

¿LUCHAR CONTRA LOS FLUJOS MIGRATORIOS O CANALIZARLOS? EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE ENTRADA, RESIDENCIA, TRABAJO Y SALIDA DE EXTRANJEROS EN EL ACTUAL MODELO DE GESTIÓN MIGRATORIA*

David Moya Malapeira**

Sumario

Introducción

1. La evolución del modelo de gestión migratoria en los últimos años
2. El modelo español de gestión migratoria: ¿problemas antiguos que necesitan nuevas soluciones?
 - 2.1. La gestión de los flujos migratorios de entrada en España
 - 2.1.1. El visado como instrumento esencial de regulación de los flujos de entrada
 - 2.1.2. El papel de las compañías de transporte
 - 2.1.3. Controles policiales fronterizos y detención de inmigrantes en la frontera
 - 2.2. Residencia y trabajo
 - 2.2.1. Residencia por reagrupación familiar
 - 2.2.2. Residencia por motivos laborales
 - 2.2.3. Regularización por arraigo
 - 2.3. Estancia irregular y expulsión (o retorno comunitario)
3. Algunos problemas nuevos a los que tendría que enfrentarse el modelo de gestión migratoria

* Este trabajo se inscribe en una línea de investigación financiada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (DER 2008-00126, Eliseo Aja), sobre la integración de los extranjeros en España. El presente documento ha sido sometido a la dirección de la revista en fecha 23.10.2009 para su evaluación. Los cambios ulteriores son mínimos y están dirigidos a incorporar los principales elementos de la reforma de la Ley Orgánica 2/2009, que en el momento de redacción del trabajo era todavía un proyecto de ley.

** David Moya Malapeira, profesor de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política, Facultad de Derecho, Avda. Diagonal, 684, 08034 Barcelona, dmoya@ub.edu.

Artículo recibido el: 23.10.2009. Evaluación ciega: 14.01.2010. Fecha de aceptación de la versión final: 25.01.2010.

Introducción

La inmigración está transformando nuestra sociedad: ha cambiado ya muchos de los barrios de nuestras ciudades, ha modificado la estructura del mercado de trabajo, ha introducido nuevos retos para el sistema educativo, ha obligado a revisar las previsiones de nuestro sistema de pensiones, etc. Que el balance de dichos cambios sea positivo o negativo para nuestra sociedad en gran parte depende de cómo se gestionen estos flujos migratorios, dado que todo reto, sin duda, esconde riesgos pero también oportunidades. Los países que han sabido aprovechar las oportunidades que les brindaba la inmigración se han convertido en sociedades más dinámicas, más ricas y bastante más plurales.

A efectos de gestionar los flujos migratorios (o de canalizarlos), la adopción de un marco jurídico relativamente estable en sus elementos fundamentales pero suficientemente flexible para adaptarse a la evolución del fenómeno migratorio constituye un requisito esencial para alcanzar un mínimo éxito en este ámbito. En este sentido, hay que apuntar que la identificación de la gestión de los flujos migratorios con instrumentos de control migratorio puede generar la falsa impresión de que los flujos se pueden controlar: no es cierto, o, al menos, no completamente. Como los flujos migratorios se deben a una multiplicidad de causas tanto en origen como en tráfico y en destino (económicas, sociales, medioambientales, etc.), muchas veces los Estados —y particularmente los Estados democráticos de derecho— no tienen capacidad para controlar completamente este fenómeno, ya que, tal como apuntan Zolberg o, desde una perspectiva distinta, Sassen,¹ finalmente el Estado sólo es uno de los actores en inmigración, junto con las empresas, los propios inmigrantes, los países de origen, etc., por lo que parece más adecuado el uso de la expresión «canalizar» que la de «controlar». El caso español es paradigmático: a pesar de disponer de algunos instrumentos relevantes para canalizar las migraciones, los esfuerzos de los sucesivos gobiernos con el fin de reducir los flujos migratorios han topado en muchas ocasiones con la realidad de un mercado de trabajo muy permeable y atractivo, mucho más sensible a las crisis económicas que a las medidas de control fronterizo. En estas situaciones, hay que empezar por aceptar que los gobiernos no siempre pueden «controlar» una migración ya dada, pero que es suficiente que pueda canalizarla mínimamente y de forma adecuada. Sin embargo, relativizar el papel de los Estados tampoco quiere decir restarles importancia, por el hecho de que siguen siendo unos actores muy importantes en la conformación del fenómeno migratorio.²

En efecto, la forma en la que un estado «canaliza» o gestiona su inmigración, más allá de las inevitables adaptaciones coyunturales, conforma y define su modelo migratorio. En el primer apartado de este trabajo analizaremos el proceso de consolidación del modelo migratorio español y sus características fundamentales. En el segundo apartado examinaremos con detenimiento algunas de estas características en relación con la entrada, la residencia, el trabajo y la expulsión. Dedicaremos un tercer apartado a los principales problemas a los que se enfrenta el actual modelo migratorio, y, como hipótesis final del trabajo, defenderemos que la consolidación de un modelo migratorio propio y relativamente estable refuerza la eficacia de la gestión.

¹ Zolberg, R. Aristide: «The Next Waves: Migration Theory for a Changing World», en *International Migration Review*, vol. 23 (3), número especial. Sassen, Saskia: *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, Ed. Columbia University Press, 1996, o, de la misma autora, *Globalization and its discontents*, New York University Press, 1998.

² Para un repaso de las diferentes teorías migratorias y del papel de los Estados, puede consultarse Massey, Douglas S.; Arango, Joaquín; Hugo, Graeme; Kouaouci, Ali; Pellegrino, Adela, y Taylor, J. Edward: «Theories of International Migration: A Review and Appraisal», *Population and Development Review*, vol. 19, nº. 3, septiembre 1993, pp. 431-466.
Revista catalana de dret públic, núm. 40, 2010

1. La evolución del modelo de gestión migratoria en los últimos años

Aunque los antecedentes del actual sistema de control de entrada a España se remontan hasta mediados del siglo XIX, sólo con el proceso de transición democrática iniciado en la década de 1970 se fueron incorporando al ordenamiento jurídico español una serie de disposiciones internacionales sobre derechos humanos que convirtieron a los extranjeros en titulares indiscutibles de un conjunto mínimo de derechos. La aprobación de la Constitución representó un auténtico revulsivo en materia de extranjería a partir de la refundación de los mismos conceptos sobre bases completamente nuevas.³ Ahora bien, no fue hasta unos años más tarde cuando se empezó a notar el efecto combinado de la Constitución y los derechos humanos (art. 10.2 CE), especialmente sobre la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia,⁴ que compensó como pudo la inactividad del legislador en este ámbito, sometiendo a una administración acostumbrada a una normativa y a unas prácticas ancladas en el régimen anterior. Si las Cortes tardaron casi siete años en diseñar un nuevo régimen de extranjería ajustado a la Constitución cumpliendo así el mandato contenido en el artículo 13.1 CE, lo cierto es que, a diferencia del convulso lustro anterior, entre 1980 y 1985 la inmigración empezó a remontar e incrementarse, lejos aún de ser una cuestión relevante social o políticamente. Este periodo de estabilización política y de reajuste económico se puede calificar de fase migratoria inicial, con unos 250.000 extranjeros regulares y entre 100.000 y 250.000 extranjeros en situación irregular en el año 1985 (36% más que en 1980), y constituye la antesala de las siguientes fases migratorias vividas en España, de una duración aproximada de un lustro cada una de ellas.⁵

El periodo comprendido entre 1985 y 1990 se caracteriza por una relativa estabilidad política y el reajuste económico y laboral como consecuencia de la necesidad de convergir con Europa. Dicha estabilidad, ligada al crecimiento de la demanda de mano de obra no cualificada en algunos sectores productivos muy concretos, explica el lento aumento de la inmigración en este periodo, fruto del que se llegó a un saldo migratorio cero. Desde el punto de vista normativo, el referido lustro empieza con la adopción de la Ley Orgánica 7/1985, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España (LOE), una norma que sentó las bases para la instauración de un sistema de gestión migratoria más moderno y, en principio, más ajustado a los mandatos constitucionales, fundado legalmente en un sistema de control de entrada de doble filtro (visado de entrada más control policial en la frontera, este último obligatorio en todos los casos), el establecimiento de medidas de alejamiento de extranjeros en la frontera (rechazo en la frontera y devolución) y en el territorio (expulsión)—esta última prevista para todos los que permanecieran irregularmente en España o que con su conducta infringieran las disposiciones de extranjería—, y, por último, la vinculación de la residencia al trabajo regular, haciendo de la obtención de ambas autorizaciones administrativas (permisos) condición de subsistencia. Ahora bien, el régimen de visados todavía no se había generalizado y los controles en la frontera no

³ Borrajo Inieta, Ignacio: «El estatus constitucional de los extranjeros», en *Comentarios a la Constitución Española. Libro homenaje a Eduardo García de Enterría*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 70.

⁴ Ante la subsistencia de normas y prácticas administrativas propias del régimen anterior, durante este periodo los tribunales fueron la única instancia que se erigió en auténtico garante de los derechos de los extranjeros, con las únicas armas de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, templando la aplicación de la normativa preconstitucional, en muchos aspectos contraria a esta norma tanto por razones materiales (aplicación de los principios de legalidad y tipicidad, protección ante la arbitrariedad y las sanciones de plano) como por razones de índole más procedimental o formal (audiencia previa a la expulsión, exigencia de determinadas garantías procedimentales, entre las cuales la notificación correcta y finalmente la protección de la vía preferente y sumaria de la Ley 62/1978).

⁵ La verdad es que se trata de una clasificación bastante subjetiva que toma la evolución de los flujos migratorios, pero especialmente de su regulación jurídica, como criterio de referencia. La ventaja de este criterio de clasificación es que, con su sorprendente coincidencia con las diferentes legislaturas, refleja bien la constante dialéctica entre regulación y fenómeno migratorio. Véase el trabajo de Eliseo Aja en Arango, Joaquín y Aja, Eliseo (dirs.): *Veinticinco años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2006)*, Ed. Fundación CIDOB, Barcelona, 2006, y, en relación con la entrada en el mismo volumen y de forma coincidente, Moya, David.

permitían detectar la potencial irregularidad sobrevenida; además, la regulación de las medidas de alejamiento era muy defectuosa, y el rígido régimen de permisos contribuyó a incrementar el número de extranjeros en situación irregular,⁶ aparte de que la discrecionalidad administrativa empapaba toda la ley. Durante este lustro, España pasó de unos 250.000 residentes regulares en 1985 a 360.655 residentes en 1991, con un fuerte componente de ciudadanos marroquíes, que sumaban cerca de 50.000 residentes. A pesar de sus defectos, la LOE instauró el modelo de control migratorio de entrada que en esencia se ha conservado hasta la actualidad.

