

LEY ORGÁNICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

ELENA LÓPEZ BARBA

Doctora en Derecho
Profesora de la Universidad de Huelva
(Área D. Civil)

M^a TERESA IGARTUA MIRÓ

Doctora en Derecho
Profesora de la Universidad de Sevilla
(Área D. del Trabajo)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ESTRUCTURA DE LA LEY 8/2000

III. TEXTO REFORMADO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

1. Título Preliminar: Disposiciones generales
2. Título Primero: Derechos y libertades de los extranjeros
 - 2.1. Consideraciones previas. Sobre la posible inconstitucionalidad de los recortes operados en los Derechos y Libertades de los extranjeros
 - 2.2. Derechos y Libertades de los extranjeros en función de su situación administrativa
 - 2.3. La reagrupación familiar
 - 2.4. Garantías jurídicas ¿Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva?
 - 2.5. Medidas indiscriminatorias
3. Título Segundo: Régimen jurídico de los extranjeros
 - 3.1. La entrada y salida del territorio español
 - 3.2. Situaciones administrativas de los extranjeros: estancia, residencia temporal y permanente
 - 3.3. Situaciones especiales
 - 3.4. El continuismo normativo: el carácter preceptivo de la autorización para trabajar
 - 3.5. Rasgos esenciales, tipología y efectos de la ausencia del permiso de trabajo
 - 3.6. Concesión y renovación del permiso de trabajo
 - 3.7. Excepciones y régimen preferencial en la obtención del permiso de trabajo
 - 3.8. Régimen especial de trabajadores de temporada
 - 3.9. Régimen especial para trabajadores transfronterizos
 - 3.10. El contingente o cupo de trabajadores extranjeros
 - 3.11. De las tasas por autorizaciones administrativas
4. Título Tercero: De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador
 - 4.1. Aspectos básicos del régimen legal. Sobre la tipificación de las infracciones
 - 4.2. Sanciones: multa y expulsión
 - 4.3. El procedimiento preferente de expulsión
 - 4.4. Internamiento y otras medidas cautelares
5. Título Cuarto: Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración
 - 5.1. El Consejo Superior de Política de Inmigración
 - 5.2. El Foro para la integración Social de los Inmigrantes
6. Disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales
 - 6.1. Disposiciones transitorias: Regularización de extranjeros y régimen transitorio
 - 6.2. Silencio administrativo
 - 6.3. Participación de las CC AA

I. INTRODUCCIÓN

Nada novedoso resulta comenzar estas páginas afirmando que la aparición de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (RCL 2000, 2963), de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000, 72), sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social (LODLEE), está rodeada de una gran polémica. Basta con ver los diarios de fechas próximas a su aprobación, e incluso los más recientes, varios meses después de su entrada en vigor, para comprobar el gran número de opositores que se encuentran a esta Ley. Posturas que se evidencian, nuevamente, a propósito de la redacción en curso de su Reglamento.

El rechazo a la Ley 8/2000 se ha visto materializado, en la que parece su máxima expresión, cual es la presentación ante el Tribunal Constitucional, como legislador negativo de nuestro Ordenamiento jurídico, de un recurso de inconstitucionalidad por parte de los diputados del Partido Socialista Obrero Español. Sólo queda esperar a que la decisión de este Órgano determine en el futuro el mantenimiento o no de los preceptos sobre los cuales se plantea la disconformidad con la Constitución, concretamente los apartados 5, 6, 9 y 16 del artículo primero de la Ley 8/2000, o lo que es lo mismo, los artículos 7, 8, 11 y 22 de la Ley 4/2000 según la nueva redacción dada por la Ley 8/2000.

El debate referido se extiende no sólo entre políticos y profesionales del Derecho, sino que moviliza a un amplio sector de la sociedad. Esta Ley, como todas, es una norma compleja, cuyo estudio y aplicación corresponde a los especialistas del Derecho, pero en esta ocasión, y con más fuerza que en otras leyes, muchos colectivos, no precisamente jurídicos, centran su atención en la necesidad de conocer e interpretar su contenido. No olvidemos el gran número de organizaciones no gubernamentales, grupos humanitarios, sindicatos y organismos públicos relacionados con la entrada y recepción de extranjeros, las condiciones de su permanencia e integración, además de las cuestiones relacionadas con su salida o posible expulsión de nuestro territorio.

La Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, fue publicada en el BOE número 307, de 23 de diciembre (corrección de errores, BOE núm. 47, de 23 de febrero), y entró en vigor al mes de su publicación, según lo indicado en la disposición final quinta. Por la misma se reforma la anterior Ley de extranjería, que sólo queda derogada en lo que contradiga o se oponga a la presente norma (disp. derog. única), lo que aconseja la aparición de un texto consolidado, que en la actualidad ha pasado de 63 a 70 artículos.

El legislador entendió oportuna la rectificación del texto de la Ley antes que la simple introducción de mejoras en su redacción vía desarrollo reglamentario, tal y como hubiese sido lo esperado, en atención al consenso que la Ley 4/2000 había alcanzado entre los diferentes Partidos Políticos y los diferentes sectores sociales implicados. Lo cierto es que el actual partido en el poder incorporó como uno de los puntos centrales de su campaña electoral la intención de modificar la Ley de extranjería de 11 de enero de 2000, utilizando los argumentos, del ya tan conocido «efecto llamada» y la necesidad de coordinar nuestra legislación a los intereses de la Unión Europea de la que España es país miembro. De todo ello se da debida cuenta en la Exposición de Motivos que acompaña a la Ley 8/2000.

Así, expone el legislador que durante la vigencia de la anterior Ley de extranjería «la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma». Tal afirmación ha sido fuertemente contestada por la oposición y los distintos colectivos sociales implicados, alegando que difícilmente se puede conocer la repercusión producida por una Ley cuando al tiempo de proponer su reforma siquiera había pasado un semestre desde su entrada en vigor y cuando su efectiva aplicación no había sido posible, dado que nunca se llegó a realizar el necesario desarrollo reglamentario que la propia Ley anunciaba.

El otro gran argumento se refiere a que «nuestra normativa debe ser conforme con los compromisos asumidos por España, concretamente, con las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea los días 16 y 17 de octubre de 1999 en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia». Esta explicación nuevamente origina el rechazo de quienes no encuentran justificación a la reforma que desde el partido en el poder se plantea. De este modo, se reprocha que las conclusiones de esta cumbre de Tampere son abiertas y en cualquier caso apuestan por la integración de los inmigrantes en Europa, sin perjuicio de que la competencia última para decidir sobre las condiciones de entrada, permanencia y expulsión de los extranjeros corresponde a cada uno de los Estados.

Una cosa sí es cierta, la realidad migratoria en España, tal y como resalta la Exposición de Motivos

de la Ley 8/2000, es muy distinta a la que se pudiera plantear en otros momentos de nuestra historia, por ejemplo, al tiempo de la aprobación de la Ley 7/1985, de 1 de julio (RCL 1985, 1591). España ha pasado de ser un país de salida, a ser un país de llegada, en cuanto a la inmigración se refiere. Además, la entrada de extranjeros por nuestras fronteras responde a una doble motivación, de un lado, quienes desean permanecer en nuestro país, y de otro, quienes utilizan nuestro territorio como lugar de tránsito hacia otros Estados, en atención a su especial situación geográfica.

II. ESTRUCTURA DE LA LEY ORGÁNICA 8/2000

La norma analizada se compone de tres artículos. El primero relativo a la reforma del articulado de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, con un total de 63 apartados. El segundo artículo relativo a la reforma de la disposición adicional única de la Ley Orgánica 4/2000. Y el tercer y último artículo de adecuación de los Títulos, capítulos y artículos de la Ley Orgánica 4/2000. Además se acompaña de dos disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales.

