

LA LEY ORGÁNICA 4/2000: ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO DE SUS PRINCIPALES NOVEDADES ¹

PILAR CHARRO BAENA *

JOSÉ M.^a RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS **

Este artículo ofrece un análisis técnico-jurídico de la LO 4/2000, que establece el nuevo régimen legal de la extranjería y la inmigración en España. Trata, entonces, de proponer una primera interpretación jurídica del texto legal, recientemente aprobado, determinando su sentido en orden a su aplicación y eficacia. Si bien se ofrece una visión de conjunto del significado normativo y del contenido de la LO, por razones de oportunidad, se han seleccionado para su análisis más detallado aquellas cuestiones más novedosas o que

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Europea de Madrid.

** Profesor Colaborador de la Facultad de Derecho (ICADE) y colaborador del IEM, UPCo.

¹ Constituye el origen de este trabajo un informe urgente solicitado conjuntamente a los autores y a Ignacio Astarloa Huarte—Mendicoa—Profesor asociado de la Facultad de Derecho (ICADE) de la UPCo—por el IMSERSO, fechado el 30 de enero de 2000, bajo el título *Informe urgente sobre la aplicabilidad de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, al momento de su entrada en vigor.*

La versión definitiva del presente artículo es del 17 de mayo de 2000.

atañen directamente a la finalidad reformadora de la LO: facilitar la integración social de los inmigrantes. De la exposición resulta la escasa calidad técnica del texto legal que dificultará tanto su interpretación como su aplicación, con menoscabo en el logro de su finalidad integradora.

This article offers a technical-legal analysis of the Organic Law 4/2000, which determines the new legal situation of foreigners and immigration in Spain. It tries to suggest a first legal interpretation of the recently approved law, determining its meaning in view of its effectiveness and application. Although it offers a global approach to the normative meaning and the contents of the Organic Law, for reasons of opportunity, only those matters which are original or that directly concern the reformist aim of the Organic Law, that is, to make immigrants' integration into society easier, have been selected for close analysis. The conclusion of the exposition is the poor technical quality of the legal text, which will make more difficult its interpretation and application, diminishing its aim to achieve integration.

0. PLANTEAMIENTO

Inicialmente, constituía el objeto de este artículo, el análisis técnico-jurídico de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero de 2000, corrección de errores, BOE de 24 de enero 2000). Sin embargo, en la longitud normal de una colaboración de *Migraciones* no es posible ofrecer un análisis completo de la LO, que goce de un mínimo rigor y ofrezca el indispensable matiz en las opiniones. Por eso, hemos limitado nuestra tarea a dar cuenta de los aspectos que hemos considerado más relevantes, tanto por su directa conexión con la finalidad reformadora de la LO 4/2000 —la integración social de los

inmigrantes—, como por la novedad del criterio normativo introducido en la misma. Y con todo el artículo resulta mucho más extenso que lo normal. Téngase en cuenta que la LO 4/2000 intenta compatibilizar el régimen de extranjería con el marco legal a favor de la integración social de los inmigrantes, a diferencia de la anterior LO 7/1985, que contemplaba pura y simplemente la extranjería². Consecuencias de ello son: primera, que la extensión de la LO se duplica tanto en texto como en articulado; segunda, que es posible distinguir en la nueva LO, de algún modo, lo que responde a la pura extranjería de lo que responde a la integración social de los inmigrantes.

Así, hemos seleccionado cuatro cuestiones, a saber, cómo se plasma legalmente el principio de equiparación de los extranjeros con los españoles (epígrafe 3), el régimen legal de los derechos de los extranjeros —en particular, sus principios informadores, los derechos propios del Estado del Bienestar y el derecho a la reagrupación familiar— (epígrafe 4), el derecho a la residencia legal temporal con presupuesto en la residencia de hecho (epígrafe 5) y el trabajo de los extranjeros (epígrafe 6). Ahora bien, hemos creído necesario introducir, previamente, unas consideraciones generales sobre el significado de la LO y el modo de su inserción en el conjunto del ordenamiento jurídico español (epígrafe 1), y hacer una presentación sumaria del contenido de la LO a fin de que se puedan situar las cuestiones singulares tratadas en su contexto (epígrafe 2).

² Una valoración de tal opción legislativa en RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M.³: «La LO 4/2000: Historia de un desencuentro y razón de su desenfoque jurídico», publicado en este mismo número de *Migraciones*.

1. UNA CUESTIÓN PREVIA: EL SIGNIFICADO NORMATIVO DE LA LO 4/2000 Y SU ENCAJE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Inicialmente, ha de partirse de que el contenido normativo de la LO es muy diverso: mandatos y criterios de actuación de los poderes públicos, especialmente de las administraciones públicas; normas de reconocimiento de derechos y facultades (o, en general, poderes jurídicos) individuales; normas prohibitivas y normas sancionadoras; normas sustantivas y normas procedimentales; principios generales y criterios interpretativos de las normas; reglas de aplicación y eficacia de las normas; remisiones legales, ya a tratados internacionales, ya a otras leyes —orgánicas o no—; previsiones de ulterior desarrollo reglamentario; disposiciones finales que introducen modificaciones en otros cuerpos legales. Esta diversidad exige un cuidadoso análisis de la LO 4/2000 para precisar no sólo el sentido de las disposiciones legales que contiene, sino también su intensidad normativa. Conviene hacer constar, desde ahora, que los problemas que genera la técnica jurídica utilizada son numerosos y, en más de un caso, muy graves, con independencia del juicio que pueda merecer, desde un punto de vista estrictamente valorativo, el principio de política legislativa subyacente al texto (o que aparece como subyacente). Como es lógico, estas deficiencias no facilitan la interpretación de la LO.

La materia objeto de la LO y la consiguiente determinación de su ámbito de aplicación son de carácter personal, es decir, versan sobre la condición jurídica de un grupo de individuos —los extranjeros: aquellos que carecen de la nacionalidad española—. En concreto, la LO caracteriza básicamente y de forma general la situación jurídica de los extranjeros en España. La cuestión no es baladí, pues incide en la técnica de aplicación de las normas: la LO es de naturaleza especial, descansando su especialidad en la

condición no nacional de los individuos que contempla y, por ello, se aplicaría con preferencia a cualquier otra cuando se trate de una cuestión en que sea relevante la cualidad de no nacional del sujeto destinatario de la norma; precisamente la finalidad reguladora de la LO consiste en establecer un régimen jurídico aplicable a los individuos extranjeros diferenciado del régimen común (o general) aplicable al «común» de los individuos —en este caso los nacionales españoles—. De la descrita *especialidad subjetiva* de la LO, se deducen tres características que han de tenerse muy presentes:

- 1.^a El régimen jurídico aplicable a los extranjeros que contiene la LO, sólo alcanza su pleno significado jurídico en términos de comparación con aquél aplicable a los nacionales españoles; en cuanto que la *ratio* que permita la comparación (y, consiguientemente, la diferenciación) sea la diversa condición nacional del individuo, entonces ha de preguntarse por su fundamento, lo que tiene relación con la siguiente característica.
- 2.^a La transcendencia constitucional de la LO. En efecto, en cuanto que la LO establece un régimen jurídico diferenciado —normalmente, discriminador— aplicable a un grupo de individuos por su condición personal, afecta tanto a valores superiores del ordenamiento jurídico español —igualdad, libertad, justicia (cfr. art. 1.1 CE)— como a principios constitucionales —condiciones de libertad e igualdad efectivas, dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, igualdad ante la ley e interdicción de la discriminación (cfr. arts. 9.2, 10.1 y 2, 14 de la CE)—, por lo que no es de extrañar que la propia CE —en su art. 13.1, señaladamente los números 1 y 2— delimite los parámetros dentro de los cuales pueda desenvolverse esa desigualdad de trato de los extranjeros, cuyo fundamento es su no pertenencia a la comunidad política subyacente al Estado. Así, la LO 4/2000

conforma el desarrollo legal directo del artículo 13 de la CE y, según interpretamos el artículo 3 de la LO 4/2000 (vid. epígrafe 3), determina los límites dentro de los cuales la discriminación de los extranjeros es constitucionalmente admisible. En fin, guarda relación con el carácter orgánico de la presente LO.

- 3.^a Su transversalidad al resto del ordenamiento jurídico. En cuanto que la LO caracteriza el estatuto jurídico aplicable al extranjero, de carácter básico y general, despliega su eficacia transversalmente a todos los sectores del ordenamiento jurídico que constituyen la regulación común de aquellas situaciones jurídicas singulares de los individuos (derechos, libertades, poderes, facultades...), respecto de las cuales el legislador ha previsto un régimen legal diferente —especial— para los extranjeros; ello exige una mínima coordinación entre la regulación legal construida subjetivamente —la de los extranjeros— con aquella común construida objetivamente —la de un concreto derecho o situación jurídica (por ejemplo, la libertad de reunión)—. Por otra parte, en cuanto que la LO prevé actuaciones de los Poderes públicos o la provisión por parte de éstos de los bienes o servicios en que consisten los derechos típicos del Estado de Bienestar, su contenido ha de prever (y, en su caso, respetar) el reparto de competencias entre aquéllos, especialmente, entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Ambos extremos confieren una extraordinaria dificultad técnica a la elaboración de una ley como ésta.

La LO 4/2000 contempla las características 2.^a y 3.^a, atendiendo a sus implicaciones técnico-jurídicas, en su Disposición final cuarta, cuyo tenor es: «Los preceptos contenidos en los artículos 10, 12, 13 y 14 no tienen carácter orgánico, habiendo sido dictados en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.2.^a de la Constitución.» Entremezcla las dos cuestiones apuntadas: en primer lugar,

indica cuáles de sus artículos no tienen carácter orgánico, a los efectos de lo establecido en el artículo 28.2 de la LOTC en relación con el artículo 81 de la CE; en segundo lugar, se indica el título competencial por el cual el Estado legisla los artículos citados. Pero cabe destacar que ofrecen mensajes paradójicos sobre los temas centrales indicados³.