El 9 de abril de 1991 subraya el inicio de una tercera fase, que comprendería los años 1990 a 1996, pues la importancia de la inmigración había ido en aumento hasta al punto de que en el Congreso se debatió y se aprobó una proposición no de ley sobre la situación de los extranjeros en España,⁷ que instaba al Gobierno, entre otros extremos, a desarrollar una política de expulsión y construir un control de entrada más efectivo. La verdad es que el Reglamento de 1986 se había revelado un instrumento inadecuado para afrontar la nueva realidad migratoria, pero, además, la Comunidad Europea empezaba a abordar la inmigración y el asilo como nuevos ámbitos de actuación, fuese directa (Tercer Pilar de Maastricht, TUE 1992) o indirectamente (Convenio de Aplicación de Schengen de 1990 adoptado en desarrollo del Acuerdo del mismo nombre de 1985). El problema del creciente número de personas irregulares y la falta de mecanismos adecuados para afrontar esta realidad requerían no sólo un cambio de planteamiento, sino también un cambio en los instrumentos normativos utilizados hasta entonces y que se mostraban ya completamente desfasados. A pesar de esta constatación, la reforma del primer Reglamento no llegó hasta 1996, en la última fase del gobierno socialista y en plena recesión económica post-olímpica, sin que ello rebajara el ritmo de entrada de nuevos inmigrantes (en el año 1995 eran 449.773 extranjeros residentes, 205.047 en régimen general y 294.726 en régimen comunitario, en una proporción de 40%-60%). El nuevo Reglamento, adoptado mediante el Real Decreto 155/1996, atenuó la dureza de la LOE y amplió los aspectos de integración y reconocimiento de derechos, suavizando las previsiones sobre la expulsión de extranjeros y las condiciones de las mismas, además de introducir el permiso de residencia permanente. Sin embargo, la aplicación del Reglamento sólo hizo más patentes las limitaciones de la LOE para gestionar y canalizar unos flujos migratorios que en esos años habían entrado en una fase de desarrollo y consolidación, como demuestra el hecho de que a las puertas de 2001 había ya alrededor de 1.000.000 de extranjeros residentes, un 59,5% en régimen general y un 40,5% en régimen comunitario (en 2000 la proporción era de 53,12% y 46,88%), con la irrupción en las estadísticas de nuevos colectivos procedentes de Suramérica, que habían entrado en España en un espacio de tiempo muy breve (especialmente de Ecuador y Colombia).⁸ Tal incremento de las entradas llevará a reforzar el control en este ámbito, con el endurecimiento de la política de concesión de visados y el fortalecimiento de los mecanismos de control fronterizo tras la integración en Schengen, o la reducción de las solicitudes de asilo alcanzada con la reforma de la Ley 9/1994. La imagen que recorrerá España en relación con el control fronterizo será, sin embargo, la del drama de las pateras, que hacen su aparición en el imaginario colectivo durante este periodo, y que bajo distintas formas se convertirán en un referente constante al hablar de inmigración.

Los profundos cambios que auguraban los mencionados flujos migratorios pesaron gravemente para que la Comisión del Congreso de los Diputados que estudiaba la reforma de la LODILE avanzara hacia el consenso en una proposición de ley que acabaría promulgándose como Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades

⁶ El aumento alarmante de la inmigración irregular obligó a una regularización y una renovación de permisos (aproximadamente 110.000 y 82.000, respectivamente). Datos en Izquierdo, Antonio: *La inmigración inesperada*, Ed. Trotta, 1996.

⁷ Proposición no de ley ante el Pleno, de los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Catalán (CiU), CDS, Mixto (AIC, UV, EE y EA) y Vasco (PNB), sobre la situación de los extranjeros en España, BOCD, IV Legislatura, Serie D, n.º. 165, pp. 1 y ss.

⁸ Véase Carvajal, en Aja y Arango: *Veinte años...*, cit. *supra*.

de los extranjeros en España y su integración social, en coincidencia con el fin de la primera legislatura del Partido Popular. Esta reforma da comienzo a una cuarta fase que abarca los años 2000 a 2004. De hecho, el Partido Popular, una vez asentado en el Gobierno y con mayoría absoluta en las Cortes, modificaría inmediatamente —tal como había prometido en las elecciones de aquel mismo año 2000— la norma recientemente aprobada mediante la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, introducida con el objeto de endurecer varios aspectos del control migratorio y de la integración social con los que el partido que dirigía el Gobierno estaba en profundo desacuerdo. El texto resultante de la ley inicial y su reforma siguió manteniendo, sin embargo, un generoso listado de derechos (incluidos los sociales y el de asistencia letrada), consolidó un nuevo estatuto jurídico a medio camino entre la regularidad y la irregularidad, que era el extranjero irregular empadronado, instituyendo al padrón en requisito de acceso a determinados derechos, destacadamente la sanidad pública, pero sobre todo reorientando su finalidad para convertirse en un instrumento de regularización de los extranjeros en situación irregular («arraigo») para demostrar su presencia *de facto* en el territorio, si concurrían otros requisitos. Del mismo modo, la ley daba un giro para «laboralizar» el régimen de extranjería vinculando la residencia a la disposición de ofertas de trabajo pero facilitando el tráfico a través de los diferentes tipos de permisos y estableciendo distintos itinerarios para el acceso al mercado laboral (ofertas laborales en régimen ordinario o contingentadas, ofertas nominativas o no, visados de búsqueda de empleo, etc.). Igualmente, la nueva legislación definía todo un entramado institucional en torno a la inmigración con mucho más espacio de participación para las comunidades autónomas y los ayuntamientos en la gestión del hecho migratorio, así como para la sociedad civil (Consejo Superior de la Inmigración, Foro para la Integración, etc.).

No obstante, el posterior Real Decreto 684/2001, de 20 de julio, endureció todo lo que era posible endurecer en la ley y dio cobertura a prácticas administrativas muy restrictivas, políticamente orientadas por la lógica de que dificultar las condiciones de residencia y trabajo de los extranjeros frenaría la inmigración. Frente a esta lógica, los grupos de defensa de los extranjeros forzaron una judicialización del derecho de inmigración (recuérdense, por ejemplo, las distintas sentencias sobre el cierre de la vía de contratación ordinaria), estrategia coronada por la impugnación que dio lugar a la STS de 20 de marzo de 2003, que, en aplicación del principio de legalidad, declaró ilegales numerosos preceptos de la Ley. La reacción llegó poco después en forma de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que introdujo una serie de modificaciones menores para fortalecer el régimen de expulsión, pero sobre todo de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que permitió no sólo invertir algunas disposiciones comunitarias y adaptar el texto legal ala STS de 20 de marzo de 2003, sino también modificar a fondo diferentes elementos del modelo migratorio para reforzar los instrumentos de control de extranjeros, tanto en el estadio de entrada como en el de estancia o permanencia, en ámbitos como la reagrupación familiar, la comparecencia personal para el visado, las sanciones por retraso en la tramitación de la tarjeta de identificación, la ampliación de las obligaciones y sanciones aplicables a las compañías de transporte, el internamiento y la autorización judicial en los supuestos de devolución, la regulación de los derechos y deberes de los internados con medidas de seguridad y contención física en los centros, la limitación de las alegaciones en el procedimiento preferente de expulsión o el acceso de la policía al padrón, entre otros. De hecho, algunas de las disposiciones más controvertidas, tales como el acceso policial a los datos del padrón municipal, la regulación restrictiva de la inadmisión a trámite o la expulsión inmediata, han sido tildadas por algunos autores de inconstitucionales,⁹ sobre todo por la falta de garantías efectivas contra restricciones

⁹ Agüelo Navarro, Pascual: «La reforma de la Ley de extranjería y los derechos y libertades de los extranjeros. El recurso de inconstitucionalidad frente a la LO 14/2003», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º. 5, marzo 2004, pp. 103-109; o Pérez Velasco, María del Mar: «El acceso a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón (comentario a la LO 14/2003, de 20 de marzo de 2003)», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 40, 2010

arbitrarias de los derechos de los extranjeros. La necesidad de reducir el número de entradas llevó a la controvertida imposición de visados a colombianos y ecuatorianos, una medida que fue presentada como iniciativa comunitaria pero que obedecía claramente a intereses nacionales.

Con el cambio de mayorías parlamentarias y de Gobierno resultante de las elecciones de 2004, se abrió una nueva etapa en la evolución del modelo de gestión migratoria español que vino de la mano de una nueva reforma de la regulación del régimen de entrada, esta vez reglamentaria, por vía del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, con el que se inicia una sexta etapa, que comprende los años 2004 a 2009. Los elementos nuevos de este Reglamento se concretan en la creación de una serie de mecanismos de reducción de la irregularidad, fundamentalmente a través de un proceso de regularización («normalización») y varios mecanismos permanentes de regularización por arraigo (laboral, familiar, social y por razones humanitarias). En materia laboral, se completa el giro hacia la «laboralización» de la normativa de inmigración, con la contratación por vía ordinaria de extranjeros residentes en el exterior (no contingentada), el establecimiento de un catálogo trimestral de ocupaciones abiertas a la contratación de extranjeros, la mayor flexibilización del tráfico entre tipos de permisos, etc. La tendencia de crecimiento migratorio de la década anterior parece mantenerse hasta el último trimestre de 2008; en efecto, entre 2000 y 2005 el número de extranjeros residentes se duplicó de uno a dos millones (1,35 millones en régimen general y 0,7 millones en régimen comunitario, 65%-34%), mientras que en 2008 se volvía a duplicar la cifra para llegar a los cuatro millones, ahora con los rumanos —desde 2007 comunitarios— como uno de los nuevos colectivos con una mayor presencia en España, cifras en absoluto ajenas a los sucesivos procesos de regularización, que, con denominaciones distintas, se han llevado a cabo en estos años.

Con la irrupción a mediados de 2008 de la crisis financiera global —a la que en España hay que añadir la del mercado de vivienda—, se abre probablemente una nueva fase migratoria que se acompaña nuevamente de una reforma normativa iniciada con la redacción a finales de 2008 de un proyecto de ley que las Cortes aprobarían a finales de 2009 (Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000),¹⁰ y a la que seguirán probablemente otras reformas reglamentarias que conformarán un nuevo paquete normativo, del que asimismo es un elemento central la nueva ley de asilo (Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria).¹¹ Es bajo estas circunstancias donde hace falta ver la reforma legal presentada por el Gobierno como una reforma tímida y muy limitada que no pretende alterar seriamente los elementos fundamentales del modelo migratorio español: más bien se trata de una afinación de los mismos y de un ajuste a la nueva coyuntura. Sin embargo, sorprende que, coincidiendo su debate en las Cortes con un momento álgido de destrucción de empleo, este texto fuera finalmente adoptado e incorporara, además, algunas mejoras al Estatuto de los extranjeros en España. En un momento de incertidumbre sobre el alcance social y laboral de la crisis, es tan difícil cuantificar el impacto de la misma sobre la inmigración como valorar si la nueva ley contribuirá a suavizar sus efectos.

noviembre)», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º. 5, marzo 2004, pp. 109-122; Aguado Cudolà, Vicenç: «Las causas de inadmisión en los procedimientos administrativos en materia de extranjería: los problemas de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Cuarta de la LO 14/2003, de 20 de noviembre», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º. 5, marzo 2004, pp. 123-140.

¹⁰ BOE n.º. 299, de 12 de diciembre de 2009.

¹¹ BOE n.º. 263, de 31 de octubre de 2009.

No obstante, es evidente que la crisis iniciada en la construcción y extendida a otros sectores como el turístico —ambos intensivos en el uso de mano de obra extranjera— han rebajado el atractivo de España como país de destino para la migración laboral. La reacción gubernamental de cierre de los mecanismos de contratación externa (contingentes y catálogo trimestral) también ha contribuido a un fuerte reajuste al cerrar las vías de entrada laboral, más que las medidas de fomento del retorno voluntario o asistido. Es evidente que muchos extranjeros han regresado, y probablemente también sus familiares, siendo el curso 2009-2010 el primero en mucho de tiempo que empieza con un descenso en el número de nuevos alumnos extranjeros en el sistema educativo. Ahora bien, a pesar de disponer sólo de algunos indicios, todavía está por ver cuál es el impacto real y sobre qué perfil de población inmigrante ha recaído el peso de la crisis, hasta el punto de hacerles regresar o emigrar de nuevo hacia otro país.

