, tendremos aquellas normas que, siguiendo el procedimiento de producción normativa previsto en la propia Constitución ( $P_N$ ), hayan sido promulgadas por cualquier autoridad ( $A_1, A_2, \dots, A_i$ ) a la que las propias normas constitucionales facultan para dictar normas subsiguientes ( $N_1, N_2, \dots, N_i$ ). Por la misma razón habrá que considerar que han dejado de pertenecer al sistema todas aquellas normas que, siguiendo también el procedimiento derogatorio previsto ( $P_D$ ), hayan sido eliminadas o modificadas por la autoridad que tenga atribuida competencia para ello.

Según lo anterior, no habría mayor dificultad para identificar las normas originarias o supremas ( $N_0$ ) ni tampoco el resto de normas que se encuentren en los escalones

normativos subsiguientes ( $N_i$ ). En virtud de los criterios antedichos y de acuerdo con las cláusulas de competencia mencionadas, pertenecerán al sistema todas aquellas normas que, siguiendo el procedimiento previsto, hayan sido promulgadas y no derogadas por la autoridad ( $A_i$ ) facultada para ello. Ahora bien, la cuestión se complica a la hora de enjuiciar la adecuación de éstas últimas (las normas producidas ( $N_i$ )) a lo dispuesto en las normas originarias ( $N_o$ ) —o, en su caso, a lo contemplado en las que se encuentren en un nivel jerárquico superior a las mismas— no sólo desde un punto de vista procedimental o formal, sino también y sobre todo desde un punto de vista material o relativo a los contenidos regulados. Aquí estaría el nudo del concepto de validez. Este problema podría ser resuelto acudiendo a la noción de competencia, si por tal se entendiera no solo la facultad concedida a una autoridad para “realizar actos normativos que modifiquen el estatus deóntico de ciertas acciones” (Alchourrón y Bulygin 1991, 242), sino aquella facultad cuyo ejercicio incluye el dictado de normas que respeten o no contradigan el contenido de las normas superiores reguladoras de su producción.

### **Competencia normativa, pertenencia y validez jurídica**

Íntimamente ligados a la noción de competencia antes enunciada están los principios constitucionales de legalidad y jerarquía normativa (art. 9.3 CE). Tanto es así que la conocida regla *lex posterior derogat priori* tan sólo puede ser aplicada a actos normativos que proceden de autoridades situadas en el mismo escalón jerárquico, pero no entre normas provenientes de autoridades supra y subordinadas entre sí<sup>2</sup>. Nos encontramos aquí, por tanto, con un primer criterio de restricción para la acción normativa de ciertas autoridades que viene establecido por las propias normas originarias del ordenamiento.

Para los órganos constituidos se impone, en resolución, un criterio normativo de competencia. Este criterio obliga, además, cuando los órganos que gozan de potestad normativa se encuentran estratificados en diferentes niveles jerárquicos, a que prevalezca el acto normativo producido por el órgano superior sobre el realizado por el inferior, aunque este último sea posterior en el tiempo.

En todos los ordenamientos existen, según lo que se acaba de decir, normas de competencia, esto es, normas que atribuyen a determinados sujetos, individuales o colectivos, la capacidad de realizar actos normativos, de crear normas<sup>3</sup>. La noción de competencia como criterio identificador de las normas pertenecientes a un determinado ordenamiento jurídico, entronca directamente con el problema de la validez normativa.

---

<sup>2</sup> “La regla *lex posterior* —como afirman Alchourrón y Bulygin (1991, 242 y 243)— no es, pues, una regla contingente, sino que es conceptualmente necesaria en la medida en que existe una autoridad normativa con competencia para cambiar la calificación deóntica de determinadas conductas”.

<sup>3</sup> Esta definición de norma de competencia puede ser identificada, a nuestro entender, con las que Hernández Marín (1998, 333) denomina “normas de competencia en sentido amplio”. Similar, aunque más comprometida, es la definición de normas de competencia que ofrece Ferrer (2000, 125), ya que en su opinión éstas son “aquellas reglas que atribuyen a determinados individuos la capacidad de crear *normas válidas* (según el sistema de referencia) o de realizar *actos jurídicos válidos* (según ese mismo sistema)”, las cursivas son nuestras.

## Las reglas en juego. Legislación y consistencia del sistema.

Si bien es cierto que, por considerar en primer lugar las normas originarias de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución española (en adelante CE) no se ocupa en ningún momento de diseñar las directrices que han de seguirse con respecto a la política inmigratoria (Villaverde 2003, 141), sino que tan sólo remite la regulación de la inmigración y extranjería, como materias reservadas a la exclusiva competencia del Estado (art. 149.1.2 CE), a su posterior desarrollo legal. No lo es menos que este posterior desarrollo legislativo queda sujeto, por prescripción de esas mismas normas originarias, a los límites que éstas contemplan en lo que a los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas se refiere. Por previsión expresa de la propia norma constitucional se impone, además, como canon interpretativo de dichas normas, la conformidad de éstas con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como con el resto de tratados y acuerdos internacionales que, habiendo sido suscritos por España, se encuentren en vigor (art. 13.1 CE). Contrariamente a lo que en ocasiones parece suponerse, éste es, pues, un primer criterio de desigualdad contemplado por el propio ordenamiento<sup>4</sup>. Como el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de recordar (por todas SSTC 107/1984 FJ 4 y 95/2000 FJ 3), los principios constitucionales de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) quedan reservados únicamente para los españoles, por lo que, como afirma Villaverde (2003, 147), “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”. Ahora bien, una vez sentado lo anterior, no cabe deducir de ello que el legislador goce de absoluta libertad para restringir (aunque sí para ampliar) los derechos de los que puedan gozar los extranjeros en España. El ámbito de maniobra en el que puede moverse el legislador, aunque amplio, no es ilimitado, sino que queda circunscrito a las normas que el propio ordenamiento ha puesto en juego.

### 3.1. Normas originarias y tratados internacionales como límite de la potestad legislativa.

Como es sabido la política inmigratoria ha dejado de ser, en lo que al ámbito regional europeo se refiere, una cuestión nacional para pasar a convertirse en objetivo común de la propia Unión. La definitiva comunitarización de estas políticas ha sido llevada a cabo mediante la modificación efectuada por el Tratado de Ámsterdam en el Título IV del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE, en adelante). Esta comunitarización ha supuesto que el fenómeno de la inmigración haya pasado a ser objeto de la acción normativa de la propia Unión, con el loable fin de hacer del territorio europeo un espacio común de libertad, seguridad y justicia en el que prime el respeto a la legalidad internacional así como el reconocimiento y protección de los derechos humanos.

---

<sup>4</sup> Lo que, en principio, parece contradecir la tesis sostenida por el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos según el cual “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”; *cfr.* Art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

Para alcanzar estos fines se propone una gestión armónica de los flujos migratorios procedentes de las fronteras exteriores de la Unión, con el objetivo de luchar contra la inmigración ilegal y conseguir, dentro de ellas, una progresiva equiparación en derechos de los extranjeros con los nacionales de los países miembros<sup>5</sup>. La insistencia por parte de la Comisión en la necesidad de analizar y dar respuesta a este fenómeno desde una perspectiva multidisciplinar: económica, jurídica, cultural..., que permita emprender un camino sin retorno a la plena integración de los inmigrantes<sup>6</sup>, choca, sin embargo, con los intereses nacionales de algunos Estados miembros. Resulta por ello importante subrayar, como advierte de Lucas (2003, 21), el cinismo instrumental presente en la mayoría de las políticas de inmigración estatales, las cuales continúan concibiendo al inmigrante en términos de rentabilidad económica o de las necesidades demográficas del Estado. La inmigración se convierte de este modo en un valor de cambio, en un medio a través del cual asegurar la contribución al sustento de las arcas estatales que permita hacer frente al pago de pensiones o al sostenimiento del sistema de salud pública. El inmigrante, en definitiva, se concibe más en términos económicos que jurídicos, antes como objeto que como sujeto dotado de derechos. Buena muestra de la visión instrumental que existe con respecto a la inmigración es, en nuestra opinión, la no sujeción al plazo de cinco años —fijado con carácter general para la acción del Consejo (art. 67 TCE)—, de aquellas medidas que se deban adoptar en temas tales como las condiciones de entrada o residencia, expedición de visados de larga duración (art. 63.3 TCE), o las que definan los derechos y las condiciones con arreglo a las que los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado de la Unión puedan trasladar su residencia a otro Estado miembro (art. 63.4 TCE).

Ahora bien, no debe olvidarse que toda esta construcción comunitaria se apoya en otra base jurídica previa que no puede ser obviada. Por ello toda acción normativa —nacional o comunitaria— que se efectúe con respecto a la inmigración deberá tener presente los instrumentos jurídicos de carácter general que como el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>7</sup> (en adelante CEDH) o la Carta Social Europea<sup>8</sup> (en adelante CSE) se constituyen en fundamento y base de la propia Unión (art. 6.1 y 2 TUE; art. 136 TCE).

En el caso de España, amén de lo contemplado en otros textos de carácter internacional, y para lo que ahora interesa, son de obligada observancia y respeto (art. 10.2 CE), los derechos de reunión y asociación (arts. 21.1 y 22.1 CE) incluida la sindical (art. 28.1 CE; art. 11.1 CEDH<sup>9</sup>; art. 19.4 b) CSE; art. 28 del Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del

---

<sup>5</sup> Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal, COM (2001)672 FINAL.

<sup>6</sup> Vid. COM (2000) 757 y COM (2001) 387.

<sup>7</sup> Vid. Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, enmendado por el Protocolo nº 11 de 11 de mayo de 1994. Entrada en vigor para España: 4 de octubre de 1979. El texto enmendado por el Protocolo núm. 11 (BOE núm. 152, de 26 de junio de 1998; corrección de errores en BOE núm. 223, de 17 de septiembre de 1998) entró en vigor con carácter general y para España el 1 de noviembre de 1998.

<sup>8</sup> Vid. Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961. Entrada en vigor para España: 5 de junio de 1980, BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980.

<sup>9</sup> Cfr. Art. 11.1 CEDH, cit. Repárese en que la Reserva efectuada por España en virtud de lo dispuesto en el art. 64 del Convenio (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979), tan sólo afecta a este artículo en la medida en

Trabajador Migrante<sup>10</sup>, art. 12 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>11</sup>); el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales y autoridades administrativas (art. 13 CEDH; art. 19.7 CSE; art. 26.1 del Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante) el cual debe ser completado con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE y art. 13 por interpretación conjunta con el art. 6 CEDH, y, explícitamente, art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Todos los derechos y libertades mencionados forman parte del ordenamiento jurídico español. Unos, los más, por ser normas originarias del propio ordenamiento. Otros, como es el caso de los derechos contemplados en los convenios o acuerdos internacionales (CEDH, CSE, Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante) por venir así previsto por esas mismas normas originarias (art. 96.1 CE)<sup>12</sup>. Los restantes, por provenir de un organismo internacional en favor del cual el Estado ha consentido en ceder determinadas competencias normativas derivadas de la propia Constitución<sup>13</sup>, y en cuyo ejercicio se han creado normas obligatorias para España —Derecho derivado (art. 93 CE)—, cuya garantía de cumplimiento corresponderá, según los casos, a las Cortes Generales o al Gobierno de la nación (art. 93 CE *in fine*)<sup>14</sup>.

### Límites internos y competencia legislativa.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, son competentes para dictar leyes, tienen atribuida potestad legislativa, las Cortes Generales (art. 66.2 CE), y también, aunque más restringidamente, el Gobierno en virtud de la delegación legislativa (art. 82.1 CE). Del mismo modo que los anteriores, pero en sentido negativo, el Tribunal Constitucional está facultado para declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma jurídica con rango de ley (art. 161.1 a) CE, art. 27.1 y 2 LOTC)<sup>15</sup>. Todos estos órganos tienen, además, atribuida competencia en relación con la celebración de tratados internacionales. Las Cortes

---

que el mismo fuera incompatible con la regulación de los derechos de asociación y sindicación con respecto a las Fuerzas Armadas, Jueces, Magistrados y Fiscales (arts. 28.1 y 127.1 CE), sin que pueda restringirse a ninguna otra persona ya que el mismo comienza con un ilustrativo “todos tienen derecho a sindicarse libremente”.

<sup>10</sup> Cfr. Art. 28 del Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, de 24 de noviembre de 1977, entrada en vigor general y para España: 1 de mayo de 1983 (BOE núm. 145, de 18 de junio de 1983).

<sup>11</sup> Cfr. Art. 12 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, DO C 364, de 18 de diciembre de 2000.

<sup>12</sup> Todos estos Tratados y Acuerdos internacionales se incorporan al ordenamiento español sin más requisito que el de su publicación (art. 96 CE), exigido de forma genérica por el art. 9.3 CE.

<sup>13</sup> Cfr. Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, BOE núm. 189, de 8 de agosto.

<sup>14</sup> Este derecho derivado, como afirma de Otto (1995, 123) “sigue la suerte de los tratados y queda incorporado por sí mismo al ordenamiento español con su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades, suficiente para cumplir el requisito de publicidad del art. 9.3, pues hay que entender que la cesión de competencias engloba también la publicación”.

<sup>15</sup> Cfr. art. 27.1 y 2 de La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, BOE núm. 239, de 5 de octubre. Este poder ilimitado para examinar la constitucionalidad de las leyes y, en su caso, anularlas por falta de coherencia con los preceptos constitucionales, representa, a decir de Kelsen (1995, 318), una notable restricción al poder del órgano legislativo. *Vid.*, también Habermas (1998, 353).

Generales, por venir requerida su previa autorización para contraer obligaciones por medio de ciertos tratados o convenios internacionales — entre ellos, los que afecten a los derechos y deberes fundamentales— (art. 94.1 CE). El Gobierno, en cuanto a la celebración de los restantes, con la obligación de informar inmediatamente al Congreso y al Senado de su conclusión (art. 94.2 CE). Y el Tribunal Constitucional, en definitiva, por ser el órgano encargado de examinar si las estipulaciones contenidas en los mismos resultan o no conformes con la Constitución (art. 95.2 CE, art. 2.1.e) LOTC). Hay, sin embargo, una importante particularidad con respecto a las disposiciones de estos tratados, ya que las mismas gozan de una especial resistencia a los actos normativos con fuerza de ley, dado que “tan sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional” (art. 96.1 CE *in fine*). Esta particular resistencia del tratado frente a la ley, representa, a nuestro entender, una limitación a la posibilidad de que los órganos del Estado que tienen atribuida capacidad normativa dicten disposiciones que supongan la derogación, modificación o suspensión de las estipulaciones contenidas en los tratados o convenios internacionales que, habiendo sido validamente suscritos por España, se encuentren en vigor<sup>16</sup>.

### **Normas originarias, normas derivadas y consistencia del ordenamiento.**

Los preámbulos o exposiciones de motivos de la legislación, esto es, de las normas derivadas (N<sub>d</sub>), suelen ser un buen ejemplo de la aspiración de consistencia que encierra todo ordenamiento jurídico. Es habitual que en ellos, tomando como criterio lo dispuesto en las normas originarias —amén de lo contemplado en cualesquiera otras normas (N<sub>1</sub>, N<sub>2</sub>...)—, se ofrezcan determinadas explicaciones tendentes a justificar la acción normativa efectuada. Entre estas “razones” suele encontrarse alguna que hace referencia a la pretensión de “sistematicidad” o “unidad” del ordenamiento, generalmente aludiendo a la necesidad de adecuar cierta regulación a lo exigido por tal o cual norma, o la de incorporar determinados compromisos internacionales asumidos por el Estado. Estos preámbulos constituyen un buen exponente de la tesis aquí sostenida. Esta es: dar normas implica no sólo la acción práctica de su promulgación (operación que se encuentra, a su vez, normativamente guiada) sino también la representación de dicha acción como determinada por las propias normas (Vega 2000, 507). En esto consistiría la racionalidad de la autoridad normativa, en ejercer de forma reflexiva el poder normativo que le ha sido conferido. Dar normas por parte de una autoridad derivada, significa, en definitiva, practicar otras normas, aquellas que han conferido a la autoridad la facultad normativa (Raz 1991, 121)

#### **4.1. Normas originarias y canon de consistencia.**

Tomaremos ahora como parámetro de consistencia del ordenamiento jurídico las normas originarias o soberanas (N<sub>o</sub>). Entre ellas, hemos citado como de especial relevancia los principios de legalidad y jerarquía normativa recogidos en el título preliminar (art. 9.3 CE). La dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, como fundamento

---

<sup>16</sup> Sobre este tipo de normas que limitan la competencia del legislador, *vid.*, Hernández Marín (1998, 319), Guastini (1999, 310) y Peña Freire (2003, 151).

del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). Se ha puesto de manifiesto, asimismo, la obligación de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades de *todas* las personas de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el resto de tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (arts. 10.1 y 10.2 CE). Hemos afirmado también que puesto que la igualdad ante la ley se reserva en principio tan sólo para los españoles (art. 14 CE), los derechos y libertades de los que puedan gozar los extranjeros en España serán algunos (o todos, si el legislador quisiera extender el disfrute a los extranjeros de los reservados para los españoles) de los contemplados en el Título I CE, en los términos que los tratados y la ley establezcan (art. 13.1 CE). Y, por tanto, las restricciones que el legislador español pretenda imponer al disfrute de estos derechos por parte de los extranjeros quedarán constreñidas, a su vez, por lo que dispongan al respecto los diferentes tratados internacionales sobre la materia, al considerarse éstos (art. 96.1 CE) como “límite de lo que el legislador nacional pueda disponer al respecto” (Villaverde 2003, 146). Se ha hecho referencia, por último, a la competencia que las normas originarias atribuyen al Tribunal Constitucional para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes y del resto de disposiciones normativas con fuerza de ley (art. 161.1 a) CE)<sup>17</sup>, así como los plenos efectos que, frente a todos, tienen sus sentencias cuando declaren la inconstitucionalidad de cualquier norma con fuerza de ley (art. 164.1 CE)<sup>18</sup>.

Vinculado a la noción de competencia se ha ofrecido también un criterio de pertenencia normativa (normas *pertenecientes* eran aquellas que hubieran sido producidas siguiendo el procedimiento previsto [P<sub>N</sub>]). También afirmamos que habrían *dejado de pertenecer* al ordenamiento jurídico todas aquellas normas que, siguiendo también el procedimiento previsto (P<sub>D</sub>), hubieran sido derogadas por la autoridad que tuviese atribuida competencia para ello. Como tales habrá que considerar, entonces, no sólo las que han sido derogadas por el legislador en virtud del criterio de *lex posterior*, sino también todas las que han sido declaradas inconstitucionales y nulas por el Tribunal Constitucional. Asimismo, y dado que según lo dispuesto en las propias normas originarias, las declaraciones de inconstitucionalidad vinculan a todos los Poderes Públicos, habrá que entender que tanto el legislador como el resto de autoridades derivadas se encuentran vinculadas por la doctrina emanada de este tipo de resoluciones<sup>19</sup>.

#### 4.2 Legislación de extranjería e inconsistencia sistemática.

Supondremos ahora que el resto de las normas promulgadas por cualquier autoridad normativa (A<sub>i</sub>) a la que las normas originarias facultan para dictar normas deberá observar — esto es, ni limitar ni contradecir— el contenido mínimo que aquéllas han impuesto, tal y como haya sido interpretado, en su caso, por el Tribunal Constitucional. Si esta observancia

---

<sup>17</sup> En el mismo sentido, art. 2.1.a) de la Ley Orgánica 2/1979, cit.

<sup>18</sup> “Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*”, *cfr.* art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1979, cit.

<sup>19</sup> Quizá no resulte superfluo recordar aquí que la declaración de inconstitucionalidad de cualquier norma con fuerza de ley puede conducir a la revisión de procesos fenecidos, en concreto a los de naturaleza sancionadora, *cfr.* art. 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, cit.

se respetase estaría justificado pensar que nos encontramos ante un ordenamiento jurídico consistente, ya que el mismo no contendría normas incompatibles<sup>20</sup>. Lo acaecido con la legislación de extranjería española supone, empero, un ejemplo de cómo tal pretensión de consistencia ha resultado, a nuestro juicio, incumplida.

Tras las sucesivas reformas a las que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEXIS), se ha visto sometida<sup>21</sup>, cabría pensar que las mismas se han venido realizando no sólo para dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 13 CE y a la reiterada jurisprudencia constitucional al respecto<sup>22</sup>, sino también para mejorar y simplificar la gestión de los trámites administrativos que deben realizar los extranjeros, dando así entrada a las recomendaciones emitidas por diferentes organismos internacionales<sup>23</sup>. Esto es, sin embargo, sencillamente falso.

En primer lugar no sólo es incierto que la tramitación de permisos y visados se haya simplificado en las últimas reformas, sino que ésta resulta ahora más complicada. No constituye nuestro objetivo, sin embargo, criticar aquí que la Ley Orgánica 14/2003 incorpore, mediante disposición adicional, nuevas causas de inadmisión de solicitudes, sino dar cuenta de la incongruencia que esto supone para con el resto del ordenamiento. Y, en efecto, no puede decirse que resulte demasiado acorde con la pretensión garantista que nuestra Constitución incorpora, la apelación a motivos de tan escaso peso jurídico como

---

<sup>20</sup> Un ordenamiento en el que la producción de normas se efectuara de este modo sería similar, aunque no idéntico, al que Moreso (1993, 105) denomina “mundo jurídico óptimo”.

<sup>21</sup> No estará de más recordar aquí que las sucesivas modificaciones fueron realizadas al calor de una mayoría parlamentaria no siempre respetuosa con los más elementales principios de una técnica legislativa que se pretenda verdaderamente democrática. Un detallado seguimiento y análisis de la tramitación parlamentaria de las leyes de extranjería puede encontrarse en Vidal Fueyo (2001, 180-183). No terminarán aquí, sin embargo, los avatares del anterior ejecutivo con la normativa de extranjería. Efectivamente, en sentencia de 20 de marzo de 2003, la Sala Tercera del Tribunal Supremo anuló íntegra o parcialmente trece artículos del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, al constituir los mismos una clara contravención de la propia Ley para cuya ejecución se había dictado, o suponer una regulación restrictiva de determinados derechos configurados legal o constitucionalmente, *cf.* STS, de 20 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, Aranzadi, RJ 2003/2422. A raíz de este fallo, se plantea una vez más la necesidad de una nueva reforma, la cual también pretende llevarse a cabo siguiendo el trámite de urgencia. Para un análisis crítico de las actuaciones llevadas a cabo para la aprobación de la Ley Orgánica 14/2003, hasta ahora última de las leyes de reforma, *vid.*, (Carrio 2004, 2).

<sup>22</sup> “Respecto a la modificación del Título I, cuyo contenido es especialmente importante —reza el apartado IV de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2000, cit.—, se ha perseguido cumplir el mandato constitucional del artículo 13 que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la misma, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley, así como la Jurisprudencia al respecto del Tribunal Constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre; 99/1985, de 30 de septiembre; 115/1987, de 7 de julio, etc.). Se ha conjugado este mandato constitucional con los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como país miembro de la Unión Europea”.

<sup>23</sup> Éste parece ser, al menos, uno de los objetivos perseguidos con la última reforma, según reza el apartado II de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2003, cit.

parecen ser “la *insuficiente acreditación* de representación”<sup>24</sup>; o que conste abierto, contra el solicitante, un procedimiento administrativo en el que “*pueda proponerse la expulsión*”<sup>25</sup>; o, en fin, que “se trate de solicitudes *manifiestamente carentes de fundamento*”, o que la misma no venga “*realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por la ley*”<sup>26</sup>. El legislador está autorizado, en principio, para establecer nuevas y más intrincadas causas de indamisión de solicitudes. Ello, sin embargo, en ningún caso puede implicar que la apreciación y valoración de estas causas quede sometida al único criterio de la administración como ahora ocurre, porque esto, llanamente, no se ajusta al control de la actuación administrativa por parte de los tribunales que la Constitución exige (art. 106.1 CE)<sup>27</sup>.

Será interesante ocuparse, para finalizar, en relación con la actuación administrativa, de lo que la legislación de extranjería dice incorporar y, sin embargo, omite. Nos referimos a la doctrina del Tribunal Constitucional que, como más arriba quedó dicho, la propia exposición de motivos de esta ley cita como una de las causas de la reforma. Así, mientras el propio TC, en muy consolidada doctrina, ha venido declarando que la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales y, por extensión de los administrativos, una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto dicha motivación constituye una exigencia derivada del artículo 24.1 CE<sup>28</sup>, el legislador de extranjeros exime de motivación la denegación del visado. En efecto, según redacción dada por la última reforma a esta ley, no sólo podrán fijarse por vía reglamentaria “*otros criterios*” para la denegación del visado<sup>29</sup>, sino también que la denegación de éstos tan sólo “deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena”<sup>30</sup>. Esta novedosa exención, no sólo constituye, en nuestra opinión, una excepción al régimen general<sup>31</sup>, sino que contribuye

---

<sup>24</sup> Recuérdese que el art. 32.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, entiende la falta o insuficiencia de esta acreditación como un defecto subsanable.

<sup>25</sup> Se convendrá, al menos, que la dicción literal de este precepto parece adecuarse mal con la presunción de inocencia que, por imperativo constitucional, ha de suponersele a *toda persona* (art. 24.2 CE *in fine*). Máxime si se repara en el hecho de que se toma en consideración el procedimiento administrativo sancionador incoado contra el extranjero como causa de inadmisión, cuando éste no necesariamente tiene porqué terminar con la imposición de la sanción de expulsión que se presume.

<sup>26</sup> *Cfr.* apartados 1, 4, 6 y 8 de la Disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 14/2003, cit. Las cursivas del texto son nuestras. Repárese que, según lo expuesto en la nota 25, lo que en el régimen general supone un mero defecto subsanable, representa para los extranjeros que el procedimiento ni siquiera llegue a iniciarse.

<sup>27</sup> *Vid.*, por todas, STC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2.

<sup>28</sup> *Vid.*, por todas, SSTC 235/1998, de 14 de diciembre, FJ 2; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 5; 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4 y 150/2001, de 2 de julio, FJ 4.

<sup>29</sup> “Para supuestos excepcionales podrán fijarse por vía reglamentaria otros criterios a los que haya de someterse el otorgamiento y denegación de visados”, *cfr.* art. 27.5 de la Ley Orgánica 14/2003, cit.

<sup>30</sup> *Cfr.* art. 27.6 de la Ley Orgánica 14/2003, cit.

<sup>31</sup> El visado es un acto discrecional de la administración y como tal, según exige el art. 54 de LRJ y PAC, debe ser motivado.

a fomentar la arbitrariedad administrativa cuya interdicción se propone la propia Constitución (art. 9.3 CE, art. 106.1 CE)<sup>32</sup>.

Realizaremos, por último, una breve referencia a los derechos de reunión y asociación en relación con la doctrina emanada de la STC 115/87, ya que la misma ha sido tenida en cuenta para la reforma<sup>33</sup>. Hay que advertir, en primer lugar, que estos derechos, cuyo ejercicio somete la legislación de extranjería a la previa autorización administrativa de estancia o residencia<sup>34</sup>, son derechos fundamentales de *todas* las personas, dado que nuestra Constitución no reserva su disfrute únicamente para los españoles (art. 21.1 CE, art. 22.1 CE)<sup>35</sup>. Como consecuencia de lo anterior, difícilmente podrá considerarse conforme con nuestra Constitución, menos aun con la lectura que el Tribunal Constitucional hace de ella en la sentencia citada, el sometimiento de los mismos a la previa obtención de una autorización administrativa. Tanto el derecho de reunión como el de asociación vienen reconocidos de forma plena en la norma fundamental y, por ello, supeditar su ejercicio a la obtención de una previa autorización administrativa supone tanto como habilitar al legislador para que pueda modificar a su antojo el contenido, hasta ahora preceptivo e imperativo para todos los Poderes Públicos, de estos derechos fundamentales<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> *Vid.*, por todas, STC 111/2002, 6 mayo, FJ 4.

<sup>33</sup> *Vid.* apartado IV de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2000, cit.

<sup>34</sup> Los art. 7.1 y 8 de esta ley reconocen la libertad de reunión y asociación, respectivamente, las cuales podrán ser ejercidas por los extranjeros "cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España", *cfr.* art. 7.1 y 8 de la Ley Orgánica 4/2000, cit.

<sup>35</sup> En palabras del TC: "El art. 21.1 de la Constitución afirma genéricamente que «se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas», sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los «españoles», y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos". En parecidos términos se expresa el alto Tribunal con respecto al derecho de asociación: "Debe admitirse que, de acuerdo a sus propios términos, el art. 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación", *cfr.* STC 115/87, de 7 de julio de 1987, FJ 2 y FJ 3.

<sup>36</sup> *Vid.* al respecto, la dura crítica que el Tribunal Constitucional realiza de la suspensión del derecho de asociación en el fundamento jurídico tercero de esta misma sentencia.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA:

ALCHOURRÓN, C./BULYGIN, E (1991) "Libertad y autoridad normativa" [1985], *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 239-248.

BOBBIO, N. (1955) *Studi sulla teoria generale del diritto*. Torino: Giapichelli.

CARACCILOLO, R. (2000) "Sistema Jurídico", Garzón Valdés, E. y Laporta, F.J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, 2ª ed. Madrid: Trotta. 162-176.

CARRIO, A. (2004) "La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003". *Diario La Ley*, 6003. 1-14.

CELANO, B. (2002): "Cuatro temas kelsenianos", Navarro, P.E./Redondo, M.C. (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa.153-179.

FERRAJOLI, L. (2001) "Derechos fundamentales" en Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª edic., trad. esp. a cargo de Andrés Ibáñez P y Greppi A. Madrid: Trotta. 37-72.

FERRER, J. (2000) *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GARCÍA AMADO, J.A. (1996) *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons.

GUASTINI, R. (1999) *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. esp. a cargo de Ferrer, J. Barcelona: Gedisa.

HABERMAS, J. (1998) *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. esp. de *Faktität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, a cargo de Jiménez Redondo, M. Madrid: Trotta

HART, H.L.A. (1963) *El concepto de Derecho*, 2ª ed., trad. esp. de *The concept of law*, Oxford University Press, 1961, a cargo de Carrió, G. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1998) *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

KELSEN, H. (1934) *Teoría General del Estado*, trad. esp. a cargo Legaz Lacambra, L. Barcelona-Madrid-Buenos Aires: Labor.

—(1995) *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2ª ed., trad. esp. de García Máynez, E. México: UNAM.

—(2000) *Teoría pura del Derecho*, 11ª edic., trad. esp. de la segunda edición alemana de 1960, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Franz Deuticke, a cargo de Vernengo, R. México: Porrúa.

LUCAS, J., de (2001) "Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración". Fernández Sola, N y Calvo García, M (coords.) *Inmigración y derechos*. Zaragoza: Mira editores. 33-59.

- (2003) "Globalizzazione e immigrazione. L'immigrazione come "res politica": diritti, cittadinanza, sovranità". *Teoría política*, XIX, 2-3. 13-43.
- MORESO, J.J. (1993) "Sobre normas inconstitucionales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 38. 81-115.
- OTTO, I., de, (1995) *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª edic. Barcelona: Ariel.
- PEÑA FREIRE, A. M. (2003) "Las normas sobre la producción jurídica". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 6. 119-154.
- PRESNO, M. A. (2002) "La titularidad del derecho de participación política". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 104. 517-558.
- RAZ, J. (1991) *Razón práctica y normas*, trad. esp. de la segunda edición de 1990, *Practical Reason and Norms*, a cargo de Ruiz Manero, J. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ROSS, A. (1993) *El concepto de validez y otros ensayos*, 2ª ed., trad. esp. de Carrió, G. y Paschero, O. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, S.A./Fontamara.
- VEGA, J. (2000) "Praxis y normatividad como criterio de cientificidad de la 'ciencia jurídica'". *DOXA*, 23. 503-560.
- VIDAL FUEYO, C. (2001) "La nueva ley de extranjería a la luz del texto constitucional". *Revista española de Derecho Constitucional*, 62. 179-218.
- VILLAVERDE, I. (2003) "El reagrupamiento familiar y la política de contingentes". Pomed, L. y Velasco, F. (eds.), *Ciudadanía e inmigración*. Revista Aragonesa de Administración Pública: Zaragoza. 141-176.



## Mesa 4: Ciudadanía: marco jurídico y políticas en materia de inmigración

«Aspectos descriptivos y prescriptivos para una re-construcción democrática de ciudadanía»

**José María Seco Martínez y Rafael Rodríguez Prieto**

### I. Introducción

La ciudadanía consiste, básicamente, en un *status* ontológico que entraña tanto la adquisición de algunas capacidades de participación y acción públicas - por medio de la formalización jurídica de los derechos -, como el sometimiento a un estatuto jurídico-político específico en el sentido más territorial de sus límites. Como se verá, se trata de un concepto de ciudadanía donde prevalece la exclusión sobre la inclusión, más aún, la regulación sobre la emancipación. Todo aquel que se sustraiga o que no forme parte de ese *status* jurídico exclusivo, será expulsado del paraíso (occidental) – red azul que nos protege del hambre con sus tragedias y de la guerra con sus escarmientos -, como sucede a los inmigrantes<sup>1</sup>. Esta concepción, por así decirlo, clásica de ciudadanía se trenza y define desde la aceptación de preconcepciones inamovibles e intemporales que la condicionan de principio a fin. El valor sobre el que se levanta es el miedo (en la *mejor* tradición hobbesiana), el miedo a *vivere risolutamente*, que diría el poeta Aretino<sup>2</sup>, y su consecuencia será el llamado por R Brady "*capitalismo de status*"<sup>3</sup>.

Esta cultura del miedo, que dirá Barry Glassner<sup>4</sup>, produce una ciudadanía instintivamente defensiva, entre otras cosas porque enraíza más en la idea estática de *status* que en la de contrato –que, por otra parte, es también ficticia e ideológica-. La defensa del *status* equivale a consolidar un complejo diferenciado y fragmentario y, por ende, jerárquico de relaciones entre clases, comunidades y grupos de ciudadanos, que se explicita en la disimilitud estructural – pero funcional a las exigencias del orden vigente – de sus facultades y derechos. De modo que frente a la concepción homogénea e igualitaria de ciudadanía como *status* único e indiferenciado predicable de todos los miembros – que no son todos los sujetos – de la comunidad política, la realidad compleja de nuestras sociedades ha evidenciado tendencias muy variadas de diferenciación//exclusión, que se traducen en un re-ajuste estructural de funciones y/o derechos dentro del cuerpo social. Basta con reparar en el tratamiento cada vez más expeditivo que, en el marco interno de los Estados, adquiere la

---

<sup>1</sup> Para una distinción entre liberales igualitaristas y libertarios y sus consecuencias en la ciudadanía, Cfr., Sandel, M. J., *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1996, pp. 16-17.

<sup>2</sup> Marina, J.A., Op. cit., p. 77.

<sup>3</sup> Brady, R., *Business as a System of Power*, Columbia University Press, New York, 1943, p. 247.

<sup>4</sup> V. Glassner, B., *The Culture of Fear*, Basic Books, New York, 1999. Este autor advierte una gran paradoja en la sociedad estadounidense. Mientras no tienen reparos en gastar billones de dólares en amenazas e invasiones, se olvidan de problemas estructurales decisivos sobre la vida social, como por ejemplo la pobreza.

regulación del fenómeno de la inmigración, para visualizar (a) la magnitud de los procesos de fortificación de la ciudadanía como estamento privilegiado – esto es diferenciado y dualista-frente a sectores cada vez más amplios de la población; y (b) el triunfo de la regulación (autoridad) sobre la emancipación en un contexto socio-económico, cuya racionalidad es la irracionalidad de sus condiciones de producción.

Ahora bien, esta tensión defensiva y oposicional de ciudadanía (*exclusión-inclusión, regulación-emancipación*), es el preludio de otra (tensión) más esencialista, que (1) se desmarca de los sujetos sea cual fuere el contexto cotidiano de sus relaciones, (2) se abstrae de las condiciones de posibilidad de ejercicio de su ciudadanía y (3) que absolutiza el diseño societario, con sus estructuras e instituciones, para ocultar bajo el compás de sus realizaciones cívicas, lo que no es más que mantener el poder. El resultado de esta tendencia absolutista, como podrá imaginar de sobra el lector, no puede ser otro que su descontextualización<sup>5</sup> tanto de la situación de los ciudadanos, como de los procesos sociales que programaron sus límites por medio del reconocimiento de los derechos<sup>6</sup>. La ciudadanía se separa y aleja así de toda cuestión relacionada con la justicia y las necesidades de los ciudadanos, de los valores de la participación y la responsabilidad como valores decisivamente democráticos. Se condensa en torno a postulados indiscutibles de los cuales partir y sus descripciones son cerradas (dogmáticas), porque bloquean los caminos y retienen las alternativas. Su configuración se articula siguiendo un esquema marcado por una secuencia que discurre de la fragmentación a la absolutización. Su *status* es ontológico porque sus proposiciones son a-históricas, como descontextualizadas y externas son sus condiciones de producción.