Todo ello se pasa a comentar a continuación, con el ánimo de subrayar las diferencias más destacadas respecto a la redacción inicial de la Ley de extranjería 4/2000, y con el deseo de facilitar su entendimiento, pues como se dijo, múltiples y diversos son los sectores de nuestra sociedad interesados en la adecuada comprensión de esta Ley, sin obviar, qué duda cabe, al interesado más directo: el extranjero.

III. TEXTO REFORMADO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

1. Título Preliminar: disposiciones generales.

Los artículos 1 y 2 dan contenido al Título preliminar de esta Ley. Sólo el primero de ellos ha visto modificada su redacción, introduciéndose cambios que según la Exposición de Motivos de la Ley se trata de «una mera mejora gramatical en la definición de los extranjeros, conservándose las exclusiones del ámbito de la ley que se establecían en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero».

Pero la realidad parece ir más allá, los artículos que abren la redacción de la LODLEE son los encargados de delimitar el destinatario de la norma. Destinatario, que no es otro que aquel sujeto que no disfruta de la nacionalidad española, de acuerdo con las normas de nuestro Código Civil. Quedan también excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, aquellos otros individuos que aun careciendo de la nacionalidad española se someten a un régimen legal distinto al de la Ley de extranjería (art. 1.2). Esta exclusión ha sido modificada por la Ley 8/2000, de manera que desaparece el rechazo expreso, del ámbito de aplicación de la misma, a los «nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen general comunitario» (art. 1.2 Ley 4/2000). En esta ocasión, y de forma más genérica, quedan excluidos todos aquellos a quienes afecte lo dispuesto «en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte».

Con la actual formulación del artículo 1.2 resultan, una vez más, al margen de esta Ley, además de los españoles, los ciudadanos europeos y los ciudadanos de los países miembros del Espacio Económico Europeo –aunque ya no se indique expresamente– en virtud de su referencia a las leyes especiales y a los Tratados. Quedan sometido a lo regulado en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio (RCL 1992, 1469), sobre entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, y otros Estados partes en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, modificado por Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo (RCL 1995, 1675), y por el Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre (RCL 1997, 2723).

Sin embargo, en la inicial redacción de la Ley Orgánica 4/2000 se reservaba para estos ciudadanos la posibilidad de aplicación supletoria de la Ley de extranjería en los casos que resultase «ser más favorable». Pero como esta reserva ha desaparecido, la duda está en saber si los jueces en el futuro aplicarán a un nacional comunitario la Ley de extranjería si éste alegara que le es más favorable. Lo cierto es que la reciente modificación, ha hecho de la Ley de extranjería una ley muy restrictiva, donde difícilmente pueda materializarse esta hipótesis. Antes de la reforma de la Ley, serviría como ejemplo de regulación más favorable en el ámbito de la norma de extranjería el supuesto de la reagrupación familiar, tal y como se formulaba en la derogada letra e) del artículo 17, según la cual, eran igualmente reagrupables «cualquier

otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias». Con la desaparición de este supuesto, quizás ha desaparecido la que pudiera ser causa de elección de la norma de extranjería antes que la propia de los ciudadanos comunitarios.

Son objeto de tratamiento especial los refugiados y los asilados, que se sujetan a lo previsto por la Ley 5/1984, de 26 de marzo (RCL 1984, 843), reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (RCL 1994, 1420); así como a lo ordenado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero (RCL 1995, 741), por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la anterior Ley. Hay que advertir que el artículo 27.4 de este Reglamento reconoce el derecho de los familiares o dependientes del asilado o refugiado a permanecer en España, si lo desean, al amparo no de la Ley 5/1984 sino de la legislación general de extranjería si les fuera más favorable (vid. art. 34.3 LODLEE).

En el artículo dos se efectúa, igualmente, una delimitación negativa del ámbito de aplicación de la Ley de extranjería, aunque no en atención a su nacionalidad, sino a la profesión que desarrolla, de suerte que no será de aplicación esta Ley a «los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales...».

2. Título Primero: Derechos y libertades de los extranjeros.

2.1. Consideraciones previas. Sobre la posible inconstitucionalidad de los recortes operados en los Derechos y Libertades de los extranjeros.

El artículo tercero da inicio al título primero «Derechos y libertades de los extranjeros» (arts. 3 a 24), además de al capítulo primero de este mismo título, con el que comparte idéntica rúbrica (arts. 3 a 15). Las modificaciones de estos artículos han supuesto el centro de la polémica, de suerte que fueron objeto de la presentación de un elevado número de enmiendas durante la tramitación de la Ley, además de ser la causa alegada por el principal grupo de la oposición para negar su apoyo a la Ley en la votación final del proyecto. Recientemente, algunos de sus preceptos sirven como base al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Socialista Obrero Español (PSOE).

Pero no sólo desde la oposición se da constancia del rechazo a la Ley, también otros colectivos, no necesariamente políticos, han mostrado su desaprobación mediante la realización de informes. Así se han expresado: la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, Jueces para la Democracia y Unión Progresista de Fiscales, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, Comisiones Obreras...

Con anterioridad a la reforma, el artículo 3 relativo a los «derechos y libertades de los extranjeros» respondía a la siguiente rúbrica «igualdad con los españoles e interpretación de las normas». En la actualidad aparece como «derechos de los extranjeros e interpretación de las normas», lo que no resulta más que un avance del carácter de las modificaciones introducidas en los artículos sucesivos, de donde se desprende una clara restricción de derechos, íntimamente unida a la distinción entre derechos reconocidos a los extranjeros en general y derechos reconocidos tan sólo a los extranjeros en situación regular. Compruébese sino el contenido del artículo 3 según la Ley 4/2000 «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» y su actual contenido «Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles». De donde la igualdad queda reducida a un mero criterio interpretativo.

2.2. Derechos y Libertades de los extranjeros en función de su situación administrativa.

En atención a las modificaciones introducidas por la Ley 8/2000, se rompe el abanico tan amplio de derechos y libertades de los que venía disfrutando el extranjero con independencia de su situación en nuestro país, por lo que se introduce una clara distinción entre regulares e irregulares, que queda a grandes trazos como sigue:

a) Tan sólo para los extranjeros residentes se reconoce el derecho a la educación no obligatoria (art. 9.3); el derecho a ayudas en materia de vivienda (art. 13); el derecho a las prestaciones y servicios de la

Seguridad Social (art. 14.1.2); el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar (art. 16); el derecho a la reagrupación familiar (art. 17), y el derecho a la asistencia jurídica gratuita para cualquier tipo de proceso (art. 22.2).

b) Tan sólo los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España podrán disfrutar del derecho de reunión y manifestación (art. 7.1); del derecho de asociación (art. 8); de la libertad de sindicación (art. 11.1). Además, para el ejercicio del derecho de huelga, será preceptivo haber conseguido la autorización para trabajar (art. 11.2).

c) Tan sólo los extranjeros que se encuentren en España en situación irregular, pero que estén empadronados, tendrán derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12.1).

d) Por el contrario, se mantiene para todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa: el derecho a la educación básica, gratuita y obligatoria para los menores de 18 años (art. 9.1); el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia (art. 12.2); en el supuesto de menores de dieciocho años, el derecho a la asistencia sanitaria ejercida en las mismas condiciones que los españoles (art. 12.3); para el caso de las extranjeras embarazadas, el derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto (art. 12.4); el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (art. 14.3).

La posible constitucionalidad o no de esta restricción de derechos y libertades que supone la nueva redacción dada al título primero por la Ley 8/2000 habrá de ser resuelta por el Tribunal Constitucional, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad presentado contra los artículos 7, 8, 1 y 22. Hasta el momento, la postura de este Órgano, cuando ha debido pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con los derechos y libertades reconocidas en el Título I de la Constitución y su conexión con los extranjeros, se resume en la Sentencia de 10 de abril de 2000 (RTC 2000, 95) «los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales».