2. El modelo español de gestión migratoria: ¿problemas antiguos que necesitan nuevas soluciones?

Al margen de crisis económicas más o menos coyunturales, el actual modelo español de gestión migratoria parece relativamente asentado y probablemente no cambiará mucho en los próximos tiempos, a reserva de que la crisis se prolongue y se manifiesten problemas económicos estructurales. Incluso en situación de crisis económica, la discusión entre los dos principales partidos se centra en unos pocos elementos, pero no difiere mucho en el mantenimiento de sus elementos centrales. Sin llegar a un consenso mínimo explícito, parece existir un cierto acuerdo en las bases del modelo migratorio que pasaría por lo siguiente: primero, reconocimiento de derechos, a lo que ha contribuido en parte la constitucionalización de los mismos (STC 115/1987, STC 116/1993, STC 236/2007 y ss., etc.); segundo, refuerzo constante de los controles de entrada de extranjeros estimulado por la necesidad de alcanzar los estándares comunitarios europeos (Código de Fronteras Schengen, Código de Visados, SIS-II, VIS, etc.); tercero, «laboralización» del modelo con la finalidad, lo que implica la asunción de las reglas de la oferta y la demanda con el fin de optimizar la entrada de extranjeros con fines laborales, pero también la introducción de ciertos correctores en el mercado y reserva al Gobierno de instrumentos clave para incidir sobre la oferta de empleo, asegurando al máximo la incorporación de los trabajadores al sistema de Seguridad Social; cuarto, mantenimiento, a pesar de las críticas, de mecanismos de regularización individual como el arraigo (al contrario, existe un desacuerdo —más aparente que real— con respecto a las regularizaciones masivas); quinto, recurso selectivo a la expulsión pero con el mantenimiento de criterios de aplicación relativamente discrecionales; sexto, minimización del asilo como vía de entrada de extranjeros. Y así podríamos intentar deducir otros elementos de que conforman un cierto consenso entorno al actual modelo migratorio español, pero las mencionadas anteriormente parecen ser las bases del modelo actual, consolidadas a lo largo de la última década. Ahora bien, pese a su consolidación, no se puede decir que estos elementos estén exentos de problemas, algunos de ellos ya antiguos y otros más recientes, pero que, combinados, tensionan las lógicas subyacentes del actual modelo español. Los abordaremos separadamente, aunque están profundamente interrelacionados.

2.1. La gestión de los flujos migratorios de entrada en España

Como se ha apuntado anteriormente, el sistema de control de la entrada regular de extranjeros se organiza actualmente a partir de filtros sucesivos de control, en número de tres: primero, en las Embajadas o Consulados españoles en el exterior, mediante el procedimiento de concesión del visado; segundo, a través de los

controles realizados por las compañías de transporte antes de entregar un billete de viaje; y tercero, mediante los controles policiales en la frontera. La progresiva consolidación de estos filtros de control, unida a la fuerte comunitarización de esta parte del ordenamiento de extranjería (con la colaboración y apoyo que implica), han ido reduciendo algunos de los problemas iniciales a los que se enfrentaba el sistema de control o gestión de entrada, pero, como decíamos antes, otros problemas perviven y no se han resuelto adecuadamente.

2.1.1. El visado como instrumento esencial de regulación de los flujos de entrada

Como es sabido, el visado permite a la Administración dos cosas: por una parte, programar, graduar y seleccionar a la inmigración que acepta en su territorio, en particular con respecto a su origen, composición y actividad; por otra parte, identificar y documentar individualmente a todos los extranjeros a los que permite el acceso al territorio, y a la inversa, presumir que aquellos que no disponen de visado se sitúan directamente fuera del régimen legal de inmigración. El incremento en el uso del visado desde mediados de los años noventa hasta su generalización posterior una vez comunitarizada esta decisión (Reglamento CE/539/2001, modificado por los reglamentos 2414/2001/CE, 453/2003/CE y 1932/2006/CE),¹² ha permitido disponer de un instrumento muy útil y potente de incidencia para el Gobierno en la gestión de los flujos de entrada. Se trata, no obstante, de un instrumento no del todo explotado por diversas razones.

Para empezar, porque el visado es expedido por la Administración exterior del Estado, concretamente Embajadas y Consulados situados lejos del territorio nacional, administraciones que tardaron a ser reorganizadas adecuadamente y a estar dotadas material y humanamente, a pesar de afrontar gran parte de la carga administrativa de filtraje migratorio inicial.¹³ Parte de los problemas derivan de la necesidad de que los procedimientos administrativos se tramiten de forma coordinada con el resto de la Administración estatal (y, cada vez más, autonómica, convirtiéndose en uno de los nuevos retos de futuro). Pese a que la introducción de nuevas tecnologías informáticas está paliando la dificultad inicial que la distancia física de España comportaba en este sentido, subsisten problemas de coordinación y modernización de los procedimientos de expedición.

Efectivamente, el hecho de que el visado constituya precisamente el objeto de un procedimiento especial, tanto por su objeto como por sus garantías, plantea numerosos problemas. Hasta la Ley Orgánica 4/2000, el visado casi era considerado como un acto administrativo de graciosa concesión y que, por lo tanto, no tenía que ser motivado ni algo contra lo que se pudiera recurrir; igualmente, las garantías procedimentales eran casi inexistentes. Actualmente, en España este debate se ha reconducido imponiendo un procedimiento administrativo con ciertas garantías procesales (resguardo de la solicitud, silencio negativo, recurso, pero sin asistencia letrada) y una exigencia de motivación en determinados tipos de visado —como el de reagrupación familiar o el laboral, pero no, por ejemplo, ante solicitudes de visado de turismo o visita. Del mismo modo, se han introducido determinados requisitos para asegurar la fiabilidad de la solicitud, como la comparecencia o la entrevista personales, así como la coordinación en las decisiones sobre los mismos a nivel europeo, fijando unos criterios comunes sobre visados (las instrucciones consulares comunes y, desde julio de 2009, el Código de

¹² DOCE L-81 y L-327 de 2001, L-69 de 2003 y L-265 de 2006, respectivamente.

¹³ El Defensor del Pueblo y algunas asociaciones han denunciado en varias ocasiones el mal funcionamiento de estas administraciones en los últimos años, aunque algunas embajadas y, especialmente, sus funcionarios han llevado a cabo un esfuerzo destacado con el fin de cumplir con sus obligaciones.

Visados Comunitario),¹⁴ pero también reforzando tecnológicamente la toma de decisiones con información respecto a la solidez de la solicitud a partir de bases de datos comunes sobre solicitudes y resoluciones sobre visados (el futuro VIS)¹⁵ que pueden incluir controles biométricos para evitar suplantaciones de identidad. Es en este estadio donde los controles de seguridad se han reforzado también con la exigencia de antecedentes penales y la consulta de bases de datos policiales (y, en todo caso, el SIS, pronto SIS-II).

Aparte de eso, el visado plantea también otros problemas de fondo que sólo han sido abordados parcialmente por la normativa o las políticas actuales. En primer lugar, es verdad que el visado, por sí mismo, desincentiva la inmigración (más que si no hay), pero, más allá de esta falta de incentivo intrínseca, lo que reduce verdaderamente los flujos migratorios regulares son las condiciones exigidas para obtenerlo. Segundo, la eficacia del visado depende de otros factores externos—como la posibilidad de entrar irregularmente en el país, ligada a su vez a factores como la distancia y los costes personales y económicos del viaje—, y también de la existencia de colectivos con derechos constitucional o legalmente reconocidos a entrar en el territorio (así, en general los familiares de extranjeros residentes tienen derecho a entrar en el territorio aunque la política sea de no conceder visados a los nacionales de un país determinado).¹⁶ Tercero, si bien el visado está pensado para transferir al Estado la capacidad de decisión, y, por lo tanto, supuestamente de planificación y organización de los flujos, de modo que el Estado puede trazar primeramente los perfiles de la inmigración que pretende acoger (composición, países de origen, perfil de los inmigrantes, etc.), en nuestro país no existen unos criterios abiertos y claros sobre el otorgamiento de visados por tipo de visado o zonas geográficas, habiéndose optado por una práctica restrictiva con respecto a los visados de turismo solicitados en algunos países (Marruecos o Argelia, por ejemplo) y no en otros, mientras que, siguiendo la política de «laboralización» migratoria, los visados laborales se dejaban a la iniciativa del mercado (sobre todo en el caso de trabajos no cualificados) y los familiares, a la simple iniciativa de los solicitantes. No ha habido ninguna actividad de planificación numérica o de establecimiento de criterios claros al respecto, no al menos en los documentos públicos del Gobierno. Esta opción dificulta la toma de decisiones, tanto para los funcionarios de las Embajadas como de los Consulados ante los visados turísticos, mientras que automatiza la concesión de los visados laborales y de reagrupación familiar (o de estudios), si vienen ya informados favorablemente por las autoridades nacionales, que, a su vez, deciden caso por caso, sin un horizonte general. Esta opción tiene muchas ventajas, pero un gran inconveniente, dado que dificulta la previsión, la modulación e incluso el escalonamiento y la «ordenación» de los flujos migratorios que tendría que permitir el visado a favor de una cierta «autorregulación» de los flujos: el Gobierno no sabe cuántos visados se solicitarán al año siguiente y—lo que es peor— los visados que concederá. Y sin una idea clara sobre la dimensión de los flujos de entrada no se puede planificar adecuadamente el resto de políticas, sobre todo la de acogida e integración. Todo ello, a pesar de que el número de solicitudes es un buen indicador de las tendencias de los flujos migratorios.

¹⁴ Reglamento 810/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un código comunitario sobre visados (Código de Visados), DOCE L-243/1, de 15 de septiembre de 2009.

¹⁵ Reglamento 767/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS), DOCE L-218/60, de 13 de agosto de 2008.

¹⁶ Es cierto que la forma de dar efectividad a tal derecho varía entre países, porque en Alemania puede tardar años en ser autorizada la entrada y en España generalmente sólo se requieren unos meses, siendo paradigmático el sistema de autorización de visados en Estados Unidos, donde existen listas de espera para la reagrupación familiar ligadas a unos contingentes anuales y a una serie de categorías prioritarias en función del vínculo familiar, que en la práctica pueden retrasar durante años la reagrupación de familiares.

Otro problema de fondo es que la introducción del visado (o de determinados tipos de visados) puede generar efectos no deseados o deseados pero no confesados, como el aumento de la inmigración irregular, si el acceso al territorio es relativamente fácil desde el Estado de origen, o, peor, el aumento de las mafias de tráfico de personas, si el acceso es difícil o impone un largo trayecto a través de terceros países. Entre los efectos deseados pero no confesados, el principal es que, al revestir la forma de una decisión comunitaria de modificación de un reglamento ya existente, en la práctica pasa relativamente desapercibida a pesar de su efecto regulador/desregulador de la inmigración irregular con fines laborales. Es lo que pasó en España con la inmigración de Rumanía, cuya población en pocos años aumentó en varios centenares de miles de trabajadores, la mayor parte de ellos entrando legalmente bajo la apariencia de visitantes, pero con evidente intención de trabajar en España. La Administración española era perfectamente consciente de esta situación, pero jugaba quizás a una inconfesada política de atracción de mano de obra, con la esperanza de legalizar rápidamente su situación en los años 2007-2008 al ingresar Rumanía en la Unión Europea.

2.1.2. El papel de las compañías de transporte

El papel de las compañías de transporte como filtro de control migratorio de entrada en el territorio Schengen es clave para todo el sistema de gestión de flujos. Las compañías se encargan de comprobar que todos los extranjeros disponen de los documentos y medios necesarios para obtener su entrada en el país de destino, y se responsabilizan de retornar al extranjero a su país de origen, así como de asumir los costes derivados de su alojamiento y manutención en caso de denegación de entrada. Del mismo modo, pueden recibir multas cuantiosas en caso de no realizar de forma adecuada sus funciones de control, cuya regulación está contenida en varias disposiciones comunitarias¹⁷ y se completa con las disposiciones nacionales contenidas en el artículo 54.2 LODILE. Entre sus obligaciones se encuentra la de facilitar a las autoridades españolas un listado de los pasajeros embarcados, con antelación a la salida del barco o avión con destino a España.

Sólo un apunte con respecto a esta función. A pesar de su relevancia, la externalización de los controles migratorios en los servicios de compañías privadas de transporte de pasajeros, que actúan como agentes colaboradores en dicho control, plantea serios problemas. El más importante es la desprotección del extranjero ante la negativa de una compañía de transporte a expedir un billete de viaje simplemente porque el extranjero no reúne las condiciones que la compañía considera que la legislación del país de destino exige. El problema es que a veces los agentes de las compañías no son especialistas en la regulación del régimen de entrada, que puede ser muy complejo, a pesar de disponer de sus propios servicios jurídicos (servicios más limitados cuanto más pequeña o de bajo coste sea la compañía), pero sobre todo por el exceso de celo con el que llevarán a cabo esta tarea a la vista de las sanciones a las que se exponen. Evidentemente, el control de la documentación se realiza justo antes del embarque y genera una situación de desamparo del extranjero absoluta, incluso tras haber adquirido el billete, por no hablar de los potenciales solicitantes de asilo, que, muchas veces, carecen de documentación identificativa o de viaje. Ni la legislación sobre protección de consumidores y usuarios ni las iniciativas comunitarias en este sentido (SOLVE-IT), y tampoco el Defensor del Pueblo Europeo, pueden intervenir de la misma manera que si se tratara de administraciones, razones todas ellas que demuestran la falta de interés y de soluciones razonables a este problema. De hecho, no ha habido ningún avance significativo en

¹⁷ Artículo 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.

este ámbito para un problema que dura desde hace unos cuantos años, y que para los solicitantes de asilo es recurrente.