Por una parte, el hecho de que el legislador aclare que sólo los artículos que menciona son ordinarios a diferencia de los del resto de la LO, sólo puede explicarse si se piensa que el legislador considera que el desarrollo del artículo 13 de la CE es el que atrae hacia lo orgánico el conjunto de los preceptos de la LO por virtud de lo dispuesto por el artículo 81 de la CE en el sentido en que ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional, mientras que la especialidad que haría ordinarios los artículos que aquí se mencionan justificaría que quedasen fuera de la atracción de lo or-

³ Se muestra especialmente crítico SANTOLAYA, *op. cit.*, págs. 18-9 y 343-5. Así, en relación con el carácter orgánico de LO, el citado autor opina que la DF 4.^a vulnera el artículo 81 de la CE, según la doctrina del TC (SsTC 5/1981, 70/1983, 6/1982), que interpreta el citado precepto restrictivamente en el sentido de que los derechos fundamentales y las libertades públicas a los que se refiere, son únicamente los de la sección 1.^a, es decir, los regulados en los artículos 15-29 de la CE: si esto es así, dado que el artículo 13 de la CE no se encuentra entre los mismos, los artículos de la LO 4/2000 sólo deben ser orgánicos en cuanto se refieran a los derechos y libertades de aquellos artículos. De otra parte, respecto del reparto de competencias, Santolaya opina que la materia de los artículos 10 (derecho al trabajo y a la Seguridad Social), 12 (asistencia sanitaria), 13 (ayudas en materia de vivienda) y 14 (derecho a las prestaciones de la Seguridad Social y a los servicios sociales), es competencia de las Comunidades Autónomas y, a lo sumo, al Estado le correspondería la legislación básica en lo relativo a la Seguridad Social (*ex art. 149.1.17.^a de la CE*); critica, en todo caso, traer a colación como título competencial el art. 149.1.2.^a en cuanto recoge la materia de inmigración y extranjería, porque es doctrina sentada del TC (STC 71/1982) que en casos de intersección de los ámbitos de títulos competenciales diversos tiene preferencia la materia más específica, aquí la regulación de los derechos concretos, según SANTOLAYA. Sin embargo, en el texto principal ofrecemos una interpretación alternativa de la DF 4.^a, que creemos se compadece con la CE, leída con cierta flexibilidad.

gánico por encontrarse en secciones y capítulo distinto del Título I. Todo ello parece muy discutible.

De otro lado, parece deducirse que al legislador le podía ofrecer dudas el alcance de su competencia sobre las materias contenidas en tales artículos (derecho al trabajo y a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria, derecho a ayudas en materia de viviendas, derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales) y, por ello, la basa en el artículo 149.1.2.^a de la CE, que recoge una competencia exclusiva del Estado de carácter genérico (... *inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*). Se refuerza, así, la idea de que la *especialidad subjetiva* que se deriva de la condición jurídica de extranjero prevalece a la *especialidad objetiva* derivada de las características específicas de los concretos derechos, a efectos de determinar el régimen jurídico aplicable a los extranjeros respecto de tales derechos y la correspondiente competencia legislativa sobre el mismo.

En este artículo no parece procedente extenderse más en tales cuestiones de nivel constitucional; sin embargo, apuntamos como hipótesis de interpretación la siguiente: la idea que subyace en la DF 4.^a de la LO 4/2000, si bien no plasmada con claridad ni acierto, es que la caracterización básica o principal de la situación jurídica de los extranjeros, en cuanto fuente de discriminación legal (de carácter general) entre seres humanos, constituye, por sí misma, materia orgánica, cuya definición y delimitación es de carácter subjetivo, con independencia de que tal materia presente zonas de coincidencia con otras materias orgánicas, si bien éstas definidas y delimitadas de forma objetiva. La idea citada puede deducirse: por una parte, del conjunto de principios y normas constitucionales citados *supra* al exponer la transcendencia constitucional de la extranjería; de otra parte, de los términos en que ha sido redactado el artículo 3.1 de la presente LO (vid. epígrafe 3); además, no hace ello especial violencia a la interpretación del artículo 81 de la CE por el TC, que por su parte adolece de la debida flexibilidad si se aprecian los valores y principios concernidos. Esta in-

interpretación conectaría, a su vez, con el fundamento y el alcance de la reserva al Estado de la competencia exclusiva sobre inmigración y extranjería del artículo 149.1.2.^a de la CE, ya que, como arriba se ha apuntado, prevalecería la *especialidad subjetiva* de la extranjería.

2. RELACIÓN SUMARIA DEL CONTENIDO DE LA LO 4/2000

Después de abordar el significado jurídico general de la LO 4/2000 y su inserción en el ordenamiento jurídico, hacemos un sucinto repaso de su contenido a fin de que el lector obtenga una visión de conjunto del mismo, en la que pueda situar las cuestiones a estudiar con mayor detenimiento.

TÍTULO PRELIMINAR DISPOSICIONES GENERALES

Delimita el ámbito subjetivo —sobre la base de lo ya indicado— de aplicación de la LO. Sus dos artículos contienen tres disposiciones legales que conforman una regla general, otra especial y una más especialísima. En efecto, la regla general reza: «A los efectos de aplicación de la presente Ley, se considera extranjeros a los que carezcan de la nacionalidad española» (art. 1.1); define a los individuos —los no nacionales españoles— a los que es aplicable la LO 4/2000, que conforma lo que puede denominarse el «régimen jurídico general de extranjería»; la carencia de nacionalidad española viene determinada por el régimen legal español que la regula (a saber, básicamente, arts. 17-26 del Cc).

Sin embargo, esta regla queda delimitada por las dos subsiguientes: la primera, de carácter especial, está contenida en el artículo 1.2., cuyo tenor es: «Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquéllos a

quienes les sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables»; define a los individuos —los no nacionales españoles a los que es aplicable el denominado régimen comunitario— a los que la LO 4/2000 sólo les es aplicable en caso de que previsiones concretas de la misma sean más favorables de las establecidas en dicho régimen comunitario. Así, se prevé lo que puede denominarse el «régimen jurídico especial de comunitarios», en principio de aplicación preferente a los individuos sujetos al mismo por ser más favorable que el régimen general establecido en la presente LO 4/2000.

Cabe plantear un problema de interpretación de este precepto en los siguientes términos: como es sabido el RD 766/1992, modificado por RD 737/1995 y 1710/1997, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estado miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 y ratificado por España el 26 de noviembre de 1993, al transponer al Derecho español la normativa comunitaria, extendió la aplicación del citado régimen comunitario a todos los extranjeros nacionales de terceros Estados familiares de españoles, cuando las normas de Derecho comunitario sólo contemplan a tales nacionales de terceros Estados familiares de españoles si éstos últimos ejercitan su derecho comunitario a la libre circulación o establecimiento. Siendo esto así, cabe preguntarse, ¿a quiénes es de aplicación el régimen comunitario: a aquellos determinados por el RD 766/1992 de transposición o a aquellos determinados por la propia normativa de Derecho comunitario? Teniendo en cuenta los criterios interpretativos del artículo 3.1. del Cc, señaladamente los antecedentes históricos y legislativos y fundamentalmente el espíritu y finalidad de la ley, parece preferible inclinarse por el primer término de la disyuntiva, es decir, la aplicabilidad del régimen comunitario a todos aquellos señalados por el RD 766/1992. A mayor abunda-

miento, otra interpretación llevaría a sustraer del régimen comunitario a aquellos nacionales de terceros Estados familiares de españoles no contemplados en las previsiones comunitarias, que no parece aceptable al hacer de peor condición al nacional español que al extranjero comunitario nacional de Estado miembro de la Unión Europea⁴.

Finalmente, en el artículo 2, se establece la exclusión del ámbito de la ley de ciertos extranjeros en razón de sus cargos (diplomáticos, funcionarios consulares y de organismos internacionales, etc.) sin que presente novedad respecto de la anterior LO 7/1985.

TÍTULO I

DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS

Aparece dividido en cinco capítulos. El Capítulo I (arts. 3 a 15) repite la rúbrica del título: su primer artículo enuncia el principio general de equiparación en el trato jurídico entre españoles y extranjeros en los términos expresados en la propia LO, cuyo análisis particular se hará en el epígrafe 3; a continuación, la LO regula la titularidad y ejercicio por parte de los extranjeros de los siguientes derechos y libertades: derecho a la documentación (art. 4), libertad de circulación (art. 5, que se remite al Título II, cuyo contenido es el núcleo central de la situación diferenciada que conforma la extranjería), derecho de participación pública (art. 6), libertades de reunión y manifesta-

⁴ No desmiente lo afirmado la letra *f*) del artículo 17, que reconoce el denominado derecho a la reagrupación familiar de «los familiares extranjeros de los españoles, a los que no les fuera de aplicación la normativa sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea», pues este precepto tiene su específico ámbito de aplicación: aquellos escasos supuestos excluidos del RD 766/1992, por ejemplo, el de los padres de menores, que sean españoles en virtud del artículo 17.1.c) del Cc, o aquellos a que pueda dar lugar lo preceptuado en el artículo 10.1 letras *e*), *f*) y *g*). De modo análogo, puede razonarse respecto de la previsión del artículo 39.2.g) de la LO 4/2000.

ción (art. 7), libertad de asociación (art. 8), derecho a la educación (art. 9), derecho al trabajo y a la Seguridad Social (art. 10, que se remite también al Título II, aunque sin mencionarlo, cuya regulación constituye eje central del marco legal de la inmigración), libertades de sindicación y huelga (art. 11), derecho a la asistencia sanitaria (art. 12), derecho a ayudas en materia de vivienda (art. 13), derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales (art. 14). Finalmente, el artículo 15 establece, por un lado, la sujeción de los extranjeros a los mismos impuestos que los españoles y, de otro, un denominado derecho a transferir sus ingresos y ahorros al extranjero. El Capítulo II (arts. 16 a 17), rubricado «De la reagrupación familiar», reconoce y regula tal derecho, desconocido por la LO 7/1985. Prestaremos mayor atención a los aspectos más sobresalientes de estos capítulos en el epígrafe 4.

El Capítulo III (arts. 18 a 20), rubricado «De las garantías jurídicas», desarrolla el derecho a la tutela judicial efectiva del extranjero, adaptando su regulación a la peculiar condición jurídica de éste. Ahora interesa destacar que el artículo 20.1 reconoce el derecho a la asistencia letrada de oficio en todos aquellos procedimientos administrativos o judiciales que puedan dar lugar a la denegación de entrada, expulsión o salida obligatoria y los relativos al derecho de asilo; se ha discutido si esta asistencia letrada incluye los casos de entrada ilegal, supuesto de hecho del retorno, nosotros pensamos que sí, pues la enumeración del artículo 20.1 parece comprender todas las vicisitudes que afecten a la estancia del extranjero en España, y su literalidad —sólo expulsión— no debe llevar a excluir el retorno, a mayor abundamiento, si tenemos en cuenta la imprecisión terminológica del legislador cuando a él se refiere⁵.

⁵ Sobre la asistencia letrada de oficio, en el mismo sentido que el arriba expuesto, SANTOLAYA e IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, I., en SANTOLAYA, *op. cit.*, respectivamente, págs. 30 y 138. Sobre la imprecisión general de la LO al respecto, SANTOLAYA, *ibidem*, págs. 28 y 40.

El Capítulo IV (arts. 21 a 22) se rubrica «De las medidas antidiscriminatorias». Es posible que la idea original de estos dos artículos fuera diseñar un marco legal especial contra la discriminación racial, de modo análogo a como ocurre en el Reino Unido, en el que se contemplaran actos discriminatorios ilícitos, sanciones y, dada la especialidad de la cuestión, alguna entidad administrativa encargada de garantizar la aplicación de la normativa y de velar por la erradicación de tales prácticas. Sin embargo, aquí la LO 4/2000 se ha limitado a tipificar una serie de actos como discriminatorios que dan lugar al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración de acuerdo con lo establecido en el Título III, y a lo que dispone el artículo 22 sobre el acceso al procedimiento sumario y al recurso de amparo para combatir las discriminaciones que comporten vulneración de los derechos y libertades fundamentales. Cabría, por tanto, interpretar que el legislador no ha querido llegar tan lejos y que, al quedarse a mitad del camino, se ha limitado a dos precisiones concretas que, carentes de un propósito general, resultan, sencillamente, mal ubicadas. Si bien, según veremos en el epígrafe 3, este capítulo puede adquirir otro sentido de mayor alcance, en cuanto expresión legal del principio general de interdicción de la discriminación.