Esta sentencia no hace más que reiterar la posición manifestada por el Tribunal Constitucional en Sentencias de 23 de noviembre de 1984 (RTC 1984, 107); 30 de septiembre de 1985 (RTC 1985, 99); 7 de julio de 1987 (RTC 1987, 115), entre otras, donde se establece la siguiente distinción:

a) Derechos que ha de tener cualquier persona por el hecho de ser persona, sin que en ningún caso el legislador pueda privarle de los mismos (art. 10 CE).

b) Aquellos derechos que sólo pueden disfrutar los ciudadanos del Estado español (art. 23 CE).

c) Aquellos derechos cuyo disfrute por los ciudadanos extranjeros depende de la decisión tomada por el legislador en el desarrollo de su potestad legislativa, sin olvidarse de los compromisos internacionales adquiridos.

«Ad exemplum» de este último punto, sirva decir que el artículo 11.1 de la LODLEE reconoce únicamente el derecho a la libre sindicación a los extranjeros que hayan obtenido la autorización de estancia o residencia en España. Sin embargo, el artículo 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a sindicarse sin ninguna distinción, según lo ordenado en el artículo 2.1. Así mismo se contempla en el artículo 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 11.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas.

Si a la postre, el Tribunal Constitucional en la resolución del recuso presentado decide mantener la actual redacción de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000, especialmente interesante será esperar a conocer qué dictamina al respecto de estos derechos, afectados por el recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en tantas ocasiones ha supuesto un freno para los Estados frente a los abusos cometidos por éstos contra los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. El propio Tribunal Constitucional reconoce a este Convenio y al TEDH el carácter de criterio interpretativo de los derechos fundamentales de los extranjeros en España (SSTC 30 de marzo de 2000 [RTC 2000, 91]; 5 de abril de 1999 [RTC 1999, 49]; 14 de marzo de 1994

[RTC 1994, 85]; 16 de diciembre de 1991 [RTC 1991, 245]; 29 de noviembre de 1984 [RTC 1984, 114]; 14 de marzo de 1984 [RTC 1984, 36]).

2.3. *La reagrupación familiar.*

La reagrupación familiar, artículos 16 a 19, es objeto de capítulo separado, el segundo del título primero. Hay que reseñar que el reconocimiento expreso de este derecho es un notable avance en materia de extranjería, incorporado por la Ley 4/2000. Con anterioridad, la Ley 7/1985 (RCL 1985, 1591), nada decía al respecto, tan sólo muy incidentalmente se refería a esta posibilidad en el artículo 13.3.

El ejercicio de este derecho por el extranjero se limita exclusivamente a los residentes, al igual que ocurre con el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, esto último bastante incomprensible, porque no parece que guarde relación alguna el deber de respeto a la intimidad familiar de un extranjero con el hecho de que permanezca en nuestro país de forma regular o irregular.

La Ley 8/2000 de reforma de la Ley 4/2000 mantiene, como no podría ser de otro modo, el reconocimiento al derecho a la vida en familia y su especial manifestación, la reagrupación familiar, aunque con dos variaciones fundamentales. De un lado, el recorte producido sobre el ejercicio de este derecho, pues se limitan los posibles familiares reagrupables —se eliminan las letras e) y f) del anterior art. 17— además de excluirse de la figura del reagrupante a los familiares del extranjero residente —conforme a la inicial redacción del art. 16.2—. De otro lado, se incorpora un apartado segundo al artículo 17 y dos nuevos preceptos, los artículos 18 y 19 que responden al deseo del partido en el poder de efectuar concesiones al principal grupo de la oposición con el fin de conseguir su apoyo en la votación final de la Ley. Apoyo que no consiguió, pese a aceptar algunas de las enmiendas presentadas. Como es el caso de los referidos artículos 18 y 19, que en opinión de la doctrina responden más al perfil de una norma reglamentaria que al propio de una Ley Orgánica. No en vano, lo ahora regulado en estos nuevos preceptos ya aparecía en el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/1985.

2.4. *Garantías jurídicas ¿Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva?*

Especialmente problemática resulta la reforma introducida en el capítulo segundo del título primero, relativo a las «Garantías jurídicas», fundamentalmente lo establecido en el artículo 22.2. Los tres artículos que dan contenido a este capítulo, y que ahora responden a una enumeración diferente, pues han pasado a ocupar los números 20, 21 y 22, han sido objeto de modificación por la Ley 8/2000.

Lo más destacado de la nueva redacción del artículo 20 «derecho a la tutela judicial efectiva» es, en primer lugar, que se conserva este derecho para todo extranjero, con independencia de su cualidad de regular o irregular, como no podía ser de otro modo según STC de 30 de septiembre de 1985 (RTC 1985, 99). Segundo, se excluye una garantía esencial cual es la necesidad de motivación de las resoluciones administrativas según lo dispuesto en el artículo 27.5, por el cual la denegación de visado no será motivada, salvo cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para la obtención del permiso de trabajo por cuenta ajena. Esto supone una pérdida considerable, no sólo porque la motivación limita la arbitrariedad de los poderes públicos, y facilita su control, sino porque su falta obstaculiza la posible impugnación. Por lo demás se conservan otras garantías procesales, cuales son las relativas a la publicidad de las normas, la contradicción de las partes y la audiencia de los interesados (art. 20.2).

Por último, se añade un nuevo apartado 4 a este mismo precepto, por el que se amplía la legitimación en los procesos contencioso-administrativos en materia de extranjería, a las entidades afectadas según el artículo 19.1 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se refiere a «las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos». Según el artículo 18 aludido en el número 19.1 b) de la misma Ley «Tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonio independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente».

En cuanto al «derecho al recurso contra los actos administrativos» del artículo 21, se modifica el apartado segundo donde se sustituye la referencia al procedimiento de expulsión de urgencia, por el de expediente de expulsión con carácter preferente.

Pero el centro de debate es la modificación sufrida por el artículo 22, relativo al «derecho a la asistencia jurídica gratuita», en especial lo regulado en su apartado segundo. Uno de los derechos esenciales de los que disfruta el extranjero por el simple hecho de ser persona, y del que no podrá ser privado, es el derecho a la tutela judicial efectiva, no en vano, el artículo 20 que lo recoge se refiere a todos los extranjeros sin exclusión. Contrariamente, el artículo 22.2 limita el derecho al beneficio de la asistencia judicial gratuita para toda clase de procesos, tan sólo a los extranjeros residentes. Los extranjeros no residentes, según el artículo 22.1 sólo tendrán posibilidad de acceder a este derecho cuando se hallen en España, carezcan de recursos económicos suficientes, y se encuentren incursos en «procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo». Esto mismo se desarrolla en el artículo 26.2 «a los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo». Para los casos no previstos anteriormente los extranjeros no residentes están privados del beneficio a la asistencia jurídica gratuita, lo que en la práctica es tanto como denegarles el derecho a la tutela judicial efectiva. Porque un extranjero no residente que carezca de recursos y que sea parte en un proceso distinto a los enunciados en el párrafo primero del artículo 22, no tendrá derecho a un abogado de oficio, lo que excluye en la práctica el principio de igualdad en la defensa, el principio de contradicción o, lo que es lo mismo, el derecho a tener un proceso justo, en definitiva, se vulnera el deber de respeto a la tutela judicial efectiva. Máxime, cuando es postura de nuestro Tribunal Constitucional, reconocer el derecho a la asistencia gratuita de letrado, incluso en los casos en los que no es preceptiva la participación de los mismos (STC de 3 de marzo de 1988 [RTC 1988, 37]), con el único fin de evitar el desequilibrio entre las partes. Circunstancia planteada por el artículo 22.2 que requiere de una respuesta por parte de nuestro Tribunal Constitucional.