2.1.3. Controles policiales fronterizos y detención de inmigrantes en la frontera

El último estadio de control migratorio de entrada, que para algunos ciudadanos de países exonerados de la obligación de visado puede constituir el único, es realizado en el país de destino por la policía en la frontera. Tradicionalmente, los controles fronterizos han sido muy conflictivos por la doble realidad de que el extranjero ya está físicamente en territorio nacional y, por lo tanto, sujeto a la jurisdicción española. No obstante, las condiciones particulares de los puntos fronterizos sitúan al extranjero en una posición de extrema vulnerabilidad, razón por la que la protección de sus derechos ha sido un objeto constante de controversia al que las sucesivas normas (y la jurisprudencia, muy importante en este punto) han intentado ir dando soluciones. Desde la perspectiva de gestión de flujos, sin embargo, la constatación de que la mayor parte de ciudadanos que permanecen irregularmente en el territorio han obtenido su entrada de forma legal bajo la apariencia de turistas o visitantes explica que en los controles en la frontera se depositen todas las esperanzas con respecto al control de la irregularidad.

El problema de fondo es, pues, la selección de los criterios más fiables para discernir entre solicitantes de entrada fiables y potenciales inmigrantes encubiertos, decisión que los funcionarios de la frontera tienen que tomar no sólo con la responsabilidad que conlleva esta tarea y las dificultades para hacer una valoración adecuada de las intenciones de los viajeros, sino, sobre todo, con la presión del tiempo, las colas y las limitadas condiciones materiales de las que se dispone en estos puntos fronterizos. Esta confluencia de intereses divergentes —control migratorio y protección de los extranjeros (y del turismo, en último término)— explica la rígida formalización/objetivación del control construida en torno a los requisitos económicos, personales y documentales establecidos en la legislación, así como al recurso a toda una serie de indicios, presunciones y experiencia policial con el fin de detectar trabajadores irregulares potenciales.¹⁸ Este examen es controvertido en todos los países, si bien la progresiva consolidación de determinadas prácticas (Manual Común de Fronteras Schengen), de un cuerpo jurisprudencial considerable (particularmente, del Tribunal de Justicia de Madrid, pero también del Tribunal Supremo)¹⁹ y de una normativa comunitaria detallada (Código de Fronteras Schengen y Reglamento de extranjería), pero sobre todo de la garantía de asistencia letrada e intérprete, han contribuido a una cierta “normalización” de las mencionadas prácticas. Aun así, subsisten algunos problemas, como la excesivamente críptica y formularia motivación de las denegaciones de entrada; la duración y las condiciones de detención de los extranjeros en los espacios fronterizos, a pesar de contar ahora con un mínimo control judicial de este internamiento; la ineficacia de los recursos administrativos y, en la práctica, la muy reducida eficacia de los recursos ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, dado que ésta no está en condiciones de asegurar una protección rápida y adecuada en todos los casos. Todas estas razones apuntan a la necesidad de buscar nuevas formas de control de este tipo de decisiones administrativas. Éste es uno de los problemas tradicionales sobre los que la reforma legal de la Ley Orgánica 2/2009 pasa tangencialmente, de tal forma que se limita a

¹⁸ En esta línea, la combinación de tecnologías podrá permitir en un futuro relativamente próximo el sellado electrónico de la entrada y salida del territorio (fecha, hora, lugar fronterizo, etc.), información que se podrá añadir y actualizar en las bases de datos (por ejemplo, el VIS, que prevé esta posibilidad). Ello permitirá determinar la duración de la estancia en el territorio e incluso alertar de la superación de los plazos de estancia autorizados inicialmente en el visado, y, en todo caso, deducir la condición irregular de la estancia.

¹⁹ Díaz Morgado, Celia V.: «Aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de extranjería durante el año 2007», en *Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, n.º. 41, 2008, pp. 43-82.

asegurar que los recursos judiciales son debidamente firmados por los extranjeros, pero que requeriría soluciones más imaginativas que las adoptadas hasta el momento, especialmente porque la Administración de fronteras cada vez emplea más recursos en tecnologías de la información con el fin de identificar a los extranjeros, pero no tantos con el fin de agilizar los procedimientos administrativos o prevenir los posibles litigios. Así, propuestas como la creación de tribunales administrativos independientes que pudieran decidir rápidamente sobre los recursos en la frontera, servicios de asistencia letrada permanentes y *on-line* o el abastecimiento sistemático de información sobre el derecho de asilo a los extranjeros en la frontera quizás ayudarían a asegurar la adecuación al ordenamiento de las decisiones en la frontera y un asesoramiento adecuado, y contendrían así los costes de dicha asistencia.

Un segundo componente del control policial de la frontera es la detección de la entrada irregular o ilegal. De conformidad con la normativa actual, es «ilegal» toda entrada en España efectuada eludiendo el control migratorio de los lugares fronterizos y, por lo tanto, careciendo de autorización administrativa de entrada emitida por los funcionarios destacados en los lugares fronterizos (art. 58.2.b LODILE), como tal constituye una infracción administrativa sancionada con la devolución al país de origen o residencia y una prohibición de entrada de un máximo de tres años. La contención y el control de la entrada ilegal son un pilar fundamental del sistema de control migratorio y, en general, de toda política pública de gestión de flujos, hasta el punto de que la lucha inadecuada contra la entrada ilegal puede comprometer otras políticas públicas migratorias. Dicho esto, el número de extranjeros que entran ilegalmente en España por esta vía, siendo importante por razones humanitarias, sociales y políticas, es cuantitativamente mucho más reducido que el número de inmigrantes que acceden bajo una apariencia de legalidad, como turistas o visitantes. Por lo tanto, los ingentes recursos humanos, materiales y económicos utilizados para combatir la entrada irregular en España se explican no sólo por el número de entradas irregulares, sino también por la necesidad de preservar la credibilidad sobre la eficacia del conjunto del modelo de gestión migratoria. Tal necesidad explica el interés de los últimos años por incorporar constantemente nuevos instrumentos de control que aumenten no sólo la eficacia, sino también la percepción de eficacia del sistema: así, España se ha dotado de mecanismos de vigilancia de las fronteras como el Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE) desplegado en la zona del estrecho de Gibraltar para hacer frente a las embarcaciones y pateras que tradicionalmente accedían a la Península y Canarias por vía marítima, o el reforzamiento de los accesos a las ciudades de Ceuta y Melilla, con nuevos sistemas de vigilancia y contención, tanto de la policía como del ejército. Dos elementos clave para el éxito en este ámbito han sido: primero, la coordinación de la policía con Salvamento Marítimo, los servicios médicos y las entidades de asistencia social, que atienden las necesidades básicas de los extranjeros localizados entrando irregularmente en España; y segundo, la colaboración de los países de origen en la vigilancia de sus fronteras y la repatriación de sus nacionales.

En este sentido, el caballo de batalla al lado de los mecanismos de control migratorio son las medidas de alejamiento del territorio. El ordenamiento se ha ido dotando paulatinamente de medidas de alejamiento diferenciadas en función de si se aplicaban a extranjeros que no superaban los controles migratorios en la frontera (rechazo en la frontera, retorno), a extranjeros detenidos cuando intentaban entrar ilegalmente (devolución) o a extranjeros permaneciendo irregularmente (expulsión). Esta diversificación de las medidas ha permitido graduar en cada caso las consecuencias, el procedimiento y las garantías aplicables, en un equilibrio entre garantías y eficacia guiado por el principio de proporcionalidad. A pesar de esta adaptación y especialización de las medidas de alejamiento, los problemas actuales de este esquema están relacionados fundamentalmente con la insuficiencia de garantías reconocidas a los extranjeros, con la necesidad de mejorar

las formas de ejecución de dichas medidas (detención, uso de la fuerza, organización de vuelos de personas retornadas) y con la necesidad de buscar una mayor colaboración de los países de origen de los extranjeros, generalmente mediante los convenios de readmisión. En concreto, a día de hoy son bastante problemáticas, por una parte, las condiciones de vida en los centros y salas de rechazados situadas en la frontera, que se congestionan fácilmente, sobre todo con la llegada del buen tiempo a Canarias, y, por otra parte, la prestación de asistencia jurídica, que sería susceptible de mejoras dirigidas a hacer más efectiva la actuación del letrado²⁰ (más tiempo para preparar un recurso, posibilidad de suspender la ejecución inmediata, etc.).

No hay que olvidar que las instituciones comunitarias se han implicado plenamente en la armonización, coordinación y financiación de actuaciones en materia de control de fronteras y repatriación, con el establecimiento de la Agencia de Fronteras (FRONTEX), la creación del denominado Fondo para el Retorno²¹ y el desarrollo de una política exterior basada en la exigencia de colaboración con los países vecinos,²² incluso condicionando la firma de determinados acuerdos a un compromiso en este sentido a cambio de importantes recursos a la formación, la capacitación policial y el apoyo a estos países como instrumento de refuerzo de su propio control migratorio.

2.2. Residencia y trabajo

Las razones que acaparan la mayor parte de entradas con finalidad de residencia regular en España son tres: inmigración por motivos laborales, por reagrupación familiar o por estudios.²³ Los procedimientos para obtener la residencia en nuestro país ya están plenamente consolidados, y en los dos primeros casos hace falta una autorización administrativa previa a la obtención del visado que permitirá, más adelante, entrar y residir. Esta autorización previa al visado es emitida o bien por las autoridades laborales en relación con una oferta de trabajo concreta o bien por las autoridades gubernativas que autorizan a un extranjero residente a reagrupar a un número determinado de familiares suyos que todavía se encuentran en el país de origen. En el caso de residencia por estudios no hay autorización administrativa previa, de modo que son las autoridades encargadas de expedir el visado las que estudian la solicitud a fondo y exigen, entre otros requisitos, la inscripción y la admisión en un centro de estudios homologado. Sólo si se reúnen los requisitos que establecen la normativa española y la comunitaria se puede tramitar el visado de entrada, efectuar la entrada pasando todos los filtros descritos en el apartado anterior y, una vez en el territorio, sustituir el visado por la autorización de residencia y trabajo, de residencia dependiente del reagrupado o la autorización de estancia por estudios, con la condición de que esta última no es considerada estrictamente como residencia sino como una estancia prolongada hasta la finalización de los estudios, y que sólo permitirá pasar a un régimen de residencia y trabajo bajo determinadas condiciones establecidas reglamentariamente (art. 95 REDILE). En los siguientes subapartados analizaremos los problemas y

²⁰ Informe especial del Defensor del Pueblo: *Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España (2005)*, presentado en comparecencia ante la Comisión Mixta el 22 de diciembre de 2005, disponible en <http://www.defensordelpueblo.es>.

²¹ Decisión de la Comisión 2008/458/CE, de 5 de marzo de 2008, y Decisión 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para el periodo 2008-2013 [...], DOCE L-167, de 27 de junio de 2008, y Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOCE L-348/98, de 24 de diciembre de 2008.

²² *Communication from the Commission: a strategy on the external dimension of the area of freedom, security and justice (COM/2005/491)*, en http://www.europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0491en01.pdf.