TÍTULO II

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS

Aparece dividido en cuatro capítulos; constituye su contenido el núcleo central de la extranjería, de un lado, y de otro, de la inmigración de extranjeros.

El Capítulo I (arts. 23 a 26), rubricado «De la entrada y salida del territorio español», contiene la regulación del control de fronteras, manifestación de uno de los elementos típicos y tradicionales de la soberanía de los Estados; con independencia de su dimensión policial, propia de la pura y simple extranjería, el control de fronteras supone

la ejecución concreta y práctica de la regulación de los flujos migratorios, uno de los ejes de una política activa de inmigración. El artículo 23 determina los requisitos exigidos para la entrada en territorio español: efectuarse por los puestos habilitados al efecto, poseer pasaporte o documento de viaje que acredite identidad, acreditación de medios de vida suficientes para el tiempo de permanencia en España y, además, visado salvo que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España.

De esta forma, el visado se configura como un instrumento decisivo de la política de inmigración de los Estados, ya que sitúa el control de la entrada de los extranjeros no ya en la propia frontera, sino en el país de origen y permite conocer a las autoridades el motivo o la finalidad pretendida por el extranjero al solicitar la entrada⁶. El artículo 25 regula la expedición de visados, que denota la finalidad clara de mejorar las garantías del administrado en su procedimiento de concesión —causas de denegación establecidas reglamentariamente, denegación expresa y motivada, plazo máximo de resolución, etc.—, garantías que en la LO 7/1985 brillaban por su casi completa ausencia y ha sido uno de los puntos controvertidos de la LO 4/2000⁷. En el desarrollo reglamentario será de especial importancia que se proporcionen criterios objetivos y seguros que justifiquen cada resolución y faciliten la homogeneidad de criterios entre los diferentes centros gestores y, en general, que se procure el necesario equilibrio entre la operatividad del procedimiento, la salvaguardia del in-

⁶ Cfr. ADROHER BIOSCA, S., «La entrada, la permanencia y la salida de extranjeros en España», en ADROHER BIOSCA, S., y CHARRO BAENA, P. (coords.), *La inmigración. Derecho español e internacional*, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1995, págs. 275 y ss.

⁷ El texto aprobado por el Senado, posteriormente desechado por el Congreso, modificó sustancialmente todos los números del artículo 25 definitivo (*BOCG*. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie B, núm. 330-6, de 22 de diciembre de 1999).

terés general y el respeto a los principios generales del procedimiento administrativo común.

Interés particular presenta el sentido del silencio administrativo en el procedimiento de visados: como es sabido la Ley 4/1999, de 13 de enero, ha modificado sustancialmente el artículo 43 de la Ley 30/1992; como consecuencia de esta reforma el silencio administrativo en los procedimientos iniciados de solicitud de interesado, cual es el caso del visado, se entiende estimatorio de la solicitud «salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario» (y con excepción de una serie de supuestos que enumera el propio artículo 43 y entre los que no se incluye el caso del visado). La LO 4/2000 no menciona la cuestión, salvo para el caso de las solicitudes de prórroga o renovaciones para las que establece de forma expresa (y, probablemente, innecesaria) el silencio positivo (cfr. disposición adicional única). ¿Ha de entenderse, entonces, estimatorio el silencio administrativo en las solicitudes de visados? Parece que no, pues la disposición adicional primera de la Ley 4/1999 de reforma de la Ley 30/1992, de la RJAP y PAC dispone, en su número segundo, que el Gobierno adaptará en el plazo de dos años las normas reguladoras de los procedimientos al sentido del silencio administrativo establecido en la propia Ley 4/1999. Todo lo cual lleva a pensar que hasta el cumplimiento de dicho plazo de dos años sigue en vigor la previsión del RD 1778/1994, de 5 de agosto, en el sentido de que la falta de resolución expresa en el plazo debido se considera desestimatoria en relación con las solicitudes relativas a extranjería y, en particular, en relación con los visados. Cumplido el referido plazo, el silencio se entenderá positivo, salvo que una ley disponga lo contrario. Sin embargo, hay opiniones en sentido contrario⁸.

⁸ SANTOLAYA e IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, en SANTOLAYA, *op. cit.*, respectivamente, págs. 32 y 165, si bien no se hace argumentación jurídica alguna. Conjeturamos que la razón subyacente a esta opinión reside en la consideración de que si la normativa legal posterior a la Ley 4/1999 no hace mención a la cuestión del silencio, entonces rige la regla general

El Capítulo II (arts. 27 a 32), rubricado «Situaciones de los extranjeros», contempla las situaciones legales de permanencia de los extranjeros en España, que, según el artículo 27, son: estancia, residencia temporal y residencia permanente. Lo importante es que estas situaciones exigen autorización administrativa, tras solicitud del interesado y el oportuno procedimiento, en que quede acreditado principalmente que el extranjero tenga recursos económicos, o medios de obtenerlos, para subsistir en nuestro país. Importante novedad es el acceso a la residencia legal o regular desde una situación de residencia de hecho con determinadas características, prevista en el artículo 29.3, será objeto de atención especial en el epígrafe 5. Por otra parte, los artículos 31 y 32 regulan, con características especiales, la residencia de los apátridas y refugiados, de un lado, y, de otro, de los menores. Respecto de los apátridas, el artículo 31.1 denota falta de coordinación con la Convención sobre el estatuto de Apátridas, que sólo se salva si se circunscriben los destinatarios del artículo a los apátridas indocumentados, quedando, entonces, fuera de la regulación los indocumentados no apátridas, lo que puede originar problemas en la práctica⁹.

El Capítulo III (arts. 33 a 42), rubricado «Del permiso de trabajo y regímenes especiales», dada su relación con la finalidad de la LO —la integración social de los inmigrantes—, será también objeto de especial atención en el epígrafe 6. Con todo es conveniente llamar ahora la atención sobre el artículo 40, que regula el régimen especial de los estudiantes, cuya ubicación es equívoca, pues su natural

de la LRAP y PAC que manda el silencio positivo; esta argumentación omite el dato de que la determinación del sentido del silencio en la actuación administrativa fue resuelta con carácter general por el RD 1778/1994, de 5 de agosto, y que, a resultas de la DA 1.^a, hay un plazo de dos años para su adaptación, si bien, en cuanto establezca silencios negativos, tendrá que tener rango de ley.

⁹ Para mayor discusión y, en términos similares, SANTOLAYA y MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y., en SANTOLAYA, *op. cit.*, respectivamente, págs. 33 y 185-7.

encaje es el Capítulo II «Situaciones de los extranjeros» de este mismo Título; ello se debe a que el extranjero estudiante en términos generales no está autorizado para ejercer actividad retribuida alguna y solo excepcionalmente podrá ejercer actividades remuneradas bajo ciertas condiciones. Se plantea la cuestión de si la residencia por razón de estudios es de igual naturaleza que la residencia general o mantiene el carácter especial que presentaba en la LO 7/1985 y que determinaba, por ejemplo, que fuera inhábil para la concesión de la nacionalidad por residencia; los términos del artículo 40 parecen no distinguir entre ambas, salvo en la rúbrica del propio artículo, y como «donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir», es posible que prevalezca la interpretación de que la residencia de los estudiantes es de igual naturaleza que la residencia general; solución criticable desde el punto de vista de una política activa de inmigración¹⁰.

El Capítulo IV (arts. 43 a 46), rubricado «De las tasas por autorizaciones para trabajar en España», se limita a fijar el hecho imponible, los sujetos obligados al pago y la cuantía de las tasas por autorizaciones para trabajar. Omite cualquier referencia a tasas por otras autorizaciones (residencia, visados...), lo que ha de interpretarse en el sentido de que desaparecen, dando lugar a un trato discriminatorio para los nacionales españoles, pues éstos pagan tasas por documentos análogos¹¹.

¹⁰ Por la no distinción se manifestó Manuel Pérez Gómez, Subdirector General de Extranjería de la Dirección General de Política Interior del Ministerio de Interior en las Primeras jornadas de formación en extranjería, organizadas por FAIN y celebradas el 18 y 19 de febrero en la UPCO de Madrid. Para discusión, en términos muy críticos de la LO, SANTOLAYA y MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, en SANTOLAYA, *op. cit.*, págs. 36 y 222.

¹¹ El texto aprobado por el Senado corrigió la omisión a la que nos referimos; si bien su extensión era considerablemente mayor, descendiendo en algunos extremos a detalles puramente reglamentarios (BOCG. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie B, núm. 330-6, de 22 de diciembre de 1999).

TÍTULO III

DE LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA Y SU RÉGIMEN SANCIONADOR

Consta de los artículos 46 a 59. Supone un desarrollo y mejora notables respecto de los escasos, por muy largos que fueran, artículos 25 a 28 de la LO 7/1985, que producían fuerte insatisfacción a la doctrina. En realidad, se recogen las líneas maestras de la regulación reglamentaria anterior (RD 155/1996, arts. 98 a 123) con una relectura más benigna en la calificación de las infracciones y la previsión de las correspondientes sanciones, cuya manifestación más sobresaliente es la reducción de supuestos que dan lugar a la expulsión y la formulación de excepciones personales a su imposición (arts. 53. 24). Por otra parte, salvo para el caso del retorno (anterior devolución o rechazo en frontera o expulsión de urgencia), el procedimiento sancionador se somete a la normativa general, de forma tal que desaparecen los supuestos de ejecutividad de la expulsión previstos en la anterior LO 7/1985; ello puede dificultar la efectividad de los procedimientos de expulsión, pues es previsible que los mismos duren más de los cuarenta días establecidos como duración máxima del internamiento. También aquí se aprecian deficiencias técnicas y faltas de coordinación, pero no es menester detenerse en ellas, dada la selección de cuestiones, hecha para este trabajo.

TÍTULO IV

COORDINACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

Consta de los artículos 60 a 63. En ellos se prevé un conjunto de medidas que faciliten la política de inmigración a desarrollar por los poderes públicos: en general, medidas de organización administrativa, que no suponen nada dis-

tinto de lo que ya se está haciendo —cauces de participación e instrumentos de conocimiento de la realidad—, salvo la previsión de creación del Consejo Superior de Política de Inmigración (art. 61). Quizás el acierto sea dar cobertura legal a todo ello, aunque también pueda suponer cierta pérdida de flexibilidad; parece que no cabe considerarlos artículos orgánicos, aun lo dispuesto en la disposición final cuarta. De todas formas, la regulación adolece de la debida sistemática y sorprendentemente omite la mención de los órganos de la Administración central que van a tener competencia en esta materia (por ejemplo, la existente Comisión interministerial de extranjería)¹².

