

La posición jurídica de los extranjeros a la luz del texto constitucional de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley de Extranjería y de la normativa de desarrollo (1)

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogado

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. FUENTES REGULADORAS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS EXTRANJEROS.
- III. POSICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS:
 - 1. EXTRANJEROS COMUNITARIOS.
 - 2. EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS.
- IV. CONCLUSIONES.

(1) Me gustaría agradecerle al profesor Doctor don Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UNED, sus interesantes aportaciones y sugerencias que me han resultado de gran utilidad en la redacción de este artículo.

I. PLANTEAMIENTO

Por titularidad entendemos la cualidad que le confiere a la persona el hecho de ser sujeto de un derecho subjetivo o la relación entre un sujeto y el derecho que ostenta.

La CE utiliza diferente terminología para referirse a los titulares de los derechos fundamentales, «españoles», «todos», «todas las personas», «ciudadanos», y en otros casos utiliza construcciones impersonales «se reconoce el derecho...».

Todas estas formulaciones han de integrarse con el artículo 13 de la CE para determinar la titularidad de los derechos fundamentales de los extranjeros (2).

En principio la nacionalidad hace referencia al vínculo que existe entre los miembros de una comunidad política y el Estado al que pertenecen. La nacionalidad se traduce en la condición de ciudadano, que permite disfrutar del conjunto de derechos constitucional y legalmente establecidos y ejercerlos en condiciones de igualdad.

Los autores suelen dar un concepto negativo de extranjero, entendiendo por tal toda persona que no ostenta la nacionalidad española. En general, DE CASTRO considera extranjeros a los extraños a la comunidad nacional, es decir, al no nacional o no español.

La condición jurídica de los extranjeros ante las leyes de otro país ha sido muy distinta según las épocas, pero ahora en las legislaciones modernas, se registran tres sistemas, aunque como dice MIAJA DE LA MUELA, no los encontramos puramente en ningún ordenamiento, dadas las excepciones existentes, por razón de orden público, defensa nacional, economía, etc... Son los siguientes:

1. El criterio de reciprocidad diplomática, que subordina el reconocimiento de la personalidad jurídica del extranjero a lo establecido en los Tratados en vigor con el Estado a que pertenezca.
2. El de reciprocidad diplomática, que subordina dicho reconocimiento al que se tenga en la legislación del otro Estado.
3. Y el de igualdad que concede, sin subordinación de reciprocidad, al extranjero iguales derechos que al nacional.

(2) BORRAJO INIESTA, I., «El estatus constitucional de los extranjeros», en *Estudios sobre la CE. Homenaje al profesor García de Enterría*, tomo II, editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 766: «La fuerza integradora de la CE se hace sentir con una especial intensidad en el estatus jurídico de los extranjeros que, en virtud de su residencia en España, se incorporan de manera más o menos estable al ordenamiento nacional. Disfrutan de un elevado número de derechos fundamentales, todos los no reservados a los nacionales y el contenido de los mismos es en gran medida idéntico al de los españoles, el legislador sólo puede modular su ejercicio, no negar su titularidad y sólo en sus aspectos no esenciales».

En relación a la nacionalidad, el artículo 11 de la CE se remite a la regulación por ley, señalando que ningún español de origen podrá ser privado de ella y admitiendo los supuestos de doble nacionalidad en virtud de tratados que se firmen con países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido una particular relación con España.

La condición de los extranjeros en España se encuentra regulada en el Código Civil, concretamente en el Título I del Libro I, en los artículos 17 a 28, pero se limita prácticamente a regular la nacionalidad.

Como señala Juan Manuel GOIG: «El derecho de extranjería abarcaría una serie de disposiciones relativas a la entrada, permanencia, trabajo y régimen de salida de los extranjeros, así como los derechos y libertades de que puedan ser titulares y las obligaciones que les puedan corresponder en relación con el Estado en que se encuentran» (3).

II. FUENTES REGULADORAS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS EXTRANJEROS

El régimen jurídico de los extranjeros en España se establece en la Constitución, en Tratados Internacionales, en la jurisprudencia del TC y en Leyes Orgánicas.

1. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Como precepto clave en la materia destacamos el artículo 13.1: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Los extranjeros son titulares, en principio, de todos los derechos fundamentales relacionados en el Título I de nuestra Constitución, si bien el mismo artículo añade una reserva al decir que ello tendrá lugar «en los términos que establezcan los tratados y la ley».

El artículo 13.2 tipifica: «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales».