²³ Dejamos de lado otras razones migratorias como la mera residencia con disposición de medios propios, por ejemplo de pensionistas retirados en determinados lugares de la costa, pues no es el caso prototípico de inmigración aunque el colectivo sea considerable. Dejamos de lado, asimismo, otras razones migratorias menos relevantes estadísticamente (trabajadores desplazados, directivos de empresas, cargos de confianza, asilados, estudiantes en prácticas profesionales, *au pair*, etc.).

la evolución del régimen de residencia por reagrupación y por motivos laborales, así como las claves del modelo de gestión migratoria laboral actual, y, por último, examinaremos los mecanismos de regularización por arraigo, tema que, dada su importancia, merece un tratamiento aparte.

2.2.1. Residencia por reagrupación familiar

La reagrupación familiar es un elemento fundamental de cualquier legislación o política migratoria orientada a la plena integración social de los extranjeros en nuestro territorio, pues favorece unas condiciones de vida dignas a los trabajadores extranjeros al facilitarles la normalización de su situación familiar. Los principales Tratados Internacionales sobre protección de los inmigrantes así lo reconocen.²⁴ En este sentido, existe la tendencia a vincularla al derecho fundamental a la vida familiar del artículo 8 CEDH, como ha sostenido el TEDH y admitido el TJCE (*STJCE Parlamento v. Consejo*, de 27 de junio de 2006, en relación con la Directiva de reagrupación familiar), pero rechazada por nuestro Tribunal Constitucional como un derecho fundamental del artículo 18 CE (STC 236/2007). Más allá de esta polémica jurídica aparentemente abstracta, los problemas prácticos relacionados con este procedimiento tienden a plantearse en relación, primero, con las condiciones impuestas para ejercitar el reagrupamiento; segundo, en relación con el conjunto de familiares que se pueden beneficiar de las mismas; y tercero, en relación con las garantías del procedimiento. Todos estos problemas en realidad se pueden reducir al dilema que plantea la reagrupación desde un punto de vista de pura gestión de flujos migratorios: los familiares reagrupados no son en principio trabajadores productivos, y, por lo tanto, el Estado los acepta en la medida en que favorecen la integración de los reagrupantes y porque la reagrupación de hecho se está convirtiendo lentamente en un derecho. Ahora bien, como la reagrupación fomenta el establecimiento casi definitivo de toda la familia, la reagrupación familiar implica la asunción de nuevos costes para el Estado (también ganancias, pero menos inmediatas, ciertamente). Igualmente, desde un punto de vista puramente de gestión o “control”, la actual rigidez de la reagrupación familiar la hace muy resistente a la actividad estatal de programación y ordenación, y por esta razón preocupa tanto a los gobiernos, que, incluso en tiempo de inmigración cero, tienen pocos instrumentos para frenar la entrada de extranjeros por esta vía. La única forma de incidir en ello es cambiar la legislación para endurecer las condiciones de reagrupamiento, pero ello puede afectar al contenido mínimo del derecho a la vida familiar (contenido esencial, si lo consideramos un derecho fundamental), y aquí es donde resurge el debate sobre la naturaleza jurídica de este derecho y los posibles límites al mismo. Además, éste es un ámbito relativamente comunitarizado una vez la Directiva de reagrupación familiar²⁵ es ya plenamente efectiva y ha armonizado parcialmente las legislaciones nacionales.

Entre los requisitos para la reagrupación, el artículo 18 LODILE exige que el reagrupante, es decir, el extranjero residente en España, para poder pedir el reagrupamiento de sus familiares, primero haya residido legalmente en España durante un año; segundo, tenga permiso para residir como mínimo otro año; tercero, disponga de alojamiento adecuado, lo cual tendrán que certificar los Ayuntamientos mediante un informe sobre la idoneidad del mismo; y cuarto, demuestre la disposición de medios de subsistencia suficientes para poder atender las necesidades de su familia, medios que se establecerán reglamentariamente o mediante órdenes ministeriales (art. 42.2.d REDILE). Con respecto a los posibles beneficiarios, la ley actual incluye al cónyuge no

²⁴ Convenio OIT n.º. 97 sobre Trabajadores Migrantes (revisado), 1949, Convención de Naciones Unidas sobre los Trabajadores Migratorios, de 18 de diciembre de 1990.

²⁵ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, DOCE L-251, de 3 de octubre de 2003.

separado o divorciado, a los hijos del reagrupante o su cónyuge, siempre que sean menores o incapacitados, sean naturales o adoptivos, y a los ascendientes del reagrupante o del cónyuge, siempre que estén a su cargo. La definición y la dimensión de este grupo de beneficiarios son frecuente motivo de discordia en función de la opción política de cada partido, pero también de la coyuntura económica y social. Por ejemplo, la Ley Orgánica 2/2009 ha ampliado la reagrupación a las parejas de hecho, pero restringiéndola con respecto a los ascendientes. Es evidente, como decíamos antes, que, fuera del núcleo más duro de familia, el legislador utiliza el listado de beneficiarios de la reagrupación para reducir los flujos migratorios de entrada por reagrupación.

Con respecto al procedimiento de reagrupamiento, hay que apuntar, para finalizar, que en los últimos años se han ido consolidando una serie de garantías, entre las que se incluyen la motivación de la denegación, la exigencia de que reagrupado y reagrupantes pidan por separado la autorización, la posibilidad de recurso, etc. De la misma forma, empieza a admitirse que hay que flexibilizar la idea de que los familiares reagrupados sean totalmente “dependientes” de los reagrupantes, y que una cierta flexibilidad de este nexo documental es necesaria. Así se explican las crecientes excepciones que incluyen la obtención de un permiso de residencia independiente, sea por motivos laborales, sea en razón de ruptura del vínculo familiar (si ha habido un mínimo de dos años de convivencia previa, excepto en caso de malos tratos), o el acceso directo al mercado de trabajo de los residentes por reagrupación familiar, tan pronto como llegan a España (LO 2/2009).

2.2.2. Residencia por motivos laborales

Ya hemos adelantado algunos aspectos que caracterizan el actual modelo de gestión migratoria laboral. Una primera característica destacable es la tendencia hacia la «laboralización» de la migración, entendida en el sentido de facilitar que los extranjeros residentes (e incluso los irregulares) puedan acceder al mercado laboral e integrarse con facilidad en el mismo con las mínimas limitaciones posibles, de modo que la integración laboral se percibe como la antesala de la integración social. Una segunda característica del modelo actual es la tendencia hacia la «autorregulación parcial regulada», en la que las autorizaciones laborales dependerán de la ley de la oferta y la demanda en el mercado laboral (con algunas limitaciones sectoriales y ciertas preferencias hacia los nacionales y comunitarios y un cierto sistema de cuotas y programación previa), juego oferta-demanda que es en realidad fruto del diseño estatal y está perfectamente controlado por la Administración. La tercera característica, vinculada a la anterior, consiste en el establecimiento por las administraciones de un sistema de autorizaciones flexible que permite reaccionar rápidamente ante las fluctuaciones sectoriales, estacionales o coyunturales del mercado laboral, lo cual implica la regulación legal de los procedimientos pero un margen muy amplio de desarrollo y aplicación por parte del Gobierno (contingentes, catálogos trimestrales de ocupaciones, etc.). Y cuarta característica, la introducción de mecanismos de concertación social (Comisión Laboral Tripartita, Foro Social para la Inmigración) con respecto al diseño y funcionamiento de este modelo, así como de las reformas de extranjería con impacto laboral (hasta ahora, el Consejo Superior de Política de la Inmigración; a partir de la LO 2/2009, la Conferencia Sectorial de Inmigración).

Si entramos más a fondo en la regulación de detalle de este modelo, éste parte de un conjunto de procedimientos diferentes conducentes a obtener un visado de residencia por motivos laborales intercambiable posteriormente por un permiso de residencia y trabajo. La modalidad del visado y del permiso dependerá de las concretas características del contrato o puesto de trabajo a ocupar, pues la existencia de una oferta de trabajo es el elemento esencial de la entrada por razones laborales. La única excepción a esta regla es el visado para la búsqueda de empleo.

Así, la normativa distingue actualmente entre las entradas en el marco del contingente (general o para la búsqueda de empleo) y en el marco del llamado «régimen general» (en el marco de los listados de las «ocupaciones de difícil cobertura» o a partir de un examen individualizado de los contratos ofrecidos), mecanismos todos ellos dirigidos a garantizar, genéricamente o en cada caso, la sujeción de la autorización de entrada y la posterior residencia a las posibilidades del mercado laboral español, privilegiando el acceso al trabajo de los nacionales y extranjeros ya residentes por encima de nuevas entradas laborales.

El régimen general presupone la oferta de un contrato nominativo desde España a un extranjero que se encuentra en su país de origen. En el régimen general, el control de la situación nacional de la ocupación se produce a través de la previsión de «listas de ocupaciones de difícil cobertura», aprobadas por el Gobierno y que permiten ofrecer el contrato a extranjeros que no se encuentran en España en los sectores y ocupaciones previstos en la lista,²⁶ o bien a través de un examen individualizado de la oferta por parte de las Oficinas de Trabajo, que tendrán que certificar la inexistencia de candidatos residentes en España y adecuados al puesto de trabajo ofrecido.

El sistema del contingente parte de contratos de trabajo ofrecidos genéricamente desde España que después son canalizados hacia los candidatos a través de los sistemas de selección en origen. En este caso, es la decisión gubernamental de convocatoria del contingente la que define los puestos de trabajo que permiten canalizar las ofertas al extranjero. La previsión específica de un contingente para la búsqueda de empleo permite excepcionalmente la entrada de personas sin oferta ni contrato previo y con un plazo de tres meses de estancia para buscar trabajo.²⁷

En este sentido, en España tiene también una importancia cuantitativa destacada el régimen especial de autorizaciones de trabajo para trabajadores temporeros. Dichas autorizaciones se caracterizan por tener una duración vinculada al contrato de temporada, que no puede exceder nueve meses en un periodo de doce, y a la obligación de regresar al país de origen una vez agotado el correspondiente plazo. El cumplimiento de la obligación de retorno permite, una vez se ha trabajado en España durante cinco años seguidos, solicitar una autorización ordinaria de trabajo. En los últimos años, los contingentes anuales reservan un número de autorizaciones para este tipo de trabajo, pero nada impide a los empresarios la contratación en origen por la vía ordinaria. En la programación de las actividades de temporada participan ayuntamientos y comunidades autónomas.

Junto con los anteriores, pero con una importancia cuantitativamente muy inferior, hay que apuntar la existencia de una autorización de residencia basada en el trabajo por cuenta propia, que, dadas las considerables

²⁶ Si el contrato se refiere a uno de estos puestos de trabajo, se considera automáticamente compatible con la situación nacional de la ocupación, y el examen administrativo se limitará al resto de circunstancias.

²⁷ El artículo 39 de la Ley se limita a prever la figura del visado contingentado para la búsqueda de empleo, figura que es desarrollada por el Reglamento en términos abstractos, puesto que la regulación concreta se refiere a los acuerdos de convocatoria del contingente, que todavía no han tenido oportunidad de desarrollar este mecanismo. El elemento fundamental es la sujeción del extranjero al mismo régimen general en cuanto a las características del trabajo a ocupar y de los permisos correspondientes una vez lo haya obtenido (permiso inicial renovable en los términos generales). Las diferencias residen únicamente en la posibilidad de obtener un visado de entrada por motivos laborales sin contrato previo alguno.

exigencias legales (efectos beneficiosos para la economía española o creación de puestos de trabajo) y la práctica administrativa, han hecho de esta vía un procedimiento escasamente significativo de migración laboral.²⁸

En todos los casos, el visado que permite la entrada por motivos laborales es a la vez autorización de residencia y trabajo inicial, con una vigencia de un año, permitiendo posteriormente su renovación (previsión actualmente en vías de reforma para reducir este periodo). A excepción de los permisos de residencia por arraigo del artículo 45 REDILE, dirigidos a inmigrantes que permanecen irregularmente en España —y que comentaremos en el apartado siguiente—, en el resto de casos la legislación actual liga la entrada por razones laborales a un contrato laboral ofrecido nominativamente por un empresario situado en España a un extranjero que se encuentra físicamente fuera de España y que, por lo tanto, en base a este contrato tendrá que solicitar un visado de residencia laboral ante las Oficinas consulares o Embajadas españolas en su país de origen o residencia. El contrato, sin embargo, con el fin de justificar la concesión del visado, tendrá que haber pasado previamente en España por un procedimiento de autorización administrativa a petición del empresario contratante, orientado a la comprobación de que el contrato reúne los requisitos del artículo 50 REDILE. Validado el contrato por las autoridades laborales, el Ministerio del Interior verificará la ausencia de prohibiciones de entrada que recaigan sobre el extranjero, así como su idoneidad para la residencia en España en conjunción con las autoridades consulares. El correspondiente visado desplegará sus efectos de autorización inicial de residencia y trabajo, vigente durante un año, limitable sectorial y territorialmente y renovable, en los términos previstos reglamentariamente. Actualmente, la autorización no se condiciona en sus efectos y de forma automática al alta de seguridad social del extranjero, sino que la falta de dicha alta puede simplemente abrir un procedimiento de extinción de la autorización, previsión que el texto de la reforma legal en curso quiere modificar. Por cierto, recientemente y como fruto de los traspasos derivados del desarrollo del artículo 138 EAC, se ha modificado el REDILE para adaptarlo a la nueva competencia ejecutiva autonómica sobre las autorizaciones de trabajo iniciales,²⁹ estableciendo un procedimiento conjunto para la expedición de estas autorizaciones,³⁰ lo cual, si bien constituye un nuevo paso en el proceso de descentralización, en los próximos años se presenta como todo un reto si se quiere asegurar un nivel elevado de coordinación y evitar demoras en la tramitación de los expedientes.