2.5. *Medidas antidiscriminatorias.*

Los artículos 23 y 24, conforman el Capítulo IV «de las medidas antidiscriminatorias» de especial importancia en una Ley que tiene como objeto regular los Derechos y Libertades de los extranjeros. El artículo 23.1 es el encargado de definir qué actos son considerados discriminatorios, y de forma más específica se describen supuestos concretos en el apartado siguiente. Pero lo verdaderamente destacable es que esta declaración se acompaña de una especialísima garantía, cual es que en caso de materializarse alguna de las situaciones previstas en el artículo 23, el extranjero cuenta con el procedimiento especial y sumario para la defensa de los derechos y las libertades fundamentales regulado por el artículo 53.2 de la Constitución Española, en los mismos términos allí expresados.

3. **Título Segundo: Régimen jurídico de los extranjeros.**

En relación con los derechos y libertades de los extranjeros regulados en el título primero de la Ley, y en atención a la polémica que suscitan, resulta especialmente significativo el examen del contenido de los artículos previstos en el presente título, por los que se establece la distinción entre los extranjeros en orden a saber cuáles disfrutaban de la situación de estancia, cuáles de la situación de residente, o cuáles merecen el tratamiento de extranjeros en situación irregular, con lo que esto significa en el disfrute de derechos como el de reunión, manifestación, sindicación...

3.1. *La entrada y salida de territorio español.*

Para la clasificación de los distintos modos de permanecer en España es una cuestión clave que se hayan observado las normas relativas a la entrada en territorio español. El artículo 25 es el encargado de reseñar los lugares por los que debe efectuarse esta entrada, además sus condiciones: la documentación necesaria que justifique la identidad, el objeto y condiciones de la estancia, que se reúnen los medios económicos suficientes para permanecer en España por el tiempo previsto. En todo caso, corresponde al futuro Reglamento el desarrollo de estas condiciones referidas por la Ley.

Cuestión fundamental es la necesidad de visado, salvo en los supuestos excepcionados por la propia Ley (art. 25.2.3.4). En cualquier caso, no podrán entrar válidamente en nuestro territorio las personas que

estén incurso en una de las causas de prohibición de entrada recogidas en el artículo 26. Especialmente importante es el artículo 27 encargado de establecer las cuestiones fundamentales en torno a la obtención, denegación y al significado del visado, muchas de las cuales deberían ser precisadas por el Reglamento en curso. Pero no debe dejar de subrayarse una vez más lo contemplado en el artículo 27.5, según el cual no serán motivadas las denegaciones de visados, salvo cuando se traten de visados solicitados para la reagrupación familiar o para la realización de trabajo por cuenta ajena. Por esta disposición se priva al extranjero de una garantía fundamental, pues como ya se dijera, la motivación de las decisiones permite una menor arbitrariedad, además de un mejor control sobre lo actuado.

Por contra, la salida de nuestro territorio es en principio un acto libre y voluntario, salvo en los casos previstos en el Código Penal, o cuando el Ministerio de Interior así lo haya decretado excepcionalmente, atendiendo a razones de seguridad nacional o de salud pública. No obstante, la salida será obligatoria en los supuestos detallados en el artículo 28.3, del que no puede dejar de mencionarse la modificación sufrida en la letra c) relativa a la falta de autorización para encontrarse en España; además de la ampliación indirecta del contenido de la letra b) que al remitirse a los supuestos previstos en la Ley se ve ampliada en la misma medida que lo ha hecho el artículo 57 rubricado: expulsión del territorio.

3.2. Situaciones administrativas de los extranjeros: estancia, residencia temporal y permanente.

El extranjero que ha entrado en España por los puestos habilitados al efecto y con las condiciones previstas en la Ley, que en el futuro detallará el Reglamento de desarrollo, podrá encontrarse en una de las siguientes situaciones: estancia, residencia temporal o residencia permanente (art. 29.1). El Ministerio de Interior será el encargado de autorizar la residencia temporal y permanente, además de las prórrogas (art. 29.2).

a) Está en situación de estancia el extranjero que permanece en nuestro territorio por un período de tiempo no superior a noventa días (art. 30), superado este tiempo, para conservar la situación de regularidad, debe conseguir una prórroga de estancia o un permiso de residencia (art. 30.2.3.4).

b) Son residentes los extranjeros que disfruten del permiso de residencia temporal o de residencia permanente (art. 29.3)

b.1) Se encuentra en situación de residencia temporal el extranjero que permanece en nuestro territorio por un período de tiempo superior a noventa días e inferior a cinco años, superado el tiempo autorizado para la residencia temporal será preciso solicitar una prórroga (art. 31). Sin perjuicio de las precisiones establecidas en este artículo sobre las condiciones para la obtención de la residencia temporal, además de su prórroga, es necesario tener en cuenta ulteriores puntualizaciones reglamentarias

b.2) Se halla en situación de residencia permanente el extranjero que disfrute de una autorización para residir en España de forma indefinida y trabajar en nuestro país en las mismas condiciones que los españoles. Podrá acceder a la condición de residente permanente, los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada (art. 32).

Insistimos una vez más en la importancia de esta distinción, pues con base en la misma el legislador fundamenta los diversos grados de disfrute de algunos de los derechos y libertades reconocidos en el título primero, lo que en consideración de un importante sector de la oposición, supone un criterio insostenible y fundamenta la presentación de un recurso de inconstitucionalidad de cuya resolución depende la permanencia de las más polémicas reformas introducidas por la Ley 8/2000.

En los artículos ya referidos se enumeran las distintas situaciones en las que los extranjeros pueden encontrarse regularmente en España. Además la Administración tiene la facultad, en cualquier momento, de conceder permisos de residencia a extranjeros que ya se encuentren en nuestro territorio, aunque de manera irregular, y normalizar así su situación. Esta posibilidad, contemplada desde la inicial redacción de la Ley, ha visto aumentada la exigencia de tiempo de permanencia continuada en nuestro territorio de dos a cinco años, unido a la necesidad de justificar medios económicos de subsistencia. Sorprendentemente, a la par que se exige una permanencia de cinco años en nuestro territorio para que la Administración pueda actuar por esta vía, esta misma permanencia, necesaria para la regularización, es causa de expulsión según lo prescrito por la Ley [art. 28.3 c)].

3.3. Situaciones especiales.

Sin perjuicio de que la persona que se encuentre en nuestro territorio sea un extranjero de un tercer

Estado, esto es, nacional de un país diferente a los que conforman la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo, y que se le deba aplicar en consecuencia la Ley de extranjería, se aplicará de acuerdo con parámetros y criterios especiales, según lo ordenado en la Ley, cuando se trate de un estudiante (art. 33), apátrida, indocumentado o exilado (art. 34) o de un menor (art. 35).

En el caso de los estudiantes la especialidad de su tratamiento se materializa en cuestiones tales como el régimen para la obtención de la autorización de estancia, así como a su prórroga, sin perjuicio de las restricciones a las que queda sometido en el ejercicio de actividades retribuidas por cuenta ajena, aunque se admiten figuras tales como el «au pair». La Orden Ministerial del año 1999, relativa a la reagrupación familiar, dejaba fuera del disfrute de este derecho a los estudiantes, sin tener en cuenta el tiempo que pudiera permanecer en nuestro país, por ejemplo, para la realización de estudios universitarios, restricción a la que no se encuentra más explicación que la precaución del Estado, para evitar en el futuro tener que pasar por el trance de expulsar al estudiante y sus familiares si terminados sus estudios desearan seguir permaneciendo en nuestro territorio.