Aún cuando este artículo constituye un elemento importante de interpretación, no es el único que debemos tener en cuenta a la hora de fijar el alcance de los derechos y libertades de los extranjeros en España.

(3) GOIG MARTÍNEZ, J. M., *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, coordinado por Santiago SÁNCHEZ GÓNZALEZ, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 486.

Así también debemos de aludir al artículo 10.1 que dice: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social». Esta norma recoge la idea de unos derechos inherentes a la persona en los que no cabe distinguir entre nacionales y extranjeros.

El TC en sentencia 53/1985, FJ 5.º, señala que el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 de la CE, constituye el germen de unos derechos que le son inherentes al ser humano y desde el punto de vista constitucional es considerado como el punto de arranque de la existencia y especificación de los demás derechos.

También es importante el apartado 2 del artículo 10, según el cual: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

En la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes se encuentran también las notas que caracterizan el Estado social y democrático de derecho. Los derechos derivan, a su vez, de los valores que el artículo 1 de la CE define como superiores del ordenamiento jurídico: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político.

El artículo 53 de la CE señala que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Toda limitación de un derecho o de una libertad reconocida constitucionalmente, deberá hacerse sólo por ley, que deberá respetar el contenido esencial del derecho y deberá estar motivada y justificada y ser proporcional al fin perseguido.

2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La segunda fuente que tipifica la posición jurídica de los extranjeros son los Tratados Internacionales relativos a los derechos humanos. Es importante destacar la STC 36/1991 en su FJ 5.º: «Esta norma (el art. 10.2 de la CE) se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que España sea parte, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucional-

mente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución».

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TC

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo califica como «intérprete supremo de la Constitución». Tienen gran importancia las SSTC 107/1984, recaída en un recurso de amparo, y la 115/1987, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto sobre diversos artículos de la LO 7/1985, relativos a los derechos de los extranjeros.

Por medio de estas sentencias el TC ha realizado aportaciones importantes al estatus constitucional de los extranjeros, así debemos destacar la STC 236/2007, de 7 de noviembre, la cual da respuesta a las impugnaciones que se habían planteado contra la LO 8/2000 en relación con el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros en situación irregular con relación a los cuales señala que «el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallen en dicha situación en España» (FJ 4.º).

Así, proyectando su doctrina general, considera que los extranjeros ilegales no pueden ser privados de los derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, de los que vengán reconocidos a los extranjeros directamente por la Constitución, debiendo respetarse el contenido preceptivo del derecho y el contenido delimitado por la Constitución y por los Tratados Internacionales. Debe tenerse en cuenta que las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos constitucionalmente protegidos guardando la proporcionalidad adecuada con la finalidad perseguida.

4. LAS LEYES Y NORMATIVA DE DESARROLLO

El desarrollo del artículo 13 de la CE se encuentra en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, por LO 11/

2003, de 29 de septiembre, por LO 14/2003, de 20 de noviembre y, finalmente, por LO 2/2009, de 11 de diciembre.

La reforma de 2009 viene motivada por: la evolución del fenómeno migratorio, la adaptación de la Ley a varias sentencias del TC, la necesidad de introducir en el Derecho español el contenido de diversas Directivas Comunitarias sobre inmigración y por el surgimiento de competencias en determinadas Comunidades Autónomas.

Los objetivos que se persiguen con esta reforma son:

1. Establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.
2. Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales, reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo.
3. Aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular.
4. Reforzar la integración como uno de los ejes centrales de la política de inmigración, apostando por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas.
5. Adaptar la normativa a las competencias de ejecución laboral previstas en los Estatutos de Autonomía que inciden en el régimen de autorización inicial de trabajo y a las competencias estatutarias en materia de acogida e integración. Se fija un marco regulador.
6. Reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones de inmigrantes y otras.

En cuanto al concepto de residencia o residente, hemos de precisar que estos términos deben entenderse referidos a una situación de estancia o residencia legal, esto es, conforme a los requisitos que se establecen y que por tanto habilitan a la permanencia del extranjero en nuestro país en cualquiera de las situaciones reguladas. Cuando se omite la alusión a la situación de estancia o residencia, como sucede para el ejercicio de los derechos fundamentales, es precisamente porque dicha situación no debe exigirse.

El artículo 1 de la Ley de Extranjería, en sus párrafos 1 y 2 dice: «Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española. Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que España sea parte».

Se introducen con carácter *ex novo* un nuevo artículo 2 bis en el que se define la política migratoria, se establecen los principios y ejes de actuación de la misma y se indica su marco competencial, y un nuevo artículo 2.ter, que ordena los principios y actuaciones en materia de integración de los inmigrantes.