LAS DISPOSICIONES

La LO 4/2000, como es al uso, contiene al final de su articulado un conjunto de disposiciones de dispar carácter y denominación en el cual se recogen cuestiones diversas relativas a la incorporación de la LO al ordenamiento o modificaciones de otras leyes. Así, incluye una disposición adicional única, que establece un plazo máximo de tres meses para la resolución de los expedientes de renovación de los permisos de residencia y trabajo con admisión del silencio positivo.

Las tres disposiciones transitorias son las normales de los cambios legislativos de la normativa de extranjería: la 1.^a, prevé un proceso de regularización, en estas fechas en curso; la 2.^a, declara la subsistencia de los permisos que tengan validez a la entrada en vigor de la LO; la 3.^a, establece la aplicabilidad de la normativa anterior a los procedimientos en curso, salvo que el interesado solicite la aplicación de la nueva ley¹³.

¹² En el mismo sentido, con atinadas y críticas observaciones, SANTOLAYA, *op. cit.*, págs. 41-2 y 307-20.

¹³ Vid., el RD 239/2000, de 18 de febrero (*BOE* 19 de febrero, corrección de errores *BOE* 9 de marzo).

La disposición derogatoria única prescribe expresamente la derogación de la LO 7/1985 y la de aquellas otras que se opongan a lo establecido en la presente LO.

Las Disposiciones finales son nueve; aunque el legislador últimamente suele abusar de las mismas, en este caso no parecen muchas, dada la transversalidad en el ordenamiento jurídico de la materia regulada. Las tres primeras, afectan al Código penal: la 1.^a, modifica el artículo 312, agravando la pena del delito de tráfico ilegal de mano de obra; la 2.^a, introduce un nuevo Título XV bis en el Código Penal, artículo 318 bis, en el que se tipifica el tráfico ilegal de personas; la 3.^a, afecta a los artículos 515, 517 y 518, considerando asociaciones ilícitas aquellas que promuevan el tráfico ilegal de personas. La Disposición Final 4.^a fue analizada supra epígrafe 1. Las Disposiciones Finales 5.^a a 8.^a prevén determinadas gestiones del Gobierno para facilitar la aplicación de la LO y su mayor eficacia; por ejemplo: la actualización del sistema de información de Schengen, la aprobación en el plazo de seis meses del Reglamento de la Ley, la adopción de medidas de información a funcionarios y a profesionales de este ámbito sobre el alcance de la LO y, en fin, la habilitación de créditos para sufragar los gastos originados por la aplicación y desarrollo de la LO. Finalmente, la Disposición Final 9.^a prescribe *la vaccatio legis* ordinaria de veinte días para la entrada en vigor de la ley, que bien se podría haber omitido.

3. LA CONSAGRACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO DE EQUIPARACIÓN: SU INTENSA FUERZA Y SU POTENCIALIDAD EXPANSIVA

Según vimos en el epígrafe 1, la lógica de la extranjería, desde un punto de vista jurídico es la de la diferencia y la desigualdad. Históricamente, se ha producido una evolución en el que la condición jurídica del extranjero ha ido

mejorando paulatinamente, hasta llegar a una nivel de equiparación en el trato jurídico entre nacionales y extranjeros notable, si bien se mantienen, a nivel comparado, limitaciones a tal equiparación, algunas muy importantes. El conjunto de tales limitaciones conforma lo que cabe denominar la extranjería¹⁴. Cuando se aborda la regulación de la extranjería, que en la técnica legislativa actual suele concretarse en la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros, es conveniente tener en cuenta que, sentado el fundamento objetivo —la no pertenencia del extranjero a la comunidad nacional— de la posible diferencia de trato jurídico entre el nacional y el extranjero, todo ordenamiento jurídico habrá de definir los supuestos en que aquél justifica ésta y para ello habrá de plantearse las siguientes cuestiones:

- 1.º ¿Qué principio preside el sistema de la equiparación o el de la desigualdad? Obsérvese que según se afirme uno u otro extremo, en la regulación concreta de cada tipo de derecho o situación de poder individual en que se quisiera singularizar la situación al respecto del extranjero, habría de o bien excluirle expresamente —en caso de equiparación—, o bien incluirle —en caso de afirmarse la desigualdad.
- 2.º ¿Cabe admitir ulteriores criterios de índole subjetiva como fuente de discriminación y con qué alcance? Por ejemplo, la procedencia nacional diversa del extranjero o la condición de regularidad o irregularidad de la permanencia del extranjero en el territorio nacional en caso de que haya un sistema de control de la misma.

El artículo 13 de la CE aborda la cuestión al máximo nivel normativo en el ordenamiento jurídico español. La ju-

¹⁴ Una explicación más amplia sobre su significado jurídico en RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, «La LO 4/2000: Historia...», cit., publicado en este mismo número de *Migraciones*, epígrafe 1, y allí referencias.

risprudencia del TC¹⁵ ha interpretado el artículo en el sentido de establecer una famosa trilogía de derechos de los extranjeros, que cabe enunciar de la siguiente manera:

- A) Los derechos que son inherentes a la persona (por ejemplo, derecho a la vida, a la integridad física y moral, la libertad ideológica y religiosa, la intimidad, la tutela judicial), corresponden a todos —españoles y extranjeros— por igual, sin que el legislador pueda constitucionalmente establecer discriminación alguna en su regulación.
- B) Existen derechos respecto de los cuales no cabe la equiparación, los del artículo 23 de la CE, que son de carácter político (derechos de sufragio, acceso a la función pública).
- C) Los restantes derechos y libertades se dicen de configuración legal, pues las leyes o tratados pueden establecer las diferencias de trato que se estimen oportunas, incluso, negar su titularidad al extranjero o distinguir entre grupos de extranjeros. Si bien tratándose de derechos del Título I de la CE, sólo podrán atemperar su ejercicio dentro de los límites derivados de la propia naturaleza del derecho de que se trate.

En la LO 4/2000 es el artículo 3.1 el que atiende a las cuestiones propuestas *supra*, desarrollando el artículo 13.1 de la CE. El citado artículo proclama: «Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica.» Así, recoge explícitamente el principio de equiparación (la rúbrica del artículo es rotunda: igualdad con los españoles), es aplica-

¹⁵ Entre otras, SsTC 107/1984, 99/1985. Para mayor información sobre el tema, cfr. LÁZARO GONZÁLEZ, I.: *Derechos y libertades de los extranjeros en España. En La Inmigración...*, cit., págs. 191 y ss. También, SANTOLAYA, *op. cit.*, págs. 21 y 52-5.

ble de forma inmediata y, tiene un alcance muy amplio, pues el texto no sólo se refiere al Título I de la CE cuya extensión y amplitud en el panorama constitucional comparado es de todos sabido, sino que también se refiere —incluyéndolas— a sus leyes de desarrollo.

Dados sus términos, provoca, por sí mismo, la desaparición de todas aquellas previsiones de discriminación que afectan a los derechos de configuración legal del Título I y que no reciban cobertura en los artículos siguientes de la presente LO, o, naturalmente, de la CE. Se deroga con ello cualquier discriminación añadida anterior y se deja establecido hacia el futuro que sólo por Ley Orgánica podrán introducirse nuevas discriminaciones (y es discutible, incluso, que valga para ello cualquier Ley Orgánica, dado que ya no se hace referencia, como en la LO 7/1985, a la capacidad de limitación de las leyes sectoriales en términos generales).

Sin entrar ahora en esta última cuestión, ni tampoco en el interesantísimo debate dogmático sobre el grado de equiparación que corresponde a las restantes situaciones jurídicas que no encuentran acomodo entre los derechos y libertades del Título I de la CE, si interesa destacar que:

- En cuanto a los derechos del Título I, no sólo no caben otras discriminaciones que las que la propia LO sienta, sino que todas las dudas de interpretación deben salvarse teniendo como principio de orientación el principio de equiparación.
- Y en cuanto a las restantes situaciones jurídicas, la equiparación que provoca esta LO respecto de los derechos del mencionado Título I no hace excepción de la propia igualdad (art. 14 CE); más aún, la misma LO pone énfasis especial en la persecución de la discriminación¹⁶, lo cual encamina al intérprete, tam-

¹⁶ Aunque el legislador de la LO 4/2000 no ha dedicado preceptos concretos a desarrollar las incalculables repercusiones que el artículo 14 de la CE puede provocar en relación con la extranjería, en el Título I sí ha incluido un Capítulo, dedicado a medidas antidiscriminatorias,

bién en estos casos, hacia la mayor equiparación posible; así, en principio, al extranjero se le aplicarán las mismas normas que a los españoles, recibiendo el mismo trato jurídico que éstos, salvo cuando una norma de rango suficiente lo excluya, por existir fundamento para ello derivado de la propia condición de la nacionalidad.

En relación a la situación jurídica de administrado, los principios enunciados son reforzados por el artículo 18.2 de la LO¹⁷; éste, que no sienta por sí mismo derechos o facultades jurídicas concretas para los extranjeros, resulta, sin embargo, particularmente relevante, dado que impone a todo desarrollo reglamentario de la presente LO el principio de equiparación con las garantías de las que gozan, en general, los administrados españoles, en todo procedimiento administrativo en materia de extranjería. Quiere ello decir que todo el Derecho administrativo de desarrollo que afecte a la extranjería, debe respetar los principios establecidos en la Ley 30/1992, sin que la mención específica de determinados trámites anule la exigencia de que dichos principios deban ser igualmente respetados en lo que se refiere a los restantes trámites no mencionados expresamente por el precepto.

que enfatiza, como principio básico de la LO, la necesidad de evitar y combatir las discriminaciones muy especialmente en este ámbito. No debe extrañar, a partir de ahí, que la interpretación que se haga en el futuro sea la de que nuestra legislación ha optado por extender hasta sus máximas consecuencias el principio de equiparación a todas las situaciones jurídicas, obligando al intérprete —y también al legislador futuro, por lo menos al «no orgánico»— a escoger entre todas las aplicaciones posibles aquella más respetuosa con el principio de respeto y promoción de la igualdad.

¹⁷ Su tenor es el siguiente: «Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones.»

Interesa mencionar que ello no agota la regulación del extranjero como administrado. No se refiere a esta cuestión la presente LO 4/2000 en ninguno de sus preceptos, lo que deja en pie algunas de las dudas que hasta el presente se han venido manteniendo tanto en el plano doctrinal como en las decisiones de los aplicadores jurídicos. El alcance ya mencionado del artículo 3.1, la inclusión del artículo 14 en el título I de la CE y el reforzamiento del «derecho a la igualdad», que se propicia, si cabe, en el artículo 21 de esta LO 4/2000¹⁸ parecen avalar decididamente una interpretación de equiparación integral de las garantías del administrado extranjero respecto de las de los españoles en todos los procedimientos administrativos no sólo en los de extranjería.

Finalmente, en la medida en que la equiparación se ha formulado sin mayores matices, es posible imaginar supuestos tradicionalmente excluidos de una ley de extranjería, que podrían ahora verse también afectados por los efectos de la mencionada equiparación (por ejemplo, lo previsto en el art. 34 respecto de las autorizaciones administrativas para trabajar, vid. epígrafe 6.2).

4. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS

La finalidad de favorecer la integración social de los inmigrantes, que inspira la LO 4/2000, se manifiesta en el Título I que amplía mucho la parca e insuficiente regulación de la LO 7/1985. Se presupone que un instrumento básico para la integración social es el reconocimiento de dere-

¹⁸ En particular, la letra *a*) del apartado 2, que dispone que —en cualquier caso, constituyen actos de discriminación— «Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.»

chos: además de los fundamentales y las libertades públicas, aquéllos propios del Estado del Bienestar, que garantizan a sus titulares unos mínimos vitales e, incluso, algunos específicos de la condición inmigrante, cual es el derecho a la reagrupación familiar, cuyo objeto es facilitar al inmigrante su vida familiar. A ellos dedicamos el presente epígrafe, si bien previamente vamos a exponer los principios inspiradores que subyacen en el Título I.

4.1. Los principios inspiradores del Título I

En el capítulo I del título I de la LO 4/2000 se aborda la regulación general de los derechos y libertades de los extranjeros en España, y, sin entrar ahora a valorar la bondad técnica de dichos preceptos, puede aventurarse que la regulación es resultado de la combinación de cuatro principios o más bien supuestos sobreentendidos:

- 1.º Respeto a los límites constitucionales a la equiparación de derechos entre españoles y extranjeros (*ex* art. 23 en relación con el art. 13).
- 2.º El ya enunciado principio de equiparación de trato jurídico entre los españoles y los extranjeros.
- 3.º Relativización de la irregularidad del extranjero como criterio para excluirle de la titularidad de ciertos derechos, apártandose de lo que prescribía la LO 7/1985 y es normal en el Derecho comparado. En ello se manifiesta la finalidad reformadora de la LO 4/2000, cuya pretensión es plasmar más intensamente los principios y valores del artículo 10 de la CE, pórstico de todo su Título I, de un lado, y, de otro, evitar situaciones de gran precariedad social a los extranjeros irregulares, mediante el reconocimiento de ciertos derechos sociales básicos.
- 4.º Adopción de la inscripción en el Padrón Municipal como presupuesto del reconocimiento de ciertos derechos para los irregulares (por ejemplo, arts. 12,

13, 29...). De ello es posible deducir una división dentro de la irregularidad entre aquéllos que se encuentran inscritos en el Padrón Municipal y los que no se encuentran en dicha circunstancia, dado que la LO utiliza la inscripción en el Padrón como causa de diferente trato jurídico, concretado en una diferente titularidad y goce de los derechos. La idea subyacente parece ser que el empadronamiento manifestaría el «arraigo» del extranjero irregular en España, lo que pondría de relieve su condición inmigrante, y, de acuerdo con la finalidad reformadora de la LO, se trataría de remover los obstáculos legales que le excluyen de los medios necesarios para su integración social. Constituye éste el criterio básico (y casi único) en que el legislador asume que extranjero no coincide con inmigrante¹⁹. Sin embargo, la eficacia de este criterio es más que dudosa por apartarse de las últimas modificaciones legales en materia de empadronamiento²⁰ y por las limitaciones que las administraciones locales ofrecen para garantizar que el empadronamiento se correponda con la realidad del arraigo, a pesar de que el artículo 6.3 de la LO manda que «los Ayuntamientos confeccionarán y mantendrán actualizado el padrón de extranjeros que residan en el municipio».

¹⁹ Sobre ello, su relación con el enfoque general de la LO y su viabilidad, vid. RUIZ DE HUIDOBRO, «La LO 4/2000: Historia...», publicado en este mismo número de *Migraciones*, *passim*.

²⁰ En efecto, la LO 4/2000 pone en cuestión la solución que ha venido articulándose desde la modificación de la Ley de Bases de Régimen Local por la Ley 4/1996, de 10 de enero, que vino a aclarar, frente a numerosos conflictos anteriores, la separación de funciones entre los Ayuntamientos y el Ministerio del Interior en relación con la residencia en España de ciudadanos extranjeros, al declarar en su artículo 18.2 que «la inscripción de los extranjeros en el Padrón Municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España».

En la regulación concreta de cada derecho, el legislador ha plasmado los dos últimos principios con la siguiente terminología: cuando se refiere al «extranjero residente», significa el extranjero en situación de residencia regular, es decir, amparado con permiso de residencia o análogo título jurídico; cuando se refiere a los «extranjeros que se encuentren en España inscritos en el Padrón del municipio en el que residan habitualmente», significa el extranjero que reside de hecho y se halle inscrito en el Padrón del municipio, a efectos prácticos, un extranjero irregular empadronado; cuando se refiere al «extranjero que se encuentre o se halle en España», significa cualquier extranjero que físicamente se halle sobre territorio español, «cualquiera que sea su situación administrativa» (de residencia a efectos de extranjería), por hacer eco de la imprecisa fórmula del artículo 14.3 de la LO; finalmente, por lo general, si la LO se refiere simplemente a «extranjeros» sin calificativos, reconociéndoles derechos, ha de interpretarse que se encuentran en España (por ejemplo, art. 9.1).

El legislador al redactar este Título I parece que no ha sido consciente del significado del principio de equiparación consagrado en el artículo 3.1, cuyo alcance es, como hemos visto, la remoción de todas las discriminaciones salvo las previstas en el propio texto de la LO, lo cual significa que si no se establece diferencia alguna de trato con el español, la previsión legal de que se trate es sencillamente redundante por estar subsumida en el artículo 3.1, lo que puede decirse de algunos artículos del Título I (por ejemplo, 7, 11).

De todo lo dicho, concluimos que las disposiciones legales del Título I han de leerse teniendo en cuenta dos coordenadas: primera, en términos de comparación con lo previsto para los españoles, atendiendo a la especialidad subjetiva de la LO (vid. epígrafe 1); segunda, delimitando sus destinatarios cuando sean extranjeros, de acuerdo con los principios 3.º y 4.º y la terminología antes expuestos.

4.2. Los «derechos sociales»

La regulación de estos derechos —derecho a la educación, derecho a la asistencia sanitaria, derecho a ayudas en materia de vivienda y derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales— manifiestan por antonomasia la finalidad reformadora de la LO 4/2000. En cuanto que en dicha regulación se reconocen a los extranjeros irregulares alguno de los aspectos de su contenido, han concitado fuerte polémica social y debate político, también discusión jurídica dados los deficientes términos técnicos en que se concretan. Aquí, nos limitaremos a hacer alguna precisión interpretativa²¹.

En general, estos artículos adolecen, en primer lugar, de una conveniente precisión en la delimitación de los destinatarios de sus previsiones, pues concebidos con la loable finalidad de evitar situaciones de extrema precariedad social a un colectivo de inmigrantes irregulares o a individuos especialmente protegidos por sus condiciones personales (por ejemplo, menores de edad), resultan de una amplitud mucho mayor al utilizarse en su formulación el término general de extranjero (a salvo de lo ya indicado sobre el empadronamiento). Ello puede dar lugar a desarmonías, dado que no todo extranjero es un inmigrante. También, en algún caso, adolecen de la debida precisión objetiva, es decir, en la delimitación del contenido del derecho que se regula. En fin, téngase en cuenta que estos artículos se concretan, a nivel práctico, en la remoción de todas las discriminaciones legales que afecten a los extranjeros dentro de los previstos ámbitos subjetivo —destinatarios— y objetivo —contenido del derecho.

Respecto del derecho a la educación, el artículo 9.1 reconoce a todos los extranjeros menores de dieciocho años con independencia de la situación de residencia que os-

²¹ Para mayor información en cuanto a la discusión socio-política, vid. RUIZ DE HUIDOBRO, «La LO 4/2000: Historia...», publicado en este mismo número de *Migraciones, passim*, en especial epígrafe 5.

tenten, el derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles, concretado fundamentalmente en la enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Se aprecia la voluntad garantista del legislador, pues enumera el contenido de tal derecho para evitar trabas de tipo reglamentario y administrativo basadas en la nacionalidad; voluntad que descansa en la especial protección, que nuestro Derecho presta a los menores (cfr. art. 39 de la CE, LO 1/1996 de Protección jurídica del menor, en esta misma LO, arts. 12 y 32). Al tratarse de una norma de inmediata aplicación, es necesario concretar los procedimientos administrativos subsiguientes (procedimiento de acceso, otorgamiento de títulos,...) para dar plena satisfacción a las legítimas pretensiones que puedan ejercitarse, aprovechando en lo posible las prácticas que se han venido desarrollando al amparo de la normativa sectorial hasta el definitivo desarrollo reglamentario de la LO. Puede crear dificultades que no se incluya aquí (y sí en el siguiente párrafo) el nivel de educación infantil, con independencia de que ello pueda proceder de la incoherencia histórica, que todavía persiste en parte, del sistema educativo español, al hacer más asequible económicamente la Universidad que la guardería y la educación infantil. El texto del Senado desechado corregía tal incoherencia, pero a falta de ello una recta interpretación de este precepto debe llevar a extender la equiparación en los niveles correspondiente a la educación infantil.

En el artículo 9.2 se reconoce a los extranjeros, en general y sin ninguna especificación adicional, el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria, cuyo contenido se detalla con voluntad garantista. También este precepto es aplicable inmediatamente, lo que obliga, desde el punto de vista de la gestión administrativa, a remover la discriminación por razón de nacionalidad en los ámbitos educativos señalados en la misma. Sin embargo, este precepto plantea graves dificultades en la determinación de sus destinatarios, dada la indeterminación de sus términos —«los extranjeros»— y la regulación de la autorización de admisión y residencia de estudiantes, pues, en virtud de lo pre-

visto en el artículo 40.1, en conexión con el artículo 49.a), el extranjero estudiante sin la correspondiente autorización podría ser sancionado. Una interpretación sistemática unilateral podría llevar a la conclusión de que esta disposición legal necesariamente sólo puede referirse a los extranjeros que hayan obtenido previamente dicha autorización a la admisión y a la residencia propia de los estudiantes o, en general, a los extranjeros residentes. Si bien, dada la referencia del precepto a la educación infantil y la especial protección prestada a los menores de dieciocho años en relación a la educación en el número anterior, debe concluirse de que a éstos les alcanza lo previsto en este número. Una extensión mayor del círculo de los destinatarios de este precepto exigiría ulterior desarrollo reglamentario que conciliara los distintos preceptos de esta LO.