---

<sup>5</sup> Digamos que esta tendencia se inscribe en la tradición filosófica cartesiana que descontextualiza el conocimiento, hasta el punto de que este puede llegar a existir de manera independiente de aquellos que propiciaron su producción. Ello equivale a ignorar (evitar) los intereses y las experiencias de quienes fueron sus productores. Es decir equivale a absolutizar. Esta visión ha sido y es criticada abiertamente por la epistemología y ontología feministas, que apuestan por una teoría del conocimiento materialista no marxista en el sentido de considerar que el conocimiento siempre es generado como parte y producto de la experiencia humana. Nada se puede separar del contexto donde es producido. (Stanley, L., Wise, S., *Breaking Out Again. Feminist Ontology and Epistemology*, Routledge, New York, 1993, pp. 191-192 y 228). Con esto no queremos decir que el conocimiento deba prescindir de nociones o conceptos. Básicamente operamos con conceptos, en la medida en que somos, actuamos y conocemos. No nos limitamos a actuar, también somos sujetos cognoscentes. Podemos utilizar la abstracción, para conocer la realidad concreta. De hecho, lo hacemos en los procesos empíricos, mediante la creación de "metáforas, de imágenes, de figuras, de estereotipos, de modelos, de categorías, de símbolos, de mitos y otras formas intelectivas que son solamente y siempre el resultado de «representaciones» empíricas basadas en la experiencia" (ORESTANO, R., *Introducción al estudio del derecho romano* (trad. y notas de Manuel Abellán Velasco), Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1997., p. 427). De otro modo no sabríamos enfrentar la complejidad (que siempre nos sobrepasa) de lo real. Pero debemos hacerlo desde la cercanía y la invocación del contexto, dando entrada a lo que el propio conocedor sabe del mundo. Hay que contextualizar el conocimiento, recurriendo a su necesaria complejización. En definitiva, si descontextualizamos el conocimiento, potenciamos su absolutización. V. Morin, E., Kern, A. B., *Tierra-Patria*, Kairós, Barcelona, pp. 191-192. Asimismo, Cfr. Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Desclée, Bilbao, 2003, pp. 50 y ss.

<sup>6</sup> El poder constituyente es limitado y aprisionado por el Estado constitucional capitalista con el objeto de que la ciudadanía se constriña a esquemas pre-establecidos que favorecen las relaciones productivas hegemónicas y la desigualdad. En este sentido, el constitucionalismo es una doctrina jurídica que conoce sólo el pasado, se referencia a tiempos ya transcurridos, a las potencias consolidadas y a su inercia. V. Negri, A., *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias/Prodhufo, Madrid, 1994, especialmente primer capítulo.

Planteada en estos términos, la ciudadanía condensa, en su radical complejidad, tendencias contradictorias y encontradas, pero también *procesos de sustancialización* de sus contenidos, que se inscriben en una lógica absoluta y reduccionista. Se puede deplorar este hecho, incluso podemos confiar y esperar a que esta noción de ciudadanía recorra otros caminos. Pero esta situación se impone mientras subsista. Hablar hoy de ciudadanía es hablar de una ciudadanía que se construye y fortifica a espaldas de los sujetos<sup>7</sup>. En primer lugar, porque no es democrática, léase participativa y responsable. Y no lo es porque no promociona la libertad de los sujetos, porque no contextualiza sus diversos espacios o situaciones y porque facilita la reproducción sistémica de oligarquías, que gobiernan al margen de los ciudadanos, y de grupos sociales fragmentados y diferenciados, en razón de sus respectivas potencialidades reales - no sólo jurídicas - de integración en el organismo social.

## **II. Aspectos descriptivos y prescriptivos. Espacios y ritmos para una nueva concepción de la ciudadanía.**

Por esto, trabajamos para proponer ahora una percepción distinta, más abierta e integral de ciudadanía que no niegue el papel que ha jugado en la conformación socio-cultural moderna pero que, a su vez, no descarte otras posibilidades, que no destierre la aventura de ampliar sus marcos de actuación. Es decir, que pueda enfrentar sus derivas absolutistas mediante (1) la desactivación de los dispositivos discursivos que obran en la raíz de esta noción lineal de ciudadanía y (2) la reconstrucción teórica e histórica de la ciudadanía democrática, tratando de restituir a esta categoría central del pensamiento moderno su potencial emancipador, desde el respeto de los derechos humanos y la interacción necesaria de los procesos culturales. Si por democracia entendemos un proceso temporal, un banco de pruebas para prácticas, movimientos sociales y nuevas soluciones a los retos de la contingencia, la ciudadanía –como técnica democrática- no se puede reducir a planteamientos estáticos, entre otras cosas, porque la experiencia política no lo es, como tampoco son intemporales los conflictos a los que pretende responder.

La ciudadanía democrática no se agota en el compromiso electoral. Es participar en la creación de políticas que atiendan las necesidades de los seres humanos y contextualice sus problemas. La ciudadanía es una técnica dinámica//activa desde la que explorar otros medios que nos aproximen al autogobierno. Éste es el aspecto *prescriptivo* de la concepción de ciudadanía que proponemos<sup>8</sup>. Cuando se dice que los ciudadanos son incapaces de afrontar o decidir acerca de los problemas sociales, incluso de aquéllos que más les conciernen, se abre paso la retórica elitista de gobierno que pone en manos de una *élite* o tecnocracia la adopción//gestión de las decisiones, que, pese a sus dosis de realismo, responden a una determinada visión (jerárquica) de las cosas, es decir de valores, que dirá Stuart Hill<sup>9</sup>. La

---

<sup>7</sup> Vid. en este punto a Hinkelammert, F., *Crítica de la razón utópica*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2.002; Id., *Democracia y totalitarismo*, DEI, San José, 2ª ed., 1991; Id., *El mapa del emperador*, DEI, San José, 1998; y, por último, Id., *El grito del sujeto. Del teatro-mundo del evangelio de Juan al perro mundo de la globalización*, DEI, San José, 1998.

<sup>8</sup> Para Lummis el concepto de democracia ha sido robado por aquellos que pretenden reproducir su dominio sobre el conjunto de la población a través del tiempo. Por esta razón debe rectificarse. Democracia es una palabra básicamente subversiva y revolucionaria que incluye en el gobierno a la mayoría de la gente, que desde luego no coincide con los más ricos, como de hecho ocurre en el liberalismo. Lummis, C.D., *Radical Democracy*, Cornell University Press, New York, 1996, pp. 15 y ss

<sup>9</sup> Hill, S., *Democratic Values and Technological Choices*, Stanford University Press, Stanford, 1992, p. 53.

propagación de este prejuicio elitista por todo el imaginario, en cualquiera de sus formas (como escepticismo, atomización o irresponsabilidad), presagia la debilidad del edificio democrático.

El pasado año Margaret Kohn publicó un libro en el que hacía un brillante y estimulante estudio sobre las *Casas del Pueblo* italianas. Para esta autora, el espacio incide en la manera en que los individuos y los grupos perciben su *posición* en el orden de las cosas. La configuración espacial naturaliza así las relaciones sociales, al transformar formas contingentes en un paisaje permanente, inamovible y cerrado a cuestionamientos y contrastes. Es el modo de integrar a los individuos en una concepción compartida de la realidad. El medio ambiente físico es algo más que un espacio, es mitología política realizada, encarnada y materializada<sup>10</sup>.

El espacio es un parámetro decisivo en el análisis de la ciudadanía. Tradicionalmente la ciudadanía se ha significado por sus límites, en este caso, políticos y territoriales, los del Estado-nación. De esa definición se ha ido evolucionando hacia una definición (liberal) más ontológica o de *status*, que se posiciona entre la autonomía de la voluntad - entendida como capacidad para actuar libremente<sup>11</sup> - y dos términos: el interés general (Bentham)<sup>12</sup> y la separación cuasi-ontológica entre lo público y lo privado. Desde esta concepción, ciudadano es aquél que siendo nacional está protegido por la ley<sup>13</sup> y al que se le confieren derechos y mecanismos para que pueda modular a modo su esfera privada, como ámbito reservado de su vida y vinculado a la idea de dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. Pero claro, esto no equivale a decir que el ciudadano, que así se autodetermina delimitando sus espacios íntimos, permanezca tan aislado como para no implicarse políticamente o emitir juicios públicos. Entre otras cosas, porque ni esta facultad jurídica de acotar el espacio privado es ilimitada, ni el ciudadano se puede sustraer al contexto social donde se desenvuelve. No se puede desvincular de sus decisiones con la comunidad política, de la misma forma que se presta a sus singularidades (gustos, amistades, lealtades). Ello nos conduce a pensar en una noción no aislada de autonomía, esto es, solidaria con los extraños aunque con límites<sup>14</sup>. Dichos límites

---

<sup>10</sup> Kohn, M., *Radical Space. Building the House of the People*, Cornell University Press, Ithaca, 2003, pp. 3-5. Realizaba sus interesantes reflexiones contraponiendo éstas con los clubes de masones decimonónicos (ambas se podrían concebir como parte del espacio público liberal).

<sup>11</sup> V. Held, D., *Modelos de Democracia*, Alianza, Madrid, 1996, p. 348.

<sup>12</sup> Hay que precisar, no obstante, que la idea de interés general que suscriben autores como Bentham no encaja demasiado bien con esta concepción liberal individualista, bastante reacia a la posibilidad de que el poder político (público) sea el que determine cuales son las políticas y las acciones que han de prevalecer en interés de los ciudadanos. Precisamente para evitar las tensiones y las resistencias individuales a esta idealización del poder político como diseñador de las relaciones, se impulsaron, en el seno del liberalismo, movimientos de ribetes nacionalistas que acabarían por consolidar el concepto de identidad nacional como distintivo y/o conciencia indisoluble de clase o grupo social (de nacionales//ciudadanos) constituido en el Estado. Su voluntad será la voluntad general y su interés (general) será el nacional. El interés nacional excede al individual y se confunde con el general. V. Arbós, X., Giner, S., *La gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*, Siglo XXI, Madrid, 1996, p. 55.

<sup>13</sup> V. Walzer, M., "Citizenship", en Ball, T., Farr, J., Hanson, R.L. (ed), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

<sup>14</sup> Del Águila, R., Clarcke, P.B., Santos Silva, A., Tenzer, N., *La política. Ensayos de definición*, Sequitur, Madrid, 2000, pp. 15 y 16.

vienen dados de nuevo por la diferencia entre lo público y lo privado. El problema es saber cuáles son esos límites y donde están las diferencias.

Y es que esta distinción entre lo público y lo privado no puede pasar desapercibida a nuestros propósitos. Desde luego, es una separación artificial y moderna, que enraíza sus orígenes en el contractualismo liberal<sup>15</sup>, que se comporta como un mecanismo de exclusión. En el ámbito público convergen el consenso y lo universal. Dentro de sus límites se dirimen los procedimientos y las decisiones, se ejercen las funciones políticas, culturales y, como no, las productivas. En el espacio privado, sin embargo, se condensan el ámbito familiar y doméstico (domiciliario)<sup>16</sup>, y a sus límites se remite la resolución de las diferencias<sup>17</sup>. El espacio privado se instituye, de este modo, no tanto como límite al poder, sino como un espacio de impunidad – no hay justicia –<sup>18</sup> para el desarrollo de determinadas y cada vez más amplias relaciones de dominación (familiares, de género, etc).

Quiere decirse que las diferencias entre lo público y lo privado, cuando hablamos de espacios, se hacen cada vez más tenues y ficticias. Para quienes nos sentimos tentados por las propuestas feministas<sup>19</sup>, el espacio privado ha operado siempre como un mecanismo de dominación patriarcal, que además ha bloqueado la reproducción social de amplios sectores de la población. El hecho de que hoy asistamos a no pocas interjecciones entre lo público y lo privado, que amagan la inminente superación de sus límites, - pensemos, por ejemplo, en las políticas paritarias en materia de representación, en las recientes medidas legislativas contra la violencia de género o para la conciliación de la vida familiar y laboral, etc – no cambia las cosas, porque se siguen reproduciendo los mismos estereotipos y las mismas relaciones sociales agregadas al ámbito privado. Medidas como las referidas sólo fingen un comienzo.

Es más, hoy lo privado avanza sobre lo público – se privatizan los espacios públicos - bajo el lema de infalibilidad de las leyes del progreso y el mercado, pese a sus tramas y sus

---

<sup>15</sup> Digamos que el ámbito privado se instituyó como un límite al poder político como un espacio donde el individuo pudiera ejercer sin sobresaltos los valores sagrados e inviolables (naturales) a la vida, a la libertad, a la propiedad y a la seguridad. Después, con las revoluciones esa idea de espacio inaccesible al poder dará paso a los derechos individuales. Cfr. Mackinnon, C., "Crímenes de guerra, crímenes de paz" en Shute, S. y Hurley, S. (eds), *De los derechos humanos* (título original *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures*, Basic Book, 1993), Trotta, Madrid, 1998, pp. 98 y 99. Cfr. asimismo con Béjar, H., *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza, Madrid, 1988, pp 42 y ss. Por tanto, hemos de concluir que la separación público/privado es una construcción moderna, por más que algunos insistan, desde una perspectiva histórica, en situar el origen de esta delimitación ontológica en el derecho romano.

<sup>16</sup> Veamos sino aquí la claridad con se pronuncia en este punto Elena Beltrán "... podríamos distinguir entre privacidad (*privacy*), derechos individuales (*privacy rights*) y esfera privada. La privacidad estaría relacionada con la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia, con la tolerancia, en definitiva. Los derechos individuales se originan en paralelo a la idea de tolerancia y supone, entre otras cosas, la libertad de mercado y de movimientos, que al facilitar las transacciones comerciales origina una economía privada y una mercantilización de las relaciones interpersonales. La esfera privada es también la esfera íntima, el terreno de la casa, de lo familiar, de lo doméstico". Beltrán, E. y Maqueira, V. (eds), *Feminismos. Debates teóricos y contemporáneos*, Alianza Editorial, Madrid. 2.001, p. 207

<sup>17</sup> Mouffe, C., *El retorno de lo político*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 14 y ss.

<sup>18</sup> Beltrán, E. y Maqueira, Op. cit., p. 207.

<sup>19</sup> V. Leslie, D.A., *Feminity, Post-Fordism, and the New Tradicionalism*, en McDowell, L., Sharp, J.P. (ed.), *Space, Gender and Knowledge. Feminist Readings*, Arnold, London, 1997, pp. 302-303. Pateman, C., "Críticas feministas a la dicotomía público/privado", en Castells, C., *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós, Barcelona, 1996.

escisiones entre ciudadanía y gobierno. Se está deponiendo la persecución de fines públicos y sociales. Ahora son los intereses privados de un pequeño grupo de personas los que marcan la pauta civil de nuestras relaciones. Es la hora del triunfo de los fines privados sobre la *ilusión* comunitaria. Es la hora de la autonomía individual sin adhesión responsable. Ni siquiera las asociaciones de voluntarios escapan a esta atmósfera de *lobbies* privados donde apenas si quedan espacios para que hombres y mujeres se entreguen con libertad. Los grupos de comunicación, herederos de los socializadores tradicionales, ya no transmiten valores democráticos – a sus contenidos nos remitimos -, y el Estado con sus burocracias ha olvidado el significado de la palabra ciudadano - quizás el término sea el mismo, pero el significado ya es distinto -. El sector privado con sus endogamias y sus fines ilimitados se afirma como el centro cristalizado de toda la actividad social.

Precisamente por esto, nuestros propósitos son claros y simples. También es la hora de cuestionar conceptos como los de autonomía, lo público, lo privado e, incluso la propia idea de libertad<sup>20</sup> de manera más expeditiva y rigurosa. El Estado nacional ha padecido, como ninguna otra estructura política, los cambios del último cuarto de siglo, relacionados con el re-planteamiento hegemónico del sistema mercantil, y, sin embargo, continuamos actuando con arreglo a los mismos patrones, seguimos evaluando los problemas como si nada hubiese cambiado. El hecho de que se mantenga fiel a sus viejos parámetros y de que conserve su organización interna, no presupone, por ejemplo, que disponga hoy en día, entre tantos sujetos institucionales regionales, de la misma independencia institucional para definir sus propias políticas públicas.

Si pretendemos una concepción de ciudadanía distinta, debemos comenzar por hablar de *espacios* en lugar de *espacio*. Pero no de espacios aislados, sino de espacios recíprocos, de ritmos que interactúan entre sí con sus posibilidades y sus procedimientos, mucho más allá de las implicaciones lineales y las correspondencias aisladas con uno sólo. Esto explica, que desde esta propuesta metodológica, podamos hablar de una comprensión compleja de ciudadanía, en atención al nuevo carácter multidimensional que ahora adquieren sus relaciones.

Iniciaremos, por tanto, este relato tratando de dar cumplida respuesta a una serie de preguntas: ¿qué entendemos por espacios, en qué consisten y cuáles son?, para abordar, más adelante, los ritmos, los cauces y los procedimientos que normativizan esos espacios. Lo cual no deja de tener su aquél, si reparamos en las afectaciones, incluso retro-limitadoras, que se han ido sucediendo históricamente sobre la ciudadanía en todos y cada uno de los espacios en los que ha quedado encuadrada, a manos de quienes han diseñado normativamente los ritmos y los procedimientos. Con esto queremos avanzar (preparar) una nueva concepción de ciudadanía, que asuma su carácter básicamente procesual.

Definamos, pues, el *espacio*. Aquí nos posicionamos con el geógrafo brasileño Milton Santos, para quien el *espacio* no es sino el conjunto indisoluble de sistemas de acciones y de objetos, que arranca desde de categorías analíticas internas específicas como el paisaje, la configuración territorial, la división territorial del trabajo, el espacio producido, las

---

<sup>20</sup> Si en lo público y privado tomamos como referencia las ideas provenientes del pensamiento feminista, en cuanto al concepto de libertad creemos que un punto de partida de gran interés para su análisis es el libro de Geymonat, L., *La libertad*, op. cit. Según Geymonat el carácter de lucha es el que ilumina la dinámica de la libertad desde cualquier significado que se quiera entender (p. 97).

rugosidades o las formas-contenido<sup>21</sup>. Desde esta perspectiva, los espacios donde situamos y actúa la ciudadanía son diversos. Proponemos en principio tres tipos de espacios claramente diferenciados: (a) los que llamamos *espacios de administración*, entre los que podríamos situar a los espacios *transnacionales, nacionales y locales, etc*; (b) los que consideramos *espacios de intervención*, en los cuales se inscriben los *políticos, los económicos, y los de reconocimiento*; y (c) los que pasamos a denominar *espacios de interconexión*, entre los que destacan los espacios *cooperativos, íntimos y cibernéticos*.

Los *espacios de administración* son sistemas de objetos y de acciones cuya patente de análisis viene dada por el diseño histórico que se hace del espacio. Digamos que son los espacios más clásicos y reconocibles. Así podemos visualizar, en primer lugar, el *espacio nacional*, desde luego el más tradicional y el que más se ha significado en la construcción histórica de ciudadanía, el *espacio supranacional*, de cuño más reciente pero con nuevas formas de soberanía, expresivo de las debilidades del Estado nacional, y, por último, el *espacio local* donde se levantan nuevas subjetividades de resistencia al nuevo escenario supranacional y hegemónico de relaciones. A estas subjetividades articuladas se les conoce como movimientos cívicos "antiglobalización". Si, como decíamos hace apenas unas páginas, la ciudadanía requiere de otras concepciones, la concurrencia de estos espacios con sus diferentes hegemonías justifica de sobra esta necesidad. La crisis de la ciudadanía encubre, como se ha visto, una crisis de la idea de Estado, que alcanza directamente a la democracia.

Los *espacios de intervención* son sistemas de objetos y acciones cuya correa de transmisión viene marcada por la organización radical de las sociedades. El espacio político y el económico nunca han estado tan imbricados como en esta encrucijada histórica. Cuando decimos economía hablamos de política. Empero, se suele seguir insistiendo en el desgarramiento de ambos, como si de compartimentos estancos e independientes se tratara. Junto a ellos, los procesos culturales devienen ahora decisivos en un contexto donde se difuminan los límites culturales y se disuelven las identidades, merced al desarrollo de la sociedad de la información y a las migraciones.

Los *espacios de interconexión* son sistemas de objetos y de acciones que pivotan sobre las conexiones estructurales de las diversas subjetividades del organismo social. Desde el liberalismo se ha insistido denodadamente en la creación de un tipo de sociedad, que requería, entre otras cosas, la articulación de un espacio público y otro privado, separados por una *muralla* infranqueable, para afianzar y ocultar después el diseño político de nuevas relaciones de poder. Pensemos otra vez en la relegación de lo sexual y lo familiar a lo privado (doméstico), como expresión patriarcal de un sistema de roles y legitimaciones (jurídicas, filosófico-morales y religiosas) para hombres y mujeres, que bloquea la reproducción social de las mujeres, niños y niñas.

Desde nuestro punto de vista, esta separación no responde a la realidad de nuestras relaciones. Más aún, obstruye el análisis de lo que ocurre, porque imita demasiado de cerca una descripción inactual de los mecanismos de las cosas. La vida continua y nuestras sociedades cada vez son más complejas. Ninguna concreción epistemológica puede erigirse en permanente. Podrá definir, a lo sumo, campos de posibilidad para *modos de vida* específicos. ¿Nos resignaremos entonces a proseguir con este esquema? Por eso, creemos que los *espacios de cooperación e intimidad* ofrecen una idea más aproximada de estos

---

<sup>21</sup> Santos, M., *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 19.

espacios. Por otra parte, los *espacios cibernéticos* son el reflejo de una rotación tecnológica que irrumpe cada día con más fuerza en todo el imaginario.

Todos estos espacios tienen en común que son espacios ampliables, abiertos y mestizos. Quiere decirse que son contingentes (históricos) y dinámicos. Por eso los podemos reconvertir desde el acontecimiento, pensarlos en otros términos desde sus propias condiciones materiales de posibilidad y advertir en ellos interjecciones e intercambios. Si los clasificamos es porque consideramos que escenifican con acierto la realidad espacial en la que ahora nos molturamos todos. No queremos con esto clasificar, sino distinguir sin confrontar. Al cabo, se trata de espacios que, en el ámbito de la *praxis*, interactúan, se entrecruzan y complementan.

Los *ritmos, cauces y procedimientos* regulan las posibilidades de ejecución, instauran tiempos y legitiman acciones. Dependen directamente de la voluntad de los agentes y de la composición de luchas entre las diversas subjetividades que componen los espacios. Y ya que hablamos de regulación, comencemos por distinguir entre regulaciones directas e indirectas. Las primeras son perfectamente visibles para la ciudadanía. Inciden directamente en el desarrollo cotidiano de sus relaciones y actividades, porque provienen del ordenamiento jurídico, de sus hechos-fuentes (constitución, tratados internacionales, la ley, reglamentos,...), que dirían los juristas, como productor de normas y efectos jurídicos. Las segundas, en cambio, no se detectan con tanta facilidad y, sin embargo, repercuten tanto o más, que las primeras, en la vida cotidiana del/a ciudadano/a, porque se adoptan fuera de las instancias legislativas.

Con esto queremos decir que el mismo monopolio estatal se ve hoy acosado por normatividades, que si bien no pueden ser consideradas técnicamente como jurídicas, sí regulan efectivamente amplios espacios de la actividad social, económica, política, cultural, por cuanto influyen de manera decisiva en los ordenamientos jurídicos nacionales. Pensemos, por ejemplo, en la Organización Mundial del Comercio (OMC). Qué sepamos buena parte de sus dispositivos no son conocidos por los ciudadanos. Y, pese a todo, existen algunos, como el de regulación y solución de diferencias entre los Estados miembros, que cuentan en su haber con mecanismos de presión demasiado compulsivos sobre la actividad política de los espacios nacionales<sup>22</sup>.

Dice Deleuze que los espacios que nos imponen (instituyen) son artificiales, reaccionarios y asfixiantes<sup>23</sup>. En este sentido, pensamos que los espacios dependen de los ritmos, cauces y procedimientos que los rijan. En consecuencia, creemos que los espacios, más que una construcción del poder son producto dinámico de las sociedades. El problema reside no tanto en el diseño espacial, sino en la instauración en ellos de fuerzas no democráticas. Es más importante insistir en la necesidad de constituir un nuevo marco conceptual (filosófico) de referencia capaz de afirmar desde otras posibilidades otro orden de discurso<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> ICEM, *Power and counterpower. The union response to global capital*, Pluto Press, London, 1996. Para los autores de este volumen la Organización Mundial del Comercio tiene como uno de sus objetivos la protección de los intereses de las grandes compañías transnacionales al precio que sea (pp.32-33).

<sup>23</sup> Deleuze, G., *Conversaciones*, Pre-Textos, Valencia, 1995, p.46. Estas palabras de Deleuze se enmarcan en un texto en el que el filósofo galo denuncia la aculturación social y des-creativa de los países desarrollados. Las intuiciones que apunta Deleuze en torno al espacio, son muy interesantes.

<sup>24</sup> En este sentido ayudan las investigaciones de Foucault. En *El Orden del discurso* (Tusquets, Barcelona, 1999). Foucault señala que siempre se puede decir la verdad desde un espacio de exterioridad salvaje; "pero no se

Estas páginas han procurado responder al deseo de elucidar el pivote sobre el que se asienta el modelo actual de ciudadanía. La disolución democrática de los espacios, donde se localiza nuestra actuación política, junto a la progresiva liquidación de la educación cívica, nos llevan a cuestionar su fidelidad democrática. Son los espacios los que, con sus cauces y sus ritmos, empapan la manera de manifestarnos en la ciudadanía. Por eso, necesitamos que sean democráticos, porque sólo así podremos devolver a la ciudadanía su tradición democrática.

---

está en la verdad más que obedeciendo a las reglas de una policía discursiva que se debe reactivar en cada uno de sus discursos" (p.38). La forma más superficial y visible de estos sistemas de restricción el ritual, que define la cualidad de los intervinientes en el discurso, los gestos, los comportamientos, las circunstancias, el conjunto de los signos que usamos, fija la eficacia de las palabras, los efectos sobre aquellos a los que se dirigen y los límites de su valor coactivo. Las sociedades de discurso tiene como fin conservar y producir discursos. Son sociedades coactivas y difusas. El discurso es una violencia que se ejerce obre las cosas.



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciutadania i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de novembre de 2004

## MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

«El rol de la ciudadanía en la gestión de la inmigración, la extensión del derecho al voto de las personas extranjeras no comunitarias»

**Antidio Martínez de Lizarrondo Artola (Universidad Pública de Navarra)**

### Introducción

El asunto de la ciudadanía y de la nacionalidad es fundamental en el ámbito de la inmigración, ya que es la condición *sine qua non* para acceder a la posesión de todos los derechos políticos. Es necesario precisar que desde hace tiempo ambos conceptos han quedado ligados en la práctica habitual, aunque expresen en principio nociones diferentes. La nacionalidad, pudiendo ser un término jurídico y también político, tiene que ver indefectiblemente con la idea de pertenencia a un conjunto o grupo cultural con características culturales comunes e incluso una identidad común y se suele equiparar a la ciudadanía como el hecho tangible de que una persona disponga de los derechos y deberes inherentes a la adscripción a un determinado Estado. No obstante, el asunto del deslinde de la ciudadanía y la nacionalidad, al ser su otorgamiento competencia estricta de cada país, no ha sido abordado aún en el proyecto común europeo, como se puede observar en el Tratado de Maastricht, donde se define la ciudadanía europea en referencia a quien posee la nacionalidad de un país de la UE, sin especificar que la forma de obtenerla varía enormemente de un país a otro.

El término de ciudadanía remite esencialmente a una dimensión sociopolítica, ya que designa principalmente al tipo de participación política en la vida de una comunidad, siendo estrictamente *“el conjunto de prácticas que definen a una persona como miembro de pleno derecho dentro de una sociedad. La ciudadanía formal implica la posesión de un pasaporte conferido por el estado, mientras que la substantiva define el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los miembros de una comunidad política”*.<sup>1</sup> Como señala Requejo, la eclosión que ha supuesto el pluralismo cultural cuestiona el propio concepto de ciudadanía, ya que no sólo se refiere al *estatus* de ciudadano como sujeto de derechos y deberes, sino que conlleva una ampliación de esta noción al determinar la identidad, esto es, la pertenencia a una comunidad política.<sup>2</sup> Este reto implica la revisión política del concepto de ciudadanía aceptando la defensa del pluralismo cultural de una determinada sociedad como un valor a proteger, no únicamente como una realidad con la cual hay que convivir.

En los ordenamientos occidentales una persona se convierte básicamente en ciudadana por descendencia, *ius sanguinis* o por *ius soli*, por dónde se nace. Una tercera vía que

---

<sup>1</sup> García (1998, 107-108).

<sup>2</sup> Requejo (1996, 99).

complementa estas dos formas de obtener la nacionalidad en algunos países europeos es mediante la declaración voluntaria en la que, previo cumplimiento de ciertas condiciones exigidas, la persona implicada se adscribe y asegura respetar los principios del país de acogida (suele darse sobre todo para casos de cónyuges de nacionales y otros procesos más complejos, cuyos requisitos varían en función de la legislación de cada país). Aunque la mayoría de los países europeos combinan estos principios, en ocasiones de forma poco nítida, hay dos países que suelen ser citados como paradigmas de los dos primeros modelos: Alemania y Francia.

En el primer ordenamiento la naturalización por residencia estable es muy restrictiva (se consigue la ciudadanía sin importar el lugar de nacimiento o de residencia, siempre que los padres sean nacionales), sin embargo, en el caso francés se puede otorgar fácilmente el acceso a la comunidad política si se ha nacido o se reside de manera estable en el país, aunque los padres sean extranjeros. No obstante, hay quien opina que el convertir al inmigrado en ciudadano, el otorgar ciudadanía, no es la mejor fórmula para lograr la integración: *“La política de ciudadanía para todos -sin mirar a quién- no sólo es una política destinada al fracaso, sino que además es una política que agrava y convierte en explosivos los problemas que se pretende resolver”*.<sup>3</sup>

### **La articulación de la ciudadanía como bien social**

Históricamente fue durante el surgimiento de los Estados-nación cuando el proceso de expansión universalista de la igualdad coincidió de un modo sincrónico con la vinculación estrecha de la nacionalidad y la ciudadanía. El modelo del Estado-nación, que se generó en el continente europeo a partir de finales del siglo XVIII, conformó un nuevo modelo de integración social al unir bajo un mismo supuesto a todos los ciudadanos, legitimándose a sí mismo al extender la ciudadanía dentro de un territorio concreto: *“El mérito del Estado nacional estriba, pues, en que resolvía dos problemas en uno: hizo posible una nueva forma más abstracta, de integración social sobre la base de un nuevo modo de legitimación”*.<sup>4</sup>

Por su parte, T. H. Marshall analizó la relación que surge de la interacción entre el establecimiento de la ciudadanía y la búsqueda de la igualdad social, observando que la gestación de la ciudadanía se había producido paulatinamente a través de los tres últimos siglos (ciudadanía civil en el XVIII, política en el XIX y social en el XX). Para este autor *“la ciudadanía es un status que se otorga a los que son miembros de pleno derecho de una comunidad. Todos los que poseen este status son iguales en lo que se refiere a los derechos y deberes que implica”*.<sup>5</sup> Debemos recordar en este punto a Habermas, para quien la ciudadanía, como participación con todos los derechos políticos en una cultura política inclusiva, es un buen agente socializador e integrador, siempre que no vaya unida inherentemente a la tradición cultural mayoritaria: *“La integración ética de grupos y subculturas con sus propias identidades colectivas debe encontrarse, pues, desvinculada del nivel de la integración política, de carácter abstracto, que abarca a todos los ciudadanos en igual medida”*.<sup>6</sup> De esto se desprende que

---

<sup>3</sup> Sartori (2001, 108).

<sup>4</sup> Zapata-Barrero (2001, 88).

<sup>5</sup> Marshall (1997, 312).

<sup>6</sup> Habermas (1999, 213).

en las actuales sociedades multiétnicas y pluri-religiosas debemos aceptar y reconocer como miembros de una misma sociedad a toda aquella persona que respete recíprocamente la identidad del *otro*.

La ciudadanía, que es un rol social *strictu sensu* ha adquirido una notoria importancia para identificar a quien es miembro de la comunidad de quien no lo es y de esta manera la configuramos como parte inherente de una sociedad civilizada, pero ¿podemos entender como sociedad civilizada a una sociedad que excluye a personas por razón de su origen? El problema es serio, ya que aparece un déficit democrático difícil de resolver. En cierto aspecto, el concepto integrador que posee intrínsecamente el término *ciudadano* se convierte en generador de exclusión al diferenciar a personas que, por otra parte, quieren formar parte de la misma sociedad. Es un tanto paradójico que la idea de ciudadanía (ligada a la de identidad) que en un principio se basa en la necesidad de otorgar derechos y deberes a quien forma parte de una sociedad o Estado devenga con el paso del tiempo en factor exclusógeno para otro tipo de personas que se encuentran en la misma sociedad.

Sin ser éste el objeto concreto del presente estudio, también debemos hacer referencia a las evidentes analogías existentes entre la ciudadanía política y la ciudadanía social y cómo el tema de la exclusión social hace su aparición conforme se avanza en los derechos ciudadanos, sean sociales o políticos. En este sentido, hay que ser muy precisos a la hora de abordar el lema de "ciudadanía para todos", ya que *"la ciudadanía no se basa en la inutilidad social"*.<sup>7</sup> Esta obviedad a menudo es ignorada, pudiendo ser entonces peor el remedio que la enfermedad y augurar la continuación de la separación existente con la configuración de una ciudadanía de segunda categoría. Así, hay quien piensa que existen personas *"no integradas y sin duda inintegrables"*, a las cuales Castel llama *"supernumerarios e inútiles para el mundo"*, pero no en el sentido de Sartori, sino en uno mayormente referido a la estructura societaria, donde seres que viven, sean desempleados o no, en condiciones precarias, pasan desapercibidos ya que sus andanzas son ignoradas por el resto de la sociedad.<sup>8</sup>

En el Estado español cabe destacar la propia *"debilidad del concepto de ciudadanía, relacionado con la escasa experiencia democrática y la ausencia de una auténtica reforma de la administración al servicio del ciudadano, que dificulta la puesta en marcha de auténticas políticas universalistas"*.<sup>9</sup> Estas circunstancias han intervenido de forma indudable en la articulación del sistema electoral e inherentemente en la participación que puede tener una persona extranjera en el mismo. En nuestra opinión, son innegables los nexos entre la ciudadanía formal y los procesos de integración social que desarrolla una sociedad determinada. La oposición y a la vez similitud "derecho de voto" *versus* "integración societaria" es un apasionante tema por cuanto implica unas connotaciones que muchas sociedades no pretenden asumir. Cabe reflexionar acerca de qué tipo de personas excluidas genera la formulación amplia de estos derechos y qué peaje está dispuesto a pagar un Estado por intentar conservar una sociedad más cohesionada socialmente hablando. O lo que es lo mismo (aplicando a este asunto la

---

<sup>7</sup> Castel (1997, 433).

<sup>8</sup> *Ibidem* (1997, 416).

<sup>9</sup> Laparra, M. y Martínez de Lizarrondo, A., (2003, 40).

cuestión central de Zapata-Barrero): *“¿Cómo se construye la ciudadanía en las actuales sociedades plurales y fragmentadas?”*.<sup>10</sup>

### **El debate de la “nueva ciudadanía”**

Ahora bien, si tomamos la propuesta de ciudadanía para los residentes de una misma sociedad las posibilidades de integración pueden aumentar. El ideal de la “nueva ciudadanía” conecta con la propuesta interculturalista y aboga por la ciudadanía para todos los residentes en la Unión Europea, *“por cuanto los foráneos se incorporan como tales y por cuanto se enriquece el concepto de ciudadanía no excluyendo a nadie ni creando comportamientos de distintos tipos de ciudadanos”*.<sup>11</sup> El lema de la Revolución Francesa y la extensión de los derechos ciudadanos supusieron un quebranto traumático de las normas entonces existentes, pero se ha comprobado que fue beneficioso para la Humanidad. Así como en ese momento histórico, la extensión de la ciudadanía a todos los residentes también supondría una “quiebra” de la legalidad vigente. En este debate entre tradicionalistas y rupturistas, se siembra la duda sobre la cuestión: ¿quién puede asegurar que la extensión de la ciudadanía no iría en beneficio de toda la sociedad? Así, tal y como Dahrendorf argumenta *“quizás el que los derechos ciudadanos alcancen a todos constituya una condición para que la riqueza de las naciones sea duradera”*.<sup>12</sup>

Hasta ahora se ha identificado a la ciudadanía con la nacionalidad, con el hecho de pertenecer a una misma nación y participar de las mismas estructuras políticas y culturales, sin embargo, tras la ruptura en este sentido que supuso el Tratado de Maastricht observamos que es factible en Europa dar un paso más allá y extender la noción de ciudadanía (al menos en la esfera pública) a otras personas que tampoco son nacionales pero quieren participar de nuestra forma de vida. Aun así hemos de reconocer que esta “ciudadanía europea” no es el *summum* ya que la regulación de los derechos comunes a todos los ciudadanos sigue siendo escasa, remitiendo en gran parte a la propia normativa de los Estados que la conforman.