Complementa la regulación de esta materia el Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y modificado por Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, que tiene como finalidad adaptar la regulación de los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo al traspaso a las CCAA de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros.

Como en el ordenamiento jurídico español en materia de extranjería e inmigración la concesión a un extranjero de la posibilidad de trabajar se vincula a la posibilidad de que dicho extranjero sea residente en España, a partir de ahora podrán concurrir en el correspondiente procedimiento administrativo dos Administraciones Públicas cuyas actuaciones se tratan de coordinar:

Una, la autoridad laboral autonómica que resolverá sobre la concesión de la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, al amparo de la autorización de residencia y trabajo solicitada.

Otra, la autoridad estatal competente en materia de residencia de extranjeros, que resolverá sobre la posibilidad de que el extranjero resida en España, al amparo de dicha solicitud de autorización de residencia y trabajo.

También se introducen cambios en la renovación y modificación de autorizaciones de residencia y trabajo, realizándose una regulación más diferenciada.

El empresario que pretenda contratar a un trabajador extranjero sólo deberá presentar una única solicitud de autorización de residencia y trabajo y lo hará ante una única Administración a través del órgano que sea competente para su tramitación.

Asimismo, los interesados recibirán una única resolución en respuesta a su solicitud de autorización de residencia y trabajo, en la que se contendrán los procedimientos concretos de cada una de las Administraciones Públicas.

III. POSICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS

Para examinar esta materia tenemos que distinguir dos grupos:

1. El de los extranjeros comunitarios.
2. El de los extranjeros no comunitarios.

1. EXTRANJEROS COMUNITARIOS

Son comunitarios los nacionales de los países miembros de la Unión Europea, equiparando a estos además a los miembros de los Estados del Espacio Único Europeo, que son Noruega, Islandia, Liechtenstein y también los ciudadanos suizos.

Su régimen jurídico se encuentra en el artículo 1.3 de la Ley de Extranjería (modificado en el 2009) que dice: «Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario, se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables».

El Tratado de Roma ya preveía la abolición entre los Estados miembros de los obstáculos que impidan la libre circulación de personas, iniciativa que fue ampliada por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, que crea el concepto de la ciudadanía de la Unión Europea, de la que forman parte todos los nacionales de los Estados miembros y les atribuye ciertos derechos, algunos de ellos predicados tradicionalmente sólo de los nacionales:

- libertad de residencia y circulación,
- derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales,
- derecho de petición,
- derecho a protección diplomática de otro país de la UE.

Siempre que resulte de aplicación el Derecho comunitario entra en juego el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, por lo que en la práctica los ciudadanos europeos quedan asimilados a los españoles en el disfrute de los derechos fundamentales.

Los derechos de los ciudadanos comunitarios se han incluido posteriormente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, pasando del fracaso del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, al posterior reconocimiento de su valor jurídico vinculante y su regulación en el Tratado de Lisboa.

El Tratado de Lisboa modifica el Tratado de la UE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 2008, publicado en el *BOE* el día 27 de noviembre de 2009 y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, interesando a estos efectos el artículo 6 (4).

Como manifestación de todo ello en nuestro ordenamiento, el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación y residencia en España

(4) Artículo 6: «1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enumerados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea... la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión, tal como se definen en los Tratados. 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

Se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de dichos ciudadanos que sean cónyuge, pareja estable o ascendientes o descendientes directos de ambos. Estos familiares si pretenden permanecer o fijar su residencia en España, durante más de tres meses estarán obligados a solicitar un certificado de registro o una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

La entrada en territorio español se efectuará con el pasaporte o documento de identidad válido y en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular *ex* artículo 4.

El Real Decreto 240/2007 ha sido modificado por el Real Decreto 116/2009, de 10 de julio, la modificación afecta a los ciudadanos de la Unión Europea nacionales de un Estado miembro en cuyo territorio no se aplica el Convenio de Schengen, ya que a sus familiares nacionales de terceros países no se les permite la entrada en España por las autoridades del control de fronteras sin la obtención previa de un visado de entrada, a pesar de ser titulares de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión. En este sentido se modifica el artículo 4.2 con el nuevo contenido la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, expedida por cualquier Estado miembro de la Unión Europea o por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, exime a estos familiares de la obligación de la obtención de visado de entrada.

En los supuestos en los que la permanencia, cualquiera que sea su finalidad, tenga una duración inferior a tres meses, será suficiente la posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor, en virtud de la cual se haya efectuado la entrada en territorio español.