Respecto al derecho a la asistencia sanitaria, el artículo 12 no es especialmente afortunado, porque no distingue entre la protección de la salud pública, el deber de socorro, la asistencia sanitaria en sentido material y el pago de su coste, lo cual dificulta su interpretación y la previsión de los compromisos adquiridos por el sistema sanitario público, más aún teniendo en cuenta el número de turistas y jubilados que vienen a España. Aplicando las claves de lectura señaladas en el epígrafe anterior:

El artículo 12.1 dispone que «los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles». Sus destinatarios son los extranjeros que residan habitualmente y se hallen inscritos en el Padrón del municipio. Se prescinde del dato de la regularidad, habida cuenta del bien que se encuentra en juego —la salud—. Como establece que tal asistencia sanitaria será en las mismas condiciones que los españoles, entonces se aplicará con el sentido que venimos diciendo: a los efectos de tal ámbito material habrá de prescindirse del dato de la nacionalidad. Ahora bien, téngase en cuenta que aquellos españoles que no están dados de alta en la Seguridad Social

y no carecen de recursos económicos, se les hace liquidación de los gastos incurridos en su asistencia sanitaria; por tanto, por esta vía podría excluirse de la asistencia sanitaria a todos aquellos extranjeros que en la literalidad de la norma tienen encaje, pero no en la finalidad general de LO según venimos exponiendo. Habrán de instrumentarse los correspondientes procedimientos administrativos al respecto.

El artículo 12.2 establece que «los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica». Sus destinatarios son todos los extranjeros que incurrir en tales desgracias, que, por su relación con la salud, justifican la no exigencia de requisito adicional alguno sobre residencia. Ahora bien, aunque el texto legal no indique nada, ha de interpretarse que tal asistencia ha de desplegarse en igualdad de condiciones que los españoles, con lo que vale para este supuesto lo indicado para el anterior precepto en relación al coste de la asistencia.

El artículo 12.3 prescribe que «los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles». Sus destinatarios son los extranjeros menores de 18 años; tampoco se exige aquí requisito de residencia alguno, dados el bien que se encuentra en juego —la salud— y la condición de especial protegido en nuestro Derecho que éste tiene. Resulta aplicable en los mismos términos que la disposición inicial del artículo 12.

En fin, el artículo 12.4 dispone que «las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto». Sus destinatarias son las mujeres extranjeras en estado de gestación; su fundamento reside en la protección de la salud de la madre y de la vida por venir, que justifica el que no se exija requisito de residencia alguno. También, ha de interpretarse aquí que la asistencia ha de prestarse

en igualdad de condiciones que las españolas, resultando aplicable en los mismos términos que las disposiciones anteriores.

Respecto del derecho a ayudas en materia de vivienda, el art 13 establece que «los extranjeros residentes y los que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles». Son destinatarios de la norma y, por tanto, titulares del así llamado derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de viviendas: los extranjeros residentes y los inscritos en el padrón que residan habitualmente —residencia de hecho—; se prescinde de la irregularidad, salvo en el caso de falta de inscripción en el Padrón municipal, dado el bien de que se trata: la vivienda. Según lo dicho, los destinatarios de la disposición tienen, desde la misma entrada en vigor de esta LO, un derecho igual al de los españoles a concurrir y obtener las ayudas públicas que se articulen en los distintos niveles territoriales en materia de vivienda. Naturalmente la concreción de ese derecho dependerá de las medidas singulares de ayuda que se articulen. Desde el punto de vista de la gestión administrativa la aplicabilidad del artículo obliga a remover la discriminación por razón de nacionalidad. Evidentemente, pueden darse otros criterios discriminatorios o preferenciales, pero en tal caso serán comunes a los que se aplican a los españoles.

Respecto del derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales, el artículo 14. 1 y 2 establece que a los extranjeros residentes —como un primer grupo de extranjeros— les corresponde el goce de tales derechos y prestaciones en igualdad de condiciones que los españoles. Se trata, entonces, de disposiciones de inmediata aplicación. Según lo dicho, los destinatarios de la disposición tienen, desde la misma entrada en vigor de esta LO, un derecho igual al de los españoles a obtener los servicios y prestaciones sociales en materia de Seguridad Social, debiéndose remover la discriminación por razón de la nacio-

nalidad en la gestión administrativa. Si bien pueden darse otros criterios discriminatorios o preferenciales comunes a los que se aplican a los españoles.

Finalmente, el 14.3 prescribe que «los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas». Así, define el segundo grupo de extranjeros —aquellos que se encuentran en España, pues no de otra forma puede interpretarse la imprecisa expresión «cualquiera que sea su situación jurídica administrativa»— a los que corresponde el goce de las prestaciones sociales básicas. Por tanto, es una norma inmediatamente aplicable. Ahora bien, ¿cuáles son las prestaciones básicas a las que todos los extranjeros que se encuentren en España, tienen derecho? Habrá que estar a lo que establezca la legislación sectorial de la Seguridad Social y de Servicios sociales, en su caso, de los distintos niveles territoriales. Análogamente a los casos anteriores, el precepto remueve en la gestión administrativa la discriminación por razón de la nacionalidad, si bien cabe admitir criterios discriminatorios o preferenciales comunes a los que se aplican a los españoles. Naturalmente la concreción de ese derecho dependerá de las medidas singulares de ayuda que se articulen.

4.3. Especial referencia a la reagrupación familiar

No ha de discutirse la relevancia que tiene la familia en la articulación de la sociedad y la vida familiar en la integración social del individuo, más aún si cabe en el caso del inmigrante, cuya vida se desarrolla en un medio social ajeno al propio. Por eso, las políticas migratorias avanzadas prestan especial atención a la dimensión familiar del inmigrante. Desde esta perspectiva y partiendo del dato de que la residencia de los extranjeros está sometida, por regla general, a autorización administrativa, alcanza pleno sentido hablar de un derecho a la reagrupación familiar, cuyo significado nuclear es la facultad que se le reconoce

a un extranjero residente en España (o a su familiar), de obtener la correspondiente autorización de residencia. En este caso, puede decirse que se trata de un derecho que sólo les compete a los extranjeros, propio de su condición extraña a la tierra donde residen. Sin lugar a dudas, su consagración legal (y en los términos en que se ha producido) es una de las grandes novedades de la LO 4/2000, siendo muy acorde con la finalidad reformadora de la misma²².

Así, el artículo 16.2 establece: «Los familiares de los extranjeros que residan en España a quienes se refiere el artículo siguiente, tienen derecho a la situación de residencia en España para reagruparse con el residente.» A su vez, el artículo 17 indica que «el extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para re-

²² Si bien la regulación comienza con una disposición legal tan desafortunada como el artículo 16.1, cuyo tenor es el siguiente: «Los extranjeros residentes tienen derecho 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.» En efecto, parece muy dudoso que el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar corresponda sólo a los extranjeros residentes, así como que el derecho a la intimidad familiar sea de configuración legal tal como se deduce de la literalidad de la disposición legal al remitirse a la forma prevista en esta LO y a los tratados suscritos por España: por un lado, el extranjero irregular creemos que tiene derecho a la vida en familia, cuestión distinta es que, a menos que case con español o española, ese derecho a la vida en familia esté limitado porque es posible que no lo pueda hacer efectivo en territorio español (límite que ya no existe para los extranjeros en situación de residencia regular, pues se les reconoce el derecho a la reagrupación familiar, que puede caracterizarse como la concreción específica del derecho a la familia para los extranjeros). Por otro lado, el extranjero irregular tiene derecho a su intimidad familiar como parte inescindible de su propia intimidad; de igual modo y por lo mismo, no cabe considerar el derecho a la intimidad familiar como derecho de configuración legal, sino que su regulación ha de ser idéntica para todos los seres humanos; por tanto, creemos que esa mención del número 1.º no es acorde con el artículo 18 de la CE, aunque pueda pensarse en un lapsus de legislador. A estos efectos, recuérdese que el TDHE en aplicación de la CEDH cuando ha decidido cuestiones relativas a la extranjería se ha fundado en el derecho a la vida privada.

agruparse con él» a los parientes que menciona, a saber, cónyuge, hijos de él o de su cónyuge menores de dieciocho años, aquellas personas sobre las que ostenta su representación legal, ascendientes cuando dependan económicamente de él y se justifique su necesidad de residir en España y, en fin, cualquier otro familiar por razones humanitarias²³.

En síntesis ha de observarse: primero, el derecho a la reagrupación familiar corresponde tanto al extranjero en situación de residencia regular, como a los familiares del mismo, atendiendo a la literalidad de los artículos; segundo, el derecho de reagrupación familiar (o de residencia para la reagrupación) aparece como incondicionado²⁴, lo que afecta muy significativamente a la regulación reglamentaria anterior a la LO que lo contemplaba más como un procedimiento fácil, si bien condicionado, de obtención de visados que de un derecho subjetivo en sentido técnico; así, la nueva regulación legal pone en cuestión el informe o la limitación temporal —haber ya renovado el permiso de residencia— previstos en el artículo 28 del RD 155/1996 y otras previsiones concordantes (ej. arts. 56, 5 y 7).

5. EL DERECHO A LA RESIDENCIA REGULAR ORIGINADO POR LA RESIDENCIA DE HECHO

El artículo 29.3, cuyo tenor es «igualmente podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, figure empadronado en un municipio en el momento en que formule la petición y cuente con medios económicos para atender a su subsistencia», añade un supuesto novísimo para el acceso a la situación de residencia temporal. Constituye una de las novedades de la

²³ Respecto de la letra *f*) del artículo 17, vid. nota 3.

²⁴ En el mismo sentido, MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, en SANTOLAYA, *op. cit.*, pág. 116.

LO más sobresalientes, cuyo significado es el reconocimiento de un derecho a la residencia regular desde una residencia fáctica o de hecho, como vía alternativa al sistema legal ordinario de control de extranjería, cual es el visado; la idea subyacente parece ser que determinadas circunstancias manifiestan un «arraigo» del extranjero en España de tal naturaleza que le hace «merecedor» de la residencia legal²⁵.

El derecho así enunciado queda condicionado a una serie de requisitos que, si resultan acreditados debidamente, puede permitir al aplicador de la norma la formulación de la correspondiente resolución administrativa. Ahora bien, el enunciado del derecho se realiza en términos que podían interpretarse como potestativos («podrá acceder»), y, en cuanto se carece de desarrollo reglamentario aplicable a este concreto procedimiento, podría considerarse como interpretación más correcta la de que la aplicación de este supuesto requiere dicho desarrollo reglamentario, que habrá de concretar los medios oportunos para acreditar el cumplimiento de los requisitos y, probablemente, aclarar el alcance de la referencia a la disponibilidad de medios económicos para la subsistencia. Sobre la aplicabilidad de esta disposición legal, hay otras opiniones²⁶.

De lo expuesto, resulta evidente la necesidad urgente del desarrollo reglamentario de esta previsión legal para aclarar todo lo que se refiere a los medios para acreditar los requisitos aquí exigidos y el alcance de alguno de ellos —especialmente lo que se refiere a los medios económicos.

²⁵ Recuérdese lo dicho en el epígrafe 4.1 sobre la inscripción en el Padrón municipal. Para un análisis in extenso del significado de esta previsión legal en el marco de una política global de extranjería e inmigración, vid. RUIZ DE HUIDOBRO, «La LO 4/2000: Historia...», publicado en este mismo número de *Migraciones*, epígrafe 5.

²⁶ Aboga por la aplicabilidad inmediata, SANTOLAYA, *op. cit.*, pág. 33; sin embargo, en la misma obra colectiva, MARTÍNEZ CANO-CORTÉS mantiene una posición como la expuesta en el texto principal, en SANTOLAYA, *op. cit.*, pág. 179. Parece inclinarse por la aplicabilidad, MARTÍN LEYVA, F., *op. cit.*, págs. 364-5.