Este debate va cobrando fuerza cuanto más se discute a nivel europeo, en las propias instancias que van a dirimir nuestro futuro y es por ello que han aparecido algunas iniciativas en este sentido que son reseñables. De este modo, la idea de “ciudadanía cívica”, expresada en la comunicación sobre la política comunitaria de migración del año 2000 que seguía el camino emprendido en Tampere, removió parte de las estructuras de la vieja Europa en cuanto que estimaba conveniente avanzar en la ampliación y extensión de los mismos derechos que los autóctonos a todas aquellas personas residentes en la UE tras un periodo de tiempo no muy largo.<sup>13</sup> Este documento fue el primero a nivel europeo en el que se planteaba de una manera explícita la necesidad de establecer la “nueva ciudadanía” para los colectivos de inmigrantes en nuestra sociedad si realmente se quiere lograr una integración plena de los mismos, concibiendo la inmigración como un factor fundamental para nuestro propio desarrollo.

---

<sup>10</sup> Zapata-Barrero (2001).

<sup>11</sup> Malgesini, G. y Giménez, C. (1997, 204).

<sup>12</sup> Dahrendorf (1990, 13).

<sup>13</sup> Comisión de las Comunidades Europeas (2000).

En este mismo sentido se expresaba el Comité Económico y Social Europeo al proponer el concepto de "integración cívica" basándola *"en la progresiva equiparación de los inmigrantes con el resto de la población, en derechos y deberes, así como su acceso a bienes, servicios y cauces de participación ciudadana en condiciones de igualdad de oportunidades y de trato. El referente principal de la integración cívica que proponemos no está en el tratamiento que deba darse a los aspectos culturales, sino en el concepto de ciudadanía. La diversidad cultural tendrá un tratamiento específico en cada país, de acuerdo con el modelo que se haya ido desarrollando para ello, pero no debe alterar el principio de equiparación de derechos y deberes"*.<sup>14</sup>

## La extensión del sufragio a personas inmigrantes en la UE

Una idea extendida y aceptada por la politología y la sociología es que el derecho de sufragio ha sido una forma de innovación política en la sociedad, por lo que cabe decir que la ampliación del derecho de voto regenera la democracia. Del mismo modo, hemos observado que se entiende socialmente que el pleno ejercicio de la ciudadanía y un paso fundamental en la integración viene por la adquisición de la nacionalidad del país de acogida. Sin olvidar que la ciudadanía va ligada también a determinados derechos sociales y civiles, a los cuales no puede tener acceso parte del colectivo inmigrante residente en Europa, se piensa que el derecho al voto es la expresión básica de ciudadanía. Así, la posible extensión de este derecho a los colectivos inmigrantes residentes no sólo sería un paso importante en el proceso de integración social de los mismos, sino que supondría un impulso regenerador y legitimador para estas sociedades como en su momento fue la creación de los Estados-nación.

No obstante, siempre hay quien encuentra estos derechos ya suficientes y se posiciona en contra de la equiparación en derechos ciudadanos de los extranjeros extracomunitarios a los residentes miembros de la UE dentro del estatuto de ciudadanía, ya que ello *"acarrearía un grave riesgo para la propia supervivencia o el desarrollo del estatuto vistas las reticencias que ya despierta entre algunos Estados miembros"*.<sup>15</sup> Así, este jurista tacha de *"dogmáticos"* a quienes como Javier de Lucas defienden la equiparación jurídica entre nacionales comunitarios y extracomunitarios en la UE, al estar fundadas sus propuestas *"en el relativismo cultural y la moda de lo políticamente correcto"*.<sup>16</sup> Ahora bien, respecto a la extensión de la ciudadanía a todos los extranjeros residentes en la UE es preciso reseñar que el trayecto debe ser gradual y progresivo. En estos momentos de incertidumbre, tanto en los resultados de las políticas migratorias como en los de la propia ciudadanía europea, no se vislumbra conveniente que esta extensión se produjera sin reforzar lógicamente la legitimidad de las instituciones europeas. A este respecto aventuramos que la ampliación de la UE en los próximos años va a redundar en una reafirmación de este tipo de propuestas si la economía responde a este esfuerzo político.

Debemos darnos cuenta pues de la importancia de la inmigración como motor del cambio social. Anteriormente fueron los derechos de los obreros, la lucha contra la discriminación racial, el derecho de sufragio de las mujeres, las manifestaciones de los años 60 contra la

---

<sup>14</sup> Comité Económico y Social Europeo (2002).

<sup>15</sup> Jiménez Piernas (2002, 861).

<sup>16</sup> *Ibidem* (863).

guerra, etc. Las transformaciones que han sufrido nuestras sociedades en los últimos tiempos, donde las migraciones ocupan un lugar destacadísimo, han motivado que haya cada vez más voces a favor de la inclusión de los extranjeros en los censos electorales. Hoy en día es la inmigración la que promueve la extensión de derechos a todas las personas y la que marca la agenda política, tanto para lo bueno (la posible extensión de la ciudadanía), como para lo malo (las nuevas restricciones a las que se viene sometiendo a la circulación y los derechos de las personas).

A través de Habermas encontramos una justificación central sobre la ampliación del derecho al voto de los colectivos de inmigrantes, en cuanto la conceptualización que se realiza de la ciudadanía legitima nitidamente la misma democracia y favorece la integración de estas personas, aspecto este un tanto desvalido tras la crisis de legitimidad que arrastran las democracias capitalistas desde hace ya algunos años. Así, *“el derecho de sufragio interpretado como libertad positiva se convierte en paradigma de los derechos en general, no sólo porque es un elemento constitutivo de la autodeterminación política, sino porque en él queda claro cómo la inclusión en una comunidad de individuos iguales en derechos guarda relación con la habilitación de los individuos para realizar contribuciones autónomas y adoptar posiciones propias”*.<sup>17</sup>

Es justo reconocer que en la actualidad una hipótesis como la que se propone es utópica en su aplicación generalizada, pero las propuestas políticas llevan todas aparejadas un tiempo de reflexión antes de pasar a la praxis. ¿Quién nos iba a decir hace 25 años que íbamos a disponer de una ciudadanía europea, con todos los derechos que conlleva, por ser miembros de la UE? Probablemente muy pocas personas, como escasas también pueden ser las opiniones que nos articulen y avalen coherentemente en qué va a devenir el proceso de integración al que nos hemos sometido en Europa. Quizás estos comienzos del siglo XXI sean una buena época para, aprovechando el proceso en el que estamos inmersos, por una parte avanzar en la regeneración democrática de nuestras sociedades y por otro lado, procurar la cohesión social de las mismas mediante la ampliación de las posibilidades de integración de los colectivos inmigrantes.

### **Las razones del derecho al voto de las personas extranjeras**

Sintetizando las diversas posiciones al respecto, podemos decir que existen argumentos a favor y en contra de la participación electoral de los extranjeros y dentro de dichas argumentaciones existen tanto razones políticas y sociales como jurídico-administrativas. En el bloque *exclusionista* la principal consideración de índole política es que sólo el nacional puede tener un sentimiento de apego a su nación, argumentando que es una injerencia externa el hecho de que un extranjero participe en los asuntos nacionales y, además, que estos carecen del conocimiento racional acerca de las cuestiones propias de cada Estado.<sup>18</sup> Es fácil de suponer el grave riesgo que corren estas ideas de desembocar en prejuicios e ideas racistas. Como razones de índole jurídico-constitucional para oponerse a la ampliación del sufragio se aduce que *“los extranjeros no pueden ser electores, porque sólo los nacionales pueden participar en las decisiones fundamentales del Estado, pues éstas son las que forman la idea*

---

<sup>17</sup> Habermas (1999, 236).

<sup>18</sup> Masso (1997).

*de nación, que es la que verdaderamente da sentido al Estado*".<sup>19</sup> Este planteamiento tiene su paradigma en el caso alemán, donde la soberanía recae en el pueblo y no en la población, partiendo ello de un hipotético principio de homogeneidad.

Uno de los factores decisivos a la hora de poner trabas al sufragio generalizado entre las personas inmigrantes consiste en que determinados sectores tienen miedo a que se pudiera generar una desestabilización no proporcional entre partidos o, incluso, un voto consensuado hacia opciones étnicas y/o religiosas. Asimismo, dicho miedo pudiera tener cierto paralelismo con las dudas que sostenía la burguesía a finales del siglo XIX y principios del XX cuando se vislumbraba la posibilidad de que los obreros accedieran al derecho al voto. Temían que se produjera un auge incontrolado de los partidos de signo obrero, sin embargo, esto no ocurrió mayoritariamente, comprobándose que antes que obrero o inmigrante, quien vota es una persona que posee unas ideas, las cuales pueden coincidir o no con algunos rasgos que dicha persona posee.

En este sentido, incluyendo lo ocurrido en nuestro país, existen datos que corroboran la no validez de esas tesis etnicistas. Este recelo por la posibilidad de que los inmigrantes puedan instrumentalizar sus problemáticas mediante su voto debe ser desechado, ya que *"los problemas de los inmigrantes extranjeros son, por regla general, problemas de la sociedad que los acoge, y no pueden ser resueltos más que por la integración de los extranjeros en los procesos de decisión de esta sociedad"*.<sup>20</sup> En general, podemos observar que en todos los países donde se ha establecido algún tipo de sufragio donde pueden participar los inmigrantes los partidos étnicos tienen poco éxito, optando la mayoría de inmigrantes por partidos nacionales y preferentemente de ideología socialdemócrata.<sup>21</sup> No obstante, debemos refutar cierta idea errónea de algunos sectores que creen que el ser inmigrante es sinónimo de votante de partidos de izquierdas. En algunos casos será cierto, pero es evidente que quien emigra tiene un bagaje anterior y una concepción política establecida en su país de origen, que sin duda le influirá caso de votar en un país de acogida. En este sentido, es preciso recordar los estudios empíricos que han mostrado cómo no pocas personas inmigrantes han votado en Francia al Frente Nacional de Le Pen.

A través de dos ejemplos en España se pueden rebatir las teorías atemorizadoras que alertan del peligro de la extensión del derecho al voto entre los inmigrantes por una posible concentración de dicho electorado. En Ceuta y Melilla se propugna la integración de los colectivos musulmanes en la vida política a través de los partidos ya existentes, sin embargo, la dificultad de estas personas para integrarse en las estructuras de los partidos llevó a la creación de un partido musulmán, Iniciativa por Ceuta. Éste participó en las elecciones municipales de 1991 con un gran fracaso, evidenciándose que los musulmanes no optaban por el voto étnico o religioso y que votaban a los partidos ya institucionalizados.<sup>22</sup> En los últimos años han surgido en las dos ciudades autónomas partidos que, integrando el acervo musulmán presente en ambas ciudades, han obtenido un mejor resultado. Así, en las elecciones de mayo de 2003 la Unión Demócrata Ceutí (UDCE) obtuvo tres de los 25 escaños que se disputaban, mientras que el Partido Demócrata y Social de Ceuta (PDSC)

---

<sup>19</sup> *Ibidem* (1997, 165).

<sup>20</sup> Masso (1997, 180).

<sup>21</sup> Weydert (1997, 76).

<sup>22</sup> Stallaert (1996).

consiguió un solo representante.<sup>23</sup> Por su parte, en Melilla el partido de Coalición por Melilla (CPM) no está formado exclusivamente por musulmanes, aunque su tendencia *social* le haga aproximarse a los sectores como la población musulmana. En el 2003 alcanzó siete diputados, siendo la segunda fuerza de la ciudad tras la coalición PP-UPM y por delante del PSOE.<sup>24</sup>

Asimismo, en países como Holanda el derecho que disponen los inmigrantes de votar en las elecciones locales no implica que sigan consignas de sus países de origen ni que se reagrupen en “partidos étnicos”. Mediante las elecciones celebradas hasta la fecha se comprueba que votan en el mismo sentido que gran parte de la población autóctona, con mayor abstención, pero prefiriendo sobre todo a los partidos mayoritarios en detrimento de los conformados exclusivamente por inmigrantes, los cuales están abocados inexorablemente al fracaso.<sup>25</sup>

Los argumentos sociopolíticos a favor de la ampliación del voto a las personas inmigrantes se basan principalmente en el nuevo concepto de nación y en el propio efecto integracional del voto. En cuanto a la primera razón, nos hallamos inmersos en un profundo debate sobre la superación de los marcos nacionales por organismos supra-nacionales y donde la misma noción de identidad europea está en entredicho, por lo que son momentos idóneos para aplicar estas nuevas normas, más aún tras la reciente ampliación a 25 países de la Unión Europea. La segunda posición se basa en la presunta influencia positiva en su integración en la sociedad de acogida. De este modo, la participación electoral se convierte en una faceta más de las políticas de integración, no siendo desde luego el punto final, sino una etapa más en el recorrido integrador que vive un inmigrante.

Por último, desde una óptica jurídica también hay opiniones que avalan la participación política de los inmigrantes, al menos en lo que respecta a las elecciones locales. Según esta corriente de pensamiento, la soberanía nacional se expresa únicamente a través de las elecciones a nivel nacional. Así, las elecciones locales regionales y europeas son elecciones políticas, pero no representativas de la soberanía nacional que posee el pueblo. Es por ello que pudiera haber, según dichos teóricos, el derecho al voto en este tipo de elecciones descentralizadas al no afectar estrictamente a la soberanía nacional.<sup>26</sup>

## El voto de inmigrantes en la Unión Europea

En definitiva, en la mayoría de los países de la UE el derecho al voto está reservado exclusivamente para los nacionales. Únicamente algunos Estados de la Unión Europea (Dinamarca, Italia, Noruega, Países Bajos y Suecia) han suscrito el Convenio europeo sobre

---

<sup>23</sup> En Ceuta, sobre una población estimada en 2003 de 74.931 personas, el 30% de la población era musulmana. Cabe indicar que, aparte de los partidos citados (que obtuvieron el respaldo del 15'85% del electorado), también se presentaron partidos de tendencia más islamista como la Unión de Musulmanes de Ceuta que no alcanzaron ningún escaño.

<sup>24</sup> El cabeza de lista de CPM es Mustafá Aberchán, quien llegó en la anterior legislatura a regir la ciudad tras un pacto con el GIL. En Melilla el 39% de la población es musulmana y aparte del caso del CPM, que obtuvo un 26% de los votos, en el 2003 se presentó un partido integrado exclusivamente por musulmanes, el Partido Nacionalista del Rif, que no logró escaño alguno.

<sup>25</sup> Mahnig (1992).

<sup>26</sup> Masso (1997).

la participación de los extranjeros en la vida pública de ámbito local, de febrero de 1992, rubricado en el seno del Consejo de Europa (en vigor desde el 1 de mayo de 1997). Este Convenio permite a todos los extranjeros que residan legalmente la posibilidad de crear órganos consultivos de ámbito local elegidos por los residentes extranjeros, así como la posibilidad de conceder el derecho de sufragio activo y pasivo a todos los extranjeros que hayan residido de manera legal en cada respectivo Estado durante al menos cinco años anteriores a las elecciones.<sup>27</sup> Es preciso observar el hecho de que todos los países firmantes de este Convenio, salvo Italia, ya tienen estipulada en su legislación este derecho. De esta forma, exceptuando la posibilidad de votar en las elecciones locales que tiene cualquier ciudadano de otro país de la UE, sólo algunos países permiten el voto de personas inmigrantes en sus elecciones locales y con ciertas restricciones como pueden ser los años de residencia en el país o el origen de esas personas. Actualmente son Dinamarca, Finlandia (para procedentes de países escandinavos), Suecia, Noruega, Irlanda, Países Bajos, Suiza (sólo dos cantones), Gran Bretaña (para residentes que sean ciudadanos de la *Commonwealth*) y Bélgica, que fue el último país al aprobar en 2003 esta iniciativa tras haber tenido experiencias de consejos consultivos.

En Italia existen interesantes experiencias a nivel local, siendo preciso reseñar la iniciativa del ayuntamiento de Roma para canalizar la participación política de las personas inmigrantes, si bien sus concejales electos pueden presentar propuestas y demandas, pero no tienen derecho al voto. En marzo de 2004 se celebraron por primera vez unas elecciones para competir por cuatro puestos de concejales municipales, uno por cada continente excepto Europa y 19 puestos de delegados extranjeros en representación de cada uno de los distritos de la ciudad. En estas elecciones votaron un total de 18.918 extranjeros, el 57% de los 33.000 que se inscribieron para ir a urnas y casi una décima parte de las personas inmigrantes legalmente en la capital italiana.<sup>28</sup>

Otros países que no permiten el voto a sus extranjeros pero canalizan su participación política a través de órganos inherentemente creados son los casos de Luxemburgo y Alemania. En Luxemburgo, como anteriormente en Bélgica, los consejos consultivos de inmigrantes son designados por las autoridades municipales, elegidos por la población inmigrada o bien por representación de asociaciones de inmigrantes.<sup>29</sup> En Alemania los órganos de participación de la población inmigrante adquieren diversas formas: equipos de trabajo y coordinación (nombrados a menudo por el Ayuntamiento y organizaciones sociales), comités consultivos de extranjeros electos y comisiones municipales para temas de extranjeros (compuestos en parte por población alemana y extranjera). Su composición y las funciones varían según cada *Lander* e incluso dentro de cada uno de ellos en función de la autonomía organizativa de los municipios. En cualquier caso, todos estos órganos se sitúan fuera del pleno municipal y se ocupan preferentemente de cuestiones específicas de extranjería en cada municipio.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Aja (2002, 129).

<sup>28</sup> Ya.com, *El peruano Santos Taboada Zapata, elegido concejal del ayuntamiento de Roma*, [en línea], (29 de marzo de 2004), <http://noticias.ya.com/mundo/latinoamerica/2004/03/29/5984364.html> [Consulta: 01/04/2004]

<sup>29</sup> Weydert (1997, 77).

<sup>30</sup> Aja (2002).

En España una persona inmigrante sólo tiene derecho a votar en las elecciones municipales y autonómicas si se da la condición de reciprocidad, esto es, que su país de origen reconozca el mismo derecho para las personas españolas en sus elecciones locales. Desde hace algunos años se ha venido solicitando el reconocimiento de este derecho desde ámbitos sociales y políticos, si bien en este último terreno aún es minoritaria su reivindicación. Cabe destacar que en la actualidad el ponente está finalizando un Proyecto de Investigación subvencionado por el Departamento de Bienestar Social del Gobierno de Navarra sobre una comparación a nivel autonómico de los Planes de Integración para inmigrantes (de manera análoga y paralela a su Tesis Doctoral).<sup>31</sup> En este sentido, es importante reseñar que en el campo de la participación política no se ha constatado en las diferentes Comunidades una articulación de canales apropiados para que la voz de los colectivos de inmigrantes sea escuchada en el ámbito local, salvo muy raras excepciones en municipios donde se han configurado Mesas de integración o similares y que, de manera muy ocasional, han funcionado realmente.

En el ámbito social, a pesar de algunas iniciativas tendentes a concienciar a la sociedad española en este sentido, tales como la campaña de Andalucía Acoge y de la Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía en el 2003 o de las más recientes de la asociación Ibn Batuta en el marco del Fórum de Barcelona<sup>32</sup> y del partido Batzarre en Navarra coincidiendo con las Elecciones Europeas, lo cierto es que su reivindicación ha sido más bien anecdótica.<sup>33</sup> Por su parte, a nivel de política estatal hasta recientes fechas no se le ha concedido gran importancia, como lo muestra el hecho de que en los programas electorales de los grandes partidos en las últimas Elecciones Generales sólo Izquierda Unida planteaba su admisión nitidamente como iniciativa legislativa a conseguir.

No obstante, es preciso hacer constar que el cambio de gobierno ha introducido la reflexión al respecto en el PSOE, dado que en su programa aludía al reconocimiento del derecho de sufragio de quien residiera legalmente en España, pero en función de convenios recíprocos con los países de origen, esto es, respetando la situación actual. Sin embargo en junio ya admitió la posibilidad de otorgar durante esta legislatura el derecho al voto en las elecciones locales a inmigrantes en situación regular y con arraigo de cinco años, siempre a expensas de obtener el "*máximo consenso político*" en el Parlamento y en septiembre, con el anuncio del nuevo Reglamento de Extranjería volvió el debate público.<sup>34</sup>

Por último, es interesante apuntar una contradicción referente precisamente a las últimas Generales, dado que la mayoría de las personas inmigrantes no pudieron ejercer su derecho al voto a pesar de que desempeñan un rol relevante en la adjudicación de escaños por

---

<sup>31</sup> Martínez de Lizarrondo, A. (2004) *Políticas de integración social para los inmigrantes en Navarra: perspectiva comparada con las CC.AA. españolas en el marco de la Unión Europea*, (no publicado).

<sup>32</sup> Es interesante apuntar que el presidente de esta asociación, Mohammed Chaib, es el único diputado político de origen inmigrante en el Estado, en este caso en representación del PSC en el Parlament de Catalunya.

<sup>33</sup> En el caso de Batzarre, que sólo cuenta con representación en algunos municipios y no a nivel de Parlamento, su iniciativa consistía en que sus cargos electos y orgánicos accedían hasta sus respectivas mesas electorales junto a un inmigrante que presentaba su documentación y una vez comprobada se le informaba de que no figuraba en la lista de electores. En ese momento la persona de Batzarre que se encontraba con él rompía su voto ya preparado y cogía el que la persona inmigrante tenía previsto introducir en la urna, votando por él.

<sup>34</sup> Larioja.com, *El Gobierno dará el voto a los inmigrantes con arraigo si logra un amplio respaldo en el Parlamento*, [en línea], (30 de junio de 2004), [Consulta: 05/07/2004] <<http://servicios.larioja.com/pg040630/prensa/noticias/Espana/200406/30/RIO-ESP-067.html>>

circunscripciones. Así, una de las razones a la hora de distribuir los escaños se realiza en base a la población de derecho existente en cada circunscripción, por lo que los incrementos o disminuciones en la misma afectan a este reparto, dándose la paradoja de que quien se encuentra en situación administrativa irregular y se encuentra inscrito en el padrón también cuenta para esta distribución. A consecuencia de las modificaciones producidas en el padrón cuatro provincias perdieron un escaño cada una (Asturias, Cáceres, Pontevedra y Sevilla), mientras que cuatro sumaron un escaño (Balears, Girona, Las Palmas y Madrid).

## Conclusiones

A nuestro modo de ver, una hipotética extensión del sufragio pudiera devenir quizás en una modificación de la política de extranjería *a posteriori* en base a dos motivos: por la aportación de quien puede ejercer este derecho de manera novedosa y por el mayor cuidado de los partidos políticos al tocar los temas que conciernen a las personas inmigrantes, ya que son votos a favor o en contra. De hecho, creemos que si comienza un debate político serio al respecto se observará que las posiciones de cada partido serán muy comedidas, pudiendo ser interesante el desarrollo de los discursos en el espacio local, preferentemente en municipios con notable presencia de inmigrantes.

Cabe subrayar igualmente una idea falaz y es que una persona por ser inmigrante votará indefectiblemente a un partido del ámbito de izquierdas. En primer lugar, estas personas vienen con un bagaje propio y la orientación política entra sin duda en este ámbito. Asimismo, las circunstancias que implica este fenómeno permiten que cada inmigrante visualice su situación de una determinada manera y es plausible que ciertos sectores apoyen en un momento dado políticas desfavorables incluso para conciudadanos suyos. En consecuencia, pensamos que es más factible que las consecuencias sean de índoles positivas antes que contraproducentes en su conjunto. Asimismo, si una vez establecido un derecho de esta índole este hecho provoca que ciertas personas inmigrantes, tanto por motivos psicológicos como sociológicos, se sientan "más integradas" en nuestra sociedad y, a su vez, la propia sociedad las reconoce como parte integrante de ella se habrá avanzado nítidamente en la consecución de los anhelados objetivos.

En definitiva, la relación entre la integración de los inmigrantes y la aplicación extensiva de este derecho no es una cuestión sobre si la ampliación conlleva automáticamente la integración, sino que más bien supone un paso más hacia la misma y que es otra parte de las diversas esferas que conforman el universo migratorio. Así, el estar trabajando no presupone que se haya alcanzado la integración, pero desde luego ayuda a que se logre y para determinadas personas puede ser la vía más fácil de acceso. Ocurre de manera análoga con el citado derecho al voto, ya que habrá quien no se interese lo más mínimo por la participación electoral, pero también puede haber personas inmigrantes que juzguen la posesión de este derecho como un don que les facilita la integración en la sociedad de acogida al poder expresar políticamente sus inquietudes. No obstante, hay que precisar que la instauración del voto de los extranjeros debe hacerse desde posturas de libertad personal, esto es, no como una forma de obligar a que una persona se interese por la política, sino como una opción que posee y puede utilizar.

## BIBLIOGRAFÍA

- AJA, E. (dir.) (2002) *Informe sobre derecho comparado de la inmigración (Alemania, Francia, Italia, Reino Unido, Suecia y Unión Europea)*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Secretaría para la Inmigración.
- CASTEL, R. (1997) *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*. Buenos Aires: Paidós.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2000) *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política comunitaria de migración*. Bruselas: Comisión de las Comunidades Europeas, 757 final, 22 de noviembre de 2000.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2002) *Dictamen sobre la inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada*. Bruselas: CES 365/2002, 21 de marzo de 2002.
- DAHRENDORF, R., (1990), *El conflicto social moderno: ensayo sobre la política de la libertad*. Barcelona: Mondadori.
- GARCÍA, S. (1998) "Ciudadanía". Giner S., Lamo de Espinosa E. y Torres C. (eds.) *Diccionario de Sociología*. Madrid: Alianza Editorial. 107-108.
- HABERMAS, J. (1999), *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C. (2002) "La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 13. 857-894.
- LAPARRA, M. y MARTÍNEZ DE LIZARRONDO, A. (2003) "Integración y políticas de integración". Laparra, M. (ed.) *Extranjeros en el purgatorio. Integración social de los inmigrantes en el espacio local*. Barcelona: Bellaterra. 21-60.
- MAHNIG, H. (1992) "Inmigration et émancipation des minorités aux Pays-Bas". Costa Lascoux, J. y Weil, P. (dir.), *Logiques d'États et immigrations*. París: Kimè. 119-138.
- MALGESINI, G. y GIMÉNEZ, C. (1997) *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*. Madrid: La Cueva del Oso.
- MARSHALL, T.H. (1997) "Ciudadanía y clase social". *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, 79. 297-344.
- MARTÍNEZ DE LIZARRONDO, A. (2004) *Políticas de integración social para los inmigrantes en Navarra: perspectiva comparada con las CC.AA. españolas en el marco de la Unión Europea*, (no publicado).
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y GIRÓ, J. (2003) *Inmigración y ciudadanía. Perspectivas sociojurídicas*. Logroño: Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones.
- MASSO, M. F. (1997) "Aspectos políticos y constitucionales sobre la participación electoral de los extranjeros en el Estado nacional". *Revista de Estudios Políticos*, 97. 159-194.
- REQUEJO, F. (1996) "Pluralismo, Democracia y Federalismo. Una revisión de la ciudadanía democrática en Estados plurinacionales". *Revista Internacional de Filosofía política*, 7. 93-120.

SARTORI, G. (2001) *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus.

STALLAERT, C. (1996) "Cristianos y musulmanes en Ceuta: los límites de la convivencia". Kaplan, A. (coord.) *Procesos migratorios y relaciones interétnicas. VII Congreso de Antropología Social*. Zaragoza: Instituto Aragonés de Antropología, Federación de Asociaciones de Antropología del Estado Español. 119-130.

WEYDERT, J. (1997) "La citoyenneté des migrants en Europe". *Hommes et migrations*, 1206. 67-79.

ZAPATA-BARRERO, R., (2001) *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*. Barcelona: Anthropos.

#### INTERNET

Larioja.com, *El Gobierno dará el voto a los inmigrantes con arraigo si logra un amplio respaldo en el Parlamento*, [en línea], (30 de junio de 2004), [Consulta: 05/07/2004] <http://servicios.larioja.com/pg040630/prensa/noticias/Espana/200406/30/RIO-ESP-067.html>

Ya.com, *El peruano Santos Taboada Zapata, elegido concejal del ayuntamiento de Roma*, [en línea], (29 de marzo de 2004), [Consulta: 01/04/2004] <http://noticias.ya.com/mundo/latinoamerica/2004/03/29/5984364.html>



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciudadanía i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de noviembre de 2004

## MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

«Derecho de voto y ciudadanía: un análisis de la movilización de los residentes europeos en las elecciones municipales de 1999 y 2003»

**Mónica Méndez Lago (Universidad de Murcia)**

### Introducción

Este trabajo analiza la participación política de un nuevo sector del electorado: los ciudadanos de la Unión Europea extranjeros que residen en España que adquirieron el derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales como resultado de la implementación del Tratado de Maastricht. Se analizan las elecciones de 1999 y de 2003, aunque se profundiza más en las primeras, debido a la mayor disponibilidad de datos. Dado que estas han sido las dos únicas convocatorias electorales en las que este nuevo sector del electorado ha tenido la oportunidad de votar, este trabajo sólo pretende presentar una evaluación preliminar del ejercicio de este derecho y apuntar a futuras líneas de investigación.

Aunque el número total de residentes europeos no nacionales en España no es elevado en comparación con otros estados miembros de la UE, su voto puede ser crucial en muchas localidades turísticas en las que se concentra esta población, donde pueden llegar a suponer el 10-20% de la población total. Este trabajo presta especial atención a estos municipios donde la implementación de uno de los derechos más importantes asociados a la ciudadanía europea puede tener un impacto mayor en la elección de los gobiernos locales y en la participación del proceso colectivo de "fijación de objetivos, elección de prioridades y distribución de recursos entre distintas prioridades" (Verba y Nie 1972: 4).<sup>1</sup>

### 1. Ciudadanía europea y derecho de voto

La definición de ciudadanía europea fue uno de los contenidos fundamentales del Tratado de Maastricht y también del posteriormente firmado en Amsterdam en 1997. Los componentes básicos de la ciudadanía de la Unión, restringidos exclusivamente a los nacionales de uno de los estados miembros, incluyen el derecho a la libertad de circulación y residencia en el territorio de la Unión, el derecho a protección diplomática en terceros países, el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, y ante el *ombudsman*, y el derecho de votar y ser

---

<sup>1</sup> Este trabajo presenta los resultados de un proyecto sobre la participación política de los residentes comunitarios dirigido la autora de este trabajo y financiado por la Fundación Séneca (Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). Se presentan datos que están aún en proceso de elaboración por lo que se ruega contactar con la autora en caso de citarlos. Aprovecho para agradecer a todos los individuos, organizaciones e instituciones con los que he entrevistado o contactado a lo largo de la investigación. También me gustaría agradecer los comentarios y sugerencias de las personas que han asistido a las presentaciones de versiones anteriores de este trabajo.

elegido en elecciones locales y en las elecciones al Parlamento Europeo en el estado miembro de residencia (art.8.B del Tratado de Maastricht, posteriormente art.19 del Tratado de la Unión Europea). Esto abría las puertas a la participación en elecciones locales a los extranjeros residentes en los Estados miembros de la UE donde no tenían reconocido previamente este derecho.

Esta concepción de ciudadanía de la UE puede ser considerada un compromiso entre la visión de los federalistas y la visión de los confederalistas. Para los federalistas, el concepto de ciudadanía adoptado es compatible con la construcción de una federación europea, mientras que para los confederalistas la noción de ciudadanía y los derechos asociados a ella no suponen un grave peligro para la posición de los estados nacionales. El elemento que tranquiliza a este segundo grupo es el hecho de que el acceso a la ciudadanía de la Unión se realice previo acceso a la ciudadanía de alguno de los estados miembros<sup>2</sup>. Esto hacía que los residentes extranjeros nacionales de estados no comunitarios quedaran fuera de los derechos asociados a la idea de ciudadanía europea.

En lo que se refiere al derecho de voto en elecciones locales, el apartado 1 del art.19 del TUE establece que todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. La justificación del reconocimiento de este derecho, a tenor de lo expresado en la Directiva 94/80/EC, se hacía con vistas a "facilitar una mejor integración de los ciudadanos de la UE en su país de acogida", y, asimismo, se entendía como una forma de complementar el derecho de movimiento y residencia también reconocidos como derechos de los ciudadanos europeos.

El reconocimiento del derecho de voto a los no nacionales en los estados miembros también podía contribuir a la creación de una "comunidad política", dado que, por primera vez se abría la puerta de la política "interna" a los no nacionales como resultado de una decisión adoptada por la Unión.<sup>3</sup> Como señala Wiener (1998), la diferencia más relevante entre los dos tipos de convocatoria mencionados en relación con el derecho de voto: las del Parlamento Europeo y las elecciones locales es que, mientras que las primeras tienen una influencia indirecta en la política nacional las elecciones locales tienen implicaciones directas en la política nacional y sub-nacional. El impacto potencial de la extensión de los derechos de participación sería más notable en aquellos lugares donde estos derechos no estuvieran ya reconocidos y, sobre todo, en aquellos con una proporción elevada de residentes europeos.

#### *La puesta en marcha del derecho de voto: la directiva 94/80 y su aplicación en España*

Mientras que la directiva relativa a la regulación de la participación en las elecciones al Parlamento Europeo se aprobó en 1993, la directiva 94/80 (OJ L368, 31/12/1994) en la que se fijan los detalles del ejercicio de derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales se aprobó un año más tarde. La directiva 94/80 debía regular de forma precisa el derecho de los ciudadanos europeos para participar en las elecciones locales del estado

---

<sup>2</sup> Martiniello (2000).

<sup>3</sup> Aunque había varios estados miembros en los que los residentes extranjeros tenían derecho de voto en elecciones locales antes de la aprobación del Tratado de Maastricht, como los Países Bajos, Irlanda y Dinamarca, este no era el caso en la mayor parte de los estados miembros.

miembro de residencia sobre la base de la igualdad con los nacionales de ese Estado. Por tanto se trataba de un contenido muy similar al recogido en la directiva 93/109 relativa a la participación en las elecciones al Parlamento Europeo. Sin embargo, en el desarrollo de la directiva 94/80 hubo dificultades de naturaleza política y jurídica que complicaron el proceso en mayor medida de lo que había sucedido con la regulación del derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones europeas, especialmente en algunos estados miembros.

Estas dificultades ponían de manifiesto la diversidad de actitudes que existía en los distintos estados miembros en relación con el derecho de voto de residentes no nacionales en elecciones municipales. En países como Dinamarca, Países Bajos e Irlanda ya se había concedido el derecho de voto a los residentes no nacionales desde los años 1970. Sin embargo, en otros países el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo de los residentes comunitarios suponía una novedad. En algunos casos como los de Bélgica, Alemania, Francia, Luxemburgo, Italia, Grecia, Portugal, España y Austria, la transposición de esta directiva suponía realizar una reforma constitucional u otras leyes de alto rango (véase Oliver 1996, 491), lo que hacía que se pusiera un especial cuidado a la hora de vigilar el contenido de la directiva.

Los países con una proporción elevada de residentes procedentes de otros estados miembros de la Unión plantearon objeciones al contenido de la directiva. Para acomodar el contenido de esta directiva a estas demandas, el artículo 14 de la directiva establece que en los estados miembros en los que la proporción de residentes no nacionales sea superior al 20% de la población total, se puede restringir el derecho de voto en elecciones municipales a aquellos que hayan cumplido un período mínimo de residencia, que puede fijarse en un plazo máximo de diez años. Este era el caso de Luxemburgo, donde más de un cuarto de la población no tiene la nacionalidad luxemburguesa, predominando entre los residentes extranjeros los de nacionalidad portuguesa. Se trata de una medida en la que se ponen de manifiesto las reticencias políticas para dotar de contenido a un concepto de ciudadanía europea que pudiera implicar alteraciones de la política interna.<sup>4</sup> Asimismo, se previeron excepciones en el caso de los estados en los cuales las elecciones locales, además de para elegir a las corporaciones y gobiernos locales, servían para elegir a los miembros de una segunda cámara nacional. Tanto Irlanda como Francia se hallaban en esta circunstancia.

Otro de los problemas asociados a la aplicación del derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales se refería a la dificultad de establecer el tipo concreto de elecciones a las que se hacía referencia, dada la variedad de estructuras territoriales político administrativas existentes en los estados miembros de la UE. Finalmente se decidió añadir un anexo especificando este punto.

---

<sup>4</sup> Otro ejemplo es el de Bélgica, que también presionó para que se incluyera una cláusula según la cual un estado miembro en el cual la proporción de ciudadanos europeos no nacionales en edad de voto superara el 20% del total del electorado podría restringir el derecho de voto y otorgárselo sólo a aquellas personas que hubieran superado un período mínimo de residencia, que en cualquier caso no podía ser superior al mandato para el que se elegía a las instituciones municipales. En el caso de Bélgica las motivaciones de esta petición tienen que ver con el conflicto Flandes-Valonia y con el miedo de los políticos flamencos de que los residentes extranjeros, sobre todo los residentes en Bruselas, se decantaran por los partidos francófonos y desnivelaran la balanza de poder a su favor.