Si la residencia es superior a tres meses, los interesados están obligados a solicitar personalmente ante la Oficina de extranjeros de la provincia donde pretenden permanecer o fijar su residencia o en su defecto ante la Comisaría de policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero y la fecha de registro. Junto con la solicitud de inscripción deberá presentarse el pasaporte o DNI válido y en vigor del solicitante.

2. EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS

El TC en sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, ha formulado una clasificación de los derechos en función de la participación que en los mismos tienen los extranjeros. Distinguimos los siguientes grupos:

- A) Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos.
- B) Derechos que no se reconocen a los extranjeros.
- C) Derechos que se reconocen en los términos que establezca la ley, son los «derechos de configuración legal», siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.
- D) Derechos de asilo y de refugio.

Vamos a analizar cada uno de estos grupos:

- A) *Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos*

La STC 107/1984 ha señalado que existen «derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o ... que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de la CE constituye el fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc..., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles».

El TC ha considerado dentro de esta categoría de derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros determinados derechos fundamentales: la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), la libertad individual (art. 17) y la prohibición de discriminación del artículo 14. Así la STC 99/1985, de 30 de septiembre, declaró inconstitucional la Ley de asistencia jurídica gratuita que negaba este derecho a los extranjeros irregulares. La parte recurrida opuso un rechazo frontal al amparo de cualquier extranjero dando por supuesto que la Constitución sólo reconoce derechos fundamentales a los españoles. El Tribunal contestó que la Constitución es «obra de españoles», pero «no solo para los españoles» y procedió a otorgar el amparo.

Este criterio del TC se confirma en posteriores sentencias, como la 115/1987, de 7 de julio, y la 95/2003, de 22 de mayo.

B) *Derechos que no se reconocen a los extranjeros por estar vinculados a la pertenencia a la comunidad política*

Es el caso de los reconocidos en el artículo 13.2 de la CE, según el cual solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

Como sabemos este apartado fue modificado el 27 de agosto de 1992, añadiendo las palabras «y pasivo», permitiendo que los ciudadanos de otros países sean elegibles en las elecciones municipales. Se trata de una reforma introducida como consecuencia de la necesidad de ratificar el Tratado de Maastricht y exigida para ello por el TC en su declaración de 1 de julio de 1992.

C) *Derechos que se reconocen en los términos que establezca la ley, son los derechos «de configuración legal». El legislador no puede desconocerlos y debe respetar su contenido esencial, pero tiene un amplio margen de maniobra para regular su ejercicio y sujetarlo a límites, siempre justificados y para introducir un régimen de ejercicio diferente al de los españoles*

Estos derechos se hayan regulados en la LO 4/2000, modificada entre otras, por LO 2/2009, de 11 de diciembre. El régimen jurídico de los extranjeros se encuentra regulado en su Título II. Entre las reformas introducidas destacamos:

- el perfeccionamiento del estatuto de los residentes de larga duración;
- la lucha contra la inmigración irregular, con medidas como la creación de un registro para controlar las entradas y salidas;
- la vinculación de la llegada de nuevos inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo, definiéndose de modo más preciso el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, pudiendo limitarse las autorizaciones iniciales a una ocupación y ámbito territorial;
- la integración de los menores extranjeros no acompañados.

El TC ha afirmado que los derechos de los extranjeros son de configuración legal, pero que ello no supone una desconstitucionalización de los mismos. El alcance de la remisión a la ley fue abordado en la STC 115/1987, de 7 de julio, en cuyos FJ 2.º y 3.º la mayoría del Tribunal se inclina por una interpretación muy restrictiva del alcance de la cláusula que remite la regulación a la ley, de tal modo que la misma solo permite diferencias de trata-

miento en el ejercicio de determinados derechos, pero sin que se vea afectado el contenido esencial del derecho.

Para exponer su régimen jurídico vamos a analizar los siguientes puntos:

1. Situaciones en España

El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad y de los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios *ex* artículo 25. La Orden de 10 de mayo de 2007 desarrolla este artículo a efectos de acreditar medios de vida suficientes.

La LO 2/2009, de 11 de diciembre, añade un nuevo apartado 5 en el artículo 25 en los siguientes términos: «La entrada en territorio nacional de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su periodo de permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal».

Los tipos de visado los regula el artículo 25 bis y se prevé su desarrollo reglamentario. Los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán estar provistos de visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en su pasaporte o documento de viaje o en su caso en documento aparte, salvo normativa europea o convenio internacional. Pueden ser: de tránsito, de estancia, de residencia, de residencia y trabajo, de residencia y trabajo de temporada, de estudios y de investigación.

Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda.

Estancia es la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a noventa días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (último inciso introducido en la modificación de 2009). Transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o una autorización de residencia.

Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir. Los residentes podrán encontrarse en la situación de residencia temporal o de residencia de larga duración (modificación 2009).

La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años. Los extranjeros con autorización de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio.

La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.

2. Derechos reconocidos

La ley delimita una serie de derechos de los extranjeros, derechos que provienen no ya de un reconocimiento legislativo particular, sino de la aplicación de los Derechos Fundamentales, por lo que el artículo 3 de la Ley de Extranjería señala que los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la CE y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta LO. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

Las modificaciones que se introducen en el 2009 en el Título I perfilan lo que debe ser el marco de derechos y libertades de los extranjeros, junto a las correspondientes obligaciones.

Se reconocen los derechos fundamentales a los extranjeros cualquiera que sea su situación en España, así como el establecimiento de un sistema progresivo a los otros derechos basado en el refuerzo del estatus jurídico a medida que aumenta el periodo de residencia legal.

Otros derechos que encontramos reconocidos en la Ley son los que se regulan en los artículos 4 y siguientes:

- Derecho a la documentación. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España. El párrafo 2 de este artículo se modifica en el siguiente sentido: Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un periodo superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización

respectivamente. Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de un visado de residencia y trabajo de temporada.

Reglamentariamente se desarrollarán los supuestos en que se podrá obtener dicha tarjeta de identidad cuando se haya concedido una autorización para permanecer en España por un periodo no superior a seis meses.

- Derecho a la libertad de circulación. Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes.
- Participación pública. Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales, en los términos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales, en su caso y en la Ley.
- Libertades de reunión, manifestación y asociación, se modifican en el 2009 en el sentido de que los extranjeros tienen derecho de reunión y de asociación en las mismas condiciones que los españoles, desaparece en ambos la exigencia de que sólo podrán ser ejercidos cuando se obtenga autorización de estancia o residencia.
- Derecho a la educación. Los extranjeros menores de dieciséis años (antes eran dieciocho) tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza postobligatoria.
- Derecho al trabajo y a la Seguridad Social. Los extranjeros residentes (novedad 2009) que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen, tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente. Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Libertad de sindicación y huelga. Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente en las mismas condiciones que los trabajadores españoles.
Los extranjeros podrán ejercer el derecho de huelga en las mismas condiciones que los españoles.
- Derecho a la asistencia sanitaria, la tienen los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, los extranjeros menores de dieciocho años y las embarazadas hasta el parto, los demás en caso de urgencia.

- Derechos en materia de vivienda. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles.
- Derecho a la asistencia jurídica gratuita. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles.
- Derecho a la intimidad familiar. Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados Internacionales suscritos por España. Su manifestación más importante es el derecho a reagrupar con ellos a sus familiares, regulado en el artículo 17 y desarrollado en el Real Decreto de 30 de diciembre de 2004. Esta materia ha sido modificada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, el cambio fundamental que se introduce es que los beneficiarios de la reagrupación, en línea con lo que ocurre en la mayoría de los países de nuestro entorno, se acotan básicamente a los familiares que integran la familia nuclear, la novedad en este caso es que dentro de esta categoría de familiares se incluye a la pareja que tenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal y que a estos reagrupados se les facilita el acceso inmediato al mercado de trabajo. En cambio, esta reforma lleva a que la reagrupación de los ascendientes se limite, como norma general a los mayores de sesenta y cinco años, previendo que puedan existir razones humanitarias que la permitan con una edad inferior.

D) *Derecho de asilo y de refugio*

Existe un derecho que, dada su naturaleza, tiene como únicos titulares a los no nacionales o como dice el artículo 13.4 de la CE a «los ciudadanos de otros países y los apátridas». Con relación a este derecho de asilo, la CE hace una amplia remisión al legislador: «La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España» (art. 13.4 CE).

Sobre la cuestión del derecho de asilo destacamos la STC 53/2002, de 27 de febrero: no estamos ante un derecho fundamental, sino ante un mandato al legislador.

El régimen jurídico se encuentra tipificado en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria que surge después de la última modificación por Ley 9/1994, de 19 de mayo, de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, que había quedado obsoleta debido a la existencia en la actualidad de una política europea de asilo, que arranca con el Tratado de Amsterdam de 1997 y que ha producido un extenso elenco de normas comunitarias que deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno y entre las que destacan:

- La Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.
- La Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas procedimentales.
- Y el Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados.