Finalmente, hay que señalar que la actual situación de recesión económica ha llevado al Gobierno central a utilizar los mecanismos que tiene a su disposición para reducir la entrada de nuevos trabajadores inmigrantes mientras dure la crisis. Es en este sentido que hay que interpretar la reducción del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura en 2008 y 2009. En el último trimestre de 2008 se redujo en un 42% el catálogo de ocupaciones, y en el primer trimestre de 2009 decreció de nuevo hasta aproximadamente un 15%.³¹ En el mismo sentido, el contingente de trabajadores para 2009³² ha reducido en más del 90% las cifras de autorizaciones para este año (de 15.000 contrataciones en 2008 a 901 en 2009).

²⁸ Esta posibilidad de visado para la búsqueda de empleo exige, sin embargo, una previsión específica en el Acuerdo del contingente de trabajadores extranjeros del año correspondiente (o incluso en un acuerdo específico del Consejo de Ministros), que podrá fijar unas cantidades máximas de extranjeros que puedan acogerse a este sistema y que tendrán que encontrarse en una de las siguientes situaciones: a) ser hijos o nietos de españoles de origen; b) ocupar puestos de trabajo en los sectores y condiciones que se prevean en el Acuerdo del contingente para su cobertura específica por esta vía.

²⁹ Real Decreto 1463/2009, de 18 de septiembre, BOE nº. 229, de 22 de septiembre de 2009.

³⁰ Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, BOE nº. 177, de 23 de julio de 2009.

³¹ Resolución de 15 de diciembre de 2008 para el primer trimestre de 2009.

³² Resolución de 26 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se establece la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2008, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2009.

2.2.3. Regularización por arraigo

La figura del arraigo de los extranjeros es el mecanismo que existe actualmente para regularizar a los extranjeros irregulares que demuestran un cierto grado de integración en el territorio. Hay que decir que dicha figura constituye uno de los instrumentos más característicos del modelo español de gestión migratoria, y que su introducción y su funcionamiento van acompañados de la crítica sobre su efecto “llamamiento”; no obstante, se ha justificado en la necesidad de instituir un mecanismo ordinario de regularización, distinto a las regularizaciones masivas, que canalizara hacia la regularidad al colectivo de extranjeros irregulares que no hubieran estado sujetos a expulsión. Evidentemente, la figura juega en íntima conexión con la idea de integración social. Es interesante, sin embargo, observar su evolución.

Originalmente, ésta era una institución jurídica de creación jurisprudencial, utilizada desde mediados de los años ochenta por los tribunales de lo contencioso-administrativo, para facilitar la regularización de extranjeros cuando las circunstancias particulares del caso pusieran de manifiesto una vinculación íntima de los extranjeros con la sociedad receptora, y que generalmente no encontraban salida dentro de los específicos mecanismos de acceso a la regularidad previstos en los sucesivos reglamentos.³³ Esta figura jurisprudencial acabó trasladándose a la legislación de extranjería en el año 2000 por vía del artículo 31.3.a LODILE, que se ha mantenido sin modificaciones durante los mandatos de gobiernos populares y socialistas, aunque con un nivel de desarrollo muy diferente, dado que es en los últimos años cuando está desplegando todo su potencial. El precepto legal se limita a pronunciar la existencia de la figura, pero delega completamente la regulación al Gobierno para que reglamentariamente determine los mecanismos concretos de regularización de extranjeros en los que se traduce la idea de arraigo. Asumiendo la delegación, los sucesivos gobiernos han plasmado en los reglamentos de desarrollo de la Ley (REDILE) sus ideas sobre arraigo, más restrictivas o más abiertas según el partido y la realidad migratoria del momento. Esta amplia remisión reglamentaria tiene detractores, ya que deja en manos del Gobierno la definición y operatividad completas de la figura, pero también tiene partidarios, quienes justifican la delegación en el hecho de que las políticas de regularización de extranjeros son un instrumento fundamental del Gobierno con miras a «ordenar» los flujos migratorios. Seguramente es posible encontrar un punto intermedio en el que la ley establezca algunos criterios mínimos y el reglamento los desarrolle.

En todo caso, el concepto de integración ya había sido acotado por el Reglamento de 2004 reconduciendo la amplia interpretación jurisprudencial a una lista de supuestos y procedimientos administrativos regulados en los artículos 45 y siguientes REDILE.³⁴ Ateniéndonos a la definición de arraigo asumida por el actual Reglamento, se reconocen cuatro grupos de motivos excepcionales que justifican la concesión de un permiso de residencia temporal por arraigo: motivos laborales (art. 45.2.a REDILE), motivos familiares (art. 45.2.b REDILE), por razones de integración social (art. 45.2.b *in fine* REDILE), por descendencia de españoles

³³ STS de 13 de mayo de 1993, STS de 7 de marzo de 1994, STS de 20 de diciembre de 1994, STS 29 de enero de 1998, STS 3 de febrero de 1998, STS de 13 de marzo de 1998 o, más recientemente, STS de 27 de enero de 2003.

³⁴ A pesar de la referida reducción reglamentaria, el Tribunal Supremo ha puesto de relieve que esta lista no es en absoluto un *numerus clausus* (STS de 12 de abril de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sala 5ª, RJ 2007/3704) y que, por lo tanto, el concepto de arraigo excepcional disfruta de un cierto grado de indefinición. En consecuencia, casos no claramente subsumibles dentro del listado reglamentario pueden, sin embargo, merecer tal protección, razón que justifica la intervención de los Tribunales para revisar la interpretación y la aplicación administrativa de los artículos 31.3 TIDILE y 45.2.b REDILE a partir de una interpretación del concepto de arraigo excepcional más allá del marco reglamentario. Obviamente, la existencia de un desfase entre la definición jurisprudencial de arraigo y su reflejo reglamentario puede convertirse en una fuente de conflictos y litigios, pero sobre todo es una fuente de inseguridad jurídica para los Ayuntamientos.

de origen (art. 45.3 REDILE) y por razones humanitarias (art. 45.4 REDILE). En función de la situación o el tipo de arraigo al que el extranjero quiera acogerse, será preciso que demuestre que reúne los requisitos establecidos por el Reglamento para cada tipo de arraigo. En línea con la filosofía de la Ley, el Reglamento generalmente vincula la residencia a la disposición de un trabajo como primera condición para reconocer la integración (art. 45.2.b REDILE). Del mismo modo que cualquier permiso de residencia temporal inicial que autorice a trabajar, el obtenido por vía de arraigo tiene una duración anual, se puede limitar geográficamente o en función del sector laboral asignado y es susceptible de renovación en los mismos términos que un permiso inicial obtenido a través de una entrada regular. Sus especialidades se limitan a las condiciones exigidas para obtener el permiso y a su procedimiento, así como al hecho de que el solicitante se encuentra de forma irregular en el territorio.

Interesa aquí hacer un énfasis especial en la modalidad de arraigo por integración social, en la que es necesario que el extranjero demuestre una estancia en España de un mínimo de tres años, una oferta de trabajo que reúna determinadas condiciones (art. 46 REDILE) y un informe sobre el grado de integración social del extranjero emitido por los servicios sociales del Ayuntamiento donde el mismo tenga su domicilio (art. 45.2.b REDILE). Es este informe de arraigo social, cuya finalidad es certificar la integración social (o la ausencia de la misma) de un extranjero en la sociedad de acogida, lo que se convierte en una atribución de la Administración municipal con el Reglamento de 2004; así, se convierte en un acto de trámite esencial, pero al fin y al cabo instrumental (acto-presupuesto) dentro de un procedimiento más amplio como es el procedimiento de obtención de una autorización de residencia (y trabajo) temporal de carácter excepcional, procedimiento que se sustancia ante la Administración central del Estado, en concreto la Subdelegación del Gobierno (art. 45.2.b REDILE). Si varias razones justifican la asignación a los Ayuntamientos de la valoración del grado de arraigo de los extranjeros domiciliados, también es cierto que, a la vista de la competencia autonómica sobre integración social del artículo 138 EAC, también podría tener lógica —como apunta la reforma de la LO 2/2009— que las comunidades autónomas asumieran algún papel más relevante en la determinación de los elementos a tener en cuenta para la emisión del mencionado informe (manteniendo, sin embargo, en manos de los ayuntamientos la facultad de emisión del mismo), y, en concreto, el desarrollo de la legislación estatal. Hasta la actualidad, la concreción del contenido del informe de arraigo (tiempo de estancia en el territorio español, conocimientos lingüísticos, inserción en las redes sociales de su entorno, vínculos que presenta con la propia Administración o con otros sujetos privados, así como el seguimiento de programas de inserción sociolaboral, etc.) ha sido ejercida por el Estado central mediante el artículo 46.2.c REDILE y una serie de instrucciones ministeriales de la Dirección General para la Inmigración,³⁵ que, a pesar de su grado de detalle, todavía dejan numerosas lagunas sobre la regulación concreta de esta facultad introducida reglamentariamente sin una adaptación de la normativa local.³⁶

³⁵ *Instrucciones sobre arraigo social*, de junio de 2005, de la Dirección General de Inmigración (<http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/reloex/INSTARRAIGOSOCIAL.pdf>). Las instrucciones aclaran algunos extremos del informe, como su carácter no vinculante y la necesidad de que se consignen, además, los datos de los que dispone el Ayuntamiento sobre la vivienda en la que tiene su domicilio. Se admite también la prueba del seguimiento de programas educativos o de formación laboral seguidos por el extranjero o sus familiares directos, la actividad laboral por cuenta propia, la necesidad de levantar acta de acuerdo con el modelo anexo en caso de entrevista personal, así como la limitación que cualquier recomendación de exención del requisito del contrato de trabajo vaya acompañada de una acreditación de la disposición de medios de vida suficientes. Igualmente, el certificado de la autoridad municipal competente se emitirá en «oficio» dirigido al delegado o al subdelegado del Gobierno.

³⁶ Aspectos como los órganos responsables de emitir el informe, el tipo de procedimiento a seguir, la obtención y la incorporación en este documento de la información relevante o sus efectos, los cuales han dado pie a prácticas muy divergentes entre Ayuntamientos. Cfr. Síndic de Greuges: *Informe extraordinario. La gestión municipal del informe de arraigo*, Ed. Síndic de Greuges, enero 2008, o VV.AA.: *La gestión municipal de los informes de arraigo*, Ed. Fundació Pi i Sunyer, Barcelona, 2008.