En el caso de los apátridas, indocumentados o refugiados (art. 34) habrá que tenerse en cuenta las especiales legislaciones existentes al respecto, como son el Convenio sobre el Estatuto de Apátridas o las normas anteriormente citadas para los refugiados o asilados, en particular la Ley 5/1984.

Por último, el artículo relativo a los menores ha sido objeto de cambios significativos. En primer lugar, y con acierto, tras la reforma de la LODLEE ha de darse conocimiento al Ministerio Fiscal de los menores de edad, solos y en situación irregular que se hayan localizado, en lugar de al Juez de Menores como establecía la inicial redacción de la Ley, pues este último conoce tradicionalmente de los hechos cometidos por menores que sean tipificados como delitos o faltas, pero a estos menores no se le imputa ningún delito o falta, únicamente están solos en nuestro territorio. En segundo lugar, se observa una delimitación más precisa de las competencias que corresponden en esta materia a cada una de las Administraciones. Se echa en falta, sin embargo, una mejor determinación de los criterios que ha de guiar la actuación de los poderes públicos en orden a decidir si el menor debe permanecer en España o ha de regresar a su país de origen.

3.4. El continuismo normativo: el carácter preceptivo de la autorización para trabajar.

En una primera aproximación al régimen jurídico previsto en la LO 4/2000 para la autorización para trabajar exigida preceptivamente al extranjero que pretende desempeñar una actividad lucrativa en nuestro país y como balance general cabe señalar que, pese a la conocida azarosa tramitación parlamentaria de dicha Ley y los desacuerdos políticos y sociales que muchos de sus aspectos suscitan, nos hallamos ante uno de los bloques temáticos donde mayor consenso ha existido entre las distintas fuerzas políticas. Ello básicamente es así en la medida en que el régimen legal puede calificarse de continuista respecto a la tradicional regulación de esta materia, aunque ello no impide que existan determinadas novedades. Cabe resaltar, asimismo, que la anunciada reforma de la Ley desde el mismo momento de su aprobación operada por la Ley Orgánica 8/2000 (publicada antes de cumplido el primer aniversario de aquélla) se caracteriza por la introducción de determinadas mejoras técnicas que eliminan algunas de las principales oscuridades que los primeros comentaristas de la LODLEE no tardaron en resaltar, aunque también se incluyan algunas novedades de fondo. De todas formas, no son pocas las dificultades que, a buen seguro, encontrará el aplicador del actual texto normativo, incrementadas en la actualidad a la espera del anunciado desarrollo reglamentario, que obliga a la necesaria aplicación (imprescindible en esta parcela del régimen de extranjería) del RD 155/1996.

Hemos señalado que el régimen de las autorizaciones administrativas para trabajar de la LODLEE es continuista respecto al del año 1985. El régimen legal sigue pivotando sobre el carácter preceptivo del permiso de trabajo y distingue entre permiso de trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena, aunque es éste el que centra la atención del legislador que lo caracteriza con los rasgos propios de la Ley precedente.

De sobra es conocido que el permiso de trabajo constituye un elemento típico y esencial de nuestra tradicional regulación de extranjería que configura un régimen de prohibición del trabajo de los extranjeros en España, salvo autorización. O, con palabras del Tribunal Supremo, que el permiso de trabajo es una autorización administrativa que levanta la prohibición relativa de trabajar en España impuesta a los extranjeros. Este condicionamiento del trabajo de los extranjeros en nuestro país a una preceptiva autorización administrativa recibió en su día el «aval» del Tribunal Constitucional que no dudó en afirmar que esta diferencia de trato respecto al extranjero no admitía tacha alguna de constitucionalidad sino que era conforme al artículo 13 de la Carta Magna. Mayoritariamente también la doctrina ha sostenido el manteni-

miento de este régimen, pues se considera esencial su objetivo tutelar de la mano de obra nacional, controlando el acceso de extranjeros a nuestro mercado de trabajo, aunque no han faltado voces disonantes, quizás mejor encaminadas, para quienes sería suficiente un único permiso de residencia que habilite, igualmente y de forma automática, para la prestación de servicios por cuenta ajena o la realización de una actividad lucrativa, solución que seguramente eliminaría algunos de los problemas de burocracia que afectan a la tramitación actual de ambos permisos que ralentiza terriblemente su concesión y que ocasiona no pocos perjuicios al trabajador extranjero.

3.5. Rasgos esenciales, tipología y efectos de la ausencia del permiso de trabajo.

El artículo 36 LODLEE, pórtico de la extensa regulación sobre el trabajo de los extranjeros en España, impone a los extranjeros mayores de dieciséis años la necesidad de obtener, para ejercer cualquier actividad lucrativa (laboral o profesional), además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar. Sigue, por tanto, la línea tradicional de vinculación del permiso de trabajo con el de residencia. Esta referencia expresa subsana el silencio de la LO 4/2000 que podía llevar a pensar que no eran necesarios ambos permisos. Se mantiene, por tanto, el régimen tradicional de doble permiso, aun cuando no se hace mención alguna a si se tramitarán conjuntamente, como hasta ahora, a través del documento unificado previsto en el artículo 15 LODLEE del año 1985 o, por el contrario, el Reglamento buscará otra fórmula distinta. Con independencia de la solución final que se adopte en este punto sería deseable una agilización en los procedimientos, evitando los problemas que ocasiona el retraso en la concesión de los permisos.

La necesidad de un permiso de trabajo (o autorización administrativa, expresiones empleadas como sinónimas en la LODLEE) viene referida tanto para la realización de actividades por cuenta propia como por cuenta ajena (diferenciación que habrá de ajustarse a los criterios de la normativa laboral), aunque con un régimen jurídico distinto.

Es destacable el acierto legal al eliminar la ambigua referencia contenida en la LO 4/2000 a una autorización administrativa para trabajar (a todas luces distinta del permiso de trabajo) que debía solicitar y obtener el empresario, en la medida en que de forma diáfana se le impone ahora únicamente la obligación de obtener esta autorización cuando pretenda contratar a un extranjero no autorizado para trabajar (evitando la duplicidad en las autorizaciones).

El tema de la tipología de permisos de trabajo es típicamente reglamentario, de forma que se abren por la ley amplios espacios al mismo, que habrá de determinar los tipos concretos de permiso, su duración y prórrogas, no obstante, dentro del margen legal que prefija una duración, en todo caso, inferior a cinco años (art. 38.2 LODLEE). Esto supone que un rasgo esencial del permiso de trabajo en su configuración actual es su carácter temporal, pues la figura del permiso de trabajo permanente (introducida por el Reglamento del año 1996 y que legalizaba la LO 4/2000) ha desaparecido tras la reforma legal. A esta situación, no obstante, podrá llegarse por la vía del permiso de residencia permanente que da derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los nacionales. No está de más reiterar que en este ámbito sería de agradecer cierta simplificación en la tradicional tipología de permisos. Además, también condicionará la tipología reglamentaria la determinación por parte de la LODLEE de la posibilidad de limitar la concesión inicial del permiso a un determinado territorio, sector o actividad, concediéndose posteriormente sin restricción alguna [art. 38.2 y 3 d) LODLEE].

Frente a la nulidad del contrato de trabajo celebrado por el extranjero sin permiso, tradicionalmente admitida por doctrina y jurisprudencia, prescribe el artículo 36.3 LODLEE que «La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero».

3.6. Concesión y renovación del permiso de trabajo.

La concesión inicial del permiso de trabajo continúa dependiendo, como ya es tradicional, de la existencia de un contrato u oferta de trabajo (la suficiencia de esta última tiene su razón de ser, como es sabido, en las dificultades que acarrea la celebración del contrato de trabajo si la prestación laboral no puede iniciarse hasta la obtención del correspondiente permiso) (art. 38.2 LODLEE).