Como hacen notar varios autores,<sup>5</sup> los países que plantearon objeciones o matices al desarrollo del sufragio activo y pasivo en el proceso de elaboración de la directiva no coinciden con los que han venido mostrando una actitud más "euroescéptica", sino con factores relativos a la política interna de cada uno de los estados y a las previsiones de las consecuencias de la medida adoptada en la política de cada uno de ellos <sup>6</sup>.

España no planteó objeciones, ni propuestas especiales durante la elaboración de la Directiva, a pesar de que había un número importante de municipios en los que la proporción de no nacionales superaba el 20% que se menciona en el artículo 13 de la directiva. Hay varios factores que ayudan a explicar la posición española. En primer lugar, el turismo residencial es una fuente importante de riqueza en los municipios donde se da esta circunstancia, situados generalmente en la costa Mediterránea y en las Islas Canarias (King, Warnes y Williams 2000). Por último, es preciso tener en cuenta que en el momento en el que se elaboró la Directiva la inmigración no era todavía un tema políticamente relevante en España.

Los elementos más relevantes del texto final de la Directiva son los siguientes<sup>7</sup>:

No hay una definición concreta de residencia, que debe ser precisada por los estados miembros.

Los estados miembros pueden regular que ciertos puestos sean ocupados sólo por ciudadanos que ostenten la nacionalidad de ese estado (art. 5.3)

No hay una prohibición del voto múltiple, lo que implica que un ciudadano puede votar en elecciones locales de más de un estado miembro, pero sí que existen limitaciones en este sentido en lo que se refiere al sufragio pasivo.

#### La transposición de la Directiva 94/80/CE en España

Las dificultades experimentadas por varios estados miembros para la transposición de la Directiva 94/80 pusieron manifiesto las implicaciones potenciales de la extensión del derecho de voto en la política interna de cada Estado. Al contrario de lo que cabría esperar de la actitud de España durante la elaboración de la directiva, también tuvo dificultades a la hora de transponer la directiva y ponerla en práctica.

El primer paso de cara a la transposición se había dado tras la aprobación del Tratado de Maastricht y consistió en la reforma del art.13 de la Constitución para incluir el derecho de sufragio pasivo entre los derechos de los ciudadanos extranjeros en España, siempre que se diese ese derecho de forma recíproca en el otro Estado, dado que inicialmente la sólo se reconocía la posibilidad del sufragio activo. Hasta ese momento España no había mostrado excesivo interés en iniciar esos tratados recíprocos, de forma que tan sólo se habían alcanzado acuerdos con Noruega, Países Bajos, Dinamarca y Suecia.

---

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, el trabajo de Oliver, Peter (1996): "Electoral Rights under Article 8B of the Treaty of Rome", in *Common Market Law Review*, vol.33, pp. 473-98 y el de .

<sup>6</sup> A este respecto véanse las observaciones de Jeffrey Lewis (1998, 479-504).

<sup>7</sup> Hay que señalar que esta directiva fue modificada por la [96/30/CE](#) cuando se produjo la incorporación de Suecia, Austria y Finlandia, pero no se alteraron los términos básicos de la regulación del derecho de voto activo y pasivo.

Posteriormente la actuación del gobierno del PSOE fue "sorprendentemente nacionalista y conservadora"<sup>8</sup>, especialmente si tenemos en cuenta que España había sido uno de los promotores de la idea de ciudadanía europea. Esta actitud conservadora queda patente en el retraso en habilitar las medidas necesarias para que los ciudadanos nacionales de otros estados de la UE pudieran ejercer su derecho de sufragio activo y pasivo. Había elecciones municipales previstas un año después de la aprobación de la Directiva 84/80. Sin embargo, esto no aceleró la marcha del gobierno a la hora de completar la adaptación de la legislación española. Más bien al contrario, en 1995 se aprobó un Real Decreto<sup>9</sup> que simplemente especificaba el conjunto de nacionalidades que tenían reconocido el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales de mayo de 1995 en virtud de tratados de reciprocidad firmados entre España y estos estados.<sup>10</sup>

Parece difícil atribuir el retraso que impidió que los residentes nacionales de estados miembros de la Unión Europea pudieran votar en las elecciones municipales de 1995 a problemas técnicos para ampliar el censo, dado que un año antes se habían celebrado elecciones al Parlamento Europeo en España, y en esa ocasión habían participado los residentes nacionales de otros estados miembros. Otra interpretación apunta al retraso del resto de los países a la hora de implementar el derecho de sufragio activo y pasivo como la razón más importante para explicar que el gobierno español también decidiera retrasar ese momento, de manera que no se concediese este derecho en España hasta que no ocurriera lo mismo en el resto de los estados<sup>11</sup>.

La asociación "Ciudadanos Europeos"<sup>12</sup> y otros medios de comunicación sugerían la existencia de razones políticas para dar cuenta del retraso que impidió que los residentes comunitarios pudieran ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales de 1995. Argumentan que el gobierno socialista del momento temía que el voto de esta población se orientara hacia posiciones conservadoras y que eso motivó una falta de interés en poner los medios para que pudieran votar<sup>13</sup>.

La transposición de la directiva finalizó en 1997 e implicó la introducción de cambios menores en la *Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, que se referían al reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo de los residentes comunitarios si cumplían los mismos requisitos que los ciudadanos españoles. Estos cambios no afectaban al principio de reciprocidad que había gobernado el reconocimiento del derecho de voto para extranjeros

---

8 En palabras de Carlos Closa (1998).

9 Real Decreto 202/1995 que regula la formación del censo electoral para los residentes extranjeros en las elecciones locales.

<sup>10</sup> Real Decreto 202/1995 que regula la formación del censo electoral para los residentes extranjeros en elecciones municipales.

11 Esta es la explicación que proporciona Carlos Closa (*op.cit.*).

<sup>12</sup> Entrevista con Per Svensson, 18/6/2001.

<sup>13</sup> El periódico ABC fue el que mayor cobertura dio a esta cuestión (véanse, por ejemplo, los ejemplares publicados el 12/1/95, 4/2/95, 18/2/95, 19/2/95, 22/2/95, 23/2/95, 28/3/95, 4/5/95, 12/5/95). Este periódico denunciaba que Felipe González, habiendo sido el artífice de la idea de ciudadanía europea, no instara a su gobierno a tomar las medidas necesarias para implementar uno de los derechos asociados a dicha idea de ciudadanía. También fueron críticos con el gobierno socialista y dieron cobertura a estas noticias los periódicos dirigidos específicamente a la población extranjera tales como "The Entertainer".

hasta ese momento, de manera que los ciudadanos noruegos siguieron disfrutando del derecho de voto en virtud del tratado firmado entre Noruega y España.

## **2. El ejercicio del derecho de voto: las elecciones de 1999 y de 2003**

Las elecciones de Junio de 1999 fueron las primeras en las que los residentes extranjeros nacionales de estados de la Unión Europea pudieron ejercer su derecho de sufragio activo y pasivo. Estas elecciones municipales coincidieron con las del Parlamento Europeo y con los comicios autonómicos en algunas Comunidades Autónomas, lo que quiere decir que los residentes extranjeros con derecho de voto podían participar en dos de las tres elecciones que tuvieron lugar ese día, mientras que en la convocatoria de 2003 tan sólo pudieron hacerlo en las elecciones municipales

Los preparativos para posibilitar la participación de los residentes europeos habían comenzado meses antes de las elecciones cuando se estableció el procedimiento concreto que se iba a seguir para la elaboración del censo de residentes comunitarios. Los requisitos eran los siguientes<sup>14</sup>:

tener 18 años de edad en el momento de votar y no estar privado del derecho de voto

tener permiso de residencia o haberlo solicitado

estar inscrito en el padrón municipal

A diferencia de lo que ocurre en el caso de los ciudadanos con nacionalidad española, que aparecen en el censo electoral elaborado de oficio a partir de la información que aparece en el padrón municipal, el censo de residentes extranjeros presenta un procedimiento de elaboración en el que se requiere la expresión activa de la voluntad de ejercer el derecho de voto.

De acuerdo con la información obtenida mediante la realización de entrevistas a asociaciones de residentes europeos (European Citizens), se envió un formulario a los residentes comunitarios y noruegos inscritos en el padrón municipal en el que se preguntaba a los residentes acerca de su intención de ejercer el derecho de voto en España tanto en elecciones municipales como en las del Parlamento Europeo. Aunque la pregunta es necesaria en el caso de las elecciones al Parlamento Europeo, dada la prohibición de voto en más de un estado miembro, este no era el caso de las elecciones municipales. Posteriormente se daba un plazo de un mes (del 15 de enero al 15 de Febrero) para que estos formularios fueran entregados en las dependencias de los ayuntamientos, que tenían posteriormente que enviarlas a las Oficinas Provinciales del Censo Electoral, o también podían enviarlas directamente a dicha oficina. A partir de estos datos se elaboraba el censo electoral de extranjeros residentes en España.

Este procedimiento fue considerado confuso por parte de la principal asociación de residentes europeos, que concentraron sus críticas en el tiempo limitado que había para

---

<sup>14</sup> Orden de 23 de diciembre de 1998 por la que se dictan normas e instrucciones técnicas para la formación del censo electoral de extranjeros residentes en España para las elecciones municipales

expresar la voluntad de votar (un mes), que además coincidía, al menos parcialmente, con un período en el que los residentes solían seguir fuera de España con motivo de las fiestas de Navidad.

En 2003 el proceso de elaboración del censo fue menos confuso que en la convocatoria anterior. En primer lugar, el proceso se vio facilitado por la norma de mantener a los electores inscritos en 1999 en el censo para las elecciones de 2003. Recibieron una carta informativa del proceso electoral a la que no tenían que responder a menos que quisieran comunicar algún cambio en el registro electoral. En el caso de nuevos residentes o de personas no inscritas en el censo electoral, el procedimiento seguido fue similar al de 1999: se envió una carta con un formulario que los interesados debían entregar en el Ayuntamiento.<sup>15</sup>

A pesar de que el procedimiento fuera menos confuso que en 1999, resulta difícil encontrar una justificación que explique que el procedimiento sea distinto para los residentes con nacionalidad española. Evidentemente el hecho de que el censo de nuevos residentes no se haga de oficio a partir del padrón incrementa el coste de la participación electoral. Por otra parte, y en sentido contrario, este mecanismo permite que personas que en principio no figurarían en el censo electoral por no estar inscritas en el padrón pudieran ejercer este derecho si así lo expresaban (momento a partir del cual también pasarían a formar parte del Padrón municipal)<sup>16</sup>.

## 2.1. La movilización electoral de los residentes comunitarios en las elecciones municipales de 1999 y 2003

Hay diferentes indicadores que pueden utilizarse para analizar la movilización electoral de los residentes extranjeros y su influencia en la política local. Una forma de evaluar el impacto potencial del voto de los residentes de la UE es hallar el porcentaje del electorado total que está compuesto por residentes de la UE no nacionales y noruegos. Utilizando este indicador también obtenemos información acerca del interés que pueden tener partidos y candidatos en intentar atraer el voto de este sector. Esta cifra depende del número potencial de votantes (es decir, del número de residentes comunitarios y noruegos), así como del número de ellos que se inscriben en el censo.

Aunque el número total de votantes potenciales, es decir, de residentes nacionales de estados miembros de la UE y Noruega no es comparativamente elevado, éstos están concentrados en algunas provincias. Alicante es la provincia con el número más elevado de residentes comunitarios y noruegos: en 1999 aproximadamente constituían el 6% de la población mientras que en 2003 esta cifra se había incrementado al 8%. A Alicante le siguen las Islas Baleares, las Islas Canarias y Málaga con porcentajes cercanos al 5.

---

<sup>15</sup> Véase el folleto informativo: "Derecho de voto de los ciudadanos de la Unión Europea residentes en España", *Oficina del Censo Electoral*, Instituto Nacional de Estadística, Julio 2002.

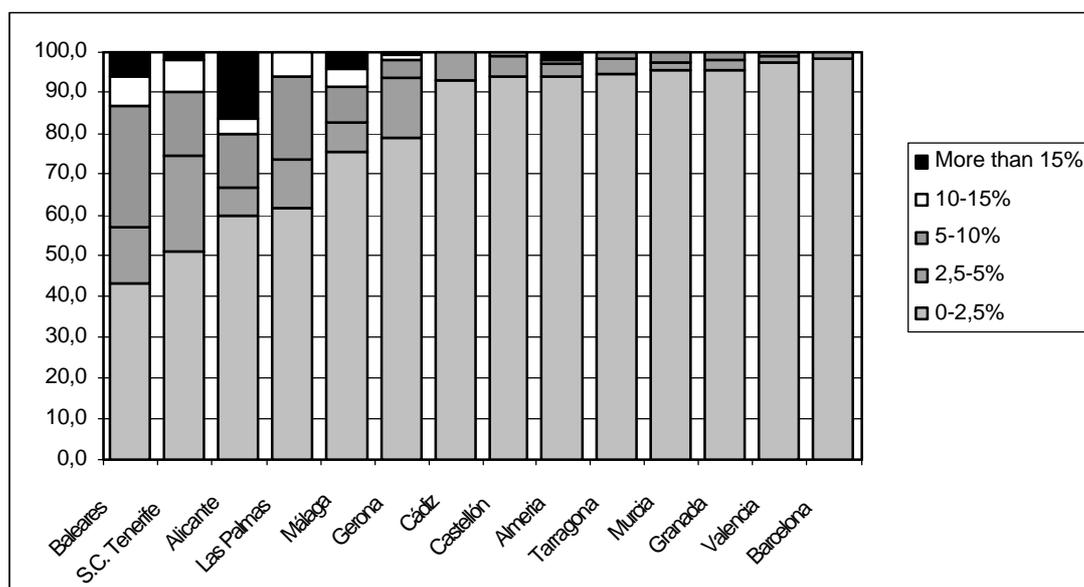
<sup>16</sup> La norma relativa a la participación de los nacionales noruegos no es exactamente igual a la de los ciudadanos de la UE: se requiere un período de residencia de tres años y tienen que inscribirse en el censo electoral en cada proceso electoral. Oficina del Censo Electoral, "Censo electoral de ciudadanos de la Unión Europea y de Noruega para las elecciones municipales de 2003. Procedimiento para la formación del censo electoral e instrucciones para los ayuntamientos", Julio 200

Sin embargo, es mirando los datos por municipios cuando se encuentran casos con una alta concentración de residentes extranjeros comunitarios. El gráfico 1 muestra la distribución de los municipios en varias provincias en la costa mediterránea y en las Islas Canarias en 1999 de acuerdo con el volumen de población comunitaria. De este gráfico se desprende que los residentes comunitarios se concentran en unas pocas provincias, y dentro de estas provincias no están igualmente distribuidos en todos los municipios. Por ejemplo, en 1999 en más del 15% de los municipios de Alicante al menos el 15% de la población se componía de residentes comunitarios y noruegos, mientras que en 2003 el porcentaje de municipios se había incrementado al 25%. De acuerdo con estos datos, la normativa relativa al derecho de voto tendría impacto fundamentalmente en estas provincias.

### Gráfico 1. Distribución de los municipios de acuerdo con el porcentaje de residentes comunitarios (1999)

*Fuente: Elaboración propia. Datos del Instituto Nacional de Estadística*

En ausencia del dato de participación de los residentes extranjeros (que no se proporciona como tal sino que se habla de cifras generales de participación), puede utilizarse como aproximación el porcentaje de residentes comunitarios en edad de votar que efectivamente se inscribieron en el censo electoral. Dado que el censo de la población extranjera no se



elabora de oficio por la Administración, este dato puede considerarse un indicador muy aproximado de la participación electoral. Como han demostrado las investigaciones en países con este tipo de proceso censal, en principio, una persona que se movilice para figurar en el censo electoral tiene intención de acudir a las urnas y lo hace a menos que intervenga una razón de causa mayor que lo impida<sup>17</sup>. A pesar de esto podría argumentarse que, en todo caso, se trata de un indicador que sobrestima la tasa de participación. Sin embargo, esta

<sup>17</sup> Esta afirmación se refiere fundamentalmente a las elecciones de 1999, dado que en 2003 permanecían en el censo los residentes extranjeros comunitarios que ya figuraban en 1999.

sobre-estimación se compensa con una tendencia opuesta, dado que las cifras oficiales de residentes extranjeros comunitarios (obtenidas a partir del padrón), reflejan sólo parte de esta población, que suele tener reticencias a la hora de inscribirse en el padrón.

Alrededor del 21% del total de los nacionales de otros estados miembros de la UE y de los noruegos residentes en España se movilizaron para inscribirse en el censo electoral en 1999.<sup>18</sup> Estos datos pueden interpretarse utilizando diferentes varas de medir. Bajo criterios normativos democráticos un 21% es claramente una cifra baja y poco satisfactoria de participación. Si se compara esta cifra con la tasa de participación global en esas elecciones (64%) se trata también de una cifra muy baja. Por último, podemos comparar el grado de movilización de los residentes de la UE en España con la de los residentes extranjeros comunitarios residentes en otros Estados miembros. Los datos que aparecen en la tabla 1 muestran una gran variación en el índice de movilización electoral de esta población en las primeras elecciones municipales que se celebraron después de la transposición de la Directiva 94/80. También muestran que los extranjeros comunitarios residentes en España se movilizaron en mayor medida que en otros estados miembros.

---

<sup>18</sup> Estas cifras se presentaron ya en un trabajo de la autora en las Sesiones anuales del European Consortium for Political Research (Abril 2002). Meses después la Comisión Europea hizo público un informe sobre la implementación de la Directiva 94/80 con cifras ligeramente diferentes para el caso español. Las diferencias pueden deberse a dos puntos: en mi análisis se incluyen los residentes noruegos y los datos pueden ser menos exactos por haber tenido que realizar una estimación sobre el grupo de edad 18-19 años, debido al formato en el que se obtuvieron los datos.

**Tabla 1. Tasa de movilización de los residentes extranjeros (UE) en las primeras elecciones municipales celebradas de acuerdo con la Directiva 94/80/EC**

	Nacionales	Nacionales de otros estados miembros	Nat+no nat (Suma 1 y 2)	Población total	% Non-national	Mobilisation of % EU residents
Alemania	60601000	1521000	62122000	65918000	2,31	(est. 49%)
Francia	41812000	1004000	42816000	44526000	2,25	4,9
UK	42870000	790000	43660000	44914000	1,76	23,1
Bélgica	7387000	456000	7843000	8070000	5,65	7,7
Países Bajos	11612000	194000	11806000	12177000	1,59	16,9
Suecia	6566000	143000	6709000	6913000	2,07	all*
España	31365000	133000	31498000	31715000	0,42	24,4
Luxemburgo	210000	108000	318000	333000	32,43	12,4
Austria	5796000	95000	5891000	6303000	1,51	54,2
Irlanda	2659000	76000	2735000	27630000	0,28	52,3
Italia	46552000	56000	46608000	46921000	0,12	19,2
Dinamarca	4064000	32000	4096000	4189000	0,76	(est. 38%)
Portugal	7751000	26000	7777000	7888000	0,33	9,8
Grecia	8244000	16000	8260000	8464000	0,19	9,5
Finlandia	3960000	9000	3969000	4007000	0,22	(est. 35%)
Total	281449000	4659000	286108000	295101000	1,58	Media: 26,7%

\* Inscripción automática. Las cifras que figuran entre paréntesis reflejan la cifra estimada de movilización.

*Fuente: Informe de la Comisión Europea en relación con la aplicación de la Directiva 94/80/CE COM (2002) 260 final.*

En 2003, la cifra de movilización de los residentes comunitarios y noruegos fue tan sólo unas décimas superior a la obtenida en 1999. Si en aquella ocasión se atribuyó la baja participación a la falta de información y a la novedad de esta posibilidad, en 2003 cabía esperar un aumento de la movilización que no se produjo. En realidad, se puede decir que no hubo ningún tipo de incremento, dado que en realidad los electores que figuraban en el censo en 1999 también lo hacían, esta vez de oficio, en el de 2003.

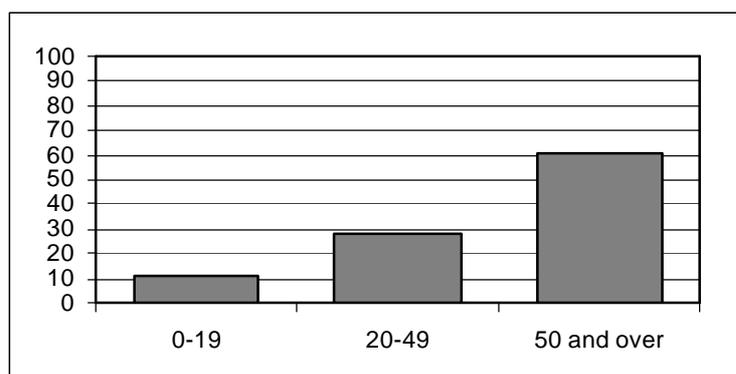
Un análisis de la tasa de movilización en los municipios de Alicante en las elecciones municipales de 1999

Alicante es la provincia española con el porcentaje más elevado de residentes comunitarios. Como muestra el gráfico 1, en más del 40% de los municipios en Alicante el porcentaje de residentes comunitarios era superior a 2,5 en 1999, y en muchos de éstos superaba el 5%.

Estos municipios tienden a estar en la costa o cerca de ella. Como muestra el gráfico 2, la mayor parte de estos residentes son personas mayores que se retiran a su segunda residencia una vez jubiladas buscando un clima más cálido que el de sus países de origen.<sup>19</sup>

### Gráfico 2. Distribución de edad de los residentes comunitarios y noruegos (1999)

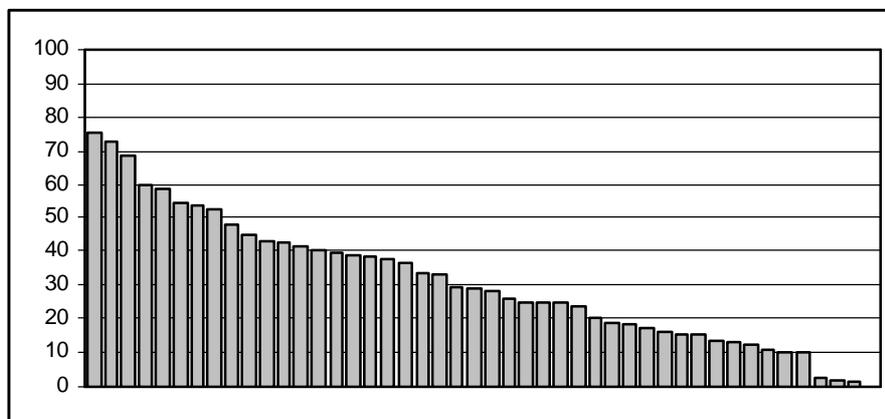
*Fuente: Elaboración propia. Datos del Instituto Nacional de Estadística*



La Tabla B en el anexo muestra los datos de movilización de esta población en las elecciones municipales de 1999 en los municipios con un porcentaje de residentes UE y Noruegos igual o superior al 5%. Como se ha hecho anteriormente, se utiliza la tasa de inscripción en el censo como indicador de la movilización electoral. De acuerdo con los datos presentados, la movilización media en estos municipios fue del 36%, casi la mitad del porcentaje de participación de los electores españoles en esos municipios. Esto quiere decir que sólo un poco más de un tercio del electorado potencial se movilizó para votar, lo que a todas luces es una cifra escasa, si bien supera la media de movilización de los residentes extranjeros UE en España y en el resto de la Unión Europea. En el gráfico 3 se observa la gran variación en la tasa de movilización en estos municipios: las tasas de movilización máxima se sitúan en torno al 75% y las mínimas son cercanas al 1%.

<sup>19</sup> Para más detalles sobre las características de esta población véanse los trabajos de Casado-Díaz (2000, 2001), King, Warnes y Williams (2000) y López de Lera (1995).

**Gráfico 3. Distribución de los municipios de Alicante según el grado de movilización de los residentes comunitarios en las elecciones municipales de 1999**



Elaboración propia con datos de la Oficina del Censo Electoral

Para proseguir en el análisis es preciso tener una idea de la importancia relativa que supone el electorado extranjero inscrito con respecto al total, dado que éste es un indicador de su influencia potencial en el resultado final, y por tanto, del incentivo que tienen los partidos para movilizar a este electorado. Cuanto más elevado este porcentaje, mayor atención atraerán tanto de los partidos como de los medios de comunicación que cubran la campaña. Es preciso recordar, además, que en las elecciones de 1999 se trataba de un “nuevo” electorado casi en su totalidad, que nunca había tenido previamente la posibilidad de participar, y por tanto, sobre cuyo comportamiento electoral existía un elevado grado de incertidumbre.<sup>20</sup>

El porcentaje de electores extranjeros (UE y Noruega)<sup>21</sup> fue superior al 5% en más de veinte municipios, mientras que en 44 municipios este porcentaje era superior al 2%. En estos municipios es donde el impacto potencial de este electorado podía ser mayor a la hora de alterar la relación de fuerzas en el gobierno local. Esta influencia potencial dependía también de la distribución previa de los escaños entre las fuerzas políticas: cuanto más fragmentadas las corporaciones locales, mayor influencia potencial del nuevo electorado.

Por el momento, por lo tanto, podemos concluir que la puesta en marcha de la Directiva 94/80 relativa al derecho de voto tuvo un impacto muy diferente en los municipios

<sup>20</sup> Es preciso tener en cuenta que, como se verá más adelante, el número (o el porcentaje) de electores extranjeros inscritos también puede ser considerado una consecuencia de los esfuerzos “movilizadores” de las autoridades locales, administración electoral y de los propios partidos en campañas diseñadas a tal efecto. En realidad, tenemos que diferenciar dos tipos de campaña en relación con los electores extranjeros: una destinada a promover su inscripción en el censo (única para este tipo de electores) y otra, común a todo el electorado, en la que los partidos intentan atraer el voto. Como se verá más adelante, los partidos fueron más activos en este último tipo de campaña.

<sup>21</sup> Debido a la forma en que se presentan los datos del Censo de Residentes Extranjeros es preciso analizar simultáneamente la población comunitaria y la noruega.

alicantinos como resultado de la presencia desigual de población extranjera comunitaria (es decir, del diferente número de electores potenciales), pero también del diferente grado de movilización de estos electores potenciales. En el siguiente epígrafe se presenta un análisis preliminar que ayude a dar cuenta de estas diferencias.

### 3.1. Explicaciones potenciales de la variación de la movilización electoral de los residentes extranjeros con derecho de voto (UE+Noruega)

Existe una literatura incipiente sobre la participación política de los inmigrantes que puede resultar de ayuda a la hora de buscar variables que puedan explicar la variación de la movilización electoral. Estos estudios generalmente apuntan a la existencia de un nivel bajo de participación de los inmigrantes allí donde pueden votar. Esta baja participación se atribuye a variables como el hecho de que al menos una parte de los extranjeros que acceden al derecho de voto no están familiarizados con las características del sistema político, con el funcionamiento del sistema electoral y el sistema de partidos, no domina el idioma y, sobre todo, no tienen el sentimiento de pertenecer a la comunidad política (Bäck/Soininen 1998). A los factores mencionados se añade una mayor incidencia entre la población inmigrante de los factores generalmente asociados a una baja participación: escasos recursos económicos, bajo nivel de formación, etc. En el caso de la población analizada en este trabajo estos últimos rasgos no están presentes. A pesar de no tener datos exhaustivos no parece que el nivel medio de recursos económicos, o el nivel de formación sea bajo entre la población extranjera residente.

El problema para poner a prueba hipótesis del tipo de las mencionadas es que resulta muy costoso obtener información acerca de los electores individuales, como la que se obtendría a través de un sondeo, de manera que hay que proceder a partir de datos agregados por municipio.

Anteriormente se apuntaba la hipótesis que relacionaba las tasas de movilización con la influencia potencial de los residentes extranjeros. De acuerdo con esta hipótesis, cuanto mayor sea el porcentaje que representen los residentes extranjeros respecto a la población total, mayor la movilización<sup>22</sup>. Como muestra el gráfico 4, efectivamente hay una relación curvilínea entre estas dos variables: el grado de movilización es mayor en municipios donde los residentes extranjeros constituyen un porcentaje amplio de la población (más del 20%) que en municipios donde este porcentaje es más bajo (10-20%).

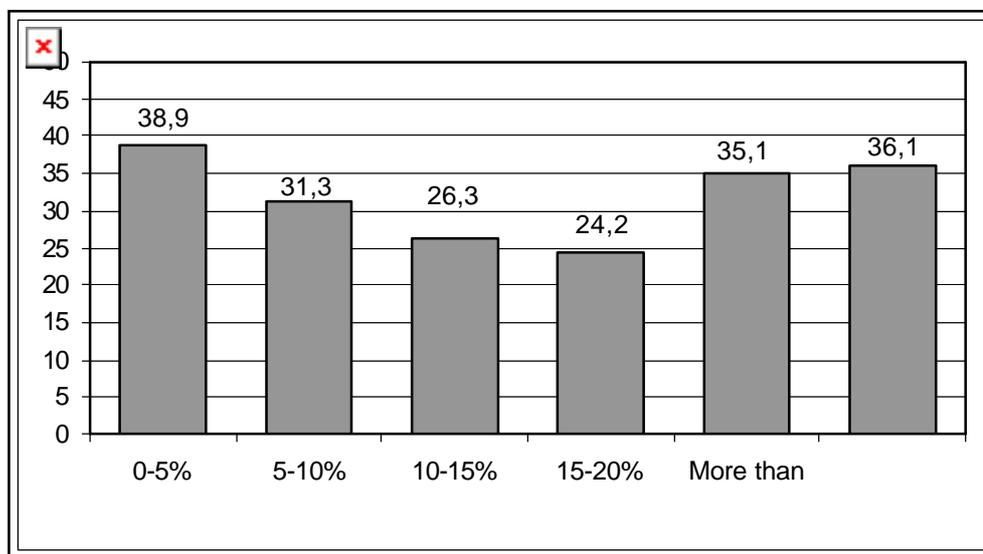
Sin embargo, y contrariamente a la hipótesis planteada, son los residentes extranjeros que constituyen un porcentaje muy reducido de la población de sus municipios los que presentan unas tasas de movilización más elevadas. El hecho de que la movilización pueda marcar una diferencia en el resultado no puede ser la razón que explique las mayores tasas de participación en estos casos. La explicación podría residir, precisamente, en el hecho de que la población extranjera residente sea un grupo muy minoritario, lo que puede facilitar el sentimiento de pertenencia a un grupo, no tanto por su fuerza o influencia potencial, sino porque es más fácil organizarse y realizar actividades colectivas, etc.

---

<sup>22</sup> Dado el número escaso de residentes menores de 18 años

**Gráfico 4. Nivel de movilización de los residente comunitarios y noruegos por grupos de municipios clasificados en función del porcentaje que representan estos grupos respecto al total de la población (Alicante 1999)**

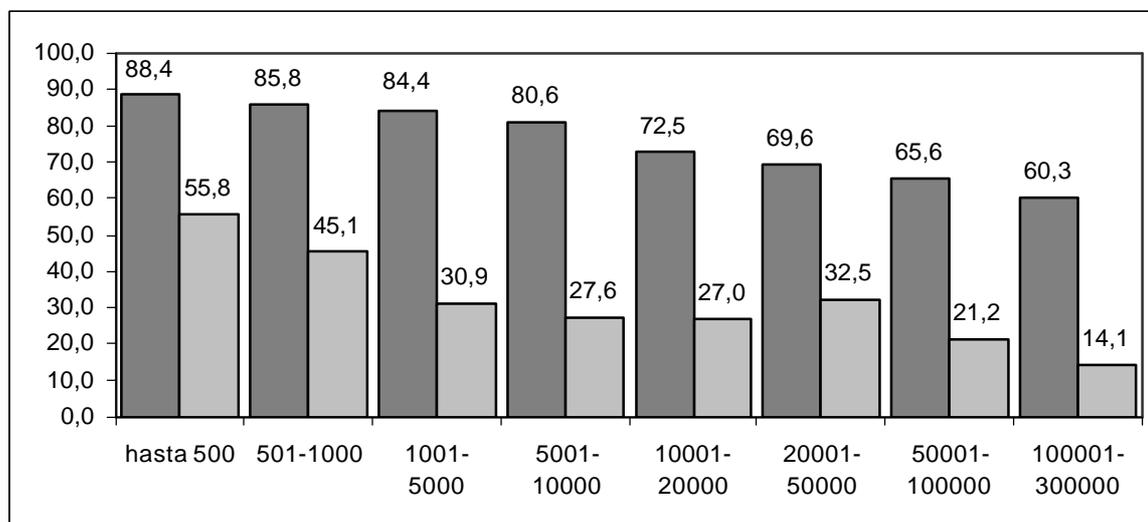
*Elaboración propia a partir de datos de la Oficina del Censo Electoral*



El tamaño del municipio también podría tener un efecto en el grado de movilización de los residentes extranjeros. Se espera que la movilización sea mayor en los municipios pequeños donde es fácil tener acceso al Ayuntamiento, donde se realizan los trámites de empadronamiento y donde también se entregan los documentos relativos al ejercicio de voto. También en estos municipios puede ser más probable que los residentes comunitarios piensen que pueden ser decisivos con su voto, aunque esto obviamente depende del porcentaje que constituyan respecto al total de la población en edad de votar. Por otra parte, podría sostenerse la hipótesis opuesta según la cual la movilización sería mayor en municipios grandes, donde los Ayuntamientos tienen un presupuesto mayor para dedicar a campañas de movilización, para disponer de personal que hable diferentes idiomas, incluso una oficina de atención al residente extranjero, etc.

Sin embargo, el gráfico 5 confirma la primera hipótesis, dado que muestra que el grado de movilización fue mucho mayor en municipios pequeños y tendía a disminuir cuanto mayor el tamaño del municipio. La única excepción la representan los municipios con un número de habitantes entre 20001 y 50000, con un grado de movilización mayor que los de poblaciones comprendidas entre 5001 y 20000.

**Gráfico 5. Nivel de movilización de los residentes comunitarios y noruegos por tamaño de municipio (Elecciones municipales 1999, Alicante)**



*Elaboración propia a partir de datos de la Oficina del Censo Electoral*

El gráfico 5 también muestra un dato interesante: los residentes comunitarios y noruegos muestran patrones similares en su grado de movilización a los electores españoles. De acuerdo con los datos, a medida que aumenta el tamaño del municipio disminuye la movilización electoral independientemente de la nacionalidad. En los municipios más grandes la movilización tanto de electores como de extranjeros es mucho menor que en grandes municipios.

### 3.2. Agentes de movilización y sus esfuerzos: autoridades y partidos

La movilización puede ser considerada una combinación de tres factores, algunos de los cuales se refieren a los votantes individuales y otros que caracterizan el contexto social, político e institucional en el que éstos toman la decisión de inscribirse o no en el censo, de votar o abstenerse, y el partido al que apoyar con el voto. Entre el nivel "micro" de los votantes individuales y el "macro" del sistema político hay lo que se ha denominado el "meso" nivel conformado por grupos tales como partidos políticos, asociaciones, etc.

Este apartado analiza las acciones desarrolladas por instituciones, grupos y partidos de cara a la movilización electoral de los residentes comunitarios extranjeros. Se presta escasa atención al nivel "micro", aunque es preciso tener en cuenta que, en general, la evidencia apunta a que entre la población extranjera con derecho de voto es mayoritaria la reticencia a inscribirse en cualquier tipo de censo (esto incluye el padrón municipal), y, del trabajo de campo realizado para esta investigación se desprende que los más proclives a inscribirse son los que están involucrados en alguna asociación sea ésta del carácter que sea. Las razones para no querer inscribirse merecen un análisis pormenorizado, si bien resulta difícil obtener datos de carácter sistemático.

Hay importantes barreras con el idioma, dado que hay un porcentaje escaso de residentes extranjeros comunitarios que entienden y hablan el idioma lo suficiente para seguir los periódicos y programas de noticias locales, y para implicarse en la vida política local. La otra razón potencial, a juicio de las personas entrevistadas por la autora, es que los extranjeros tienden a ver las elecciones locales como parte de los asuntos de política interna española en la que una parte de ellos piensa que no debería intervenir. Por último, la movilización electoral conlleva buscar información sobre la forma en que se desarrollan las elecciones, cómo funciona el sistema político, los partidos, etc. lo que incrementa los "costes" de votar.<sup>23</sup> Una buena parte de estos costes pueden ser reducidos, y hasta eliminados, con el "esfuerzo" realizado por diferentes actores: autoridades locales, partidos y asociaciones. En las siguientes líneas se realiza un breve repaso de los "esfuerzos" para lograr la movilización realizados por distintos actores políticos e instituciones antes de las elecciones municipales de 1999.

#### Autoridades locales y el proceso de elaboración del censo

Las reglas del procedimiento para la inscripción en el censo electoral de los residentes comunitarios y Noruegos ya han sido examinadas en otro apartado de este trabajo. Ahora lo que interesa es conocer las actividades que llevaron a cabo las autoridades locales y la Oficina Provincial del Censo Electoral para informar a esta población de sus nuevos derechos y de la forma de ejercerlos.