Se proceda o no a abrir esta figura a la colaboración autonómica, lo cierto es que su evolución es muy espectacular y constituye uno de los rasgos característicos del modelo español. Ciertamente, es una figura que nace unida a la experiencia migratoria española, caracterizada por una elevada irregularidad y como respuesta a este fenómeno. Por lo tanto, la gran cuestión, al margen de posibles adaptaciones sobre sus requisitos y procedimiento, es si tiene que continuar existiendo incluso en un contexto de crisis económica. La respuesta del Gobierno y las Cortes ha sido no alterar su regulación legal, y parece una respuesta inteligente: mantener la previsión legal genérica, dejando en manos del gobierno de turno la decisión sobre su configuración reglamentaria concreta y sobre los requisitos aplicables, como un instrumento de adaptación a la cambiante realidad migratoria. En todo caso, en la medida en que la irregularidad siga estando tan extendida como en la actualidad, es una figura que permite mucho juego a la hora de gestionar la inmigración irregular cuando frenarla o expulsarla no es posible. Como veremos, sin embargo, esta aproximación pragmática plantea problemas a la hora de defender la lógica de la expulsión de los extranjeros en situación irregular.

2.3. Estancia irregular y expulsión (o retorno comunitario)

Como medida de alejamiento de extranjeros, la expulsión ha evolucionado junto con el modelo de gestión migratoria español hasta cumplir actualmente varias funciones y diversificarse en diferentes procedimientos. Así, podemos distinguir entre la expulsión como sanción administrativa, prevista en los artículos 57.1 y 57.2 LODILE, y la expulsión judicial, prevista como medida sustitutiva de condena (art. 89 CP). Como sanción administrativa, la expulsión de los extranjeros extracomunitarios³⁷ admite dos tipos de supuestos habilitantes: primero, como sanción principal y alternativa a la multa en determinadas condiciones (art. 57.1 LODILE), de modo que podrá incoarse un procedimiento administrativo de expulsión cuando los extranjeros sean responsables de las infracciones muy graves del artículo 54 LODILE o de las graves previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 LODILE. A partir de los supuestos mencionados en el artículo 57.1 se puede comprobar que la previsión de la expulsión como sanción administrativa afecta a las infracciones más comunes y resulta aplicable a infracciones de gravedad muy distinta; segundo, como sanción suplementaria y potestativa en supuestos de extranjeros condenados por determinados delitos (art. 57.2 LODILE). Una simple ojeada a los artículos 53 y 54 LODILE³⁸ muestra que, a pesar de su caracterización como sanción administrativa, la expulsión administrativa de extranjeros puede operar como medida sancionadora por infracciones de extranjería y también como sanción administrativa especial por infracciones de orden público cometidas por extranjeros o, incluso, como medida preventiva. Aquí nos centraremos en la primera de estas funciones, pero, al

³⁷ En relación con la expulsión de ciudadanos comunitarios, habrá que acudir al artículo 15.1.c del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, que somete la aplicación de esta medida a destacadas limitaciones. En concreto, que, de conformidad con el artículo 27.2 de la Directiva 64/221, «la conducta personal del individuo tiene que representar una amenaza genuina, presente y suficientemente grave que afecte a uno de los intereses fundamentales de la sociedad» (cfr. STJCE *Van Duyn v. Home Office*, de 4 de diciembre de 1974, Caso 46/74). En esta ficha nos centraremos, sin embargo, en la expulsión de ciudadanos extracomunitarios.

³⁸ El artículo 53 LODILE considera infracciones graves: a) encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia, faltar la autorización de residencia o tener caducada más de tres meses esta autorización, siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de la misma en el plazo reglamentariamente previsto (STS de 14 de diciembre de 1998, STS de 25 de noviembre de 2003 y STS de 16 de diciembre de 2003); b) encontrarse trabajando sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa, cuando no cuente con autorización de residencia válida; c) la ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de informar al Ministerio del Interior de cambios que afecten a su nacionalidad, estado civil o domicilio; d) el incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública; f) la participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana. Entre las infracciones muy graves que dan lugar a la expulsión (art. 54.1 LODILE) se encuentra participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o equivalentes (STS de 20 de junio de 1988), contribuir a la inmigración clandestina (STS de 18 de julio de 2003 y STS de 30 de junio de 2000), discriminar por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, contratar a trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo o cometer tres infracciones graves en un año.

presentar muchas otras aplicaciones, hay que tener en cuenta que las siguientes reflexiones no son aplicables en absoluto cuando funciona fuera de su naturaleza sancionadora de extranjería.

Estadísticamente y en la práctica, pues, la expulsión administrativa por excelencia es la expulsión por estancia irregular, que constituye un pilar normativo fundamental en cualquier legislación de extranjería. La lógica es simple: quien no cumple la normativa de extranjería tiene que ser sancionado y la estancia no autorizada tiene que implicar una sanción que consista como mínimo en privar al extranjero del beneficio de residir en España, beneficio obtenido indebidamente. De esta forma se reafirma la credibilidad de todo el sistema de control migratorio y se incentiva el cumplimiento de la legalidad. No obstante, pese a la literalidad de los textos legales, la automaticidad de la expulsión es una falacia que incluso los textos legales empiezan a admitir a través de un completo listado de excepciones.

Es una falacia como mínimo por tres motivos escasamente jurídicos: primero, la expulsión de un extranjero contra su voluntad es muy difícil y, sobre todo, costosa, así que la expulsión de muchos extranjeros irregulares (y tenemos a miles) sería terriblemente costosa y en último término impracticable—de hecho, es tan costosa que, económicamente, sale mejor regularizarles o permitir que sigan estando en España de forma irregular—; segundo, requiere la colaboración de los países de origen y tráfico, no siempre posible o disponible; y tercero, la expulsión de extranjeros con vínculos familiares, sociales, económicos en el territorio se revela muchas veces desproporcionada, razón por la que la propia legislación ha tenido que incorporar excepciones a la regla general.³⁹ Por último, la experiencia española juega en contra de la percepción de la irregularidad como una infracción grave, pues una gran parte de los inmigrantes llegados a España en los últimos veinticinco años han permanecido en un momento u otro irregularmente en nuestro país, y muchos de ellos se han acogido a los distintos mecanismos de regularización, masivas o individuales por arraigo. Ello ha reforzado la percepción generalizada de la irregularidad más bien como un estadio previo a la regularidad, percepción que encuentra fundamento, por otra parte, en las pragmáticas disposiciones de la normativa sobre derechos de los extranjeros, régimen del empadronamiento y arraigo (art. 31.3 LODILE y art. 45 REDILE). Éste es uno de los inconvenientes de la —por otra parte, acertada— creación de mecanismos de apoyo a los extranjeros irregulares para evitar su exclusión social: la “normalización” de la situación de irregularidad hace difícil entender el mantenimiento de la sanción de expulsión como mecanismo ordinario de sanción por irregularidad. En el fondo, se trata de un compromiso entre dos intereses divergentes: la lucha contra la irregularidad y la pragmática necesidad de asegurar la integración social de los extranjeros, desde la convicción de que no se puede expulsar a la mayor parte de los irregulares mientras sus cifras son las que son y la irregularidad es una realidad ampliamente extendida y casi consustancial a nuestro modelo migratorio de los últimos años.

Ahora bien, como pasa con frecuencia, las soluciones de compromiso son difíciles de justificar en su aplicación concreta y acaban por distorsionar todo el sistema. Y éste es el punto central de los problemas de aplicación de la expulsión por estancia irregular, que está prevista de manera tan amplia en la legislación—a pesar de las limitaciones impuestas por los arts. 57.4, 57.5 y ss. LODILE—, que es aplicable a cualquier extranjero en situación irregular detectado por el motivo que sea por la policía. Esta amplitud del apoderamiento

³⁹ Así hay que entender las apelaciones al artículo 57 LODILE a aplicar la expulsión teniendo en cuenta las circunstancias personales del extranjero y su grado de culpabilidad, la exclusión de la expulsión de determinadas categorías de extranjeros (art. 57.5 y ss. LODILE) o la exigencia de que la expulsión sea la última medida aplicable de acuerdo con el principio de proporcionalidad y cuando no exista arraigo (STC 140/2009). Lo mismo sucede con la sanción de multa prevista como alternativa a la expulsión, que no tiene otra lógica que la de dar una salida alternativa a la expulsión sin regularizar al extranjero, y que, desde esta perspectiva, entraría en contradicción con la filosofía de la Directiva de retorno, que no es otra que regularizar sin expulsar o ejecutar las expulsiones decretadas.

policial, en un contexto social de numerosísima inmigración irregular e imposibilidad práctica de expulsarla por completo, o aunque sea de aplicarla sistemáticamente, tiene el paradójico efecto de alimentar la apariencia de arbitrariedad policial a los ojos de los extranjeros y la sociedad, mientras que deja a la policía sin ningún referente normativo en cuanto a qué expulsiones priorizar, alimentando la proliferación de criterios escritos y no escritos pero nunca publicados que no hacen más que alimentar la inseguridad jurídica en este ámbito. A esta crítica se puede oponer la idea de que la desigualdad en la infracción no exonera de la sanción, pero el problema que aquí apuntamos no surge tanto por un tratamiento jurídicamente discriminatorio sino por la falta de unas orientaciones reglamentarias o de instrucciones sobre la aplicación de la expulsión que impidan la arbitrariedad incluso involuntaria, y que en el fondo aseguren una aplicación uniforme de la expulsión en todas las subdelegaciones del gobierno. Éste es un problema persistente que ni las sucesivas leyes ni los sucesivos reglamentos ni la Directiva han afrontado con una mínima voluntad de solución.

Con respecto a la progresiva comunitarización de la medida de expulsión, ésta esconde un peligro real de regresión en las garantías ya alcanzadas y un aumento de las expulsiones ligadas al nuevo Fondo de Retorno sin que se resuelva el problema de fondo, que es aclarar los criterios de priorización de las expulsiones. Además, en el caso español, la adaptación a la Directiva no tendría que costar mucho, siendo un primer paso la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009. Evidentemente, la Directiva aspira a que la regulación comunitaria del retorno se convierta en el puntal entorno al que se estructure todo el sistema de medidas de alejamiento de los Estados miembros, también las de retorno en la frontera y eventualmente el resto de supuestos de expulsión por motivos distintos a la estancia irregular, que es el ámbito de aplicación mínimo de la Directiva. En definitiva, la Directiva constituye el primer intento de crear un modelo-tipo de medida y procedimiento europeos de alejamiento (“el retorno”) con la finalidad de asegurar un funcionamiento común de las medidas de alejamiento europeas como mínimo en los procedimientos por estancia irregular, pero con vocación de informar a la regulación del resto de supuestos de alejamiento. Esta regulación común permitirá homologar entre los Estados miembros las medidas de alejamiento nacionales favoreciendo su directa aplicación por otros Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno de reconocimiento mutuo de decisiones, a la vez que se apuntala con un elemento imprescindible el fragmentario régimen comunitario de extranjería que ahora incluye ya el control de fronteras, los visados, la reagrupación familiar, la residencia de larga duración, otros tipos de residencia como la tarjeta azul, aspectos parciales del régimen laboral, etc.

Ciertamente, la Directiva de retorno⁴⁰ constituye un pilar fundamental en el proceso de fragmentaria construcción de un derecho comunitario de extranjería al establecer una serie de conceptos y procedimientos básicos comunes a todos los Estados con voluntad armonizadora.⁴¹ De hecho, la Directiva permite a los Estados cumplir los objetivos que ésta impone manteniendo sus respectivos modelos de alejamiento, estén éstos basados en un procedimiento administrativo o judicial o en una combinación de ambos, sean éstos declarativos y ejecutivos o eminentemente ejecutivos, se basen en un procedimiento meramente restitutivo del extranjero a un tercer Estado o en un procedimiento sancionador con prohibición de entrada, sean modelos que priorizan la ejecución voluntaria o que confían directamente en la ejecución forzosa, sean modelos que se decantan por el internamiento o que priorizan medidas alternativas al mismo, etc. Sea como fuere, la Directiva garantiza una

⁴⁰ Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a los procedimientos y normas comunes a los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en su territorio. DOCE L-348/98, de 24 de diciembre de 2009. Para completar el abanico normativo comunitario en esta materia, todavía hay que citar el artículo 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, la Directiva del Consejo 2001/40/EC, de 28 de mayo de 2001, sobre reconocimiento mutuo de decisiones de expulsión de nacionales de países terceros, y el limitado Tratado de Prüm.