Son dos los criterios (habituales por cierto en nuestra normativa) que se utilizan para la concesión inicial del permiso de trabajo:

- a) La situación nacional de empleo (art. 38.1 LODLEE).

- b) El principio de reciprocidad (art. 36.4 LODLEE): conforme a este principio podrán aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades.

Resulta llamativa la ausencia de referencia legal a los criterios de concesión del permiso por cuenta propia, aspecto que deberá abordar el Reglamento (criterios que sí se encuentran en la norma del año 1985). Reglamento que, asimismo, debe especificar la documentación necesaria, los requisitos y criterios de concesión, pues conforme a sus disposiciones se llevará a cabo la solicitud del permiso, la instrucción y tramitación del expediente.

La renovación del permiso de trabajo es prácticamente automática en determinados supuestos (art. 38.3 LODLEE):

- Cuando persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial, o cuando se cuente con una nueva oferta de empleo, en los términos que se establezcan reglamentariamente. Supuesto en el que no procede la valoración de la situación nacional de empleo (art. 38.1 LODLEE)

- Cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de Seguridad Social, se hubiere otorgado una prestación contributiva de desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación. Con este supuesto de renovación automática pone fin la Ley a una larga polémica en relación con el derecho a las prestaciones de desempleo de los trabajadores sin permiso de trabajo, tesis por la que finalmente se iba inclinando la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

- Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social y laboral durante el plazo de duración de la misma.

- Cuando concurren las circunstancias que se establezcan reglamentariamente (así en el Reglamento de 1996 cuando el extranjero se halle en situación de baja por maternidad o accidente de trabajo o enfermedad profesional, entre otras).

3.7. Excepciones y régimen preferencial en la obtención del permiso de trabajo.

Aunque se ha visto que con carácter general se impone a todo extranjero que pretenda realizar una actividad lucrativa en nuestro país la obligación de proveerse de una autorización administrativa para trabajar, ha sido tradicional la previsión de determinados supuestos de excepción a dicha obligación, en especial atendiendo a la clase de actividad desempeñada, régimen que se reitera en la LODLEE (art. 41 LODLEE). Como novedad, la LO 4/2000 procedía a una considerable ampliación de estos supuestos, incluyendo entre los mismos algunos que en el régimen anterior eran meras preferencias, régimen tradicional al que se vuelve tras la «contrarreforma». Debe tenerse en cuenta que la excepción no exime de otras obligaciones como el visado de entrada o el permiso de residencia, cuando sean necesarios, y que tampoco actúa de forma automática, esto es, que debe solicitarse el reconocimiento de la excepción, a través del oportuno expediente administrativo (art. 41.2 LODLEE). Entre las excepciones es destacable la relativa a los extranjeros que hayan obtenido la residencia permanente en nuestro país (art. 41.3 LODLEE), solución absolutamente lógica partiendo de la base de que, como se ha señalado, se les reconoce el derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles; si se tiene en cuenta que la desigualdad respecto al extranjero afecta exclusivamente al régimen de acceso (el extranjero una vez obtenido el permiso de trabajo goza de los mismos derechos individuales y colectivos que el español) al mismo debe venir referida la equiparación legal. Asimismo, merece resaltar que la LO 8/2000 viene a subsanar el error en que incurría la redacción originaria de la LODLEE al exceptuar de la obligación de proveerse del correspondiente permiso de trabajo a los extranjeros casados con española o español y no separados de hecho o de derecho, supuesto en que se hace innecesario el permiso de trabajo y, por ello mismo, un régimen preferencial o excepcional de concesión, al entrar dentro del campo de aplicación de la libre circulación de trabajadores, como integrantes de la unidad familiar de un nacional de un estado miembro de la Unión Europea. Situación que, sin embargo, no se ha extendido a las personas que tengan a su cargo descendientes de nacionalidad española (incluida entre las preferencias en la obtención del permiso) a los que también resulta de aplicación el régimen comunitario.

Si en la LO 4/2000 se prescindía de los regímenes preferenciales para la concesión del permiso de trabajo, incluyendo algunas de las tradicionales preferencias entre las excepciones al contingente de mano de obra y otras entre las excepciones al permiso de trabajo, con la LO 8/2000 se vuelve al sistema del año 1985. El régimen de preferencia previsto en el artículo 40 LODLEE, en línea con la regulación precedente, pasa por la concesión del permiso de trabajo sin atender a la situación nacional de empleo, criterio nuclear

sobre el que gira su obtención en el régimen «común». No obstante, resulta esencial la actuación reglamentaria para desarrollar las preferencias así como para delimitar su alcance. Por el contrario, desaparece definitivamente cualquier trato especial o preferencial a extranjeros con determinados lazos o vinculaciones especiales con nuestro país (iberoamericanos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y personas originarias de Gibraltar), régimen que venía sufriendo importantes recortes desde el año 1985.

3.8. Régimen especial de trabajadores de temporada.

La LO 4/2000 ha procedido a escindir el permiso de trabajo para trabajadores de temporada del régimen común, en la medida en que se pretende un régimen jurídico adecuado a sus características, puesto que el trabajador de temporada, al menos teóricamente, carece de vocación de permanencia o arraigo en España. No obstante, la LODLEE se limita prácticamente a remitir su regulación al futuro Reglamento, exigiendo como requisito para su concesión la garantía a los trabajadores de un alojamiento en condiciones de seguridad y dignidad adecuadas (que parece recaer ahora sobre el empresario). No cabe perder de vista que esta necesidad de una regulación adecuada para la contratación de este tipo de trabajadores, esenciales en el sector agrario sobre todo en determinadas zonas geográficas, era reclamada desde distintos ámbitos y su ausencia se había visto suplida en muchas ocasiones a través del cupo o contingente de extranjeros al que hemos de referirnos infra. En este sentido, la propia Resolución de 11 enero 1999, por la que se dictan instrucciones generales sobre la determinación de un contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 1999 y el procedimiento para su cobertura señala que «sin perjuicio de la posibilidad de tramitar al amparo de este procedimiento ofertas de empleo de temporada, la regulación de las mismas debe tener un marco propio, que por su propia naturaleza no puede estar sometido a un período cerrado e igual para todo el territorio nacional».

3.9. Régimen especial para trabajadores transfronterizos.

Se prevé también un régimen especial para trabajadores transfronterizos, que quedan definidos en el texto reformado como aquellos que residiendo en la zona limítrofe desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente (frente al retorno semanal previsto en la redacción originaria). A estos trabajadores se les exige la obtención de la correspondiente autorización administrativa con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general (art. 43.1 LODLEE). De todas formas, este es un permiso escasamente solicitado en la práctica en la medida en que el presupuesto para el mismo, por razones obvias, es poco frecuente. En cuanto a la regulación del permiso de trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, se remite íntegramente al desarrollo reglamentario, aun cuando de conformidad con la normativa vigente en la materia (art. 43.2 LODLEE).

3.10. El contingente o cupo de trabajadores extranjeros.

Con la LO 4/2000 se ofrece cobertura legal a la fórmula del contingente o cupo de trabajadores extranjeros que ha venido siendo utilizada por el Gobierno desde el año 1991 para determinadas actividades y que se incorporó al artículo 70 RD 155/1996. Con el contingente se busca la regulación de la llegada gradual de inmigrantes, organizando los flujos de inmigración en función de las necesidades de mano de obra existentes, no obstante, ha cumplido el papel de procedimiento anual (encubierto) de regularización de extranjeros «irregulares» ya presentes en nuestro país. Aquel pretendido objetivo se aprecia en la definición que del mismo aporta el Ministerio de Trabajo como procedimiento específico y simplificado que tiene como finalidad la cobertura, de manera ágil y eficaz, de ofertas de trabajo no atendidas por el mercado nacional de empleo.