En lo que se refiere a los ayuntamientos, como se ha visto anteriormente, un requisito crucial para ser inscrito en el censo era estar inscrito en el padrón. Por una parte, los ayuntamientos quieren inscribir a la población residente, dado que eso supone incrementar la base de cálculo del volumen de su financiación. Por otra, pueden no estar interesados en fomentar la inscripción, por ejemplo, porque esto implique tener una población con nuevos derechos. En cuanto a los residentes extranjeros, estar en el padrón les facilita el acceso a servicios y derechos, pero a pesar de esto la tendencia general sigue siendo la de tener reticencias, dado que asocian el estar inscritos con el pago de impuestos, control, etc.

Varios gobiernos locales realizaron campañas de inscripción en el censo, aunque hay una gran variación en cuanto a su incidencia e intensidad entre los diferentes municipios. La asociación "Ciudadanos Europeos" se quejaba de que muchos gobiernos locales no utilizaban varios idiomas a la hora de realizar estas campañas, aunque también admitían la mejora en este punto en los últimos años. Las asociaciones en muchos casos ayudaban en este propósito.<sup>24</sup> En todo caso, todavía es necesario recabar información sistemática acerca de la información que proporcionan los Ayuntamientos y sobre la realización de campañas

---

<sup>23</sup> La práctica totalidad de los residentes comunitarios entrevistados mencionaron esta cuestión.

<sup>24</sup> Véase, por ejemplo, los titulares de la primera página del Boletín del Instituto de Propietarios Extranjeros en su número 107 (1998) "Into the Padrón". Otros pasajes en el mismo ejemplar enfatizaban el papel activo del Instituto y de la asociación Ciudadanos Europeos en esta campaña: "Estaremos recordándoles en cada ejemplar del Boletín hasta las elecciones. No queremos gente que diga que los Europeos en España no les importa nada de su derecho de voto. Necesitamos su voto, independientemente de cómo lo use"[...]. "La inscripción de los residentes Europeos en el censo electoral y su participación serán una prueba de la madurez de los extranjeros en España. Debemos asegurarnos de que pasamos la prueba. Todos los miembros del Instituto y extranjeros bien informados deben hablar de esto con sus amigos y vecinos, asegurándose de que cuántas más personas sea posible se inscriben y votan".

específicas para fomentar la inscripción en el padrón, lo que a su vez tiene implicaciones respecto al censo electoral.

En lo que se refiere a las elecciones de 1999, la impresión que se desprende a partir de la evidencia empírica recabada es que todavía había un elevado grado de desinformación entre la población extranjera residente sobre la importancia de figurar en el padrón, una falta de información notable asimismo sobre la forma de figurar tanto en el padrón como en el censo electoral. La asociación Ciudadanos Europeos mencionaba también la falta de coordinación entre la Oficina Electoral Provincial y las autoridades municipales y se quejó de que el tiempo que se había dejado para que los electores expresaran su voluntad de votar era muy escaso.

#### Partidos políticos como agentes de movilización

La evidencia empírica recopilada muestra un desinterés generalizado por parte de los partidos políticos en realizar esfuerzos para facilitar la inscripción del electorado extranjero, aunque hubo excepciones notables. Por ejemplo, en el municipio de Teulada-Moraira uno de los grupos más activos en el proceso fue Ciudadanos por Moraira. Esta era una lista de candidatos independientes que querían concurrir a las elecciones para conseguir mayor apoyo que los principales partidos políticos. Combinaba en sus listas a españoles y extranjeros, y se planteó que el primer paso de su campaña era la movilización de residentes para que se inscribiesen en el censo. De acuerdo con esta candidatura, esta actividad de campaña era imprescindible para conseguir llegar a uno de sus "blancos" electorales: los residentes extranjeros. El cabeza de lista de esta candidatura, que tras las elecciones se convirtió en alcalde de la localidad, mencionó que para superar el rechazo de los residentes a involucrarse en la política local utilizaba el concepto de ciudadanía europea y a los derechos asociados a su definición.<sup>25</sup>

Los principales partidos políticos de ámbito estatal, PP y PSOE, generalmente fueron lentos a la hora de reaccionar ante la existencia de este nuevo electorado, que como se ha visto, en muchos casos suponía un incremento de más del 10% respecto a elecciones anteriores. Esta pasividad puede tener que ver, bien con el hecho de que los partidos no vieron una oportunidad en este nuevo electorado, bien a que, acostumbrados a su ritmo de movilización, que comienza dos o tres meses antes de las elecciones, no reaccionaran a tiempo para organizar campañas de cara a facilitar su inscripción en el censo (lo que deberían haber hecho durante el mes de diciembre-enero, dado el proceso anteriormente expuesto).

En el proceso de formación de candidaturas, que tuvo lugar en fechas más cercanas a las elecciones, se observa una reacción a la existencia de este electorado mediante los esfuerzos para incluir a candidatos extranjeros en sus listas, en un intento de atraer el voto de los residentes ya registrados. En este caso también varían las cifras entre distintos municipios, pero puede decirse que fue una constante en los municipios en los que residentes comunitarios y noruegos constituían un porcentaje más elevado del censo. Sin embargo, como señalaban residentes comunitarios y asociaciones entrevistadas, los candidatos extranjeros solían ser situados en puestos de la lista que difícilmente conducían a obtener

---

<sup>25</sup> Esto se mencionó en una reunión organizada por el alcalde de Teulada con candidatos y fuerzas políticas compuestas total o parcialmente por residentes comunitarios que tuvo lugar en Noviembre de 2001.

una concejalía. Es decir, se utilizaban más bien como reclamo electoral que como apuesta de cara a la siguiente "legislatura" municipal.

En las candidaturas independientes los candidatos extranjeros solían estar mejor situados, aunque es necesario realizar un análisis más exhaustivo para confirmar esta conclusión. Generalmente estas candidaturas independientes eran el resultado de una alianza de ciudadanos españoles y residentes extranjeros que buscaba obtener beneficios mutuos para ambos. Los candidatos españoles podrían acceder más fácilmente a un nuevo electorado, fundamental en muchos casos para mejorar sus perspectivas electorales, y, por otra parte, los residentes extranjeros se situaban en puestos mejores de la lista y, por tanto, con mayores perspectivas de tener mayor influencia en la política local en caso de ser elegidos.

En definitiva, los partidos mayoritarios fueron más activos durante la campaña propiamente dicha que en el momento en que se estaba elaborando el censo de residentes extranjeros. En todo caso también en este punto hay una variación notable entre municipios y partidos: mientras que en algunos casos se celebraban mítines y se publicaba material electoral en distintos idiomas, en otros casos no se realizaba ninguna de estas actividades.

### *Asociaciones de Extranjeros*

La asociación más importante que se incluyó en esta investigación es Ciudadanos Europeos. Señala tener más de 60,000 miembros, la mayor parte de ellos localizados en áreas turísticas de la Costa Mediterránea, Islas Baleares e Islas Canarias. Su presidente en la época de las elecciones de 1999 era José María Martínez de Haro, en ese momento senador por el PP, mientras que su vicepresidente era el noruego Per Svensson, director del Instituto de Propietarios Extranjeros. A pesar de la insistencia de esta asociación en dejar claro que no era un partido político y que no estaba ligado a ningún partido político, hasta 1995 fueron más cercanos al PP. El PSOE, entonces en el gobierno central no atendió a su petición de que las elecciones municipales de 1995 fueran las primeras en las que se aplicara la Directiva 94/80. Hacia 1997, cuando la normativa española ya se había adaptado al contenido de la directiva 94/80, Ciudadanos Europeos mostró su satisfacción por el hecho de que no se hubiera incluido un período mínimo de residencia como requisito para acceder al derecho de voto, pero criticó al gobierno del PP por esperar hasta el último momento para aprobar esta normativa de desarrollo que permitiera aplicar la directiva 94/80.

La cercanía entre Ciudadanos Europeos y el PP fue disminuyendo gradualmente entre 1995 y 1999 por la decepción de los primeros ante la gestión del PP en varios municipios donde habían obtenido el gobierno local en 1995, especialmente por la poca atención que prestaron a las demandas de los residentes extranjeros. Este creciente distanciamiento era probable que se tradujera en un voto de castigo en 1999, pero no en un acercamiento hacia los socialistas, sino más bien en una actitud cada vez más recelosa, incluso agresiva, frente a los partidos mayoritarios:

"Es evidente que no podemos dar nuestra confianza a ningún partido político para defender nuestra causa[...]. Esta es la razón por la que es preciso que promovamos la creación de listas independientes para conseguir los

votos decisivos para así influir en la decisión de quién va ser el alcalde. Este parece ser el único lenguaje que los políticos entienden".<sup>26</sup>

Esta estrategia también se consideraba como una forma de hacer que los partidos políticos fueran más conscientes de la existencia de residentes extranjeros y de la importancia que podían tener:

"Si ninguno de los partidos "ve la luz" nosotros presentaremos listas independientes y ganaremos las concejalías decisivas en un número importante de municipios. Entonces nos sentaremos en duras negociaciones con los candidatos a alcalde y sus partidos. El precio que los políticos tendrán que pagar será alto. Sabemos que nuestros miembros están de acuerdo con esta línea de acción. Ahora os pedimos que toméis la iniciativa para garantizar la victoria en 1999".<sup>27</sup>

Esta estrategia no implicaba la conformación de listas compuestas exclusivamente de residentes extranjeros, por lo que querían encontrar ciudadanos españoles que quisieran conformar candidaturas independientes:

"Sería un error por nuestra parte promover listas compuestas exclusivamente de extranjeros" [...]. Debemos forjar alianzas con nacionales Españoles y formar listas que combinen extranjeros y españoles, siempre con un español a la cabeza, y por tanto, como candidato a alcalde".

Pensaban que esta nueva estrategia sería exitosa porque ya existían grupos independientes en varios municipios. La asociación Ciudadanos Extranjeros había realizado un estudio, publicado en el boletín del Instituto de Propietarios Extranjeros, que analizaba los municipios donde el voto de los extranjeros podría ser más decisivo en función de diferentes parámetros, entre los que se incluía la distribución de votos y escaños entre las fuerzas políticas que conformaban la corporación municipal.

Finalmente esta estrategia dio frutos con la formación de varias candidaturas independientes formadas por españoles y residentes europeos. Por ejemplo, en Els Poblets, un municipio con una población de residentes europeos y noruegos centrado el 30%, se presentó la lista Grupo de Independientes Europeos. En otros municipios se formaron listas con nombres similares. Sin embargo, dado que no se ha recopilado de forma sistemática información sobre la elaboración de candidaturas en todos los municipios hay que tener cautela a la hora de interpretar los resultados de las candidaturas independientes automáticamente como un indicador del apoyo a esta estrategia de Ciudadanos Europeos. La tabla 3 muestra un porcentaje de apoyo a listas independientes superior en las localidades con una mayor presencia de residentes comunitarios, pero con los datos disponibles no es posible estar seguro de que esto sea así porque el voto de los residentes comunitarios haya ido hacia estas candidaturas o por otras razones.

---

<sup>26</sup> Documento: "Europeans and municipal elections '99. A proposal to Spaniards and Europeans from the association Ciudadanos Europeos", publicado por el Boletín del Instituto de Propietarios Extranjeros nº108, 1998.

<sup>27</sup> IFPO Bulletin nº 102, 1997.

**Tabla 3. Porcentaje medio del voto válido de las listas independientes por el tipo de municipio de acuerdo con la presencia de población**

% de la población compuesta por residentes UE	Media de voto a listas independientes	Número de casos	Desviación típica
0-10%	4.1	108	8.8
10-20%	6.1	9	9.7
Más del 20%	10.9	18	13.5
Total	5.1	135	9.8

*Fuente: Elaboración de la autora a partir de datos de la Generalitat Valenciana.*

#### Algunos comentarios finales

Los residentes extranjeros están en el mejor de los casos, infrarrepresentados, o simplemente ausentes en el proceso de representación política en España. Están ausentes los residentes extranjeros que no tienen derecho a participar en ningún tipo de convocatoria electoral e infrarrepresentados los que, teniendo derecho de voto en elecciones municipales, como es el caso de los residentes procedentes de estados miembros de la Unión Europea y Noruegos, presentan niveles de movilización muy bajos. Este bajo índice de participación es previsible que tenga consecuencias en la forma en que sus preferencias y demandas se canalizan al sistema político de cada municipio (o más bien, en la ausencia de transmisión de estas demandas), y en la forma en que se comportan los políticos en el ejercicio de su actividad.

El análisis preliminar aquí presentado de la participación de los residentes extranjeros con derecho de voto en las elecciones de 1999 y 2003 muestra, por tanto, niveles muy bajos de participación. Se han avanzado diferentes razones para dar cuenta de este bajo nivel de participación, aunque es preciso recopilar datos de manera sistemática, tanto en lo que se refiere a los electores como a los municipios analizados, de manera que se puedan conseguir dos objetivos. Por una parte, tener mayor grado de certeza sobre las conclusiones alcanzadas en el análisis preliminar aquí presentado. Por otra, ampliar el abanico de hipótesis y variables incluidas en el análisis, de manera que, por ejemplo, se puedan estudiar cuestiones como la influencia de los recursos individuales (económicos, cognitivos y políticos) en la participación electoral y el papel de otras variables (nacionalidad, pertenencia a asociaciones, etc.) a la hora de explicar la movilización electoral de los residentes extranjeros.

En lo que se refiere a la noción de ciudadanía europea, se constata la necesidad de esperar un tiempo para valorar el grado en que el reconocimiento del derecho de voto puede promover la construcción de ciudadanía europea. Independientemente de lo que uno piense respecto a esta cuestión, del análisis de las elecciones de 1999 y 2003 en España emerge una conclusión y es que la participación requiere un cambio en la forma de pensar y actuar de todos los actores implicados: autoridades locales, autoridades electorales, partidos, ciudadanos españoles y los propios residentes nacionales de estados miembros de la UE y Noruega.



## Apéndice

Tabla A. Datos relativos a la presencia de residentes comunitarios y Noruegos por provincia (2003).

	Total pop. 2003	Pop UE+N 2003	%PUE Nor03	UE+N03 Elec.reg	%mov UEN03	Total pop. 1999	Pop UE+N 1999	%PUE Nor99	UE+N99 Elec.reg	%mov UEN99	Difmov 99-03
Alicante	1632349	135432	8,3	29133	21,5	1410946	<b>79568</b>	5,6	15061	18,9	2,7
Baleares	947361	56856	6,0	10789	19,0	821820	32231	3,9	6639	20,6	2,1
Málaga	1374890	75510	5,5	15378	20,4	1258084	47031	3,7	9265	19,7	1,8
Sta C. Tenerife	915262	49826	5,4	7407	14,9	800020	21637	2,7	4048	18,7	2,7
Palmas (Las)	979606	32047	3,3	4536	14,2	872669	15233	1,8	2649	17,4	1,5
Girona	619692	15500	2,5	4124	26,6	553348	9426	1,7	2398	25,4	0,8
Almería	565310	10163	1,8	2590	25,5	512843	4701	0,9	1518	32,3	0,9
Ourense	<b>342213</b>	4983	1,5	1320	26,5	345620	3989	1,2	1015	25,4	0,3
Tarragona	654149	9102	1,4	2421	26,6	588499	4470	0,8	1240	27,7	0,6
Castellón de la P.	518239	5465	1,1	1309	24,0	467895	3307	0,7	819	24,8	0,4
Barcelona	5052666	49662	1,0	13891	28,0	4706325	22197	0,5	6070	27,4	0,5
Madrid	5718942	47121	0,8	11882	25,2	5145325	28094	0,6	6514	23,2	0,3
León	495998	4053	0,8	858	21,2	506511	3976	0,8	636	16,0	0,0
Granada	828107	6607	0,8	1651	25,0	813061	3587	0,4	1040	29,0	0,4
Murcia	1269230	9880	0,8	2184	22,1	1131128	3851	0,3	976	25,3	0,4
Valencia	2320297	17016	0,7	3798	22,3	2187633	7777	0,4	1709	22,0	0,4
Navarra	578210	4015	0,7	716	17,8	538009	2255	0,4	353	15,7	0,3
Guipúzcoa	684416	4663	0,7	1093	23,4	677275	3658	0,5	666	18,2	0,1
Cádiz	1155724	7640	0,7	1639	21,5	1119802	3961	0,4	940	23,7	0,3
Pontevedra	927555	6138	0,7	1420	23,1	908803	3802	0,4	952	25,0	0,2
Rioja (La)	287390	1854	0,7	366	19,7	265178	783	0,3	146	18,7	0,4
Alava	294360	1853	0,6	340	18,4	285748	1013	0,4	181	17,9	0,3
Huelva	472446	2675	0,6	531	19,9	457507	1796	0,4	309	17,2	0,2
Lleida	377639	1955	0,5	380	19,4	359361	1390	0,4	220	15,8	0,1
Salamanca	348271	1630	0,5	309	19,0	351128	1177	0,3	210	17,8	0,1
Burgos	355205	1635	0,5	244	14,9	347218	1056	0,3	135	12,8	0,2
Lugo	360512	1542	0,4	390	25,3	366934	1371	0,4	246	17,9	0,1
Huesca	211286	877	0,4	289	33,0	205429	512	0,3	177	34,6	0,2
Guadalajara	185474	779	0,4	257	33,0	161669	400	0,3	154	38,5	0,2
Asturias	1075381	3965	0,4	1018	25,7	1084314	2918	0,3	676	23,2	0,1

Zamora	199688	715	0,4	207	29,0	204650	579	0,3	128	22,1	0,1
Vizcaya	1133428	3965	0,4	1101	27,8	1137418	2789	0,3	699	25,1	0,1
Cantabria	549690	1885	0,3	607	32,2	528478	1147	0,2	347	30,3	0,1
Coruña	1120814	3681	0,3	909	24,7	1108980	2047	0,2	515	25,2	0,1
Zaragoza	880118	2751	0,3	722	26,3	844571	1740	0,2	432	24,8	0,1
Badajoz	663142	2004	0,3	305	15,2	664625	1207	0,2	196	16,2	0,1
Cáceres	410762	1151	0,3	289	25,1	408949	1193	0,3	170	14,3	0,0
Sevilla	1782862	4892	0,3	996	20,4	1725482	2610	0,2	572	21,9	0,1
Valladolid	506302	1266	0,3	304	24,0	494594	668	0,1	160	24,0	0,1
Segovia	150701	380	0,3	114	30,0	146985	298	0,2	82	27,5	0,1
Toledo	563099	1324	0,2	282	21,3	523459	782	0,2	183	23,4	0,1
Avila	165480	399	0,2	127	31,8	166259	256	0,2	79	30,9	0,1
Teruel	138686	313	0,2	102	32,6	136849	180	0,1	47	26,1	0,1
Soria	90954	198	0,2	46	23,2	91252	93	0,1	37	39,8	0,1
Palencia	175047	323	0,2	101	31,3	179465	244	0,1	59	24,2	0,1
Albacete	376556	582	0,2	182	31,3	361021	296	0,1	95	32,1	0,1
Cuenca	202982	280	0,1	81	28,9	200963	194	0,1	57	29,4	0,0
Córdoba	775944	961	0,1	264	27,5	768676	516	0,1	121	23,5	0,1
Jaén	651565	570	0,1	166	29,1	649662	394	0,1	118	30,0	0,0
Ciudad Real	487670	441	0,1	123	27,9	479087	309	0,1	66	21,4	0,0
Total	42573670	598525	1,41	129291	21,60	40071527	334709	0,84	71125	21,25	0,57

**Tabla B. Datos relativos a residentes comunitarios y noruegos por municipio en Alicante (1999). Se reflejan sólo los municipios en los que esta población constituye al menos un 5% de la población total.**

	Total population	Pop UE + Norway	%PopUE	Registered voters	EU voters	% EU voters	% EU residents mobiliz.
Alfàs del Pi (L')	13.226	7783,0	58,8	6143	1030	16,8	13,2
Nucia (La)	7.839	4000,0	51,0	3778	615	16,3	15,4
Teulada	8.901	3958,0	44,5	4754	1133	23,8	28,6
Llíber	524	222,0	42,4	381	107	28,1	48,2
Calpe/Calp	15.605	5990,0	38,4	8495	1216	14,3	20,3
Jávea/Xàbia	21.996	7674,0	34,9	11989	1832	15,3	23,9
Alcalalí	941	296,0	31,5	641	116	18,1	39,2
San Fulgencio	3.384	1046,0	30,9	2193	310	14,1	29,6
Poblets (Els)	1.485	425,0	28,6	934	177	19,0	41,6
Benissa	9.687	2508,0	25,9	6086	399	6,6	15,9
Benitachell	2.131	543,0	25,5	1433	208	14,5	38,3
Benidoleig	817	203,0	24,8	630	121	19,2	59,6
Orba	1.586	350,0	22,1	1276	241	18,9	68,9
San Miguel de Salinas	3.691	810,0	21,9	2457	237	9,6	29,3
Rojales	7.099	1546,0	21,8	4288	206	4,8	13,3
Torreveija	42.278	8976,0	21,2	29153	1660	5,7	18,5
Tormos	292	60	20,5	246	45	18,3	75,0
Parcent	826	166,0	20,1	627	89	14,2	53,6
Bolulla	316	61,0	19,3	256	15	5,9	24,6
Adsubia	558	98,0	17,6	427	17	4,0	17,3
Polop	2.024	348,0	17,2	1378	54	3,9	15,5
Jalón/Xaló	2.001	325,0	16,2	1588	128	8,1	39,4
Finestrat	1.954	270,0	13,8	1485	67	4,5	24,8
Tárbena	702	96,0	13,7	570	12	2,1	12,5
Senija	472	60,0	12,7	371	26	7,0	43,3
Benidorm	52.845	5824,0	11,0	40341	599	1,5	10,3

Altea	14.711	1598,0	10,9	11419	645	5,6	40,4
Busot	1.615	159,0	9,8	1160	54	4,7	34,0
Ráfol de Almunia	386	36,0	9,3	301	19	6,3	52,8
Dénia	29.585	2608,0	8,8	22920	675	2,9	25,9
Murla	322	27,0	8,4	331	17	5,1	
Sanet y Negrals	537	45,0	8,4	447	17	3,8	37,8
Aigües	579	48,0	8,3	506	35	6,9	72,9
Pedreguer	5.941	486,0	8,2	4598	93	2,0	19,1
Benijófar	1.655	129,0	7,8	1265	47	3,7	36,4
Sagra	398	31,0	7,8	343	14	4,1	45,2
Santa Pola	18.253	1409,0	7,7	14277	143	1,0	10,1
Benichembla	389	28,0	7,2	333	12	3,6	42,9
Pilar de la Horadada	10.723	753,0	7,0	7354	185	2,5	24,6
Balones	181	12,0	6,6	148	7	4,7	58,3
Campello (El)	17.563	1110	6,3	13226	371	2,8	33,4
Monforte del Cid	5.178	316,0	6,1	4043	8	0,2	2,5
Bigastro	4.829	294	6,1	3717	3	0,1	1,0
Quatretondeta	182	11	6,0	172	6	3,5	54,5
Elche/Elx	193.174	11131	5,8	154337	185	0,1	1,7
Orihuela	51.649	2729	5,3	39027	294	0,8	10,8

## REFERENCIAS

- Ackers, Louise y Peter Dwyer (2002) *Senior citizenship? Retirement, migration and welfare in the European Union*, Bristol: Policy Press.
- Bäck, Henry y Maritta Soininen (1998) "Immigrants in the political process", *Scandinavian Political Studies*, vol. 21, pp. 29-50.
- Blais, André, Lous Massicotte y Antoine Yoshinaka (2001) *Deciding who has the right to vote: a comparative analysis of electoral laws*, *Electoral Studies*, vol.20, pp. 41-62.
- Casado-Díaz, María Angeles (2000) "De turistas a residentes: inmigrantes retirados europeos en Torrevieja, Costa Blanca", *II Congreso Internacional sobre la Inmigración en España*.
- Casado-Díaz, María Angeles (2001) *De turistas a residentes: inmigrantes retirados europeos en España*, Ph.D. Thesis, Universidad de Alicante.
- Closa, Carlos (1992) "The concept of citizenship in the Treaty of the European Union", *Common Market Law Review*, vol.29, pp. 1137-69.
- Closa, Carlos (1998) "Spanish citizenship and its relationship with EU citizenship", Working paper Eurcit 98/8, Reading University.
- Commission of the European Communities (2002) *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive 94/80/EC on the right to vote and to stand as a candidate in municipal elections*, COMM(2002)260 final.
- Day, Stephen (2000) "Dealing with alien suffrage: examples from the EU and Germany", paper presented to the Ionian Conference, Corfu.
- Delgado-Iribarren, Manuel (1998) "Las elecciones locales: derecho de sufragio activo y pasivo. El censo electoral", in *Elecciones locales*, Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, Colección Informes y documentos.
- Delgado, Irene (1997) *El comportamiento electoral municipal español, 1979-1995*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Fernández, Isabel, Luis Carratalá y Maximilia Nieto (2001) *Elecciones municipales en la provincia de Alicante en la década de los noventa*, Alicante: Instituto alicantino de cultura Juan Gil-Albert.
- Føllesdal, Andreas (1998) "Third Country Nationals as Euro Citizens: the Case Defended", in *ARENA Working Papers*, 98/9.
- Hyland, Niamh, Claire Loftus y Anthony Whelan (1995) *Citizenship of the European Union*, Dublin: Institute of European Affairs.
- Jacobs, Dirk (1999) "The Debate over the Enfranchisement of Foreign Residents in the Netherlands and Belgium. Absence of the Ethnic Minority Voice?", Paper presented at the Joint Sessions of the European Consortium for Political Research, Mannheim.

Jacobs, Dirk, Marco Martiniello y Andrea Rea (2001) "Changing patterns of political participation of immigrants in the Brussels Capital Region. The Octobre 2000 elections", paper presented at the 6<sup>th</sup> International Metropolis conference.

Kastoryano, Riva (1998) "Transnational participation and citizenship", Working paper 98/12, Centre d'Études et de Recherches Internationales, Fondation National des Sciences Politiques.

King, R., Warnes, A.M. y Williams, A.M. (2000), *Sunset Lives: British Retirement Migration to the Mediterranean*, Oxford, Berg.

Kolowski, Rey (1994) "Intra-EU Migration, Citizenship and Political Union", *Journal of Common Market Studies*, vol.32:3, pp. 369-401.

Lewis, Jeffrey (1998) "Is the 'Hard Bargaining' Image of the Council Misleading? The Committee of Permanent Representatives and the Local Elections Directive", *Journal of Common Market Studies*, vol. 36:4, pp. 479-504.

López de Lera, Diego (1991) "La inmigración en España a finales del siglo XX. Los que vienen a trabajar y los que vienen a descansar", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, vol. 71-72, pp. 225-45.

Martiniello, Marco (2000) "Citizenship in the European Union", in Alexander Aleinikoff y Douglas Kusmeyer, *From migrants to citizens: membership in a changing world*, Washington: Brookings Institution Press, pp. 342-80.

Nentwich, M. 1996, 'The Future Role of the Citizens in the European Union'. Paper presented at the IPSA Seminar on "The European Parliament, the Commission, and the Intergovernmental Conference 1996", 4. 7. 1996, European Parliament, Brussels.

Neunreither, K. (1995) 'Citizens and the Exercise of Power in the European Union: Towards a New Social Contract?', in Rosas, A. and Antola, E. (eds.), *A Citizens' Europe. In Search of a New Order* (London: Sage).

Oliver, Peter (1996) "Electoral Rights under Article 8B of the Treaty of Rome", *Common Market Law Review*, vol.33, pp. 473-98.

Presno Linera, Miguel (2003) *El derecho de voto*, Madrid: Tecnos.

Rath, Jan (1990) "Voting Rights", in Zig Layton-Henry, *The political rights of migrant workers in Western Europe*, London: Sage, pp. 127-185.

Shaw, Josephine (1997) "Citizenship of the Union: towards Post-National Membership?", in <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers97/97-06-.html>.

Strudel, Sylvie (2001) "The making of European citizens: European migrants as voters", paper presented at the ECPR Joint Sessions, Grenoble.

Verba, Sidney y Norman H. Nie (1972) *Participation in America. Political democracy and social equality*, New York: Harper&Row.

Verdier, Marie- France (1999), "Le droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union européenne aux élections municipales. Nouvelle manifestation concrète de la citoyenneté européenne", en *Revue TD Europe*, vol.35: 1, pp. 59-80.

Wiener, Antje (1997) Assessing the Constructive Potential of Union Citizenship – A Socio-Historical Perspective(\*), European Integration online Papers (EIoP) Vol. 1 (1997) N° 17; <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-017a.htm>.

Wiener, Antje (1998) European Citizenship Practice: Building Institutions of a Non-State, Boulder: Westview Press.

Wihtol de Wenden, Catherine (1994) "Immigrants as political actors", en West European Politics, vol. 17, pp. 91-109.

Wert, José Ignacio (1999) "Las Urnas de San Antonio: los Votos y el Poder tras el 13-J, in Claves de Razón Práctica, vol.95, pp.14-23.

## Newspapers

ABC

El País

El SUR in English

The Entertainer

Costa Blanca News



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciutadania i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de novembre de 2004

## **MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN**

«Políticas preventivas/Políticas participativas: alcance del plan para la integración social de los inmigrantes de la Región de Murcia 2002-2004»

**Mª Antonia Madrid Izquierdo (Dirección General de Inmigración, Voluntariado y otros colectivos. Consejería de Trabajo y Política Social de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia)**

### **ÍNDICE**

1.-INTRODUCCIÓN

2-DATOS SOBRE POBLACIÓN EXTRANJERA EN LA REGIÓN DE MURCIA.

3.-EL PLAN PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES DE LA REGIÓN DE MURCIA 2002-2004: INSTRUMENTO FUNDAMENTAL DEL GOBIERNO REGIONAL PARA GESTIONAR EL FENÓMENO INMIGRATORIO.

3.1-FASES DE APROBACIÓN Y ELABORACIÓN DEL PLAN.

3.2-ESPÍRITU Y ESTRUCTURA DEL PLAN.

3.3-EVALUACIÓN PARCIAL DEL PLAN.

3.4-PERSPECTIVAS DE FUTURO

4-ANEXO: OTROS INSTRUMENTOS AUTONÓMICOS LIGADOS A LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES EN LA REGIÓN DE MURCIA.

BIBLIOGRAFÍA.

## **1.- INTRODUCCIÓN**

“Quizás sea hora de reconocer que hemos asumido que el fin justifica los medios y que preferimos la comodidad de los europeos en lugar del respeto a los derechos de quienes son ciudadanos de segunda: los extranjeros pobres”<sup>1</sup>, decía el profesor Javier de Lucas en 1994. Reflexión aún vigente diez años después. Y tal vez sea el momento ahora de revisar los mecanismos de carácter jurídico, político, económico, social, geográfico, de género... que impiden a ciertas personas, entre las que se encuentran los inmigrantes económicos, el ejercicio de su ciudadanía en igualdad de condiciones al resto de la población. Para que de este modo, sean vistos como personas portadoras de derechos fundamentales y poseedores de una cultura propia, y no se conviertan en mera “moneda de cambio” o en “mano de obra barata”.

Para ello, las Administraciones públicas, cada una en el ámbito de su competencia, deben intentar ligar el derecho de los ciudadanos a “inmigrar”, con la “capacidad de acogida” de nuestras sociedades democráticas. Esforzarse por que imperen los principios de tolerancia, de igualdad, de respeto a las diferencias y de flexibilidad. Y de algún modo hacer ver a la sociedad que, los “extranjeros pobres” son seres humanos en su más amplio sentido, con emociones y sentimientos; que cuando se deciden a emigrar, lo hacen buscando una vida “más digna” para ellos y para sus familias. Todo ello requiere por tanto, de la voluntad política necesaria, y la corresponsabilidad de los propios inmigrantes en su verdadera intención de integración social.

## **2.-DATOS SOBRE POBLACIÓN EXTRANJERA EN LA REGIÓN DE MURCIA.**

La Región de Murcia se configura hoy por hoy como región de inmigración. El fenómeno inmigratorio conlleva aspectos positivos y de interés imprescindible para el desarrollo económico de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, inserta por otro lado en el seno de la Unión Europea.

Las políticas comunitarias de inmigración tratan de controlar y regular los flujos migratorios, acompañado del establecimiento de políticas nacionales y regionales comunes en materia de integración social; para lo cual, desde la Comunidad Autónoma de Murcia, se viene trabajando de forma activa, implicándose nuestra política regional inmigratoria, en aquellos foros e Instituciones de participación comunitaria de la Unión Europea donde la voz de las regiones tiene un mayor protagonismo. Concretamente, nos referimos al Comité de las Regiones, y a la Conferencia de Regiones Periférico Marítimas, desde donde actualmente y de forma coordinada se viene trabajando, en aras de alcanzar una propuesta unánime y acorde a los intereses en materia de inmigración de la totalidad de las regiones que las agrupan.

Las Regiones del sur de la Europa mediterránea ha sido históricamente zonas expulsoras de población, donde sus habitantes han tenido que marcharse a otras regiones, otros países e

---

<sup>1</sup> LUCAS de , J. (1994) *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*. Madrid: Temas de Hoy.

incluso a otros continentes, con el fin de buscarse el sustento que no podían encontrar en su tierra. Desde hace unos años esta tendencia se ha invertido, y esas zonas acostumbradas a la emigración, se han convertido en receptoras de inmigración en muchos casos espontánea y descontrolada. Este nuevo entorno ha supuesto una serie de situaciones nuevas para las que no estaban preparadas ni las sociedades receptoras, ni las administraciones públicas, y ha habido que ir actuando sobre la marcha para dar respuesta a las nuevas necesidades que iban surgiendo derivadas de este fenómeno. Así, las políticas públicas se han encaminado en tres direcciones: por un lado, la regulación jurídica de la entrada, permisos de residencia y trabajo a los inmigrantes; por otro, la extensión de los servicios sociales, educativos, sanitarios y de vivienda, y por último, pero no menos importante, la tarea de fomentar la integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida, y evitar que se produzcan sociedades cerradas y fenómenos de xenofobia y racismo.

En lo que se refiere a cifras de extranjeros a nivel nacional, y según los datos disponibles del Padrón a uno de enero de 2003, el número de extranjeros empadronados en España es de 2.664.168 personas, lo que representa el 6,2% de la población total residente en nuestro país.

A continuación, se presentan datos ilustrativos respecto a este fenómeno en la Región de Murcia. Durante la última década, la Región de Murcia ha estado recibiendo un flujo continuado de inmigrantes, que ha tomado mayor importancia en los últimos años, como indican las cifras del Padrón de Habitantes referidas a la población extranjera:

AÑO	HOMBRES	MUJERES	TOTAL	Porcent. Pobl. Extr/ pobl total región
1998	8.460	3.456	11.916	1,1 %
2000	15.727	7.268	22.995	2,0 %
2001	36.531	18.954	55.485	4,7 %
2002	52.870	30.676	83.546	6,8 %
2003			113.973	8,9 %

*(Enero del año en curso)*

En los primeros años esta corriente migratoria provenía principalmente del Norte de África, en concreto de los países del Magreb, pero posteriormente su origen es más diversificado. Según los datos del padrón del año 2002, la mitad de los extranjeros de la Región de Murcia proceden de América de Sur, especialmente Ecuador (40%), y en menor grado de Colombia (6%); un tercio provienen de África, la mayor parte de Marruecos (29%); y por último una pequeña parte pero también importante de la Europa del Este, donde destacan los procedentes de Ucrania (3%). A 31 de diciembre de 2003, los extranjeros con permiso de residencia en Murcia son 58.150, cifra que nos sitúa en la **octava provincia en número de**

**extranjeros regulares**, lo cual indica que en nuestra Región, el número de extranjeros **en situación irregular** está en torno a unas **60.000 personas**.

Un dato que hay que tener en cuenta es la evolución del número de trabajadores extranjeros afiliados a la Seguridad Social. En diciembre de 1999 la cifra era de 16.190, y en diciembre de 2003, había aumentado a 56.254 el número de trabajadores extranjeros afiliados a la Seguridad Social, lo cual supone un incremento del 247 % durante en ese corto periodo. Respecto al total de **afiliados a la Seguridad Social** en Murcia, los trabajadores extranjeros representan el **11'45%** de afiliados.

En buena parte este incremento del número de inmigrantes en las cifras oficiales es consecuencia directa de los últimos procesos de regularización impulsados por el Gobierno de la Nación (Proceso Extraordinario de Regularización, Retorno Voluntario y Arraigo).

El asentamiento de familias inmigrantes en edades jóvenes ha contribuido a aumentar la natalidad en la Región de Murcia. Durante **el año 2001** el número de nacidos de madre extranjera fue de 1.778, que representa el **12% del total de nacidos** en la Región.