⁴¹ En realidad, las técnicas utilizadas son relativamente respetuosas de las instituciones nacionales, de modo que a menudo se acerca más a una armonización a la carta o armonización *soft*. He desarrollado este razonamiento con más detalle en Moya, David: «La nueva Directiva de Retorno...», en *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, n.º. 10, diciembre 2008. *Revista catalana de dret públic*, núm. 40, 2010

mínima seguridad jurídica, así como la operatividad del modelo de gestión migratorio supranacional que la Unión está contribuyendo a construir.⁴²

Por último, hay que mencionar un problema muy concreto pero que genera una enorme tensión a las Administraciones y complica las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas y entre éstas entre sí. Es el fenómeno de los menores extranjeros indocumentados no acompañados (MEINA), que, desde 1998, pero especialmente de un tiempo a esta parte, se ha convertido en endémico. Más allá de la reiteración de algunos debates sobre la idoneidad de los mecanismos de determinación de la edad de los menores o sobre la declaración de tutela de los menores, el problema de los MEINA refleja como ningún otro los dilemas inherentes a cualquier política de extranjería, o, dicho en términos sociológicos, la paradoja del *welfare state* en inmigración: que las políticas asistenciales tienen un indudable efecto “llamamiento” además de unos enormes costes económicos, pero que políticas demasiado restrictivas pueden violentar los derechos de los menores y los principios fundamentales de nuestro Estado social y de derecho. La falta de respuestas coordinadas entre administraciones autonómicas, las divergencias en la aplicación de la ley entre subdelegaciones del gobierno y también, a veces, un celo excesivo entre determinadas ONGs en la defensa de los intereses de los menores, han creado una situación en la que la repatriación (no “reagrupación”, ni los padres ni los menores la desean) con su familia es muy difícil de realizar. Las iniciativas del Gobierno central con Marruecos o Senegal, a pesar de ser loables, todavía tienen que valorarse a más largo plazo, pero algunos fracasos en actuaciones autonómicas similares no animan al optimismo, y, en todo caso, tienen que verse desde una óptica de codesarrollo que no rendirá frutos inmediatamente. Es posible que la solución no tenga que ser unilateral, sino que como política comunitaria gane capacidad transformadora, pero éste es un reto que parece que tendrá que afrontar la Presidencia española de la Unión, y todavía hay que ver si se intentará utilizar la experiencia de estos convenios o simplemente se limitará a la adopción de legislación para armonizar la regulación del tratamiento de los menores inmigrantes.

3. Algunos problemas nuevos a los que tendría que enfrentarse el modelo de gestión migratoria

De todo lo expuesto anteriormente se deduce que el modelo migratorio español está relativamente asentado, aunque en él perviven algunos problemas importantes que el modelo arrastra desde hace tiempo, problemas que, por otro lado, son compartidos con otros países que tienen una tradición migratoria más larga. Junto con estos problemas persistentes y generalizados, el actual modelo afronta nuevos retos: la modernización de los procedimientos administrativos y no sólo de la tecnología al servicio del control, la necesidad de repensar la estrategia de lucha contra la trata de personas o los mecanismos de participación autonómica local en la gestión de dicho modelo. Quedan fuera de este repaso otros debates necesarios, como por ejemplo el ahondamiento en los mecanismos de integración y no discriminación, las medidas de participación política y derecho de voto, la necesidad de un debate sobre el acceso a la nacionalidad o el impacto real de la nueva ley de asilo, puesto que, pese a ser importantes, se alejan del presente objeto de estudio, que es el modelo de gestión de flujos.

⁴² Estudio de impacto, Anexo a la propuesta inicial de Directiva presentada por la Comisión Europea, SEC (2005) 1057.

Frente la mejora sustancial en el diseño, desarrollo, aplicación y fiabilidad de sus instrumentos de control migratorio, los procedimientos y garantías de los extranjeros casi no se han actualizado ni modernizado—especialmente los recursos administrativos, judiciales y extrajudiciales—, o, como mínimo, no se han beneficiado al mismo nivel de la introducción de las nuevas tecnologías como lo ha hecho el control de entrada y estancia. Las garantías siguen siendo las propias del siglo pasado, faltas de la agilidad necesaria en esta materia. Más bien al contrario, en algunas ocasiones parece que se haya vuelto al derecho de extranjería como derecho administrativo especial en el que se introducen numerosas excepciones a las disposiciones generales de procedimiento de la Ley 30/1992 (excepciones al silencio positivo en Embajadas y Consulados, restricción de las vías de presentación de documentos administrativos, exigencia de presencia personal para múltiples trámites, régimen de ejecución de algunos actos administrativos distinto, etc.). Es cierto que la intervención de los Tribunales ha impuesto claramente límites a algunos excesos de la Administración, sobre todo en ámbitos como la expulsión o los permisos de trabajo, pero ello ha ocurrido gracias también a la extensión del control jurisdiccional de la actividad administrativa. En cambio, actuaciones como las que se adoptan en la frontera o en Embajadas y Consulados, o incluso las adoptadas por las compañías de transporte privadas, siguen disfrutando de un escaso control, y generalmente relacionado con la afectación de los derechos de ciudadanos españoles o comunitarios o de sus familiares.⁴³ Sin embargo, no cuesta mucho imaginar mecanismos alternativos a los puramente jurisdiccionales para someter también estas actuaciones a un mínimo control. En el fondo, y como se ha apuntado en algún otro apartado precedente, habría que empezar a pensar si, por su naturaleza y configuración, los Tribunales son las instancias más adecuadas para asegurar una respuesta rápida y efectiva, al menos en primera instancia, a los problemas jurídicos de los extranjeros ante la Administración, particularmente en relación con el control de entrada. Es un verdadero reto de futuro llegar a un nivel de protección de los derechos equiparable, como mínimo, al nivel de incidencia en los mismos que el actual sistema provoca.

Con respecto a la afirmación de que hay que repensar la estrategia de lucha contra el tráfico de personas, ésta es consecuencia de la evidencia de que la actividad de tráfico es cada vez más amplia y lucrativa, y de que la lucha contra ellas no está siendo muy efectiva, en gran parte por tres motivos: primero, porque las actividades vinculadas al tráfico y explotación de personas no están bien definidas en el Código Penal (art. 318 bis); segundo, porque giran entorno a la denuncia y colaboración de las víctimas, muy difíciles de obtener en la práctica; y tercero, por la falta de una política y legislación claras en materia de prostitución, que queda en una ilegalidad que beneficia a actividades delictivas conexas. En efecto, la proyección del delito de trata sobre una pluralidad de situaciones muy diferentes pone de manifiesto dos características de la misma: que la imprecisión de su contorno dificulta su conceptualización y difumina sus fronteras en relación con otras conductas también delictivas (proxenetismo, delitos contra la libertad sexual, explotación sexual, delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, lesiones, delitos contra el derecho laboral y de los trabajadores, etc.). Esta situación se agrava por el hecho de que en España la trata de personas está fundamentalmente vinculada al ejercicio de la prostitución, pero la solución de compromiso en la tensión entre libertad de elección laboral y prohibición del proxenetismo consistente en permitir únicamente la prostitución por cuenta propia (en aquellos países en los que la prostitución no está expresamente prohibida, *STJCE Margarita Jany v. Netherlands*) no funciona cuando se aplica a las personas extranjeras extracomunitarias. Esto ocurre por diversas razones, pero sobre todo porque el elemento de extranjería distorsiona la extendida presunción de que la prostitución es en general libremente decidida, cuando tendría que ser más bien al contrario: es presumible que la actividad de trata está detrás de muchos casos de prostitución de ciudadanas extranjeras. La dificultad estriba en distinguir los casos en los que la prostitución es

⁴³ STJCE *MRAX v. Bélgica*, de 25 de julio de 2002, o STJCE *Comisión v. España*, de 31 de enero de 2006. Revista catalana de dret públic, núm. 40, 2010

escogida libremente o es impuesta por la fuerza o mediante intimidación. A pesar de la mejor regulación a raíz del nuevo artículo 59 bis (LO 2/2009), como la lucha en base a la denuncia y colaboración de las víctimas no funciona—y menos aún a la vista de los ridículos estímulos que la normativa prevé⁴⁴ y dada la falta de red social y apoyo a las víctimas—, hay que buscar nuevas soluciones que no se estanquen en este círculo vicioso. Sin entrar en el debate sobre regulación o abolición, medidas como la exclusión del ejercicio de la prostitución y actividades relacionadas durante los primeros cinco años de residencia legal en España⁴⁵ permitirían restar interés económico inmediato para traficar con personas, puesto que no podrían generar beneficios inmediatos, además de facilitar la inspección y sanción de los locales y sus responsables no por tráfico, sino simplemente por incumplimiento de la normativa laboral y de extranjería. Evidentemente, medidas como ésta tendrían que acompañarse de otras disposiciones que facilitarían la regularización de las mujeres al acceder a otros trabajos, así como de otras medidas dirigidas a reforzar los servicios sociales previstos para estos casos y el acceso a los mecanismos de integración laboral.

Finalmente, en los últimos años se ha plasmado una tendencia descentralizadora primero en la ley, después en el reglamento y más tarde en los nuevos Estatutos, lo que ha permitido a comunidades autónomas y Entes Locales asumir nuevas competencias y/o facultades en materia de inmigración, así como una progresiva apertura del Estado central a la participación de otras Administraciones en la definición del modelo migratorio. Con esta finalidad se creó el Consejo Superior de la Inmigración, que ahora se sustituye por la Conferencia Sectorial de Inmigración, ya constituida pero todavía no operativa. Es cierto que las competencias de las comunidades autónomas y los entes locales en materia de gestión de flujos migratorios han sido muy limitadas hasta hace poco, las primeras básicamente a través de la participación en el procedimiento de establecimiento del contingente y los segundos en la emisión de los informes de vivienda relativos al reagrupamiento familiar y al arraigo social a efectos de regularización. La adopción de la nueva hornada de Estatutos de Autonomía ha añadido competencias sobre emisión del permiso de trabajo inicial y sobre primera acogida de los extranjeros, que forzosamente tienen un gran impacto en la medida en que ahora las comunidades autónomas (o algunas de ellas) tienen la capacidad de incidir en la inmigración con finalidades laborales en su territorio, y siempre que el detalle normativo les deje cierto espacio más allá de la simple gestión. Esto se ha plasmado en dos reformas reglamentarias recientes,⁴⁶ así como en la Ley Orgánica 2/2009, que obliga al establecimiento de un sistema informático compatible, a resoluciones conjuntas de los permisos de residencia y trabajo, a la colaboración e intercambio sistemático de información (disp. ad. 5ª). No obstante, seguramente hará falta dar un peso más fuerte a la Conferencia Sectorial e intensificar la tarea de sus grupos de trabajo, y mejorar los procedimientos participados como los de repatriación o tratamiento de los MEINA, de participación en el establecimiento del contingente, etc., así como en una mayor interrelación a efectos de incidir y aplicar las normas comunitarias de inmigración. Con respecto a los municipios, habría que asegurarles mecanismos de participación en la toma de decisiones sobre inmigración, en especial si pierden representación a nivel estatal al ser excluidos de la Conferencia Sectorial de Inmigración y ahora que las comunidades autónomas asumen nuevas facultades ordenadoras en la emisión de los informes sobre arraigo.

⁴⁴ Artículo 46 REDILE; Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril, sobre concesión del permiso de residencia a las víctimas del tráfico de seres humanos.

⁴⁵ VV.AA: «La necesidad de repensar la lucha contra la trata de personas. Una visión jurídica y social de protección a las víctimas», comunicación presentada en el Seminario GRITIM-CIDOB, celebrado en Barcelona el 10 de septiembre de 2009 (no publicada).

⁴⁶ Real Decreto 1463/2009, de 18 de septiembre, BOE nº. 229, de 22 de septiembre de 2009, y Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, BOE nº. 177, de 23 de julio de 2009.