Finalmente, obsérvese que puesto en relación este artículo con lo previsto en el artículo 26.3.c) de la LO, que excluye a los solicitantes de este permiso de residencia temporal de la obligación de abandonar el territorio español en caso de su denegación, y el artículo 53.1 de la LO, que no contempla la expulsión para este caso, nos encontramos en un caso de extranjero, al que se puede no conceder la residencia legal, pero tampoco se le puede expulsar, sin que tenga obligación de salir del territorio español; combinación que da a luz al extranjero alegal o arregular, si se permite el neologismo, engendro jurídico, total sinsentido.

6. EL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Aparece regulado, como ya vimos, en el Capítulo III del Título II. Es una de las cuestiones centrales que aborda la LO 4/2000, constituyendo el marco legal en que ha de desenvolverse la regulación de los flujos migratorios, uno de los ejes de la política activa de inmigración. En efecto, en cuanto la LO establece un sistema de autorizaciones administrativas para trabajar, se instrumenta un mecanismo de control de aquellos flujos, pues en principio sólo podrán inmigrar aquéllo que obtengan semejante autorización. De acuerdo a la finalidad reformadora de la LO, es conveniente que el régimen legal diseñado facilite la mayor correspondencia posible entre la capacidad de absorción de inmigrantes de la sociedad española y la presión migratoria, lo que presupone distinguir entre inmigrantes y extranjeros a la hora de delimitar los destinatarios de las previsiones legales²⁷.

²⁷ Para mayor información sobre tales conceptos e ideas, vid. RUIZ DE HUIDOBRO, «La LO 4/2000: Historia...», publicado en este mismo número de *Migraciones*, epígrafe 2 y 5.

6.1. La exigencia de autorización administrativa para trabajar

El artículo 33.1 de la LO establece que los extranjeros mayores de dieciséis años deben proveerse de una autorización para trabajar; en ello no hay novedad alguna y es acorde con los antecedentes legislativos y común en el Derecho comparado, pero introduce modificaciones significativas.

La primera de ellas es que omite en dicho precepto cualquier referencia expresa a la necesidad de que el extranjero esté también en posesión de un permiso de residencia válido. Ello no puede ser más que considerado, tras una lectura conjunta del articulado de la LO. 4/2000, como un olvido²⁸. El artículo 29.2 de la LO establece que la situación de residencia temporal se concederá, entre otras situaciones, cuando el extranjero «se proponga realizar una actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia habiendo solicitado para ello las licencias o permisos correspondientes, tenga una oferta de contratación a través de procedimiento reglamentariamente establecido...», lo que hace suponer que deberá encontrarse en posesión de ambos permisos, aunque no necesariamente de la misma duración. También, desconocemos —porque del texto de la LO no se infiere en absoluto— si el futuro reglamento de ejecución mantendrá el sistema de documento unificado de trabajo y residencia hasta ahora vigente. Con todo, la omisión legal ofrece du-

²⁸ El texto aprobado por el Senado, posteriormente desechado en el Congreso corregía la omisión, dando el siguiente tenor al artículo 33.1: «Los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar su residencia en España para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia, una autorización administrativa para trabajar o permiso de trabajo» (BOCG. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie B, núm. 330-6, de 22 de diciembre de 1999).

das en relación a supuestos más o menos residuales que no es posible resolver aquí²⁹.

La segunda, radica precisamente en la configuración de una nueva estructura de las autorizaciones para trabajar, separando nítidamente las relativas al trabajo por cuenta ajena del resto de actividades lucrativas, en especial, del trabajo por cuenta propia³⁰. Este cambio de estructura resultaba absolutamente necesario, pero va a causar problemas importantes de aplicación en tanto no se proceda al desarrollo reglamentario, pues el Capítulo IV del RD 155/1996, rubricado «Trabajo y establecimiento» contiene un régimen jurídico que no se adecua en su totalidad a la nueva estructura instaurada por la LO 4/2000. Finalmente, debe advertirse que la diferenciación de regímenes jurídicos para la autorización para trabajar por cuenta ajena —permiso de trabajo— y las relativas al trabajo por cuenta propia y supuestos especiales —autorización administrativa para trabajar— se ha traducido en una práctica total ausencia de régimen jurídico de esta última, dando lugar a un vacío de regulación que necesariamente habrá de llenarse mediante el desarrollo reglamentario. Con todo, en más de una ocasión parece que el legislador olvida el cambio de estructura y denominación de las autorizaciones (por ejemplo, en el artículo 36, cuya interpretación literal supondría excluir de las actividades por cuenta propia a los que hubieran obtenido permiso de residencia vía artículo 29.3 de la LO).

La tercera, proviene del artículo 33.3 de la LO, cuyo tenor literal es: «Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.» Este

²⁹ En efecto, ¿cuál es el régimen aplicable al extranjero que pretenda realizar una actividad laboral o profesional de duración a inferior a noventa días, que como es sabido no requiere permiso de residencia, según lo previsto en el artículo 29.1?

³⁰ Sin embargo, LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *op. cit.*, pág. 583, expone una tipología de los permisos de trabajo en la que prescinde sorprendentemente de la división enunciada.

precepto resulta uno de los más controvertidos del capítulo ahora examinado: primero, porque se trata de una novedad respecto a las disposiciones legales y reglamentarias anteriores; segundo, por la insuficiente regulación contenida en la LO, tanto respecto a finalidad y alcance, como a régimen jurídico (duración, condiciones para su concesión y/o denegación...). Caben las siguientes interpretaciones:

- 1.º Que se trate de una autorización necesaria y simultánea a la autorización para trabajar o permiso de trabajo; lo que significa que serían necesarias dos autorizaciones, si bien se guarda silencio sobre su régimen legal.
- 2.º Que se configure como una autorización para el empresario que desee contratar a un trabajador no autorizado³¹; entonces, ¿qué efectos tendría sobre la situación jurídica individualmente considerada del trabajador extranjero contratado al amparo de tal autorización?
- 3.º Que simplemente se trate de enfatizar que el obligado a solicitar el permiso de trabajo es el empresario y no el propio trabajador, en coherencia con su obligación de pagar la tasa, cfr. artículo 44.1 de la LO 4/2000.

Aunque estas dudas solamente quedarán resueltas cuando se produzca el desarrollo reglamentario, una interpretación finalista del precepto parece guiar a la primera de las interpretaciones, esto es, a la necesidad de dos autorizaciones, con una finalidad de control del cumplimiento de la normativa laboral y de extranjería. Pero, aun aceptando semejante afirmación, resulta indispensable que por vía reglamentaria se detallen los requisitos proce-

³¹ El texto aprobado por el Senado, posteriormente desechado en el Congreso, modificaba la disposición legal en este sentido (*BOCG*. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie B, núm. 330-6, de 22 de diciembre de 1999) y, por ello, SANTOLAYA, *op. cit.*, págs. 34 se inclina a favor de esta interpretación.

dimentales mínimos necesarios para su instrumentación. En cualquier caso debe procurarse que la configuración y el régimen jurídico que finalmente se otorgue a este tipo de autorización no contribuyan a acrecentar las trabas para el acceso al trabajo, que la nueva LO pretende reducir.

Por último, cabe plantear la cuestión de cómo afecta la carencia de la autorización para trabajar a la eficacia de los contratos o actos jurídicos celebrados para desempeñar actividades lucrativas, con independencia de las sanciones previstas en el Título III a que puedan dar lugar. En realidad, la cuestión interesa señaladamente respecto del contrato de trabajo: durante la vigencia de la LO 7/1985 no resultaba en absoluto pacífica ni doctrinal ni jurisprudencialmente³², aunque mayoritariamente se propugnaba la nulidad radical del contrato de trabajo suscrito por el extranjero sin el preceptivo permiso de trabajo. La LO 4/2000 sólo se refiere —con un alcance todavía dudoso y además limitada a la autorización del art. 33.3— a que «la carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». La incidencia de tal previsión sólo podrá concluirse cuando vía reglamentaria se desarrolle la LO 4/2000, que ha perdido una estupenda ocasión para pronunciarse expresamente sobre tal cuestión. Respecto a los contratos celebrados con ocasión de la realización de actividades lucrativas por cuenta propia sin autorización administrativa para trabajar, estimamos que habrá de estarse a las normas generales de los contratos del Código Civil (especialmente. arts. 1305-6), en su caso, del Código de Comercio, a salvo de lo que la legislación sectorial de la actividad indique al respecto.

³² Controversia que se generaba por la desafortunada expresión de la previsión estatutaria [el art. 7.c) ET dispone que tendrán capacidad para contratar «los extranjeros conforme a la legislación específica»] y que ahora tampoco parece resolverse plenamente. Véase CHARRO BAENA, P., *El trabajo de los extranjeros en España, en la Inmigración...*, cit., pág. 387 y ss.

6.2. La autorización administrativa para trabajar

En cuanto a la autorización administrativa para la realización de actividades económicas por cuenta propia, la LO 4/2000 sólo le dedica el artículo 34: «Para la realización de actividades económicas por cuenta propia, en calidad de comerciante, industrial, agricultor o artesano, habrá de acreditar haber solicitado la autorización administrativa correspondiente y cumplir todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada.» Su insuficiencia es notoria, por tanto, el futuro desarrollo reglamentario tendrá un amplio margen de desenvolvimiento.

Nótese, además, que el precepto no hace referencia a «requisitos» para la solicitud de la autorización administrativa para trabajar ni a «criterios» que la Administración debe valorar y ponderar en orden a la concesión de la autorización para trabajar, como la normativa anterior hacía (cfr. arts. 85.3 y 74. II, respectivamente, RD 155/1996), sino simplemente a que el extranjero haya solicitado, cumpliendo todos los requisitos exigidos por la legislación aplicable, las correspondientes autorizaciones administrativas, pero sin precisar que las haya obtenido. Quedan, por tanto, indeterminados tanto los requisitos como los criterios a que anteriormente se hacía referencia así como el procedimiento y la secuencia de los trámites a seguir. Ello parecería invitar, en términos estrictos de lógica jurídica, a la inaplicación del precepto hasta tanto no se produzca su desarrollo reglamentario. Sin embargo, ante la práctica imposibilidad de congelar una realidad social como la que aquí se afecta, resulta inevitable hacer un esfuerzo para aplicar las previsiones reglamentarias anteriores en el nuevo contexto³³.

³³ De hecho, el RD 239/2000 (cfr. nota 12) tanto para la concesión de la autorización administrativa para trabajar por cuenta propia a results del proceso de regularización (art. 5.1) como para el régimen

En el futuro Reglamento, entendemos que, aunque debe rechazarse la interpretación extrema y literal de que la Administración conceda la autorización administrativa con el simple cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo objeto de comentario —solicitud y cumplimiento de los requisitos exigidos en la legislación sectorial—, no debe llegarse al otro extremo de que la Administración pueda decidir con amplia discrecionalidad la concesión o denegación de la referida autorización. Tanto más cuando este mismo precepto, al remitir a la legislación vigente, lo hace situando en posición de paridad a los extranjeros con los nacionales, lo cual, en relación con el principio de equiparación consagrado en el artículo 3.1. de la LO, plantea, a su vez, la cuestión no sencilla, que no puede abordarse aquí, de la subsistencia de normas que, tradicionalmente excluidas de la Ley de Extranjería, han venido estableciendo excepciones o matices que afectan a las actividades económicas o a las inversiones de los extranjeros.