El objeto de esta Ley que desarrolla el artículo 13.4 de la CE es establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y los apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional.

Concepto de derecho de asilo: es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado.

La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él.

La protección subsidiaria representa una de las novedades de la Ley y se regula siguiendo las mismas pautas utilizadas con el derecho de asilo. El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir daños graves y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren acogerse a la protección del país de que se trate.

El procedimiento regulado es único para los dos tipos de protección, mejorándose las garantías de los solicitantes. Se incorpora también un procedimiento especial y preferente de reagrupación familiar, configurado como una alternativa a la extensión familiar de derecho de asilo. También hay un procedimiento único para la revocación y el cese de la protección internacional.

Como derechos garantizados destacamos los siguientes: el fundamental es el de la no devolución ni expulsión, la autorización de residencia y trabajo permanente, la expedición de documentos de identidad y viaje, el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales y a la seguridad social en las mismas condiciones que los españoles, la libertad de circulación y el mantenimiento de la unidad familiar.

IV. CONCLUSIONES

La posición jurídica de los extranjeros representa uno de los temas claves en la actualidad y en los últimos meses ha sido objeto de una nueva regulación que en mi opinión era totalmente necesaria para su adaptación a las necesidades actuales. Las reformas vienen tipificadas en la LO 2/2009, de 11 de diciembre, por la que se reforma la LO 4/2000, de 11 de enero, y que viene motivada por la evolución del fenómeno migratorio y la necesidad de adaptación a varias sentencias del TC y a las Directivas Comunitarias sobre inmigración.

Los objetivos que se pretenden conseguir es adaptarla a las transformaciones sociales que se han producido, ya que la presencia de extranjeros en nuestro país, su integración y el exceso de mano de obra en un momento de crisis como el actual ha motivado un fenómeno de regreso incentivado a los países de origen que demandaba una nueva regulación.

Se veía venir desde hace tiempo que el período de bonanza sobredimensionada iba a dejar paso a una situación como la actual, por tanto con esta modificación se pretende perfilar lo que debe ser el marco de derechos y libertades de los extranjeros junto a las obligaciones que les corresponden. Se reconocen los derechos fundamentales a los extranjeros cualquiera que sea su situación en España, así como el establecimiento de un sistema progresivo de acceso a otros derechos reforzando su estatus jurídico a medida que aumenta el período de residencia legal.

Se pretende luchar contra la inmigración irregular y se introducen medidas, a mi entender muy acertadas, como la creación de un registro para controlar las entradas y salidas, se pretende vincular la llegada de nuevos inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo, definiéndose de modo más preciso el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, pudiendo limitarse las autorizaciones iniciales a una determinada ocupación y ámbito territorial.

Las modificaciones también vienen determinadas por la LO 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria que entiendo que era totalmente necesaria para regular esta materia, ya que la Ley anterior era de hace catorce años y no se adaptaba, como no podía ser de otra manera, a las necesidades actuales, había quedado totalmente obsoleta ante la existencia de una política europea de asilo.

Las reformas introducidas en base a estas leyes considero que representan un perfeccionamiento en la regulación jurídica del estatus de los extranjeros que nuestra sociedad demandaba y el tiempo lo dirá si han resultado o no suficientes.

RESUMEN

EXTRANJERÍA DERECHO DE ASILO Y REFUGIO

En este trabajo pretendemos analizar un tema de gran actualidad como es la posición jurídica de los extranjeros en base a las reformas que han tenido lugar en los últimos meses y que eran necesarias para su adaptación a las necesidades actuales. Así analizamos la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, entre cuyos objetivos se encuentran establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, perfeccionar el sistema de canalización legal de los flujos migratorios laborales y reforzar la integración apostando por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas.

ABSTRACT

FOREIGNERS RIGHT OF ASYLUM AND REFUGE

In this paper I attempt to analyse a current issue which is the legal state of foreigners considering the reforms which have taken place throughout the past months, which I turn were necessary for the adaptation to current requirements. Therefore, I analyse LO 2/2009, of the 11th of December, which modifies LO 4/2000, within its objectives I find an establishment of the framework of foreigners' rights and free wills which guarantees the full practice of basic rights, improving the legal canalization of the laboral migration in-flows as well as reinforcing integration aiming at achieving an ambit of identity and cultural blending.

(Trabajo recibido el 15-8-2010 y aceptado para su publicación el 8-2-2011)