Otro dato destacable, es el incremento importante del número de alumnos extranjeros escolarizados en los últimos años.(\*)

CURSO ACADÉMICO	TOTAL ALUMNADO EXTRANJERO ESCOLARIZADO	INCREMENTO SOBRE CURSO ACADÉMICO ANTERIOR
2000-2001	4.110	
2001-2002	7.910	3.800
2002-2003	8.700	799
2003-2004	14.275	5.575
2004-2005	18.738	4.463

(\*). *No todos los alumnos se escolarizan al principio del curso escolar.*

De modo que, según los datos del **curso académico 2004-2005** que comienza, Murcia es la tercera región española con mayor crecimiento de número de escolares, debido a la alta tasa de natalidad y a la incorporación de estudiantes extranjeros. Destacar que, de los **18.738 escolares extranjeros** matriculados en septiembre de este año, el 57% son hijos de inmigrantes ecuatorianos, consecuencia directa con el incremento en Murcia de población procedente de Ecuador.

Estos datos muestran la importancia del fenómeno migratorio en la Región de Murcia y cómo afectan a cuestiones tales como **el trabajo, la sanidad o la educación**.

### **3.-EL PLAN PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES DE LA REGIÓN DE MURCIA 2002-2004: INSTRUMENTO IMPRESCINDIBLE DEL GOBIERNO REGIONAL PARA GESTIONAR EL FENÓMENO INMIGRATORIO.**

Para abordar el fenómeno inmigratorio en la Comunidad de Murcia, el Consejo de Gobierno regional aprobó en su sesión del 28 de junio de 2002, el "**Plan para la Integración Social de los Inmigrantes de la Región de Murcia 2002-2004**". Que supone un paso decisivo en el impulso de las políticas autonómicas relacionadas con la integración social de la población inmigrante que reside en la Región de Murcia. Así mismo, recientemente se ha creado la Dirección General de Inmigración, Voluntariado y Otros Colectivos, dentro de la Consejería de Trabajo y Política Social, como organismo encargado de coordinar las políticas regionales de inmigración.

#### **3.1- FASES DE APROBACIÓN Y ELABORACIÓN DEL PLAN**

El impulso político del Plan nace en el seno de la Asamblea Regional, más concretamente en su **sesión plenaria de 24 de febrero de 2000**, en la que se aprueba una Moción consensuada entre IU y PP, por la que se insta a la Cámara a que se elabore un Plan Integral de Promoción de Inmigrantes, que establezca medidas interdisciplinares e Interdepartamentales, que incidan en la problemática de esta población, para su superación y , en particular, en sus condiciones laborales, de vivienda, salud, educación , respeto a su cultura y diversidad, etc., en base a las conclusiones de los trabajos realizados en las diferentes Comisiones de Trabajo Permanentes (Trabajo, Salud, Empleo., Educación e Integración Social), del "Foro Regional para la Inmigración de la Región de Murcia", máximo órgano consultivo regional en materia de inmigración.

El Consejo de Gobierno, a petición de la Consejería de Trabajo y Política Social, y haciéndose eco de este Acuerdo Parlamentario, en sesión de 9 de marzo del año 2000, aprueba el que se den los paso administrativos oportunos para que se elabore el Plan.

Acto seguido se favorece la constitución de la **Comisión Técnica Interdepartamental** encargada de **elaborar el Plan**, bajo la coordinación técnica de la extinta Dirección General de Política Social, y compuesta por 16 funcionarios técnicos que representan a 14 órganos directivos de la Comunidad Autónoma de Murcia, concretamente participan ocho consejerías (Trabajo y Política Social; Agricultura, Agua y Medio Ambiente; Presidencia; Obras Públicas, Vivienda y Transporte; Turismo y Ordenación del Territorio; Educación y Cultura; Sanidad y Consumo y Economía y Hacienda). Tras varias reuniones técnicas se consensúa un borrador del Plan para la Integración Social de los Inmigrantes de la Región de Murcia, cuya vigencia se prevé a tres años vista, es decir, 2002-2004.

En el borrador se recogen las áreas de intervención con las **medidas** y el **presupuesto específico**, en su caso, de las mismas. Este borrador del Plan se presenta a los distintos responsables políticos que están implicados en la ejecución de las medidas programadas, y el día **29 de mayo del año 2001** se aprueba por todos ellos en la reunión mantenida en la Consejería de Trabajo y Política Social, presidida por la entonces Directora General de Política Social, Coordinadora Política del mismo. Por su parte, los distintos Departamentos de la Comunidad

Autónoma **adquieren el compromiso** de contemplar, en los correspondientes programas presupuestarios relativos al ejercicios del **2002**, las cuantías que en dicho borrador se reflejan.

Una vez redactado el Plan es sometido a la aprobación del Consejero de Trabajo y Política Social, que tras la consulta al resto de Consejeros lo eleva a Consejo de Gobierno para su **aprobación inicial**, que se produce en fecha **29-6-2001**. En esta misma Sesión se acuerda remitir el Plan a los siguientes Órganos Consultivos:

1.- Al Foro Regional para la Integración de los Inmigrantes, al que se le hace entrega del contenido del Plan el 11-7-2001, concediéndose un plazo de alegaciones hasta el 11 de septiembre de 2001. En la Sesión del día **16 de octubre de 2001**, se incorporan las alegaciones que se consideran pertinentes (Murcia Acoge, Columbares y U.G.T.) y se produce la aprobación del mismo.

2.- Al Consejo Regional de Servicios Sociales, para que emita informe preceptivo. Aprobación por unanimidad del citado Plan, que se produce en la Sesión del **16 de octubre de 2001**.

3.- El 12 de diciembre de 2001 se remite el referido Plan al Órgano Consultivo Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, que en Sesión Plenaria de **22 de marzo de 2002**, emite Informe Dictamen favorable por unanimidad. <sup>2</sup> " El Consejo Económico y Social de la Región de Murcia valora positivamente la iniciativa del Consejo de Gobierno de elaborar el Plan para la Integración Social de los Inmigrantes de la Región de Murcia 2002-2004, por considerar que el mismo constituye un instrumento imprescindible para poder hacer frente al fenómeno de la inmigración que por sus propias características, exige un acercamiento global en el que los diversos sectores de actividad de las administraciones públicas alcancen un importante nivel de coordinación y complementariedad en su actuación, con las observaciones recogidas en el cuerpo del presente Dictamen".

4.- **Aprobación definitiva** del Plan para la Integración Social de los Inmigrantes de la Región de Murcia en Sesión de **28 de junio de 2002**, del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

**Todo lo anteriormente expuesto nos indica que el "Plan para la Integración Social de los Inmigrantes de la Región de Murcia 2002-2004", ha seguido el Procedimiento Administrativo preceptivo para su aprobación, y ha contado con el Informe favorable de todos los Órganos Consultivos a los que ha sido sometido.**

### 3.2-ESPÍRITU Y ESTRUCTURA DEL PLAN

El Plan Regional para la Integración Social de los Inmigrantes cuenta con 12 apartados generales, siendo el primero una Introducción que justifica la necesidad del mismo y define de manera explícita el concepto de Integración. Este marco regional de intervención, plantea unas directrices, objetivos y líneas de actuación, que a continuación pasamos a detallar de manera somera:

---

<sup>2</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA REGIÓN DE MURCIA. (2002) *Dictamen sobre el Plan para la Integración Social de los Inmigrantes de la Región de Murcia 2002-2004*. Murcia: CESRM.

“El **objetivo del Plan** para la Integración Social de los Inmigrantes de la Región de Murcia es, la construcción de un **marco de convivencia** basado en la **reciprocidad** y **responsabilidad común**, en la que todas las personas puedan participar activamente en ámbitos como el de la formación, desarrollo, empleo, participación política y una **sociedad de todos, por todos y para todos**”.

El plan se ha diseñado sobre tres grandes líneas de actuación dirigidas **al colectivo inmigrante**:

Facilitar el **acceso normalizado** de los inmigrantes a los **recursos sociales** de que dispone nuestra Región, procurando que su condición de ciudadanos extranjeros no suponga un obstáculo en el ejercicio de los derechos que la legislación española les reconoce.

Actuar sobre las **necesidades más urgentes** que se plantean en un colectivo con escasos recursos y redes muy precarias de integración social, independientemente de su situación legal.

El impulso de **la cooperación al desarrollo** con los países de origen de los inmigrantes con el fin de mejorar el desarrollo económico y social de los mismos.

En consonancia con el concepto y realidad de integración se perfilan también tres líneas, dirigidas a la **sociedad de acogida**:

Afrontar la formación y sensibilización de la sociedad, hacia el fenómeno de la inmigración.

Generar dinámicas y actuaciones tanto de reconocimiento de los nuevos “actores sociales” como de responsabilidad y compromiso ciudadano

**Implicar a todos los sectores**, Administraciones, Sociedad Civil Organizada, Organizaciones Sociales, Partidos políticos, Medios de Comunicación, Empresarios ... etc.<sup>3</sup>

Hay que tener presente los **limites del marco competencial y territorial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia**. Son competencia de la Administración del Estado aspectos tan importantes como la legislación sobre los derechos básicos de los inmigrantes, las condiciones para el acceso a la situación de regularidad, las directrices para la vigilancia de las condiciones de trabajo, el establecimiento de convenios internacionales. El Estado debe establecer políticas que se acomoden a las directrices que marca la Unión Europea.

A la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia le corresponde las Políticas de Integración Social, ya que tiene asumida la competencia exclusiva en materia de asistencia y bienestar social, en particular la promoción e integración de los grupos sociales necesitados de especial protección, tal y como se expresa en el Estatuto de Autonomía (artículo 10. uno. 18 de la Ley 1/1998, de 15 de junio, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia). Todo ello nos indica que la Administración Autonómica tiene la competencia y la responsabilidad de planificar y gestionar, desde sus diversos Departamentos, medidas concretas en orden a erradicar o paliar situaciones de marginación y precariedad, en las que

---

<sup>3</sup> COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA. (2002) *Plan para la Integración Social de los Inmigrantes de la Región de Murcia 2002-2004*. Murcia: Dirección General de Política Social de la Consejería de Trabajo y Política Social. 10 y 11.

puedan vivir los inmigrantes. Dichas políticas pretenden salvar los obstáculos que dificultan la integración de este colectivo social cada vez más numeroso en la sociedad murciana.

Hay tres apartados fundamentales en la política social hacia los inmigrantes, son los referidos a la Educación, los Servicios sociales y la Sanidad.

Con respecto al **Sistema Educativo**, es preciso articular un conjunto de actuaciones que hagan efectivo el principio de igualdad de oportunidades para los alumnos que se encuentra en situación de desventaja social y educativa como consecuencia de su procedencia.

En los **Servicios Sociales** el objetivo general se centra en facilitar el acceso a los recursos en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos, superando la dificultad que puede suponer para la población inmigrante debido a las barreras culturales que encuentran y al recelo que pueden tener los que se encuentran en situación irregular. Para ello **la información es un recurso imprescindible**, haciéndola asequible y ofreciendo una imagen desvinculada de los posibles controles de su situación legal.

Además de estos objetivos generales hay que plantear las necesidades inmediatas inmigrantes recién llegados o en situación de precariedad. La satisfacción de las necesidades básicas (alojamiento, alimentación, vestido..) es un primer paso para su posterior incorporación social y un medio para evitar procesos de marginación.

En cuanto a la **atención sanitaria**, además de procurar que la población inmigrante acceda de un modo normalizado a la atención sanitaria, es una tarea prioritaria atender a la población infantil y el desarrollo de medidas preventivas.

Todas estas líneas básicas de actuación se ponen en práctica contando con:

La participación de **la iniciativa social**, tanto en las funciones de información como en la prestación de servicios, con una coordinación con los recursos públicos.

El protagonismo de las **Corporaciones Locales**, puesto que los impactos sociales de las migraciones se desarrollan en el ámbito local.

El papel de los **medios de comunicación** en el sentido contribuyan a favorecer la tolerancia en la sociedad y evitar el surgimiento de climas de opinión propicios al racismo y la xenofobia.<sup>4</sup>

Entrando ya en **la estructura del Plan**, este cuenta con 10 áreas de actuación, y con un total de 20 objetivos generales; 50 objetivos específicos y 184 medidas. "En los Planes de Andalucía, Canarias y Murcia se especifican, para cada año, las dotaciones en función de los objetivos contemplados en cada área y se definen también las competencias presupuestarias ( las diferentes Consejerías y/o Direcciones Generales de la Administración Autónoma). El

---

<sup>4</sup> COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA. (2002) *Plan para la Integración Social de los Inmigrantes de la Región de Murcia 2002-2004*. Murcia: Dirección General de Política Social de la Consejería de Trabajo y Política Social.11-14.

Plan de Murcia baja a un nivel mayor de concreción, definiendo el presupuesto para gran parte de las medidas”<sup>5</sup>.

El presupuesto total de 25.894.103 € para ejecutar, en su caso, en el período de su vigencia 2002-2004, tal y como se muestra en el siguiente cuadro:

### Plan para la Integración Social de los Inmigrantes

Área	Presupuesto en Euros
SOCIAL	10.122.622,82 €
MUJER	420.708,47 €
MENOR Y FAMILIA	262.236,53 €
JUVENTUD	48.080,97 €
EDUCACIÓN	5.207.382,23 €
SALUD	2.927.743,32 €
VIVIENDA	3.606.072,63 €
EMPLEO Y FORMACIÓN	3.023.090,89 €
CULTURAL Y TURÍSTICA	245.513,44 €
COOPERACIÓN AL DESARROLLO	30.651,62 €
<b>TOTAL</b>	<b>25.894.102,92 €</b>

### 3.3-EVALUACIÓN PARCIAL DEL PLAN

Actualmente el Plan está siendo objeto de revisión y seguimiento por un agente externo, en virtud del Convenio de colaboración suscrito entre la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y el Colegio de doctores y licenciados en Ciencias Políticas y Sociología de la Región de Murcia. De tal modo, que la **Comisión de Seguimiento del Plan**, reunida el 30 de marzo de 2004, ha dado el visto bueno a la metodología propuesta por dicho Colegio Oficial, para la realización de la evaluación parcial del mismo.

A continuación enumeramos algunas notas resultantes de los datos (a 31 de julio de 2004), del avance de la evaluación intermedia del Plan, aportados por el Colegio de doctores y licenciados en Ciencias Políticas y Sociología de la Región de Murcia.

#### **Notas del avance de La evaluación parcial del Plan**

**La valoración sobre el cumplimiento de los objetivos** que se habían marcado para cada una de las medidas consideradas, **es en general positiva**, pero matizada en el sentido siguiente:

<sup>5</sup> BONINO, C. , ARAGÓN, J. , y ROCHA, F. (2003) *Planes de la Comunidades Autónomas para la Integración Social de las Personas Inmigrantes*. Cuadernos de Información Sindical nº 50. Madrid: Confederación Sindical de Comisiones Obreras.

el problema de la integración social, objetivo principal del Plan, es un proceso largo en el tiempo y costoso en cuanto a recursos económicos.

Los **servicios de información y asesoramiento**, están muy bien valorados por las personas inmigrantes, porque sienten que se les escucha, se les atiende y se sienten bien, aunque realmente lo que buscan es el puesto de trabajo; pero en cuanto a la atención y el trato que reciben se sienten muy satisfechos y satisfechas.

Una reseña que nos parece importante, y también referida a los servicios de información y asesoramiento, es la **poca valoración que en ocasiones las personas inmigrantes, hacen del servicio simplemente porque es un servicio gratis**: les merece más confianza un servicio pagado que uno gratis; quizás porque vienen de culturas donde todo se paga, aunque sea en la Administración.

**Dificultades para el desarrollo de las acciones de tipo presupuestario**: el que los programas tengan que ser concedidos a las entidades por anualidades presupuestarias, es visto como una dificultad añadida tanto a la hora de programar como a la hora de dar continuidad a los programas, pues de un año para otro no saben exactamente con qué dinero van a contar.

**Coordinación**: La coordinación es mencionada como dificultad tanto a la hora de programar como de desarrollar las actividades.

**La valoración sobre los recursos económicos es en general de escasez o insuficiencia y en otros casos, los valoran como limitados**, eso sí, conscientes todos de las mejoras presupuestarias de estos dos últimos años y de la magnitud y variabilidad del fenómeno migratorio.

**La valoración que hacen sobre la efectividad de las acciones** es muy positiva en la mayor parte de los casos, no sólo positiva sino además útil.. Hay que tener en cuenta que son las opiniones de personas que han estado directamente implicadas en la puesta en marcha y/o desarrollo, salvo en el caso de los técnicos de las Consejerías, que aunque no estén directamente implicados en su desarrollo, conocen tanto el desarrollo como los resultados.

**Valoración del Plan: valoración positiva hacia el Plan**, reconocen que queda mucho por hacer pero es un buen principio y que ha contribuido a la inserción social. Este Plan de ser el primero y el que siente las bases de un II Plan actualizado a la nueva realidad migratoria.

### 3.4-PERSPECTIVAS DE FUTURO

Destacamos la necesidad de adaptar el Plan de Integración de los Inmigrantes de los próximos años a las demandas de la realidad actual migratoria de nuestra Comunidad Autónoma. Consecuentemente, habrá que **actualizar los contenidos**, que deberán ser ampliamente **consensuados**, y revisar tanto las áreas como las consignaciones presupuestarias del actual Plan. Para ello habrá que comprometer en su elaboración a todos y cada uno de los agentes implicados, contando con la voz y la presencia de los propios inmigrantes. Añadir en este apartado que, El Plan pasa a constituir una **línea estratégica** (grandes líneas de actuación y son orientaciones futuras a potenciar) en la presente revisión para el ejercicio del año 2005, que se está realizando del **Plan Estratégico de Desarrollo de la**

**Región de Murcia (2000-2006).** Lo antedicho contribuirá al diseño, a medio plazo, de un instrumento operativo y eficaz, para abordar en los años venideros el reto que el fenómeno inmigratorio plantea a nuestra Región.

#### **4-ANEXO OTROS INSTRUMENTOS AUTONÓMICOS LIGADOS A LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES DE LA REGIÓN DE MURCIA**

4.1.- EL CONSEJO ASESOR "FORO REGIONAL PARA LA INMIGRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MURCIA, CREADO POR DECRETO N° 72/1998, DE 20 DE NOVIEMBRE Y MODIFICADO POR DECRETO N° 134/2002 (BORM N° 262, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2002).

El Foro Regional para la Inmigración de la Comunidad Autónoma de Murcia, se crea como Órgano de carácter consultivo, a fin de establecer un cauce de consulta, participación y debate de los agentes sociales e Institucionales implicados en la inmigración.

Está compuesto por 20 miembros que representan a la Administración en sus tres niveles, las organizaciones de inmigrantes y de apoyo a inmigrantes y a los agentes sociales, sería conveniente para optimizar el funcionamiento de dicho Órgano Consultivo, hacer una revisión, tanto de las **funciones encomendadas** inicialmente, como de las **Comisiones Permanentes de Trabajo**, dado que el panorama y la realidad inmigratoria de nuestra Comunidad Autónoma exige una actualización de dichos aspectos, con el fin de que, realmente, sirva como instrumento impulsor y asesor al Gobierno Regional en todo lo referido a la integración social de los inmigrantes.

4.2.- COMISIÓN DELEGADA DEL CONSEJO DE GOBIERNO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES. DECRETO DE CREACIÓN N°. 96/2000, DE 14 DE JULIO DE 2000 (B.O.R.M. N°. 170, DE 24 DE JULIO DE 2000).

Es función principal de esta Comisión Delegada, canalizar y coordinar toda la actuación de la Administración Regional, en aras de alcanzar una mayor eficacia en el acceso de los inmigrantes a los sistemas de protección, al empleo, a la formación ocupacional, a los servicios sociales, a la vivienda, a la educación y a la cultura, y a la sanidad.

4.3.- OFICINA REGIONAL DE ATENCIÓN A LA INMIGRACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MURCIA (OFRAIN). ORDEN DE CREACIÓN DE 12 DE ABRIL DE 2000 (B.O.R.M.n°. 102, DE 4 DE MAYO DE 2000).

La Oficina Regional de Atención a la Inmigración (OFRAIN) se crea con la finalidad de facilitar el acceso de la población inmigrante a los sistemas normalizados, y así dar respuesta a las principales necesidades del colectivo, que afectan a importantes ámbitos de su integración: educativo y cultural, marco legal, ámbito laboral, convivencia territorial y participación ciudadana. Cabe destacar entre sus objetivos, promover la configuración de una Red de Información y Asistencia Integral, procedente de Entidades Públicas y Privadas

que trabajan en el ámbito de la Inmigración; así como apoyar la labor de los profesionales de los Servicios Sociales de base, favoreciendo y coordinando su intervención.

#### 4.4.- VINCULACIÓN DEL PACTO POR LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO AL DESARROLLO DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MURCIA.

El Pacto por la Estabilidad en el Empleo se suscribe el 4 de diciembre del año 2002, entre la Administración Regional, la Patronal CROEM, la Unión de C.A. UGT-Murcia y la Unión Sindical de la Región de Murcia de Comisiones Obreras, cuya vigencia es para el período 2003-2006. El Pacto, en su apartado 2.4. **Colectivos Desfavorecidos**, trata aspectos relacionados con las Políticas del Empleo Regionales y los Inmigrantes; también, y con el objeto de conseguir la mayor integración de los inmigrantes, indica que la Administración Regional se dotará de un **Órgano Administrativo** encargado de la **coordinación** de las políticas públicas en materia de inmigración.

De igual modo, este documento se refiere, en el apartado 3, dedicado a las acciones en el **Área de Relaciones Laborales**, a “la vigilancia de las condiciones laborales de los inmigrantes, prestando especial atención a la jornada de trabajo, tipos de contrato, formación, condiciones del puesto y salud laboral”.

Por último, el **anexo** del Pacto, en lo que se refiere a las **recomendaciones**, hace referencia explícita a aspectos íntimamente relacionados con la inserción social y laboral de los inmigrantes. Cabe destacar en este sentido el siguiente párrafo: “En primer lugar, agilizar los trámites administrativos correspondientes a expedientes de permiso de residencia y trabajo de inmigrantes. En segundo lugar, llevar a cabo análisis periódicos sobre la situación de los inmigrantes existentes en la Región, en los que se estudien los sectores de producción, las previsiones en los supuestos de regularización, los contingentes, el arraigo y la reagrupación familiar”

#### 4.5.- CREACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE INMIGRACIÓN, VOLUNTARIADO Y OTROS COLECTIVOS, DE LA REGIÓN DE MURCIA. DECRETO N.º. 75/2003, DE 11 DE JULIO, POR EL QUE SE ESTABLECEN LOS ÓRGANOS DIRECTIVOS DE LA CONSEJERÍA DE TRABAJO, CONSUMO Y POLÍTICA SOCIAL (B.O.R.M. N.º. 160, DE 14 DE JULIO DE 2003).

La Dirección General de Inmigración, Voluntariado y Otros Colectivos, se integra dentro de la Secretaría Sectorial de Acción Social de la Consejería de Trabajo y Política Social, y tiene la competencia de **elaboración, seguimiento y evaluación de planes**, programas y proyectos, relacionados con la Inmigración, Voluntariado y Otros Colectivos; así como la elaboración y gestión de los convenios que se deriven de aquéllos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BONINO, C., ARAGÓN, J. , Y ROCHA, F. (2003) *Planes de la Comunidad Autónoma para la Integración Social de las Personas Inmigrantes*. Cuadernos de Información Sindical nº 50. Madrid: Confederación Sindical de Comisiones Obreras.

COLEGIO DE DOCTORES Y LICENCIADOS EN CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIOLOGÍA DE LA REGIÓN DE MURCIA. (2004) *Avance de evaluación: conclusiones provisionales del estudio de seguimiento y evaluación intermedia del "Plan para la Integración Social de los Inmigrantes de la Región de Murcia 2002-2004"*. Murcia: Documento interno de la Dirección General de Inmigración, Voluntariado y Otros Colectivos, de la CARM.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA. (2002) *Plan para la Integración Social de los Inmigrantes de la Región de Murcia 2002-2004*. Murcia: Dirección General de Política Social de la Consejería de Trabajo y Política Social. 11-14.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA REGIÓN DE MURCIA. (2002) *Dictamen sobre el Plan para la Integración Social de los Inmigrantes de la Región de Murcia 2002-2004*. Murcia: CESRM.

LUCAS de, J. (1994) *El desafío de las fronteras. Derechos y xenofobia frente a una sociedad plural*. Madrid: Temas de hoy.

## **INTERNET**

<http://www.carm.es/ctra/inmigración>

<http://www.carm.es/ctra/planinmigrantes>



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciutadania i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de novembre de 2004

## **MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN**

«El Derecho a los Servicios Sociales de los inmigrantes (Estudio de los apartados 2 y 3 del artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)»

**Leopoldo Olmo Fernández-Delgado (Consejería de Trabajo y Política Social de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia)**

INDICE

**I.- INTRODUCCIÓN. EL TÍTULO I DE LA LEY 4/2000, DE 11 DE ENERO.**

**II.- EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS APARTADOS 2 Y 3 DEL ART. 14 DE LA L.O. 4/2000**

**1.- El término “servicios y prestaciones sociales básicas” del párrafo 3º del artículo 14.**

**2.- Los términos servicios y prestaciones “generales”, “básicos” y “específicos”, del párrafo 2º del art. 14.**

**3.- Especial referencia al Decreto 188/2001, de 26 de junio, de la Generalitat de Cataluña sobre la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.**

**III.- CONCLUSIONES.**

## **I.- INTRODUCCIÓN. EL TÍTULO I DE LA LEY 4/2000, DE 11 DE ENERO.**

Pocas normas han suscitado en nuestra democracia tan elevado interés en su elaboración, promulgación y aplicación como la vigente Ley sobre derechos y libertades en España y su integración social. La relevancia jurídica de la realidad material que pretende regular –el *status* de los extranjeros en nuestro territorio- es uno de los factores que justifica la norma; no menos importancia adquiere el factor social, político si se prefiere; el anterior milenio se cerró y el nuevo se ha abierto con un debate acerca de la concepción misma de la inmigración como fenómeno poliédrico, debate al que el legislador no puede permanecer ajeno.

En esta encrucijada nació la Ley Orgánica 4/2000, envuelta en un halo de provisionalidad entre el anuncio de una reforma que permitiera corregir sus presuntas incorrecciones técnicas. Reforma que acometió la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobrepasando este objetivo para incidir en una redefinición del ejercicio de derechos por los extranjeros en situación irregular<sup>1</sup>. Pero no acaban aquí las modificaciones que sufre la Ley original, ya que durante la vigencia de la Ley Orgánica 8/2000 acontecen diversas circunstancias que, consideradas en su conjunto, plantean la necesidad de adaptar aquélla a los continuos cambios de un fenómeno mutable como el migratorio. Así, junto al considerable incremento producido del número de residentes extranjeros en España en los últimos años, también se constata un cambio en las formas en las que se produce el hecho inmigratorio del que nuestro país es receptor, lo que ha generado un mayor conocimiento de este fenómeno a fin de incorporar instrumentos normativos que posibiliten una mejor y más sencilla ordenación de los flujos migratorios, facilitando los medios a través de los que ha de desarrollarse la inmigración respetuosa con los cauces legales, y reforzando los mecanismos para incidir en la lucha contra la inmigración ilegal, cada vez más organizada y con mayores recursos para la consecución de sus objetivos.

Dichas circunstancias, unidas a la necesidad, por un lado, de adaptar la normativa interna en esta materia a las decisiones que durante los últimos años han sido tomadas en el seno de la Unión Europea, así como, por otro, incorporar determinadas consideraciones técnicas efectuadas por el Tribunal Supremo, aconsejaban revisar diversos aspectos de la legislación vigente sobre extranjería e inmigración, lo que se produjo con la promulgación de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley 4/2000.

El Título I de la también llamada Ley de Extranjería, se denomina “Derechos y Libertades de los Extranjeros” y abarca los artículos 3 a 24. Según la Exposición de Motivos del texto normativo, con el mismo se persigue cumplir el mandato del artículo 13 de la Constitución Española que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Norma Fundamental, en los términos que establezcan los Tratados y la ley así como la Jurisprudencia al respecto del Tribunal Constitucional, añadiéndose que se ha conjugado este mandato constitucional con los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como país de la Unión Europea y en lo que respecta a

---

<sup>1</sup> AA.VV, (2001, 27).

garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de sus Estados miembros.

A la hora de atribuir estos derechos, se distingue entre los que corresponden a los extranjeros que residen en España de forma legal y los que no, a fin de no dificultar el funcionamiento de los mecanismos que el ordenamiento jurídico prevé para controlar los flujos migratorios y asegurar la legalidad de la entrada y permanencia de los extranjeros en territorio español.

En el Título citado aparecen reconocidos derechos como el de asociación (art. 8), y de reunión (art. 7) para aquellos extranjeros que cuenten con un permiso de residencia o estancia; en cuanto al derecho a la huelga (art. 11.2), es preciso estar en posesión de un permiso de trabajo. También se reconoce el acceso a la Seguridad Social y a la sanidad (arts. 14.1 y 12) para los extranjeros residentes legalmente en España, a los que también reconoce tanto el derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, como el acceso a puestos de personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, en igualdad de condiciones que los españoles (art. 10); asimismo aparece plasmado el derecho a la educación (art. 9), el derecho al sufragio (art. 6) atendiendo al principio de reciprocidad, o el derecho a la intimidad personal o familiar (art. 16).

Dentro de este repertorio de derechos se encuentra también reconocido el derecho de los extranjeros al acceso a los servicios sociales, lo que se hace en los apartados 2 y 3 del art. 14 de la Ley 4/2000, con el siguiente tenor literal: "2.- Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.

3.- Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas".

Precisamente, el objeto de este trabajo es la interpretación de los términos usados en estos incisos.

## **II.- EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS APARTADOS 2 Y 3 DEL ART. 14 DE LA L.O. 4/2000**

En el art. 41 de la Constitución Española se requiere de los poderes públicos el mantenimiento de un sistema público de Seguridad Social para todos los ciudadanos y la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Esta declaración constitucional cabrá leerla además en consonancia con lo dispuesto en otras disposiciones existentes en materia de asistencia a los ciudadanos más desprotegidos: disminuidos físicos, psíquicos o sensoriales y ancianos (arts. 49 y 50 CE)

A esta exigencia ha venido a responder el citado art. 14; como puede verse, en el precepto se habla de dos tipos de sujetos: los extranjeros residentes, que tendrían derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos que se ofrezcan en España en igualdad de condiciones que los españoles y todos los

extranjeros con independencia de su situación administrativa, que sólo tendrían derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

Se trata de una norma que ha sido muy criticada por parte de la doctrina, advirtiéndose, incluso, que si hay un precepto confuso, prácticamente ininteligible en su estructura y contenido, ese es el artículo objeto de estudio, que incurre en gravísimas deficiencias técnicas, lo que hacen de él un precepto difícilmente reconocible en el sistema jurídico vigente, lo que obliga a un esfuerzo importante de clarificación por parte del intérprete<sup>2</sup>. Por su parte, IÑIGUEZ HERNANDEZ ha identificado expresamente las siguientes deficiencias en la técnica normativa de la disposición: utiliza criterios diferentes a los empleados en otros artículos para determinar su ámbito subjetivo; reúne confusamente en su regulación lo que llama servicios sociales con las prestaciones de la Seguridad Social, materias distintas que deberían recibir un tratamiento diferenciado; no tiene en cuenta que la competencia legislativa y administrativa sobre los primeros no es estatal, sino autonómica y, en numerosas ocasiones, local; por último, porque se refiere con carácter general a los servicios sociales, cuando algunos otros artículos del mismo Título regulan también cuestiones que pudieran incluirse en ellos, resultando en consecuencia un artículo confuso y de difícil aplicación, que en todo caso habrá de explicarse<sup>3</sup>.

No cabe sino coincidir con estas acertadas opiniones. Se trata, en general, de un precepto poco claro, y, en particular, en la materia de que es objeto este comentario, al no existir una declaración en la norma de a qué se refiere el legislador cuando habla de servicios y prestaciones sociales básicos, generales y específicos, ni de cuál ha de ser su contenido, será labor del intérprete intentar colmar esta laguna.

#### 1.- El término “servicios y prestaciones sociales básicas” del párrafo 3º del artículo 14.

Tras esta primera aproximación al contenido del precepto, no puede causar extrañeza que, respecto del sentido de este término, se hayan vertido muy diversas opiniones. Así, RODRÍGUEZ-PIÑERO indica que se trata de un concepto no sólo indeterminado sino difícilmente determinable, no siendo claro asignar a quien corresponde hacerlo, si al Estado, al dictar el reglamento de la propia ley, o a las Comunidades Autónomas, que son las que normalmente tienen encomendada esta función de protección social<sup>4</sup>, mientras AZNAR LÓPEZ considera que para su delimitación acaso habría de considerarse la opción de hacer equivaler “básico” con la atención a necesidades perentorias y vitales<sup>5</sup>, o que otros autores traten de distinguirlos por razón de su necesidad, comprendiendo de este modo entre los básicos aquellos que sirvan a necesidades de carácter vital: sanitarios, educativos, de atención social para personas en situaciones de especial necesidad por su edad u otras circunstancias sociales o personales.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> MONEREO PEREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (2001, 253).

<sup>3</sup> IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D, (2000, 107) .

<sup>4</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. (2001, 73).

<sup>5</sup> AZNAR LOPEZ, M. (2001, 158).

Otra opinión advierte que al estar amparada la asistencia sanitaria por el art. 12 de esta Ley de Extranjería, cabe pensar que estas prestaciones se refieren a otro tipo de asistencia: la asistencia sanitaria para la recuperación profesional y las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, invalidez, jubilación, desempleo, muerte y supervivencia, prestaciones familiares por hijo a cargo prestaciones de servicios sociales en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos así como de asistencia a la tercera edad y al resto de servicios sociales que ofrezcan tanto las Administraciones Públicas como entidades privadas (fundaciones, centros religiosos de acogida, de caridad o beneficencia, etc)<sup>7</sup>. Por último, hay quien esperaba al desarrollo reglamentario, para ver si se definía el término “servicios básicos”<sup>8</sup>, lo que ha resultado una vana esperanza, pues el Reglamento que desarrolla la Ley de Extranjería, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, nada ha aclarado sobre este asunto.

Es bien cierto que, desafortunadamente, ninguna norma de ámbito estatal determina qué ha de entenderse por éstas prestaciones. Sin embargo, idéntica terminología si es utilizada por un texto jurídico que, como decía CARNELUTTI, tiene alma de ley y cuerpo de contrato: un Convenio.

Efectivamente, el Convenio-Programa que se suscribe en 1988, entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los distintos gobiernos autonómicos está dirigido al “desarrollo de prestaciones básicas de servicios sociales de Corporaciones Locales”

En la cláusula segunda del mismo expresamente se indica que, a efectos de tal Convenio, se consideran prestaciones básicas de servicios sociales las de Información y Orientación, Ayuda a Domicilio, Prevención e Inserción y Alojamiento y Convivencia.

El primero de los servicios, el de Información y Orientación, va dirigido a individuos, grupos e instituciones sobre los derechos que pudieran corresponderles y los recursos sociales existentes, incluyendo el asesoramiento especializado sobre problemas sociales y su canalización a los demás servicios sociales existentes.

La Prevención e Inserción social se refiere a intervenciones realizadas por equipos profesionales, dirigidas a personas y colectivos en situaciones de riesgo o marginación social, con el objeto de prevenir marginaciones sociales y en su caso, lograr la reinserción familiar y social.

La Ayuda a Domicilio tiene como objetivo la prestación de una serie de atenciones a los individuos y/o familias en su domicilio, cuando se hallen en situaciones en las que no es posible la realización de sus actividades habituales, o en situaciones de conflicto psicofamiliar para alguno de sus miembros.

Finalmente, la prestación de Alojamiento y Convivencia supone una alternativa para las personas que carecen de ambiente familiar adecuado.

---

<sup>6</sup> En este sentido, vid. IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D, (2000, 110) y AGUELO NAVARRO, P., *et al.* (2001,121).

<sup>7</sup> DIAZ MARTÍN, J.L. (2001, 142 y sg.).

<sup>8</sup> MASSO GARROTE, M.F. (2001, 174 y sg.).

Los proyectos a financiar por parte del Ministerio, según los términos del Convenio, tendrán como finalidad la dotación y mantenimiento de alguno de los siguientes tipos de Centros:

- a) Centros de Servicios Sociales, como equipamientos de carácter comunitario, dotados de los equipos técnicos, incluidas las unidades Básicas de Trabajo Social o denominación similar, y los medios necesarios que den soporte a las citadas prestaciones básicas.
- b) Albergues, como servicios destinados a procurar, con carácter temporal, la prestación de Alojamiento a transeúntes sin medios económicos y a otras personas marginadas, atendiendo, asimismo, a su inserción personal y social.
- c) Centros de Acogida, como establecimientos residenciales no permanentes, destinados a acoger, en medida de urgencia, a personas en situación de graves conflictos convivenciales o carentes de medio familiar adecuado, procurando el necesario tratamiento para la normalización de su convivencia.