La elaboración anual de un contingente de trabajadores extranjeros (art. 39 LODLEE) aparece como preceptiva para el Gobierno pero condicionada a la existencia de necesidad de mano de obra no cubierta, en atención a la situación nacional de empleo. El contingente debe determinar el número y características de las ofertas de empleo ofrecidas a trabajadores extranjeros que «no se hallen ni sean residentes en España», con indicación de sectores y actividades profesionales. Con esta formulación (introducida por la LO 8/2000) parece que quiera huírse de su tradicional utilización como fórmula de regularización de extranjeros, aunque ello seguramente va a suponer la subsistencia de una gran bolsa de indocumentados que quedan a merced de la explotación. Novedad, asimismo, introducida por la «contrarreforma» de la LODLEE radica en dar entrada a la participación de las CC AA en la elaboración del contingente, quienes pueden elevar propuestas (que incluyan número de ofertas de empleo y características profesionales de los trabajadores) al Gobierno. Con carácter general cabe destacar que en el texto reformado se abren determina-

dos espacios a la participación de las CCAA en materia de extranjería, aspecto en el que inciden especialmente los partidos nacionalistas en la elaboración del desarrollo reglamentario de la LODLEE.

3.11. De las tasas por autorizaciones administrativas.

La LO 8/2000 en este punto viene caracterizada por una ampliación notable de la atención dispensada a esta temática acompañada de una sustancial mejora técnica. De este modo, frente al limitado alcance dado en la Ley 4/2000 al tema de las tasas, centrado exclusivamente en las relativas a la autorización administrativa para trabajar, encontramos ahora un tratamiento general (abarca a todos los documentos relacionados con la extranjería, así como sus prórrogas, modificaciones y renovaciones) y detallado (se diseña su régimen fiscal —hecho imponible, cuantía, gestión, recaudación y autoliquidación—), que viene a derogar la normativa específica relativa a visados o permisos de residencia. Respecto a la tasa correspondiente al permiso de trabajo por cuenta ajena el sujeto pasivo sigue siendo el empresario, solución bastante lógica aun a pesar de que en ocasiones se ha estimado que pudiera tener un efecto perverso sobre la contratación, que estimamos seguramente infundado.

Destaca asimismo que, frente a la desaparición del régimen preferencial en la obtención del permiso de trabajo para los iberoamericanos y nacionales de otros países con lazos históricos con España, se recupera ahora la exención del pago de tasas por expedición de dicho permiso (prevista en el art. 23 LO 7/1985), aunque sólo para actividades por cuenta propia.

La aplicación de estas normas queda pendiente del desarrollo reglamentario, continuando en vigor las normas reguladoras de las tasas por concesión de permisos y autorizaciones de extranjería (disp. transit. 3^a LO 8/2000).

4. Título Tercero: De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador.

4.1. Aspectos básicos del régimen legal. Sobre la tipificación de las infracciones.

La regulación introducida en el Título III de la Ley sobre las infracciones y sanciones en materia de extranjería se ajusta mucho más a los principios del derecho administrativo sancionador inspirados en el propio texto constitucional que su predecesora LO 7/1985, sobre todo el de legalidad y el de tipicidad, partiendo, lógicamente, de una calificación de las infracciones en leves, graves y muy graves (art. 51 LODLEE). Las reformas operadas por la LO 8/2000 (cuya redacción definitiva mejoró bastante respecto al anteproyecto del Gobierno gracias seguramente al acogimiento de algunas de las sugerencias realizadas por el CGPJ y el Consejo de Estado en sus respectivos dictámenes) vienen inspiradas por un deseo de aumentar el control sobre la inmigración (como el resto del texto legal), en la medida en que se dificulta la entrada en España (a través de una política más restrictiva de entrada y visado) y se facilita la salida, pero también por intenciones loables como frenar las redes organizadas que trafican clandestinamente con mano de obra. El régimen sancionador sufre cierto endurecimiento respecto a la redacción original de la Ley, sobre todo por la generalización de la expulsión del territorio nacional de los extranjeros que cometan determinadas infracciones.

Con carácter general el cuadro de infracciones coincide sustancialmente, salvo cuestiones de matiz, con la redacción originaria de la Ley, aunque polémica de seguro suscitará el novedoso régimen sancionador previsto para los transportistas (art. 54.3 LODLEE). Si bien en él late el deseo de acompasar nuestra regulación con el acuerdo de Schengen y evitar comportamientos de aquellos sujetos que facilitan la inmigración ilegal, no podemos olvidar que se hace recaer sobre los mismos un poder de policía que no les corresponde. Excesivas, sobre todo, resultan las previsiones de responsabilidad en relación con los solicitantes de asilo, en la medida en que la exención de la misma se hace depender de actos en los que no interviene la voluntad de quien es considerado infractor: que el extranjero solicite el asilo sin demora o que la solicitud sea admitida a trámite. De este modo, la responsabilidad viene a objetivarse y, nuevamente, se hace recaer sobre el transportista la obligación de ponderar si se dan los requisitos para la admisión de la petición de asilo.

Se regulan igualmente los efectos de la colaboración del extranjero contra redes organizadas, que puede actuar como eximente de su responsabilidad administrativa y evitar su expulsión (art. 59 LODLEE).

4.2. Sanciones: multa y expulsión.

La sanción típica continúa siendo la multa en cuantías que alcanzan hasta los 10.000.000 de pesetas

(art. 55.1 LODLEE), ahora bien, se prevé la posibilidad de sustituirla por la expulsión en supuestos de infracciones muy graves y determinadas infracciones graves (cuya cifra aumenta considerablemente con la «contrarreforma»), situación que supone un nuevo viaje de regreso a las previsiones del texto del año 1985. De tal forma que la expulsión puede ahora decretarse por encontrarse irregularmente en el territorio español en los términos del artículo 53 a) LODLEE y por hallarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa, cuando no cuente con autorización de residencia válida, supuestos que eran susceptibles únicamente de multa en la LO 4/2000 (aspecto que a juicio del Ministerio del Interior impedía las expulsiones en el 75% de los supuestos respecto a lo que ocurría con la ley socialista de 1985).

Es de resaltar, con la doctrina, el desacierto que supone la extensión del procedimiento de expulsión más allá de los casos de extrema gravedad (infracciones muy graves), abarcando también a las graves. Esta situación puede chocar con el principio de proporcionalidad inspirador del derecho sancionador administrativo, en la medida en que a sanciones calificadas con distinta gravedad les corresponde idéntica sanción (expulsión). Quizás olvida la nueva redacción legal, en un régimen regresivo que se aproxima demasiado al de la Ley del año 1985, el necesario carácter excepcional que debiera tener la medida de expulsión, que se generaliza en demasía. La posibilidad de proceder por la Administración a la expulsión automática y sin supervisión judicial de los «irregulares» que se encuentren en nuestro país, es una solución que resulta excesiva y que camina bastante distanciada de una política de inmigración basada en la integración.

4.3. *El procedimiento preferente de expulsión.*

Una vuelta al régimen de extranjería anterior se aprecia asimismo en la regulación en detalle del procedimiento preferente de expulsión, procedimiento sobre el que planean serias dudas de constitucionalidad por su posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que cobra su máxima expresión en la brevedad del plazo legal para su tramitación (48 horas), que dificulta seriamente el derecho a la defensa integrante de aquél. De todas formas, aun cuando pudiera predicarse el ajuste constitucional de ésta y otras previsiones de este capítulo (así la ejecutividad inmediata de la orden de expulsión en el procedimiento preferente –arts. 21.2 y 63 LODLEE– o la no obligatoriedad de asistencia letrada en determinados supuestos que pueden dar lugar a la salida forzosa del territorio nacional) qué duda cabe que asistimos a un debilitamiento de los derechos y garantías jurídicas de los extranjeros ya patente en otros artículos de la LODLEE como se señala supra.