6.3. El permiso de trabajo

Como introducción ha de advertirse que la redacción de los distintos apartados del artículo 35 y de otros (como el art. 41) de la LO 4/2000 no están suficientemente concordados, lo cual plantea problemas de interpretación. Por otra parte, el régimen cambia lo suficiente como para que el texto del Reglamento de la anterior LO 7/1985 —RD 155/1996— sólo pueda aplicarse parcialmente.

En primer lugar, se mantiene, como regla general, la consideración de la situación nacional de empleo para la

transitorio —permisos en vigor a la entrada en vigor del referido RD (DA 2.^a, párr. 1), concedidos en base a solicitudes presentadas con anterioridad a tal fecha (DA 2.^a, párr 2) o renovación de autorizaciones en vigor en el mismo tiempo (DA 3.^a)— utiliza no sólo la denominación anterior, sino también aplica, con las precisiones y modificaciones imprescindibles, el régimen jurídico previsto en el Reglamento de 1996.

concesión inicial del permiso de trabajo (art. 35.2), lo cual es consecuencia lógica de que se asuma como necesaria la regulación de los flujos migratorios.

En segundo lugar, respecto de la tipología de los permisos de trabajo, se dice que «tendrá una duración inferior a cinco años y podrá limitarse a un determinado territorio, sector o actividad» (art. 35.3), si bien la limitación cabe sólo en la primera concesión, ya que a partir de ella se otorgará «sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad» (art. 35.4). De lo anterior se deducen dos conclusiones positivas de lo que pretende la LO 4/2000: primero, permite la simplificación de la tipología de los permisos de trabajo³⁴; segundo, confirma la tendencia, ya apuntada por el RD 155/1996, de la integración sucesiva del extranjero inmigrante mediante el escalonamiento de permisos de trabajo que culmina, en su caso, con la obtención de una autorización permanente³⁵. Respecto de la renovación de los permisos de trabajo, se prevé que podrán «renovarse a su expiración si persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial o cuando se cuente con una nueva» (art. 35.4), lo

³⁴ En el Reglamento de 1996 se aprecia una excesiva diversificación de tipos de permisos de trabajo lo que provoca que algunos prácticamente se solapen (por ejemplo, cfr. en el artículo 75.I.3 y 4 la regulación de los permisos de trabajo por cuenta ajena B (renovado) y C.

³⁵ En esta línea es loable que se haya escindido el permiso de trabajo para actividades de temporada (cfr. art. 41 de la LO 4/2000), contemplando una muy específica situación del extranjero que viene a España a desarrollar temporalmente una actividad laboral y que no tiene, en principio, vocación de permanencia o arraigo en España, sino la intención de regresar a su país de origen cuando la actividad finalice o, a lo sumo, si se trata de una actividad estacional, volver en la siguiente temporada. En el desarrollo reglamentario del citado artículo debe tenerse en cuenta el Protocolo de Intenciones entre el Reino de Marruecos y España, por el que se regula la inmigración temporal, al que presumiblemente se sumarán otros Acuerdos (como Colombia, Rumania, Malí), también podría resultar conveniente concretar los servicios sociales mínimos que se consideran adecuados para orientar los compromisos previstos de gestión de las administraciones públicas.

que significa la vinculación del permiso a que se tenga empleo, si bien tal regla aparece moderada por las excepciones contempladas en el artículo 36 de la LO —disfrutar de una prestación contributiva de desempleo o asistencial de inserción social o laboral—; será muy importante aquilatar los procedimientos en el desarrollo relamentario, téngase en cuenta que las renovaciones fallidas dan lugar a lo que puede denominarse irregularidad sobrevenida, pues el no renovación del permiso de trabajo suele conllevar la del permiso de residencia.

En tercer lugar, como relevante novedad, la LO 4/2000 proporciona cobertura legal a la autorización permanente para trabajar (cfr. art. 35.5). No obstante, es absolutamente necesario llamar la atención sobre una contradicción y aportar una interpretación que, además de salvar dicha contradicción, resultaría más coherente desde una perspectiva global de la L.O. 4/2000; pasamos a detallarlo. Resulta contradictorio prescribir que el permiso de trabajo tiene una duración inferior a cinco años (art. 35.3) y, posteriormente, afirmar que «transcurridos cinco años desde la concesión del primer permiso de trabajo y las prórrogas correspondientes el permiso adquirirá carácter permanente». Si a ello se une que el permiso de residencia permanente «autoriza a... trabajar en igualdad de condiciones que los españoles» (art. 30.1) y que los «extranjeros con autorización permanente no necesitan permiso de trabajo» (art. 39.2.e), la confusión aumenta. ¿Adquiere carácter permanente el permiso de trabajo de un extranjero que no lo necesita y que, además, su duración no puede ser superior a cinco años? Este galimatías puede resolverse de la siguiente manera: a la residencia permanente puede accederse tras haber disfrutado de residencia temporal durante cinco años (con trabajo o sin él) y, en cualquier caso, su disfrute supone la autorización para trabajar con carácter permanente (por cuenta propia o ajena) en igualdad de condiciones que los españoles. No se trataría, entonces, de un nuevo tipo de per-

miso de trabajo, sino de una habilitación de carácter permanente para trabajar³⁶.

6.3. Sistemas o procedimientos de acceso al trabajo

Con la normativa anterior, el acceso al trabajo de los extranjeros en España mediante la correspondiente autorización administrativa, se llevaba a cabo a través de un procedimiento en el que la Administración, teniendo como objetivo la protección de la mano de obra nacional (española, comunitaria y extranjera legalmente residente), analizaba y valoraba la situación nacional de empleo antes de proceder a la concesión de la correspondiente autorización administrativa. En este contexto, el contingente suponía una valoración *a priori* y objetiva de la situación nacional de empleo.

La LO 4/2000 contempla la cuestión en los artículos 37 y 38. En ellos, parece establecer dos sistemas o procedimientos combinados de acceso al trabajo. El primero, y prioritario, sería el acceso mediante el encuadramiento en el sistema de contingentes; segundo, y en defecto del anterior, un procedimiento general de libre acceso mediante solicitud en el que la Administración valorará la situación nacional de empleo en orden a determinar la concesión o denegación del permiso de trabajo. Parece existir una contradicción, y es que si las ofertas son independientes al contingente, no se llega a comprender por qué determinadas circunstancias en que se oferta el empleo se resaltan como independientes del sistema de contingente. Parece que lo que se quiere decir es que algunas concesiones por el procedimiento general sí computan para el contingente

³⁶ No obstante, los comentarios doctrinales vertidos hasta el momento no ponen en duda ni cuestionan el permiso de trabajo permanente, que resultaría de la conversión automática de un permiso de trabajo anterior; así, MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, en SANTOLAYA, *op. cit.*, pág. 202 y LUJÁN ALCARAZ, J., *op. cit.*, pág. 18, quien afirma que el permiso de trabajo permanente sería el resultado de la «mutación» de uno anterior.

y otras, no. El desarrollo reglamentario deberá resolver esta cuestión.

El hecho de que el sistema de contingentes o *cupo* de extranjeros tenga cobertura legal se debe valorar positivamente. En efecto, el contingente es un instrumento esencial en la regulación de los flujos migratorios que se basa en la capacidad de acogida del país receptor, valorando *a priori* la situación nacional de empleo; en consecuencia, autoriza anualmente un número de permisos de trabajo en actividades y sectores concretos.

Finalmente, han de mencionarse las excepciones al permiso de trabajo³⁷. La LO 4/2000 recoge las mismas en el artículo 39. Se refiere sólo a permiso de trabajo; ¿es extensible a las autorizaciones administrativas para actividades por cuenta propia? Respecto a los supuestos contemplados, se repiten los del artículo 16 de la LO 7/1985, omitiendo a las personas originarias de la ciudad de Gibraltar, y se incluyen como novedades: los extranjeros que formen parte de los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos homologados internacionalmente, siempre que limiten su actividad a funciones estrictamente sindicales; los españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española; los extranjeros casados con español o española y que no estén separados de hecho o de derecho; los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española;

³⁷ Una de las novedades apreciables en la LO 4/2000 hace referencia a la desaparición de regímenes preferenciales en la concesión de autorizaciones para trabajar, como hasta el momento había reseñado el artículo 18.3 de la LO 7/1985 (desarrollado por los arts. 77 y 79 del Reglamento de 1996). En virtud de circunstancias diversas (origen, vinculación con el Estado español, lazos familiares, etc.) concedían al inmigrante un régimen de favor: hacer abstracción de la situación nacional de empleo o reducir el período mínimo para poder acceder a otro permiso de trabajo. Algunas de estas circunstancias en la LO 4/2000 se configuran como situaciones de excepción del permiso de trabajo, como a continuación se indican. Sin embargo, sobresale la falta una referencia al régimen privilegiado que hasta el momento —con mayor o menor alcance— gozaban los hispanoamericanos.

los extranjeros nacidos y residentes en España; finalmente, los extranjeros con autorización de residencia permanente. Reglamentariamente, a pesar de la no previsión de ello, habrá de establecerse el procedimiento para acreditar la exceptuación.

7. CONSIDERACIONES FINALES

De lo expuesto se deduce que la LO 4/2000 denota un escaso rigor terminológico, abundante número de defectos o imprecisiones técnicas y, en algunos casos, notorias faltas de previsión; ello con independencia de las opciones de política legislativa asumidas y el enfoque o planteamiento adoptado en la redacción de la LO, que son por sí discutibles. El resultado será una dificultad mayor tanto en la interpretación como en la aplicación de la LO, con menoscabo de su eficacia reguladora y del logro de su finalidad reformadora: la mayor integración social de los inmigrantes en España.

BIBLIOGRAFÍA (PRIMEROS COMENTARIOS DE LA LO 4/2000)

- CHARRO BAENA, P., y RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M.^a: «La mal llamada “Ley de extranjería”: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes?», *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 29 de mayo de 2000.
- CHARRO BAENA, P.: «La LO 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: una primera aproximación crítica», *Aranzadi Laboral*, 2000, núm. 5.
- LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M: *La nueva Ley de Extranjería. Guía práctica y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2000.
- LUJÁN ALCARAZ, P.: «El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero», *Aranzadi Social*, 2000, núm. 21.

MARTÍN LEYVA, F: «La nueva Ley de Extranjería», en *Guía Fiscal y Laboral 2000*, n. 13, Cuadernos Cinco Días, Madrid, 2000.

MOYA ESCUDERO, M: «El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería», *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 1 de febrero de 2000.

SANTOLAYA MACHETTI, P. (coord.): *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2000.