Aunque, como se acaba de ver, las “prestaciones sociales básicas” se han de entender “a efectos de este Convenio”, atendiendo a lo adecuado de los recursos que se prestan en relación con el colectivo de inmigrantes al que dirige el precepto estudiado y a lo consolidada que esta terminología se encuentra en el ámbito de los profesionales dedicados a los servicios sociales, es perfectamente defendible que las prestaciones a que se refiere el apartado 3º del art. 14 sean precisamente las recogidas en tal Convenio<sup>9</sup>.

En este ámbito, se puede también añadir que hubiera sido preferible que el legislador hubiera tan solo usado la expresión “prestaciones sociales”, pues utilizar el termino “servicios” no hace sino arrojar confusión a la hora de analizar el precepto.

#### *Excursio: La ayuda a domicilio*

Según la interpretación aquí sostenida, una de las prestaciones básicas a la que tendrían derecho los inmigrantes cualquiera que sea su situación sería la ayuda a domicilio. Su contenido, características, criterios de acceso, derechos y deberes de sus usuarios, etc., son aspectos que se han visto desarrollados, en el ejercicio de su competencias, por la normativa de las distintas Comunidades Autónomas.

De conformidad con alguna de estas disposiciones, para acceder a tal prestación se exige el requisito de ciudadanía o empadronamiento en un determinado municipio, con lo que, en puridad, no podrían tener derecho a la atención domiciliaria, el inmigrante que se encuentre en situación absolutamente irregular<sup>10</sup>, lo que no ocurriría en otras Comunidades

---

<sup>9</sup> Esta posibilidad ya aparece apuntada por MONEREO PEREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.(2001, 258) , aunque a estos autores le parece simplemente un criterio útil, aunque no definitivo.

<sup>10</sup> Vid. art. 6 de la Orden de 22 de Octubre de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio como prestación básica. Art. 6 del Decreto 5/1999, de 21 de enero de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el que se regula la prestación del servicio de ayuda a domicilio. Art. 5 de la Orden de 2 de octubre de 2000, de la Conselleria de Bienestar Social de las Islas Baleares, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio. Art. 10 del Decreto 88/2002, de 30 de mayo, de la Comunidad Autónoma da Madrid, por el que se regula la prestación de ayuda a domicilio. Art. 6

Autónomas, en las cuales no se exige ningún requisito específico de estas características para poder acceder a tal servicio<sup>11</sup>.

De este modo, y a primera vista, podría parecer que el derecho reconocido en este apartado, quedaría desdibujado en algunas Comunidades, hasta tal punto que, incluso, podría ser de imposible disfrute para determinados colectivos de inmigrantes. Sin embargo, la formulación de la norma orgánica contiene una regla general de inclusión, con el consiguiente efecto derogatorio de las normas autonómicas que exigen el requisito de empadronamiento o ciudadanía para acceder a este nivel prestacional de acción social.

2.- Los términos servicios y prestaciones “generales”, “básicos” y “específicos”, del párrafo 2º del art. 14.

Según este precepto, se atribuye el derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, generales, básicos y específicos a los extranjeros residentes, en las mismas condiciones que los españoles, limitación que ha de referirse a los que lo sean regularmente, según lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la Ley, esto es, que hayan obtenido una autorización de residencia temporal o de residencia permanente.

Las expresiones utilizadas por el legislador en este apartado también suscitan no pocas dudas. Así, a la hora de interpretar el contenido de tales servicios y prestaciones, y ya que no hay una disposición legal común para todo el territorio nacional que los defina, como ocurre con lo establecido en el párrafo 3º, parece razonable acudir a las distintas leyes autonómicas reguladoras de la materia, dictadas en el ejercicio de las competencias exclusivas asumidas por las mismas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 148. 1. 20ª de la Constitución Española.

El estudio de ese cuerpo normativo revela que no se utilizan homogéneamente los vocablos servicios generales y básicos y específicos; atendiendo a la terminología usada se puede hacer la siguiente clasificación:

- a) Leyes que utilizan los términos de servicios sociales “comunitarios” y “especializados”.<sup>12</sup>
- b) Leyes que utilizan los términos de servicios sociales “generales” y “especializados”.<sup>13</sup>

---

del Decreto 124/2002, de 11 de octubre de 2002, por el que se regula la prestación de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

<sup>11</sup> En este sentido, vid. Orden de 22 de julio de 1996, de la Conselleria de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Galicia, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio; Decreto 106/1997, de 29 de septiembre, de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que regula el servicio de atención domiciliaria concertado entre la Consejería de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y la Administración Local; Decreto 269/1998, de 17 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por el que se regula la prestación social básica de la Ayuda a Domicilio; Decreto 42/2000, de 18 de mayo, por el que se regula la ayuda a domicilio en el Principado de Asturias.

<sup>12</sup> Aquí se encontrarían la Ley nº 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, art. 5; Ley nº 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales de Canarias, art. 6; Ley 5/1997, de 25 de junio de Servicios Sociales de Valencia, art. 10, aunque en estas dos últimas también se utiliza el vocablo “generales”

c) Leyes que utilizan los términos de servicios sociales “de base” y “especializados”.<sup>14</sup>

d) Leyes que utilizan los términos de servicios sociales de “atención primaria” y “atención especializada”, denominación ésta que ha hecho fortuna y tiene reminiscencias sanitarias.<sup>15</sup>

e) Leyes que utilizan una terminología que cabría calificar como híbrida: así, servicios sociales “comunitarios” y “específicos”<sup>16</sup>, servicios sociales “generales” y “específicos”<sup>17</sup>, “básicos” y “específicos”<sup>18</sup>; como puede apreciarse, éstas dos últimas coinciden con los términos usados por el art. 14.2 de la Ley 4/2000.

f) Leyes que utilizan términos distintos a todos los anteriores<sup>19</sup>.

Una vez advertido que no existe uniformidad en cuanto a las expresiones utilizadas, se trata ahora de averiguar si al menos hay uniformidad en cuanto al contenido de estos servicios sociales, estos es, si, atendiendo a las correspondientes leyes autonómicas, el sujeto va a disfrutar de los mismos derechos y prestaciones, independientemente del lugar donde se resida.

Respecto de los servicios básicos o generales, o de atención primaria, hay que señalar que el servicio de Información y Orientación se reconoce como tal en prácticamente todas las Leyes de servicios sociales; de esta generalidad cabe excluir a la Ley 4/1987, de 25 de marzo de Acción Social de Aragón, que no hace referencia a este servicio. Sin embargo, si tiene reflejo en todas las leyes, el servicio social de Ayuda a Domicilio o asistencia domiciliaria.

Mas problemas de acogida legislativa tiene el denominado servicio de Convivencia, que no aparece recogido en las leyes de Servicios Sociales de Baleares, Cataluña, Galicia y País Vasco; por su parte, el servicio de Prevención e Inserción Social no aparece citado en las leyes de Baleares, Canarias, Cantabria y Castilla-La Mancha.

Como puede apreciarse, todos estos servicios aparecen recogidos también en el anteriormente citado Convenio de prestaciones básicas de servicios sociales. Sin embargo, existe un servicio que no se plasma en tal Convenio pero sí se refleja en todas estas leyes autonómicas, como es el de Cooperación, Participación o Animación Social, según las diferentes denominaciones, que, *grosso modo*, tiene entre sus funciones impulsar el

---

<sup>13</sup> Vid. Ley 3/1986, de 16 de abril, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, art. 4; Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales del Principado de Asturias, art. 9.

<sup>14</sup> Vid. Ley 4/1987, de 23 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura, arts. 10 y 12; Ley 5/1996, de 18 de octubre, de Servicios Sociales del País Vasco, art. 6.

<sup>15</sup> Vid. Decreto-Legislativo nº 17/1994, de 16 de noviembre, de Asistencia y Servicios Sociales de Cataluña, arts. 6 y 11; Ley 5/1996, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Galicia, arts. 6 y 11; Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia, art. 8; Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicio Social de la Comunidad de Madrid, art. 29.

<sup>16</sup> Vid. Ley 5/1992, de 27 de mayo, de Acción Social de Cantabria, art. 4.

<sup>17</sup> Vid. 9/1987, de 11 de enero, de Acción Social de Baleares, arts. 9 y 10.

<sup>18</sup> Vid. Ley nº 18/1988, de 28 de diciembre, de Asistencia y Servicios Sociales de Castilla y León, art. 6.

<sup>19</sup> La Ley 1/2002, de 1 de marzo de Servicios Sociales de la Rioja, art. 6, habla de servicios sociales de primer nivel de atención y servicios sociales de segundo nivel de atención.

asociacionismo y la participación, potenciar las organizaciones de voluntariado social, elaborar campañas de divulgación, etc.

Según la generalidad de las leyes de servicios sociales, estos servicios básicos constituyen el cauce normal de acceso al Sistema y prestan una atención integrada y polivalente en el ámbito más próximo al ciudadano y a su entorno familiar y social<sup>20</sup>, correspondiendo su creación, organización y gestión a las diferentes entidades locales.

Atendiendo a la diferente configuración mostrada, se puede plantear el problema de que exista una cierta diferenciación en cuanto a los servicios sociales a los que pudiera tener acceso un inmigrante, dependiendo del territorio donde resida o se encuentre<sup>21</sup>; así cabría preguntarse si no tendrían derecho al servicio social de Inserción Social los inmigrantes que se encuentran en Baleares puesto que su respectiva ley autonómica no lo reconoce como básico.

Por ello, sería recomendable una homogeneización, en todo el Estado, del contenido de estos servicios, lo que no deja de ser un cierto *desideratum*, pues las diferentes Comunidades Autónomas han asumido la competencia exclusiva en materia de política social, resultando de dudosa legalidad que algo así fuera impuesto desde la Administración central al resto de la Administración autonómica.

No obstante, y a fin de evitar tanta confusión, sí hubiera sido recomendable que la propia Ley Orgánica se hubiera pronunciado con más claridad en este asunto, señalando qué se habría de entender por tales prestaciones o servicios sociales.

Pero, es más, el problema no acaba aquí; hay que advertir que las más recientes leyes de servicios sociales no atribuyen un contenido determinado a los servicios sociales básicos, generales o de atención primaria, esto es, no dan una relación de servicios que componen los mismos, como hasta ahora se hacía, sino simplemente definen sus funciones, con lo que se incrementa la confusión a la hora de interpretar aquellos términos<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Vid. por todas, art. 8.1. a) de la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia

<sup>21</sup> Cualquier lector avisado advertirá que éste problema puede surgir no sólo respecto de los inmigrantes, sino también respecto de los españoles de origen, con la consiguiente infracción constitucional que se produciría, pues el art. 139. 1 de la Norma Fundamental determina que “todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado” y el art. 149.1.1 habla de “la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”

<sup>22</sup> Por ejemplo, el art. 31 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, determina que al nivel de Atención Social Primaria le corresponden las siguientes funciones:

- a) Detección y análisis de necesidades y demandas, explícitas e implícitas, en su ámbito de intervención.
- b) Diagnóstico y valoración técnica de situaciones, necesidades o problemas individuales o colectivos.
- c) Identificación y captación de poblaciones en riesgo para el desarrollo de campañas y acciones de carácter preventivo.
- d) Atención profesional personalizada, que incluye todas las prestaciones de carácter técnico, excepto la de protección jurídica y social de los menores en situación de desamparo en el caso de municipios con población inferior a 500.000 habitantes.

Antes de concluir con el análisis de las voces servicios “generales” y “básicos” de este apartado 2º, es preciso hacer un inciso; como puede observarse, los términos utilizados en el anteriormente comentado apartado 3º cabe también interpretarlos conforme a lo que se acaba de comentar respecto de este apartado 2º. No obstante, esto supondría que a los inmigrantes que están en situación más desfavorecida, les podría corresponder diferentes servicios en atención a la Comunidad Autónoma de estancia. Ante esta circunstancia, parece preferible que exista un contenido mínimo que les corresponda a todos, se encuentren donde se encuentren, y que se resumiría en el contenido previsto en el Convenio anteriormente citado.

Por otra parte, el resto de los servicios sociales que se prestarían sólo a los extranjeros residentes y en las mismas condiciones que los españoles, son los denominados “específicos”. Estos pueden identificarse con los calificados como “especializados” en la mayoría de las leyes autonómicas, existiendo una cierta unanimidad en el término. Pueden definirse como aquellos que se dirigen hacia particulares sectores de la población, y no al común de ella, como en los básicos, que por sus especiales condiciones como edad, sexo o discapacidad, requieran un tipo de atención más especial en el plano técnico y profesional que la prestada por los servicios sociales básicos.

Según la generalidad de las distintas leyes autonómicas, se trataría de servicios destinados a la tercera edad, toxicómanos, infancia y adolescencia, discapacitados, minorías étnicas, situaciones de emergencia social, eliminación de la discriminación por razón de sexo, reinserción social de la delincuencia y otros colectivos que lo requieran.

- 
- e) Gestión y seguimiento de las prestaciones económicas de emergencia social y ayudas económicas temporales, así como colaboración en la aplicación de la Renta Mínima de Inserción, en los términos que establece la Ley que regula esta prestación, y gestión de cuantas otras prestaciones de naturaleza económica pudieran delegarse.
  - f) Gestión de las prestaciones materiales de atención a domicilio, teleasistencia y acogimiento en centros municipales de acogida y la tramitación de solicitudes para el acceso al resto de las prestaciones de carácter material.
  - g) Desarrollo de programas comunitarios para la promoción social de individuos y grupos de población, así como para la prevención y detección precoz de situaciones de riesgo.
  - h) Desarrollo de programas y actividades para prevenir la exclusión y facilitar la reinserción social.
  - i) Fomento de la participación, la solidaridad y de la cooperación social.
  - j) Coordinación con el nivel de Atención Social Especializada así como con otros servicios para el bienestar que operen en el mismo territorio, de manera especial con los de salud, educación, cultura y empleo, con el fin de favorecer la atención integral de las personas.

En un sentido similar se pronuncian los arts. 8 de la Ley 1/2002, de 1 de marzo de Servicios Sociales de la Rioja y el art. 11 de la Ley 1/2003, de Servicios Sociales del Principado de Asturias.

Por el contrario, la Ley del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia, aunque también reciente, ha decidido mantener la estructura tradicional disponiendo, en su art. 9, que constituyen Servicios Sociales de Atención Primaria, el Servicio de Información, Valoración y Asesoramiento, el Servicio de Atención en el Medio familiar y Comunitario, el Servicio de Inserción Social y el Servicio de Promoción y Cooperación Social.

A través de estos servicios se proporcionan prestaciones técnicas o se gestionan centros especializados como, por ejemplo, centros ocupacionales para discapacitados, centros de día, o de acogida o residencias permanentes.

De modo general, puede indicarse que tales servicios son gestionados por los órganos competentes de cada Comunidad Autónoma o Diputación si se trata de servicios de alta especialización o que rebasen las capacidades de los municipios; si no se dan estas circunstancias, serían gestionados por las Corporaciones Locales.

3.- Especial referencia al Decreto 188/2001, de 26 de junio, de la Generalitat de Cataluña sobre la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En este orden de cosas, la Comunidad Autónoma Catalana ha adoptado la decisión de dictar un Decreto, el número 188/2001, de 26 de junio, que regula la aplicación en tal Comunidad de la Ley Orgánica 4/2000. En el mismo se trata de la participación de los inmigrantes en los asuntos municipales, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, a la educación, al acceso a las administraciones públicas como personal laboral, a la asistencia sanitaria, etc, y dedica su art. 9 al derecho a los servicios y prestaciones sociales; en su apartado 2º expresamente se dice: "Los extranjeros que vivan o se encuentren en Cataluña, sea cual sea su situación administrativa, tienen derecho a acceder, en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos, a los servicios básicos de atención social primaria, a los servicios de atención domiciliaria, a los servicios de comedor, a los servicios residenciales de estancia limitada, a los servicios de centros abiertos para niños y adolescentes y a las ayudas de urgencia social otorgadas por las administraciones públicas de Cataluña".

Poniendo en relación este precepto con lo dispuesto en el Decreto Legislativo nº 17/1994, de 16 de noviembre, de Asistencia y Servicios Sociales de Cataluña, resulta que el inmigrante, sea cual sea su situación va a tener derecho a la información, orientación y asesoramiento, de trabajo social, comunitario y de detección, prevención y acceso a tratamientos de apoyo a personas, familias y grupos, lo que podría interpretarse como atención social primaria, según el art. 9.2 de este Decreto Legislativo, y al resto de los servicios reconocidos en su art. 11 que coinciden, excepción hecha de las ayudas de urgencia social, con los enumerados en el art. 9.2 del Decreto 188/2001.

De este modo, esta administración ha optado por identificar el término de prestaciones sociales básicas como prestaciones sociales de atención primaria reconocida en su norma reguladora del régimen general de los servicios sociales, que, como puede apreciarse, es otra de las opciones interpretativas que se han apuntado en este trabajo.

Justo es reconocer que con la promulgación de este Decreto se resuelve un problema fundamental en este ámbito, que no es sino dejar bien claro cuáles son las prestaciones que corresponden a los inmigrantes en tal Comunidad. Tan sólo por alcanzar este objetivo ya resultaría recomendable que otras administraciones autonómicas, como las que reciban mayor flujo migratorio, siguieran tal ejemplo y, a su vez, dictaran una norma de similares características. No obstante, debería procurarse que esta normativa, de desarrollarse,

tuviera un contenido semejante, a fin de evitar cualquier discriminación que pudiera atentar contra el espíritu fundamental de la L.O. 4/2000. En todo caso, lo más adecuado sería que, para solucionar cualquier contingencia, se hubiera aclarado por la propia legislación estatal cual era el contenido de las prestaciones referidas.

### **III.- CONCLUSIONES.**

Tras todo lo expuesto, se puede concluir que los inmigrantes, sea cual sea su situación en España, incluso irregular, han de disfrutar al menos, de las prestaciones básicas descritas en el Convenio-Programa de Prestaciones Sociales Básicas, pues con esta interpretación se consigue una cierta uniformidad de tratamiento, evitando las posibles discriminaciones, al menos en situaciones de inseguridad jurídica, ante lo confuso del precepto estudiado de la Ley de Extranjería.

Si se encuentra en situación de residencia temporal o permanente, dispondrán de los servicios de atención primaria, o generales, y específicos que aparezcan en las respectivas leyes de servicios sociales.

Por último, señalar que no sería, en absoluto, desaconsejable seguir el ejemplo de la normativa autonómica catalana y promulgar un Decreto que se pronuncie, expresamente acerca de la aplicación de la Ley 4/2000 en cada Comunidad Autónoma, aunque en la materia objeto de estudio, debería procurarse una cierta homogeneización a fin de evitar posibles discriminaciones.

En cualquier caso, lo más recomendable, repítase una vez más, hubiera sido que la propia Ley Orgánica 4/2000 o el Reglamento que la desarrolla hubiera aclarado más los términos utilizados en los apartados 2º y 3º de su artículo 14.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV, (2001). *El nuevo derecho de Extranjería. Estudios acerca de la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Granada: Comares.

AGUELO NAVARRO, P., et al. (2001), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000*, Madrid: Civitas.

AZNAR LOPEZ, M. (2001) "Los Derechos sociales de los extranjeros en España", Consejo General del Poder Judicial (ed), *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Madrid, pg. 158.

DIAZ MARTÍN, J.L. (2001) "Artículo 14", EDIJUS (ed), *Comentarios a la Ley de Extranjería, reformada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre*, Zaragoza.

IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D, (2000) "Artículo 14", Lex Nova (ed), *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Valladolid.

MASSO GARROTE, M.F. (2001), *El nuevo régimen de extranjería. Procedimientos, Formularios, Modelos y Comentarios a la Ley Orgánica 4/2000, de extranjería, tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2000*, Madrid: ed. La Ley.

MONEREO PEREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (2001) "Artículo 14", Comares (ed) *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, Granada.

RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. (2001), "El Derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios", *Ponencia Marco del Congreso de la Asociación Española del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Santander.



4t CONGRÉS SOBRE LA  
IMMIGRACIÓ A ESPANYA  
Ciutadania i Participació

4º CONGRESO SOBRE LA  
INMIGRACIÓN EN ESPAÑA  
Ciudadanía y Participación

Girona, del 10 al 13 de novembre de 2004

## **MESA 4: CIUDADANÍA: MARCO JURÍDICO Y POLÍTICAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN**

«La reagrupación familiar en España: especial referencia al régimen de los menores y de las parejas de hecho»

**Ferran Camas Roda (Universitat de Girona)**

### **Presentación:**

El derecho a la reagrupación familiar en España es uno de los ámbitos que mayor evolución está experimentando en lo relativo al régimen jurídico de inmigración y extranjería. Si se repara en la legislación precedente a la actual, esta cuestión no aparecía expresamente regulada, sino que la posibilidad de reagrupar a familiares de extranjeros debía realizarse mediante el amparo de cláusulas generales: en efecto, el antiguo art. 12.4 de la Ley Orgánica 7/1985, de 3 de julio, atribuía al Ministerio de Interior la potestad de autorizar la entrada, tránsito o permanencia en territorio español a los extranjeros con documentación defectuosa o incluso sin ella, o que no hubieren entrado por los puestos habilitados a tal efecto, siempre que medie «causa suficiente»; en desarrollo de esta previsión, el art. 22.3 del RD 1119/1986, de 26 de mayo, según el cual, se autorizaba a la autoridad competente a la exención de visado de residencia y otra documentación, «cuando existan razones excepcionales que justifiquen dicha dispensa»; posteriormente, el art. 56.9 del R.D. 155/1996, que desarrollaba la Ley Orgánica de 1985, establecía como motivos excepcionales que pueden justificar la exención de visado "motivos de interés público, humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante».

En función de esta normativa, la doctrina judicial consideraba que el intento de permanecer unido a los familiares más allegados y el arraigo en España puede considerarse como una circunstancia excepcional, pues en tales situaciones lo que se pretende es potenciar y amparar el reagrupamiento familiar: el reagrupamiento familiar como instrumento de tutela amparado en la protección jurídica de la familia, que es uno de los principios rectores de la política social contemplado en el art. 39 de la Constitución, que debe informar la práctica judicial y la actuación de todos los poderes públicos.

No obstante, con la Ley Orgánica 4/2000, de 24 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, ya modificada por la social (en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre), se ha pasado a regular a la reagrupación familiar como un derecho subjetivo del extranjero residente en España, aunque con unos carácter ciertamente limitados, y condicionados al cumplimiento de varios requisitos.

En la evolución del régimen de la reagrupación familiar también ha incidido de forma preponderante la labor efectuada por los Tribunales de Justicia, en particular por el TS en su

sentencia de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003/2422), que tuvo que entrar a analizar el recurso interpuesto contra distintos preceptos del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España. Entre los preceptos impugnados en el recurso se encontraba la exigencia de acreditar un año de convivencia en España para conceder la exención de visado a los extranjeros que sean cónyuges de extranjeros residentes en España, inciso que fue objeto de anulación por el TS al entender que el reglamento iba mucho más allá de la exigencia establecida en el art. 31.47 de la LO 4/2000, que no exigía que la convivencia tuviera lugar en España para conceder esta exención de visado.

En todo caso, el proceso evolutivo del régimen de reunificación familiar aún no ha acabado: en primer lugar, porque el Estado español ha de transponer la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar; en segundo lugar, se ha de tener en cuenta la influencia que en este proceso puede tener la aprobación del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, en cuyo art. III-168, se establece que la Unión Europea desarrollará una política común en materia de inmigración destinada a garantizar la gestión eficaz de los flujos migratorios, el trato equitativo de nacionales de terceros países en situación regular de residencia en los Estados miembros, así como la prevención y la lucha reforzada contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. A tal fin, el precepto añade que “se establecerán mediante leyes o leyes marco europeas las medidas en los ámbitos siguientes: las condiciones de entrada, residencia y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los de reagrupación familiar”.

Finalmente, hay que recordar que la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990), también establece en su art. 44 que «1. Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio. 2. Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo. 3. Los Estados de empleo, por razones humanitarias, considerarán favorablemente conceder un trato igual al previsto en el párrafo 2 del presente artículo a otros familiares de los trabajadores migratorios».

## **1. El régimen de la reunificación familiar en España.**

El art. 16 de la LO 4/2000, reconoce el derecho de los extranjeros residentes en España a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de

acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España (ap. 1), mientras que en su segundo apartado se establece que «los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17». Por otro lado, cabe recordar que, como ha confirmado la doctrina judicial (véase la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1010/2003, de 24 de julio de 2003), el art. 27 de la LO 4/2000, de 24 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, impone la necesidad de que la Autoridad competente de los visados de residencia para reagrupación familiar motive o justifique sus resoluciones denegatorias.

### *1.1 La reagrupación familiar del cónyuge*

Como primer familiar reagrupable por la vía del art. 17, su apartado 1, letra a), menciona al "cónyuge del residente, siempre que no se encuentre de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley".

Con respecto a la agrupación familiar del cónyuge, hay que comentar que uno de los conflictos derivados de su régimen jurídico hace referencia a aquellas situaciones en las que un matrimonio entre extranjeros se celebra por concierto entre las familias respectivas, al amparo de su propia ley nacional: así por ejemplo, el caso de un cónyuge marroquí que se une en matrimonio a su marido, de la misma nacionalidad, y residente en España, mediante un previo pacto familiar, respetando lo que al efecto dispone su ley personal, circunstancia cuya constatación lleva a la Administración a denegarle su visado por reagrupación familiar en función de la existencia de fraude de ley. El Ministerio de Asuntos Exteriores considera que, al amparo del propio art. 17.1,a) de la LO 4/2000, puede denegar la reagrupación del aprecia la existencia de un fraude de ley, aunque el matrimonio se haga según la ley local, ya que a su juicio, no basta sólo con tener en cuenta dicha circunstancias, sino que debe comprobarse que no haya separación de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley o que no se reagrupe a más de un cónyuge, si es que la ley personal del extranjero permite esa modalidad.

Esta actuación ha sido objeto de crítica por el Defensor del Pueblo español en sus Informes de estos últimos años en materia de inmigración y extranjería, ya que afirma que en el otorgamiento de visados de reagrupación familiar, se ha de tener en cuenta que la validez y los requisitos del matrimonio se rigen, de acuerdo con lo que dispone el artículo 9 del Código Civil, por la Ley personal de los contrayentes y, por lo tanto, la autoridad consular española no debe tener la competencia para apreciar fraude de ley en el matrimonio de dos extranjeros celebrado en su país de origen, con arreglo a su ley común<sup>1</sup>. Considero que, sin perjuicio de la capacidad de los órganos correspondientes para analizar la posible existencia de fraude de ley, obviamente en aquellos casos en los que el matrimonio se realice al amparo de la normativa que les resulte de aplicación, cuando se trate de otorgamientos de visado por reagrupación familiar se debería tener en cuenta de forma previa el cumplimiento por los contrayentes de la legislación que ampara su unión matrimonial, a no ser que ello vaya directamente en contra de la propia normativa de extranjería. El hecho de que el art. 17 de

---

<sup>1</sup> Defensor del Pueblo, Informe de 2003 (Capítulo 6: Inmigración y Extranjería): p. 558.

la LO 4/2000 no disponga específicamente esta actuación específica de comprobación del fraude de ley, no obsta a que deba ser objeto de apreciación el hecho de que las circunstancias que han rodeado la celebración sean conformes a la normativa que les resulta de aplicación, más cuando este elemento si resulta previsto en el precepto citado cuando se trata de matrimonios polígamos, en cuyo caso, descarta expresamente que la posible admisión por las leyes nacionales de los extranjeros de dicha modalidad matrimonial pueda suponer la reagrupación de más de un cónyuge.

### *1.2 La reagrupación familiar de los ascendientes*

Con respecto a los ascendientes, el art. 17.1, letra d), establece que, aquellos que lo sean del reagrupante o de su cónyuge, podrán reagruparse «cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España». Se ha de tener en consideración la importancia que cada vez más van a asumir los inmigrantes mayores de edad (que coinciden, hoy por hoy, con los padres o madres del reagrupante o su cónyuge) para la sociedad que les acoge: desde el punto de vista de los ascendientes y del propio Estado de acogida, la realidad constata que aquellos tienen tendencia a vivir con su familia, y en barrios étnicamente homogéneos<sup>2</sup>, mientras que desde el punto de vista del propio reagrupante, junto a la necesidad de mantener los lazos familiares con sus progenitores, al modo como lo hacían en su país de origen, también hay que tener en cuenta la ayuda o colaboración que sus ascendientes pueden tener en el sostenimiento de la propia realidad familiar.

Pese a esta realidad, la normativa de extranjería impone condicionantes a la reagrupación familiar de los ascendientes: de forma diferente a como lo hace con el cónyuge del reagrupante, la normativa exige el requisito de dependencia económica, y además, que existan razones que justifiquen la necesidad de su presencia en España para agrupar a los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge.

Justamente, uno de los principales problemas interpretativos radica en el requisito de estar a cargo del reagrupante o su cónyuge, o la dependencia económica con respecto a estos, sobre todo cuando el ascendiente puede estar dependiendo, no de forma exclusiva de uno de sus hijos/as sino de varios de ellos, unos en su país de origen, otros en el extranjero.

Esta situación es conocida por la STSJ Madrid, núm. 1907/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 17 de diciembre, que resuelve sobre el caso del reagrupamiento familiar de la madre del reagrupante, que es viuda, aunque no recibe ninguna pensión en su país. El Tribunal falla a favor de la reunificación familiar ya que, según consta en la sentencia, de los 10 hijos de la madre, uno ha fallecido, dos permanecen en Marruecos, y los siete restantes residen legalmente en España, es decir, «casi la familia al completo». Además, los hijos que trabajan en España han remitido a su madre dinero hasta en veintitrés ocasiones por un total próximo a las 700.000 ptas. que para una economía modesta marroquí es cantidad importante. A ello, y para demostrar la "necesidad del reagrupamiento", la sentencia dice que «hemos de constatar que el beneficio concedido a los ascendientes para vivir juntos

---

<sup>2</sup> Véase el Documento del Consejo de Europa sobre los inmigrantes mayores de 55 años, publicado en su página web: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc03/FDOC9884.htm> [última consulta: 15 de septiembre de 2004].

tiene una doble vertiente, económica y afectiva. La primera se justifica en el dato de que si no existiesen carencias en la madre, los hijos no detraerían de sus presumiblemente menguadas economías cantidades periódicas para enviarlas. La segunda en el hecho de la viudez y en el lógico deseo de acogerse al abrigo de la mayor parte de la familia y, por qué no, colaborar en lo posible».

Con respecto a la apertura de la agrupación familiar de los ascendientes, cuando existan razones que justifiquen la necesidad de su presencia en España, puede traerse el supuesto analizado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo). 717/2000, e 6 de junio de 2003 (JUR 2003\4960), ante el caso de una extranjera en situación irregular que ha tenido tres hijos en España, y que solicita la exención de visado por reagrupamiento familiar al amparo del art. 56.9 del R.D. 155/1996, de 2 de febrero, que concedía, aunque de forma excepcional, y por motivos de interés humanitario, la exención de visado por la autoridad competente para el solicitante de buena fe. Según la sentencia, «aunque no parezca acreditada la dependencia económica de los menores respecto de la madre no cabe duda que el supuesto presente debe entenderse incluido en los motivos de interés humanitario a que se refiere el art. 56.9 del R.D. 155/96 de 2 de febrero, de desarrollo de la LO 7/1985, de 1 de julio, en los que excepcionalmente puede concederse la exención de visado, al estar acreditado el arraigo de la solicitante en la sociedad española donde ha tenido tres hijos (el primero de ellos diez años antes de la solicitud de exención de visado) que residen en España y son menores de edad, teniendo la menor la nacionalidad española, lo que es conforme con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido considerando que ha de tenerse como circunstancia "excepcional" el arraigo en territorio español y la reagrupación familiar, resultando absurdo en tal situación obligar a la recurrente a salir de España para conseguir el visado».

Finalmente, se ha recordar que la normativa de extranjería actualmente vigente no reconoce la reagrupación familiar de los hermanos del reagrupante. En este sentido la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), núm. 63/2003, de 30 de enero, confirma la denegación de reagrupamiento familiar a los ascendientes y hermanos del reagrupante por no existir indicio alguno de dependencia legal ni económica de los solicitantes de visado con el reagrupante residente en España, «debiendo añadirse a mayor abundamiento que el recurrente solicitó el derecho de asistencia jurídica gratuita para la substanciación de este recurso por carecer de medios económicos, con lo que difícilmente se puede sostener que tenga medios económicos para reagrupar a tres personas». Añade la resolución que «conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, los hermanos no tienen derecho a la reagrupación familiar, salvo que concurra alguna de las circunstancias mencionadas en el apartado e) del artículo "que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias", situación que no se acredita en el caso presente, tanto porque no se conceden los visados de sus padres como porque no se acredita el hecho básico de que carezca de familiares en Marruecos, constando en el expediente que son siete hermanos».

### *1.3 El régimen comunitario de reagrupación familiar del cónyuge.*

Con respecto a la entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, extiende la aplicación de su régimen a

los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio económico europeo, incluyendo como familiares a los cónyuges, siempre que no estén separados de derecho; a sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas; y a los ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges (art. 2).

En éste ámbito, hay que dejar constancia de la trascendencia que ha tenido la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10 de junio de 2004, que ha anulado parcialmente el Real Decreto 178/2003, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, en concreto, cuando la norma venía a establecer como ámbito de aplicación a los familiares de los españoles y los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que mantengan «un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos» (art. 2); también ha dejado sin contenido el art. 11.3c)4º del R. Decreto 178/2003, que regulaba la excepción de visado para los extranjeros cónyuges de español o de residente legal europeo, si acreditan una convivencia en España de al menos durante un año. En relación al art. 11.3c)4º del R. Decreto 178/2003, el TS recuerda que el precepto se aplica al cónyuge de nacional español o de nacional de un país de la Unión Europea o de un estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo a quién, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, no cabe exigirle más requisito que el de acreditar su vínculo de relación conyugal para permitirle la entrada en España.

En lo relativo al cónyuge, hay que hacer constar que tras la modalización de su régimen llevada a cabo por el TS, en la tramitación del cónyuge de comunitario es necesario acreditar el vínculo de parentesco, pero no la efectiva convivencia, y así mismo, cabe añadir que la falta de convivencia o la separación de hecho no son motivos para denegar la reagrupación familiar del cónyuge del ciudadano comunitario<sup>3</sup>.

Como ya se ha dicho, el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, también es de aplicación, entre otros, a los ascendientes de ciudadano comunitario y a los de su cónyuge, siempre que vivan a sus expensas. Su artículo 11 regula los motivos de exención de visado para la obtención de la correspondiente tarjeta de residencia, siempre que no exista mala fe en el solicitante y concurra alguno de los requisitos establecidos en el propio precepto. En este sentido, ante la consideración por la Autoridad competente de la existencia de mala fe la estancia irregular del solicitante del visado como motivo para su denegación, el Defensor del Pueblo sostiene una interpretación contraria, en la que no cabe reconocer mala fe al solicitante de asilo ante la falta de legalización de su estancia, ya que el art. 11 del reglamento parte del presupuesto de hecho de que el solicitante de exención de visado se encuentra ya

---

<sup>3</sup> Véase el Informe del año 2003 del Defensor del Pueblo español, *op. cit.*, p. 607

en España y no cuenta con el preceptivo visado, si bien la concurrencia en el mismo de los requisitos exigibles para la concesión de un permiso de residencia posibilitan que no se le obligue a regresar a su país de origen para la tramitación de dicha autorización. En este mismo sentido, esta Institución considera necesario señalar que el hecho de obligar a un ciudadano extranjero, ascendiente de residente legal en España y económicamente dependiente del mismo, a efectuar su salida de nuestro país para solicitar un visado que, según la legislación vigente, debería concedérsele, supone imponer una separación de hecho del núcleo familiar y no parece que, en este caso, quepa situar el cumplimiento de un trámite administrativo por encima de la necesidad de atender el principio de protección a la familiar asumido en el artículo 39 de la Constitución<sup>4</sup>.

## **2. Situaciones de los menores extranjeros: la restricción de los derechos de reagrupación familiar.**

El art. 17 de la LO 4/2000 establece en su ap. 1, letra b), que el extranjero tiene derecho a reagrupar con él en España a los «hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados». Añadiendo varias previsiones, una de ellas para cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, en cuyo caso se requerirá que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo, y la segunda en el caso de hijos adoptados, en cuyo caso deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España, A su vez, la letra c) establece que también se podrá reagrupar a «los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal».

Con respecto a este régimen, uno de los elementos que son objeto de controversia es la consideración por la Administración competente que si el otorgamiento del visado no se ha producido antes de que el descendiente cumpla dieciocho años, queda vedada la posibilidad de reagrupación familiar. Ante esta tesis, el Defensor del pueblo español considera que el criterio señalado resulta excesivamente riguroso ya que carga sobre los interesados cualquier tipo de demora, sin distinguir entre los que les sean directamente imputables, de aquellas otras que sean atribuibles a la propia administración.