Es de destacar también que tras la reforma, a efectos prácticos, desaparece la distinción entre aquellas personas que no han solicitado un permiso administrativo de aquellas personas a quienes ha caducado o se encuentran en una situación de arraigo, pues aunque formalmente la distinción permanece, ambos comportamientos llevan aparejada la misma consecuencia jurídica (expulsión), aunque se prevea la aplicación del procedimiento ordinario de expulsión en vez del preferente en los casos en que el extranjero [en el supuesto del art. 53 a) LODLEE] acredite haber solicitado con anterioridad permiso de residencia temporal por situación de arraigo (art. 63 LODLEE).

En otro orden de cuestiones, hemos de reseñar el avance que supone en aras de la tutela del derecho de asilo que la Ley reformada prevea la paralización del procedimiento de expulsión (también devolución) de un inmigrante que formaliza la petición de asilo (art. 64 LODLEE), al menos hasta que sea devuelta o inadmitida a trámite.

Para concluir, conviene señalar que se aprecia una mejora de técnica legislativa tras la LO 8/2000 que procede a diferenciar de forma más diáfana la expulsión, el retorno y la devolución, conceptos jurídicos distintos, contemplando el régimen jurídico que corresponde a cada uno de ellos.

4.4. *Internamiento y otras medidas cautelares.*

Se prevé el internamiento preventivo previa autorización judicial, ahora bien, téngase en cuenta que en la nueva redacción legal la intervención del juez en los supuestos de retorno parece quedar reducida a determinar el lugar donde debe ser internado (art. 60 LODLEE), aunque esta diferencia de trato es ciertamente dudosa y carente de justificación objetiva. El internamiento, como medida cautelar, aparece rodeado de diversas garantías (derecho a asistencia de letrado e intérprete y resolución judicial motivada susceptible de recurso) al ser una medida excepcional que afecta a un derecho fundamental presupuesto de casi todos los demás: la libertad, aunque, en sintonía con lo afirmado supra, no cabe perder de vista que la excepcional-

idad se relativiza en la medida en que es aplicable en todos los supuestos de expulsión (objeto de ampliación en el texto reformado), retorno y devolución.

El artículo 61 LODLEE (frente al art. 57 que se ocupaba básicamente de la obligación de presentación periódica) se encarga de introducir una regulación específica de las medidas cautelares entre las que se incluye la posible detención administrativa cautelar previa a la solicitud de internamiento para los supuestos de expulsión, devolución y retorno.

La recurribilidad de los recursos administrativos (art. 65) viene remitida a lo dispuesto con carácter general en la legislación administrativa, siendo quizás más acertada la regulación de previsiones específicas a la materia de extranjería.

5. **Título Cuarto: Coordinación de los Poderes Públicos en materia de inmigración.**

El principio de coordinación administrativa, como es sabido, debe inspirar las actuaciones administrativas cuando en ellas intervienen varias administraciones públicas a fin de lograr el eficaz desempeño de sus competencias. Pues bien, a la misma viene dedicado el título IV de la LODLEE que no sufre modificaciones de especial trascendencia en el texto de reforma. Regulación que se inicia con la fijación de distintos objetivos, tanto el básico y general de la coordinación de los órganos de la Administración general del estado, con los de instituir al Gobierno en observatorio permanente a fin de evitar o dificultar la aparición de corrientes xenófobas o racistas, acompañado de la unificación en oficinas provinciales de los servicios existentes y la elaboración de planes, programas y directrices de actuación de la Inspección de Trabajo en estas materias. Junto a ello se da cabida a dos órganos (el Consejo Superior de Política de Inmigración y el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes) con el objetivo de facilitar la entrada de otras administraciones públicas y asociaciones en la política migratoria, declarando el apoyo del Gobierno a estas últimas. El artículo 69 LODLEE en su redacción definitiva (casi idéntica a la anterior) a modo de declaración de intenciones pone de manifiesto la necesidad de que los poderes públicos impulsen (sobre todo de forma económica) las distintas asociaciones que tratan de favorecer su integración social.

5.1. *El Consejo Superior de Política de Inmigración.*

El Consejo Superior de Política de Inmigración (cuyo desarrollo en cuanto a composición, funciones y régimen de funcionamiento es remitido al Reglamento por la LO 8/2000) es el medio de articular la coordinación territorial (Estado, CC AA y Municipios) entre las distintas administraciones con competencias en la integración de los inmigrantes, a fin de un desarrollo de una política global en materia de integración social y laboral de los inmigrantes (art. 68 LODLEE).

5.2. *El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.*

Para concluir, se regula en este capítulo el denominado, tras la LO 8/2000, Foro para la Integración Social de los Inmigrantes que reúne en su seno tanto a representantes de la Administración como de asociaciones de inmigrantes y órganos sociales de apoyo que se configura como un órgano tripartito de información, consulta y asesoramiento en materia de integración de los inmigrantes. Ahora bien, aun a pesar de la creación del Consejo, quizás incluso innecesaria pues viene a complicar aún más el panorama de organismos con competencia en materia de inmigración, y el Foro, la nueva redacción legal refleja que el Gobierno parece bastante menos preocupado de la puesta en marcha de una verdadera política global de integración que del control y la prevención de la inmigración ilegal.

6. **Disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria, finales.**

Una vez que ya señalamos al comienzo de estas páginas el número de disposiciones que acompañan tanto a la LO 4/2000 como al texto reformador, nos limitaremos a resaltar los contenidos de algunas de ellas.

6.1. *Disposiciones transitorias: Regularización de extranjeros y régimen transitorio.*

Como suele ser habitual cuando se aprueba una nueva Ley de Extranjería la disposición transitoria 1^a LO 4/2000 regulaba un procedimiento para la regularización de extranjeros desarrollado en el RD 239/2000, de 18 de febrero (BOE 19 febrero de 2000; c. e. 9 marzo 2000), cuya aplicación, no obstante, dejaba fuera un importante número de extranjeros «ilegales» ya presentes en nuestro país. Procedimiento regularizador que también encontramos en la LO 8/2000 (disp. transit. 4^a) (RCL 2000, 492), con carácter

mucho más restrictivo, en la medida en que se limita a prever la regularización respecto a las personas a las que se hubiese denegado la solicitud de acuerdo con aquellas disposiciones, exclusivamente por el motivo de no haber acreditado su presencia en España antes del 1 junio 1999 (vid. RD 142/2001, 16 febrero, BOE 20 febrero).

Como es habitual en las normas de extranjería se contempla un régimen transitorio para la validez de los permisos vigentes y la normativa aplicable a los procedimientos administrativos en curso.

6.2. *Silencio administrativo.*

Frente a las dudas que podía suscitar el régimen del silencio administrativo previsto en la Ley 4/2000, el texto de reforma en la disposición adicional 1^a aborda de manera más diáfana esta temática de forma que contempla como regla general el silencio negativo y como excepción el silencio positivo, expresamente previsto para las solicitudes de prórroga de permiso de residencia y la renovación del permiso de trabajo, siendo en ambos casos el plazo de resolución de tres meses.

6.3. *Participación de las CC AA.*

Es de recibo poner de manifiesto, en línea con lo señalado supra, la inclusión de una nueva disposición adicional (disp. adic. 2^a) por la LO 8/2000 sobre la creación de Subcomisiones de Cooperación para dar entrada a la participación de las CC AA en las cuestiones relacionadas con la extranjería e inmigración, haciendo especial hincapié en Canarias, por su particular situación geográfica.