En este contexto, se ha de señalar que la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de marzo de 1999, resuelve el caso de una mayor de edad (aunque menor, cuando solicito la dispensa de visado) que ha visto denegada dicha exención por reagrupamiento familiar con sus padres (entre otros extremos, alega que se ha incumplido la regla de la mayoría de edad en función de la Ley personal de las personas físicas). A la hora de resolver, la sentencia parte del art. 12.4 de la LO 7/1985, de 3 de julio, según el cual, el Ministerio de Interior podía autoriza la entrada, tránsito o permanencia en territorio español a los extranjeros con documentación defectuosa o incluso sin ella, o que no hubieren entrado por los puestos habilitados a tal efecto, siempre que medie «causa suficiente». El TS concede la reclamación

---

<sup>4</sup> *Idem*, p. 609.

de la extranjera por cuanto, «la excepcionalidad ligada a la apreciación de fines de reagrupamiento familiar exige que exista una finalidad de convivencia estable fundada en la mutua ayuda inherente a las relaciones conyugales o de parentesco no sólo en el terreno económico, sino también en el moral y afectivo... De ello se infiere que, de la misma manera que no es suficiente la mera constancia de la voluntad de un pariente de auxiliar económicamente al otro haciéndose cargo de los gastos necesarios para su mantenimiento para que pueda apreciarse la existencia de fines de reagrupamiento familiar, la ausencia de un estricto móvil económico para el reagrupamiento carece asimismo de trascendencia si concurren las razones afectivas y de mutua ayuda ligadas a la voluntad de establecer la convivencia estable inherentes a las relaciones conyugales o de parentesco».

En todo caso, en lo relativo al régimen de extranjería que se aplica a los menores, conviene traer a colación las reflexiones vertidas por el Comité de los Derechos del Niño, en el examen del Informe presentado por España, de 13 de junio de 2002, donde se expresa su profunda alarma por los niños extranjeros no acompañados, en particular por las situaciones de maltrato por la policía cuando están a la espera de una expulsión forzosa del país, la falta de la actuación de las garantías jurídicas para hacer frente a ella, así como la no concesión de permisos de residencia provisionales a los que tienen derecho, las malas condiciones de los centros de acogidas, la denegación de acceso a asistencia sanitaria y la educación, y la expulsión sumaria de niños sin procurar que sean devueltos en efecto a sus familias o a los organismos de asistencia social de su país de origen. También, el Informe Anual de S.O.S. Racismo sobre el Racismo en el Estado Español ha alertado sobre la situación de los menores extranjeros, mencionando específicamente la Orden de la Fiscalía General del Estado instando a expulsar a los menores de edad que superen los 16 años, por considerar que al emprender un proceso migratorio se han emancipado y con ello no deben ser tratados como menores y un Acuerdo entre el Estado español y Marruecos que permite la expulsión de menores sin que previamente se haya contactado con sus familias<sup>5</sup>. En efecto, con respecto al primer asunto, la Instrucción 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar irregularmente en España y en quienes no concorra la situación jurídica de desamparo se concluía, entre otras consideraciones, que salvo prueba en contrario, los extranjeros mayores de dieciséis años que viven independientes de sus padres y con el consentimiento de estos, tienen capacidad para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, y en tales casos no era procedente calificar su situación como de desamparo, con las consecuencias legales que ello conlleva en el régimen jurídico de la repatriación del extranjero. Con esta orden, la Fiscalía se apartaba así de anteriores circulares suyas, como la núm. 1 de 2002, en la que se destacaba que, rigiéndose la capacidad y el estado civil del extranjero por la Ley nacional del sujeto, no cabía considerar de forma automática como emancipado al menor extranjero no acompañado y por tanto, que vive de forma independiente de los padres, ya sea por la dificultad de una prueba como esa, ya sea por la posibilidad que tienen los padres de revocar ese consentimiento en cualquier momento. Además, la Circular núm. 1 de 2002, afirmaba también que en virtud del principio de prevalencia del interés del menor, y del de

---

<sup>5</sup> Véase el archivo en sistema pdf de la Página web de S.O.S. Racismo: <http://www.sosracisme.org/sosracisme/Dossier%20de%20premsadib.pdf> (última consulta: 26 de abril de 2004).

reunificación familiar, la repatriación de un menor sólo podía llevarse a cabo, conforme a la normativa vigente, una vez localizada la familia del menor, o en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, y tras verificarse que no existe riesgo o peligro para su integridad o la de sus familiares. A ello, hay que sumar las consideraciones que el Defensor del Pueblo ha venido realizando, basándose en el alto número de repatriaciones de menores frustradas, a que los Servicios de Protección pertinentes elaboraran informes, al efecto de impedir aquella medida, en los que se evalúe el comportamiento del menor y la existencia de signos de adaptación a la sociedad de acogida, y también, en la necesidad de una tramitación sin interrupciones de la documentación oportuna para su residencia legal.

El Parlamento Europeo ha reaccionado mediante la adopción de varias resoluciones por las cuales se pretende otorgar una protección adicional al grupo de menores extranjeros no acompañados, centrándose en varios temas: así, en primer lugar, como ya se visualizó en la Resolución de 12 de diciembre de 1996, en la admisión al territorio de los Estados miembros de los refugiados menores de edad no acompañados con vistas a la reunificación familiar, y en la necesidad de que la normativa sobre asilo y refugio ofrezca un régimen de protección específico para los menores que lo solicitan.

Con respecto a este asunto, la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar<sup>6</sup>, establece en su art. 4 la obligación de los Estados miembros de autorizar la entrada y residencia para los hijos menores del extranjero reagrupante, con varios condicionamientos aunque con un común denominador: que el menor tenga una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión y no esté casado; en todo caso, el art. 4.1 (último párrafo) delega un margen de maniobra a dichos Estados miembros al regular que «excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la presente Directiva, podrá verificar si cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de aplicación de la presente Directiva»<sup>7</sup>.

A tenor del preámbulo de la Directiva, esta posibilidad de limitar el derecho a la reagrupación familiar «a los niños de edad superior a 12 años cuya residencia principal no es la misma que la del reagrupante, pretende reflejar la capacidad de integración de los niños en edad temprana, garantizando que adquieran en el colegio la educación y los conocimientos lingüísticos necesarios». Así, si lo pretendido es favorecer la integración de los menores a través del reagrupamiento familiar, el art. 4.1 (último párrafo) de la Directiva altera ese sentido para hacer de la noción de integración un criterio de exclusión ya que para los menores, con edad superior a 12 años, se subordina su derecho a la familia al hecho de que esté integrados: si no lo están, serán excluidos de la reunificación familiar, cuando es justamente cuando es justamente a través de la inclusión en un núcleo familiar la mejor

---

<sup>6</sup> DO n° L 251 de 03/10/2003 p. 0012 – 0018.

<sup>7</sup> Este precepto ha sido recurrido por el Parlamento Europeo ante el Tribunal de Justicia solicitando su anulación en función de la vulneración de los derechos fundamentales de los hijos menores de edad, especialmente del derecho a la vida familiar y del derecho a la no discriminación.

forma de integrarse<sup>8</sup>. Además, el Dictamen del Comité Económico y Social criticaba con respecto a este precepto el hecho de no quedaba «absolutamente claro cuáles podrían ser los "criterios de integración"», y añadía además que «parece claro que esta excepción responde a las exigencias de unos Estados miembros que desean realizar una selección cada vez mayor de las potencialidades de los inmigrantes más jóvenes en relación con sus necesidades productivas»<sup>9</sup>. En este sentido, el hecho de que el art. 4.1 (último párrafo) atribuya al Estado la posibilidad de examinar si los "hijos" poseen las características de "integración" requeridas en función de sus objetivos productivos (como mínimo, conforme a lo manifestado en el preámbulo de la Directiva, su nivel de educación y conocimientos lingüísticos), puede suponer una discriminación entre los menores solicitantes de reagrupación familiar<sup>10</sup>, ya que la norma puede beneficiar a las familias con nivel más elevado en sus países de origen ya que serán ellas quienes, por lo general, mayor grado de potencial social y cultural dispondrán. En todo caso, también resulta criticable que el precepto "rebaje" a los 12 años la edad a partir de la cual el Estado miembro pueda verificar la "integración" del menor ya que el examen de las características culturales o sociales del menor a efectos de un proyecto migratorio en el Estado receptor, no puede valorarse con garantías a ese nivel de edad.

En este marco, se ha traído a colación que el art. 4.6 de la Directiva, establece asimismo que «excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva», precepto que establece una diferencia de tratamiento jurídico entre la noción de un menor de la Unión Europea y un menor de un país tercero, y entre los propios menores extranjeros que solicitan la reagrupación familiar, por cuanto, como añade la propia norma, en el caso de que los Estados hagan uso de aquella excepción, si las solicitudes se presentasen después de los 15 años, se podrá autorizar la entrada y la residencia de los hijos por motivos distintos a la reagrupación familiar.

En los dos preceptos mencionados, y de forma manifiesta en la rebaja de la edad de los "hijos" o menores extranjeros a 12 años como límite a partir del cual el Estado dispone de un margen discrecional para autorizar su entrada puede resultar lesivo a los Derechos fundamentales del propio menor: desde la perspectiva de la reunificación familiar, el precepto puede no encajar con los principios que emanan de la propia Constitución europea, en particular, el del interés superior del menor (art. 3), y con los arts. 9 y 10 de la Convención sobre los Derechos del niño, en los que se reconoce el derecho de los niños a

---

<sup>8</sup> Véase un análisis crítico sobre la Directiva en Cécile Poletti: *Le regroupement familial des ressortissants des états tiers face au Droit communautaire. La directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003*. Véase en [http://www.coordeurop.org/sito/francese/Libres\\_debats\\_Documents/Documents/Cecile\\_Introduction.htm](http://www.coordeurop.org/sito/francese/Libres_debats_Documents/Documents/Cecile_Introduction.htm) (última consulta: 30 de agosto de 2004).

<sup>9</sup> Véase el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la "Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar" (COM(2002) 225 final - 1999/0258 (CNS)) en *Diario Oficial n° C 241 de 07/10/2002 p. 0108 - 0109*.

<sup>10</sup> Cécile Poletti: *Le regroupement familial des ressortissants des états tiers face au Droit communautaire...*, *op. cit.*, p. 20 y ss.

vivir con sus padres, y se afirma que toda solicitud hecha por un niño para entrar en un Estado Parte a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expedita (art. 9), sin que en ningún caso la presentación de la petición pueda tener consecuencias desfavorables para los peticionarios o sus familiares (art. 10).

También se ha de destacar que la Directiva prescribe que, en el marco de la reagrupación familiar de refugiados, cuando el refugiado sea un menor no acompañado, los Estados miembros autoricen la entrada y residencia, a efectos de su reagrupación familiar, de sus ascendientes en línea directa y en primer grado, y puedan autorizar la de su tutor legal o cualquier otro miembro de la familia, cuando el menor no tenga ascendientes en línea directa o no puedan encontrarse (art. 10.3), facultad ésta última que según la Comisión europea ha devenido en obligación para los Estados miembros cuando se trata de autorizar al entrada de un tutor legal o cualquier otro miembro de la familia en primer grado, en virtud a tenor del art. 10.2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que obliga a los Estados Partes a respetar el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país, a efectos de mantener relaciones personales y contactos directos entre ambos<sup>11</sup>.

Otro aspecto sobre el régimen de los menores no acompañados, en relación a su petición de asilo, es el regulado por el Reglamento nº. 1560/2003 de la Comisión, de 2 de septiembre de 2003<sup>12</sup>, establece en su art. 12 que cuando la decisión de confiar un menor no acompañado a un miembro de su familia distinto de su padre, madre o tutor legal pueda plantear dificultades particulares, en particular, cuando dicho el adulto en cuestión residiera fuera de la jurisdicción del Estado miembro donde el menor ha solicitado asilo, se facilitará la cooperación entre las Autoridades competentes de los Estados miembros para que se pronuncien con pleno conocimiento de causa sobre la capacidad del adulto o adjuntos para hacerse cargo del menor en condiciones que respondan al interés de éste; con respecto a las solicitudes de asilo, la Resolución del Parlamento Europeo de 1 de abril de 2004, sobre sistemas de asilo mejor gestionados, más accesibles y equitativos, también hace hincapié al lamentar la práctica consistente en el alojamiento de los solicitantes de asilo en particular cuando son menores, en centros de detención, y apoya el recurso a otras opciones disponibles, como la obligación de presentarse periódicamente y métodos no penitenciarios.

Finalmente, otro tema que está siendo objeto de atención especial con respecto a los menores es que los derechos de los niños procedentes de terceros países se respeten en igual medida que los de los niños de igual edad de la UE, para lo cual, también la Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000, recomienda a los Estados miembros a que ofrezcan una mayor protección de los menores no acompañados, incluyendo entre otras medidas «la asistencia, con la

---

<sup>11</sup> Véase esta orientación de la Comisión Europea en su Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar (COM (2002) 225 final, DO n° C 203 E de 27/08/2002).

<sup>12</sup> DO n° L 222/3, de 5.9.2003.

mayor rapidez posible, de un tutor o de un asesor jurídico; y la presencia de personal cualificado con respecto a las necesidades específicas de los menores»<sup>13</sup>.

Un instrumento internacional de importancia en este ámbito es también la Convención Internacional sobre la Protección de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990 (que todavía no ha firmado ni ratificado España) y que tiene por objeto el refuerzo de la protección efectiva de aquellos grupos altamente vulnerables mediante la previsión de un estándar mínimo de derechos de todas las personas que migran, y asimila además los derechos de los familiares de los migrantes documentados y de los migrantes no documentados a los derechos de los inmigrantes en situación regular.

De hecho, dispone de varios preceptos en los que se tiene en cuenta la situación del menor, así por ejemplo en el art. 44, en el que se solicita a los Estados parte a que tomen las medidas apropiadas para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con «sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo»; y en los arts. 17 y 18, conforme a los cuales, si un menor de edad, trabajador migratorio o familiar, está privado de libertad estará separado, tanto de los condenados como de los adultos y la vista de su causa tendrá lugar con la mayor celeridad; además, se establece en la Convención que "cuando un trabajador migratorio sea privado de su libertad, las autoridades competentes del Estado de que se trate prestarán atención a los problemas que se planteen a sus familiares, en particular al cónyuge y los hijos menores". Finalmente, en el art. 18 se reitera que en el procedimiento aplicable a los menores por la comisión de un delito, se tendrá en cuenta su edad y la importancia de promover su readaptación social.

### **3. las parejas de hecho en el marco de la normativa de inmigración (referencia especial a las Unión Europea).**

Como ya se ha visto al estudiar el art. 17 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre), el primer familiar reagrupable es el cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley.

La normativa parece anudar el derecho del extranjero residente a reagrupar a la persona con la que mantiene un vínculo matrimonial, sin extenderse por tanto a las parejas casadas, posibilidad que, en cambio, podía surgir de la originaria Ley Orgánica 4/2000, en su antiguo artículo 17d), antes de su modificación por la LO 8/2000, que contemplaba el derecho de reagrupar a cualquier familiar respecto del que se justificase la necesidad de autorizar su residencia legal en España por razones humanitarias.

Piénsese que en alguna ocasión, los tribunales de justicia habían concedido la posibilidad de reagrupar al conviviente de un extranjero residente en España al amparo de la normativa antecesora de la actual. Así por ejemplo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de

---

<sup>13</sup> DOCE, C 65 E, de 14.3.2002.

6 de junio de 2000, que analiza el caso de un extranjero que solicita, al amparo del art. 5.4 del R.D. 1119/1986, la exención de visado, por existir razones excepcionales que justifican la dispensa, en el caso, la reagrupación familiar basada en la convivencia del extranjero con persona en posesión del permiso de trabajo y residencia en España, y con la que está en preparativos de contraer matrimonio. Para el ciudadano que solicita la exención han de valorarse como circunstancias "excepcionales", entre otras, que es solvente económicamente, posee una gran cualificación profesional, tiene fijada la residencia habitual en España desde hace años, y está adaptado a la vida española. Ante estas alegaciones, el TS entra a valorar si en virtud del art. 12.4 de la LO 7/1985, en relación con el art. 5.4 del R.D. 1119/1986, se da la existencia o no de causa suficiente o el carácter excepcional (conceptos jurídicos indeterminados presentes en ambos preceptos) de las circunstancias en que se funda la solicitud de exención del visado, siendo su respuesta afirmativa. Por una parte, porque como dice la resolución, la reagrupación y la integración familiar debe considerarse como circunstancia suficiente o excepcional. Por otra parte, y en lo que hace referencia al aspecto de la convivencia de hecho del causante, el TS dice que si bien la distinción entre matrimonio y pareja de hecho tiene justificación en la determinación de su régimen jurídico, dado que el matrimonio desde el punto de vista jurídico-formal no es equiparable a las uniones de hecho, "no puede considerarse justificada la distinción cuando se trata de atender únicamente a aspectos relacionados con la situación de hecho de convivencia y afecto en la pareja". En consecuencia, de la misma forma que la expulsión de un extranjero, conviviente de hecho en España, pueda derivar en perjuicios irreparables por razón de la ruptura de la agrupación familiar, el TS concluye que la voluntad de mantener o restaurar la agrupación familiar de la pareja estable constituye causa suficiente o circunstancia excepcional que justifica la exención de visado de residencia para quien acredita hallarse en tales circunstancias en aplicación de la normativa de extranjería.

A un caso parecido se enfrenta la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 1990/2001, de 13 de diciembre de 2001, que analiza el caso de una ciudadana extranjera, pareja de hecho de un extranjero residente, y con el que tiene dos hijos, que ve denegada su regulación por la vía del R.D. 239/2000, de 18 de febrero, (según su art. 1, para solicitar la regulación se debía ser familiar de extranjero residente legal o solicitante de regularización). El Tribunal anula la denegación administrativa partiendo de la doctrina establecida en la STC 222/1992, de 11 de diciembre, según la cual la no-equivalencia entre matrimonio y convivencia de hecho no se deduce necesariamente que toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges sea siempre compatible con el art. 14 CE, sino que según el Juzgador de Madrid, «cabe la equiparación entre el matrimonio y la unión de hecho estable cuando se trata de aplicar las normas que contemplan exclusiva o preponderantemente la situación de convivencia y de afectividad».

En todo caso, tanto en la STS de 6 de junio de 2000, como en la STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2001 advierten que tras la LO 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, no se asimila en su artículo 17 la situación del conviviente de hecho estable con el cónyuge del residente entre los parientes a los que el extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para reagruparse con él (si bien, dejan abierta la puerta a que el conviviente de hecho pueda

considerarse incluido en el apartado e) de la Ley, antes de ser modificada, relativo a «cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias»).

Con respecto al régimen comunitario, es decir cuando se trata de un español que forma pareja de hecho con un extranjero, el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, exige a los familiares de españoles que no posean la nacionalidad de algunos de estos lugares la necesidad de visado, como requisito imprescindible para residir en España, a no ser que se trate de «extranjeros que sean cónyuges de español o de residente legal que sea nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho y se acredite la convivencia en España al menos durante un año» (art. 11.3c.4º). En consecuencia, el conviviente extranjero de un español necesita obtener un visado, con el que posteriormente puede solicitar la tarjeta de residencia, a diferencia del régimen más beneficioso para el caso de que hubiera contraído matrimonio, en cuyo caso, si puede obtenerse la tarjeta de residencia sin el requisito de visado.

En todo caso, varias sentencias judiciales que han conocido de estas reclamaciones han dado la razón a los ciudadanos extranjeros, parejas de hecho de un español, a disfrutar del mismo derecho que un cónyuge a obtener la exención de visado. Valga como ejemplo, entre las más recientes, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona, de 14 de mayo de 2004 (RJ 479), que frente al criterio sostenido por la administración competente, reconoce el derecho de residencia temporal (e.x. Art. 8.4 del R.D. 178/2003) al ciudadano ecuatoriano pareja de un ciudadano español, cuya relación de convivencia afectiva había sido formalizada ante Notario, al amparo de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, equiparando por consiguiente su relación de pareja a la que tiene la familia matrimonial en el específico ámbito de la normativa de extranjería. A efectos de justificar su decisión, el Juez se pregunta que hubiera ocurrido si el miembro extranjero de la relación hubiera solicitado permiso de residencia o el reconocimiento de su derecho a residir en España en cuanto cónyuge o familiar de primer grado a los efectos del R.D. 178/2003, previa acreditación del matrimonio contraído en Holanda o Bélgica con su pareja, siendo esta última un residente comunitario del mismo sexo radicado en España: en este caso, considera el juez que ante una respuesta eventualmente positiva, podría no resultar lícito hacer de peor condición al conviviente de hecho, que ha formalizado su relación afectiva, de carácter estable, en un marco jurídico diferente, del expuesto a modo de término de comparación<sup>14</sup>. En definitiva, la resolución judicial basa el otorgamiento de la

---

<sup>14</sup> También se ha decantado por esta solución una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de Valencia que ha reconocido el derecho de un ciudadano peruano, que convive como pareja de hecho con un español, a obtener la exención de visado y la tarjeta de familiar de residente comunitario: conforme a su supuesto de hecho, el fallo señala que la pareja convive desde el 18 de diciembre de 1997 y está inscrita en el registro de uniones de hecho de la Comunidad Valenciana, como consta en la certificación de la secretaria general de la consejería de Presidencia de la Generalitat Valenciana. En consecuencia, la resolución judicial señala que aunque la norma "habla expresamente de cónyuges y en este caso no existe matrimonio, ello no obsta para que se aplique una interpretación analógica para ampliar a las uniones no matrimoniales el derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia" (véase un comentario de esta sentencia en:

tarjeta de residencia al extranjero, sin obtención previa de visado, en que en el calificativo de "cónyuge" que realiza el R.D. 178/2003, se debe incluir por analogía a las parejas del mismo sexo unidas maritalmente y de forma estable a españoles o a otros ciudadanos comunitarios residentes en España, al menos cuando resulten acreditadas, se hayan formalizado debidamente y se encuentren sujetas a un régimen legal específico que implique la vocación inequívoca de consagrar una unión estable de pareja de cariz matrimonial, y se sujete a un régimen de derechos y obligaciones recíprocas para los contrayentes, susceptible de garantizar la seriedad del vínculo, los intereses familiares e individuales, y simultáneamente, el principio de seguridad jurídica frente a propios y extraños.

En todo caso, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pamplona, Navarra, núm. 3, de 26 de abril de 2004 (Sentencia núm. 52/2004), confirma la denegación de la exención de visado a un ciudadano extranjero, conviviente de hecho con un español, ya que «si el legislador hubiese querido hacer extensiva la posibilidad de exención de visado a las uniones de hecho, lo habría dicho... se trata pues de una omisión consciente del legislador, ante las previsibles situaciones fraudulentas que se darían de abrir la posibilidad de exención del visado a esas uniones, todo ello sin olvidar que la exención se contempla en la Ley como un supuesto excepcional, que, como tal, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva.

En consecuencia, con la legislación actual parece dudoso que pueda utilizarse la vía del art. 17 de la LO 4/2000 para amparar dentro del derecho de los extranjeros a la reagrupación familiar de las uniones estables de pareja, así como la vía del art. 11.3.4 del R.D. 178/2003 para que un ciudadano extranjero conviviente de un español pueda obtener una exención de visado para regularizar su situación: en este sentido, ya se han alzado propuestas que abogan por corregir este déficit, como por ejemplo, la proveniente de la Secretaría de Inmigración de Cataluña quién apuesta porque la intervención del Estado en materia de extranjería no ignore ni tampoco menoscabe los derechos de quienes se encuentran enmarcados en familias formadas por parejas de hecho. También, el Informe del Defensor del Pueblo de España, de 2003, deja constancia de la recepción de quejas que ponen en cuestión la vinculación de los visados de reagrupación familiar a las uniones matrimoniales que actualmente se hace por parte de la legislación de extranjería. A tenor de esta institución, los promotores de estas quejas consideran que los nuevos modelos familiares que están aflorando en la sociedad debieran tener acceso a la posibilidad de optar a las reagrupaciones familiares.

---

<http://www.cristianshomosexuals.org/arxiu/premsa/premsa25.htm> [última consulta: 1 de septiembre de 2004]. También se ha decantado por esta solución la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona, de este mismo año que reconoce el derecho de residencia a la pareja homosexual de un ciudadano español, al equiparar su relación a la que pudiera tener cualquier otra pareja de hecho heterosexual (véase la referencia de los medios de comunicación a esta sentencia en <http://servicios.elcorreodigital.com/vizcaya/pg040515/prensa/noticias/Sociedad/200405/15/VIZ-SOC-073.html> [última consulta, 8 de septiembre de 2004].

En base a estas motivaciones, ya están surgiendo propuestas de modificación de la normativa de extranjería<sup>15</sup> con el objeto de solucionar la inseguridad jurídica de quienes se encuentran en situación irregular en España, y son miembros de pareja de hecho, en función de las cuales se podría pensarse en la concesión de una autorización de residencia temporal por arraigo familiar, a las personas extranjeras que hayan vivido en España continuamente durante un período mínimo de dos años y mantengan una estrecha vinculación familiar con extranjeros residentes en España, cuando no les sea posible la reagrupación familiar.

A modo de comentario incidental, porque se trata de un documento todavía objeto de debate y que afecta al ámbito interno español, cabe destacar la referencia expresa contenida en el art. 45.2b) del Proyecto de Reglamento de desarrollo de la Ley 4/2000, conocida coloquialmente como Ley de Extranjería, hecho público el 14 de septiembre, a que uno de los requisitos para poder obtener una autorización de residencia temporal en España por circunstancias excepcionales es acreditar vínculos familiares con españoles o con extranjeros residentes, y que esos vínculos se entenderán referidos, entre otros supuestos, a los existentes "entre los cónyuges o personas unidas por una relación de análoga naturaleza suficientemente acreditada"<sup>16</sup>.

En todo caso, si la situación en España no da margen en la actualidad para la extensión de los derechos de residencia derivados del derecho a la vida en familia, si que cabe apreciar una abertura, aunque con carácter ciertamente limitado en la Unión Europea, razón por la cual, pasan a comentarse las diversas normativas que están teniendo en consideración a las parejas de hecho en el marco de la inmigración:

1. Según la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, "los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el Capítulo IV, de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada, de conformidad con el apartado 2 del artículo 5...» (art. 4.3 de la Directiva).

En consecuencia, si se toma como referencia el articulado de la Directiva relativa a los miembros de la familia en materia de reagrupación, se observa como mientras los Estados miembros deben autorizar la entrada y la residencia del "cónyuge del reagrupante" (art. 4.1), cuando se trata de un conviviente no casado, los Estados disponen de la posibilidad de reagruparlo (art. 4.3), lo que implica que la Directiva excluye a las parejas de hecho al

---

<sup>15</sup> Entre las peticiones de cambio de la orientación de la normativa se encuentra la del propio Defensor del Pueblo, quién aprovecha su Informe de 2003 para comunicar a las Cortes Generales que la problemática del reagrupamiento de las parejas de hecho exige una reforma legal, a fin de que pueda ser considerada por las cámaras si lo estiman preciso (pp. 555-556).

<sup>16</sup> Véase el Borrador de Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social. Septiembre de 2004 (documentación publicada en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: [www.mtas.es](http://www.mtas.es) [última consulta: 30 de septiembre de 2004]).

derecho de reagrupación familiar, al no dejar más que una posibilidad, para los Estados, de incluirlos o no en dicho régimen<sup>17</sup>.

En el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la "Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar", ya se recogían diversas observaciones con respecto a esta diferenciación de regímenes, ya que el Comité manifestaba su preocupación con el hecho de que la admisión de miembros de la familia solo iba a resultar obligatoria en lo que respecta a las familias tradicionales o nucleares (cónyuge del reagrupante e hijos menores, incluidos hijos adoptivos), lo cual implica que en otro tipo de familias podrían aplicarse diferentes normas según el trato que se les confiera en los distintos Estados miembros, y ello podría dar lugar a confusión y a la posible interposición de recursos, con arreglo al Convenio de Derechos Humanos, basándose en el respeto de la vida familiar. También señalaba, asimismo, que conforme a los artículos 4.3 y 5.2 de la Directiva propuesta, los Estados miembros podían autorizar la entrada y residencia del compañero no casado del reagrupante si éstos mantienen una relación estable y duradera o están registrados como pareja de hecho. Señala asimismo que en muchos países no comunitarios no está previsto el registro de parejas de hecho, sean éstas de distinto o del mismo sexo, y observa con preocupación que la Directiva no hace ninguna referencia a los derechos de las parejas del mismo sexo que mantienen una relación estable y duradera, o a los derechos de los hijos de estas parejas.

En lo que hace referencia al art. 5 de la Directiva, relativo a la presentación y examen de la solicitud de reagrupación familiar, se establece en su apartado 2 que «cuando se examine una solicitud relativa a la pareja no casada del reagrupante, los Estados miembros tendrán en cuenta, con el fin de probar la existencia de vínculos familiares, elementos tales como hijos comunes, la cohabitación previa, el registro de la pareja y cualquier otro medio de prueba fiable».

Como se observa, el objetivo del art. 5.2 de la Directiva es facilitar a los Estados miembros la decisión sobre la entrada y permanencia de la pareja no casada dado que la relación duradera de una pareja no casada es difícil de probar por medio de documentos sobre el Estado civil, para ello, regula varios requisitos, que deben ser tenidos en cuenta por el Estado miembro a la hora de resolver. Es justamente en la naturaleza de estos requisitos donde más críticas se han vertido sobre el precepto, por ejemplo, la expresada en el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la "Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar", en la que muestra su perplejidad por el hecho de que las verificaciones de los vínculos familiares se tengan que sumar a la presentación de la documentación acreditativa de los lazos familiares; además, según el Comité, estas verificaciones pueden convertirse en un expediente que prolongue el curso del procedimiento, o pueden servir para fundamentar una respuesta negativa. Por consiguiente, pueden convertirse en auténticas vejaciones que acaben por lesionar la

---

<sup>17</sup> Cécile Poletti: *Le regroupement familial des ressortissants des états tiers face au Droit communautaire. La directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003*. Véase en [http://www.coordeurop.org/sito/francese/Libres\\_debats/Documents/Documents/Cécile\\_Introduction.htm](http://www.coordeurop.org/sito/francese/Libres_debats/Documents/Documents/Cécile_Introduction.htm) (última consulta: 30 de agosto de 2004).

privacidad, sobre todo en el caso (art. 5.2 último párrafo) de que en vez de tratarse del cónyuge legalmente casado se trate de la pareja de hecho.

2. La Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N.º. 16212/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE y 93/96/CEE<sup>18</sup>, también establece un régimen especial para las parejas de hecho.

El objeto de la Directiva es, como su nombre indica, establecer las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias, y a tal efecto, como se indica en el art. 2 de la norma, en la definición de miembro de la familia se incluye, junto al cónyuge, a «la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida»<sup>19</sup>.

Como se observa, la consideración de miembro de familia de un ciudadano de la Unión lo es con respecto a unión registrada y con condicionantes (derivados de la normativa del Estado miembro en cuestión), y por tanto, no extiende su manto protector a la pareja de hecho (noción que no expresa la Directiva), que mantenga una relación duradera, pero que no esté registrada.

Esta diferenciación tiene un efecto inmediato: así, mientras que con respecto a la unión registrada, los beneficios derivados de la Directiva se aplicarán *ipso facto*, con respecto a las segundas, el Estado miembro de acogida sólo "facilitará" la entrada y residencia de las parejas con las que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada (parejas de hecho no registradas), debiendo estudiar detenidamente las circunstancias personales y justificar toda resolución denegatoria (véase el art. 3 de la Directiva).

También, en el marco del art. 7, que regula el Derecho de todo ciudadano de la Unión a una residencia por más de tres meses, se afirma en su ap. 1 que todo ciudadano de la Unión

---

<sup>18</sup> DOCE L 229/35, de 29 de junio de 2004.

<sup>19</sup> En la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, se manifiesta que en los últimos tiempos el "grupo familiar" ha sufrido una evolución rápida y un número creciente de personas, a menudo con hijos, forman parejas "de hecho". Además, en varios Estados miembros se reconoce un estatuto especial, que implica una serie de derechos y obligaciones, a las parejas no casadas que viven en unión libre y que quieren someterse a este régimen especial. En este sentido, se expresa en la Propuesta que el Derecho comunitario no puede ignorar esta evolución en el marco del derecho de residencia y propone asimilar, a efectos de la residencia, el cónyuge no casado al casado cuando la legislación del Estado miembro de acogida prevé tal estatuto y en las mismas condiciones previstas por la legislación de dicho Estado miembro». A tal efecto, la Propuesta de Directiva incluía como miembro de la familia a «la pareja de hecho sin que exista matrimonio, si la legislación del Estado miembro de acogida asimila la situación de las parejas no casadas a la de los matrimonios y respetando las condiciones previstas por dicha legislación» (COM/2001/0257 final - COD 2001/0111: *Diario Oficial n.º C 270 E de 25/09/2001 p. 0150 - 0160*).

tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un periodo superior a tres meses si cumple con alguna de los supuestos del precepto, uno de los cuales es estar matriculado en un centro público o privado, con la finalidad de cursar estudios, cuenta con un seguro de enfermedad y garantiza que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia (ap. 1c). En este sentido, en el ap. 4 se dice que «únicamente el cónyuge, la pareja registrada a que se refiere la letra b del punto 2 del artículo 2 y los hijos a cargo tendrán el derecho de residencia como miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que cumple los requisitos de la letra c del apartado 1 anterior. El apartado 2 del artículo 3 se aplicará a sus ascendientes directos a cargo y a los de su cónyuge o pareja de hecho registrada».

3. La Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros<sup>20</sup>, considera en su art. 2 como miembros de familia del solicitante de asilo, que se encuentren en el mismo Estado miembro en relación con su solicitud de asilo y siempre que la familia existiera ya en el país de origen, «el cónyuge o la pareja de hecho del solicitante que tenga una relación duradera con el solicitante, si la legislación del Estado miembro en cuestión considera la situación de las parejas no casadas como similar a la de las casadas con arreglo a su propia normativa de extranjería». En este sentido, en el art. 8 se establece que «en la medida de lo posible, los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para mantener la unidad familiar tal como se encuentre presente en su territorio, en caso de que el Estado miembro de que se trate facilite alojamiento a los solicitantes. Las medidas previstas en el presente artículo se aplicarán con el acuerdo de los solicitantes de asilo».

A su vez el Reglamento 343/2003 del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país<sup>21</sup>, incluye en su artículo 2 entiende como miembros de la familia del solicitante de asilo, siempre y cuando la familia ya existiera en el país de origen, los siguientes miembros de la familia del solicitante que estén presentes en el territorio de los Estados miembros, al cónyuge del solicitante de asilo o la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable, si la legislación o los usos del Estado miembro de que se trate otorgan a las parejas no casadas un trato comparable al de las casadas con arreglo a su propia normativa de extranjería.

También, la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas<sup>22</sup>, establece en su art. 15 que en los casos de familias ya constituidas en el país de origen y que hayan sufrido una separación debido a las circunstancias que rodean a la afluencia masiva de que se trate, se considerará que forman parte de la familia el cónyuge del reagrupante o su pareja de hecho que tenga una relación duradera, cuando la legislación del Estado miembro en cuestión considere la situación de las parejas no casadas como similar a

---

<sup>20</sup> *Diario Oficial* n° L 031 de 06/02/2003 p. 0018 - 0025.

<sup>21</sup> *Diario Oficial* n° L 050 de 25/02/2003 p. 0001 - 0010.

<sup>22</sup> *Diario Oficial* n° L 212 de 07/08/2001 p. 0012 - 0023.

la de las casadas con arreglo a su propia normativa de extranjería, y los hijos menores solteros del reagrupante o de la pareja de hecho, sin discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos.

#### **4. Ideas principales recogidas en el texto:**

a) La evolución del régimen jurídico de reagrupación familiar, en particular tras la profunda reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 24 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, aún no ha finalizado. La modalización por los Tribunales de Justicia de su régimen jurídico, así como los compromisos derivados de la pertenencia a España a la Unión Europea pueden servir para una transformación importante de su actual régimen jurídico.

b) En relación con la reagrupación del cónyuge, los principales conflictos se están planteando en relación con los matrimonios en fraude de ley. Se considera que el cumplimiento por los extranjeros de la ley común que se les aplica, es un indicio que, si no entra en confrontación con la ley de extranjería, debe ser estudiado por la Autoridad competente como elemento decisivo para la concesión de la exención de visado para el familiar reagrupable.

c) La reforma de la actual legislación deberá tener en consideración de forma preponderante la reagrupación familiar de los ascendientes, así como determinar de forma más concreta de lo que actualmente permite la normativa, que dicha reunificación no sólo tiene un componente económico, sino también afectivo.

d) Con respecto al régimen de hijos y menores, la normativa europea se está decantando hacia una restricción de los derechos que les corresponden. Se hace necesario que la normativa garantice el derecho a la familia que en particular les corresponde a aquellos, amparada por la propia normativa internacional de Derechos del Niño.

e) Actualmente la normativa no recoge la reagrupación familiar de la pareja de hecho, si bien las nuevas coordenadas europeas si lo admiten. Se hace necesario su reconocimiento de acuerdo con las tendencias europeas e internacionales, a ser posible, bajo un régimen distinto al de su tratamiento como circunstancia excepcional.