



La inmigración desde una perspectiva garantista

IMMIGRATION FROM A GUARANTEE PERSPECTIVE

Farah Amaadachou Kaddur

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

farah@ugr.es 0000-0002-7704-0663

Recibido: 02.11.2022 | Aceptado: 12.12.2022

RESUMEN

Es bien sabido que el fenómeno migratorio es una realidad compleja y, por tanto, las políticas del Derecho también lo son. Asimismo, resulta remarcable su sometimiento a un proceso de continuos cambios que en modo alguno puede darse por concluido, es por ello que el legislador está llamado a readaptar la normativa reguladora para proporcionar soluciones efectivas a los nuevos retos que plantea. Es en este contexto donde el fenómeno migratorio adquiere tal dimensión en España y sus repercusiones en el orden social, económico y cultural revisten tal magnitud que exige a los poderes públicos que lleven a cabo una actuación decidida a fin de: lograr una canalización legal y ordenada de los flujos migratorios pero desde la reafirmación de su compromiso con la defensa de los derechos humanos y la dignidad de las personas, favoreciendo la plena integración social de los inmigrantes en nuestro país y garantizando tanto la convivencia como la cohesión social.

ABSTRACT

It is well known that the migratory phenomenon is a complex reality and, therefore, the policies of the Law are too. Likewise, its submission to a process of continuous changes that in no way can be concluded is remarkable, which is why the legislator is called to readapt the regulatory regulations to provide effective solutions to the new challenges it poses. It is in this context where the migratory phenomenon acquires such a dimension in Spain and its repercussions in the social, economic and cultural order are of such magnitude that it requires the public powers to carry out a decisive action in order to: achieve a legal and orderly channeling of migratory flows, but from the reaffirmation of its commitment to the defense of human rights and the dignity of people, favoring the full social integration of immigrants in our country and guaranteeing both coexistence and social cohesion.

PALABRAS CLAVE

Inmigración
Derechos
Régimen jurídico
Garantismo
Ciudadanía inclusiva

KEYWORDS

Immigration
Rights
Legal status
Guarantees
Inclusive citizenship

SUMARIO

- I. UNAS BREVES ANOTACIONES INTRODUCTORIAS
- II. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS A TENER EN CUENTA: INMIGRACIÓN *VERSUS* EXTRANJERÍA
- III. ESTATUTO JURÍDICO BÁSICO: SUS PRINCIPALES GARANTÍAS Y LIMITACIONES
- IV. CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE MEJORA DESDE LA ÓPTICA GARANTISTA DE UNA CIUDADANÍA SOCIAL INCLUSIVA

I. UNAS BREVES ANOTACIONES INTRODUCTORIAS

La complejidad que entraña el fenómeno migratorio radica fundamentalmente en su propia naturaleza multidimensional. Dicha complejidad inevitablemente se traslada al ámbito de las políticas del Derecho en la medida en que deben atender a la propia realidad social. Las migraciones constituyen un fenómeno connatural a las comunidades y sociedades humanas.

Así pues, desde un punto de vista histórico, lo cierto es que la regulación jurídico-legal del fenómeno migratorio en España es relativamente reciente. Esto se debe, principalmente, a que, con el transcurso del tiempo, hemos asistido a un cambio de tendencia que refleja cómo España ha pasado de ser un país predominantemente de emigración para convertirse en uno de los principales países de acogida de inmigrantes, en unas proporciones realmente impensables hasta hace apenas unos años. Esta transformación de la propia realidad social, evidentemente, lleva aparejada una serie de implicaciones, tales como, la incipiente tendencia de llevar a cabo múltiples reformas legislativas, cada una de ellas con sus luces y sus sombras. En la coyuntura actual, la última reforma introducida ha sido a raíz de la aprobación del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. Por tanto, nos encontramos inmersos en un proceso que en modo alguno no puede darse por concluido.

No obstante, dentro de esta vorágine de continuas reformas legislativas, conviene anotar que las primeras reformas acontecidas abordaban el fenómeno migratorio de manera incidental, marginal y posteriormente se ha ido acomodando al verdadero alcance estructural que ha ido adquiriendo en el marco de la realidad social, es decir, la preocupación por la regulación legal de la cuestión social migratoria en España ha ido acrecentándose paralelamente al incremento de la entrada de inmigrantes en España, desbordando todas las previsiones que se tenía al respecto.

El debate en torno a la configuración del régimen jurídico de derechos y libertades de los extranjeros en España conlleva aparejado irremediabilmente una serie de connotaciones de carácter socio-laboral, económico y también político, y todo ello en su conjunto queda reflejado en la legislación actualmente vigente¹.

1. Véase al respecto Monereo Pérez, J. L. (dir.): *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010; Jover Gómez-Ferrer, R.; Ortega

II. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS A TENER EN CUENTA: INMIGRACIÓN VERSUS EXTRANJERÍA

No cabe duda que definir la posición jurídica de los extranjeros ha sido y continúa siendo una constante en los debates propios en materia de extranjería e inmigración, esta cuestión controvertida no se dirime únicamente en el marco de nuestro derecho interno, sino también se extiende en el ámbito comunitario e internacional.

De ahí pues, la conveniencia de precisar la delimitación conceptual que a su vez permite diferenciar entre extranjero e inmigrante. Desde el punto de vista jurídico, cuando se emplea el concepto terminológico de «extranjería» se hace referencia a todas aquellas personas que carecen de la nacionalidad española y que adquieren su significado en función de la realidad socio-política de un Estado soberano, en nuestro caso, España. A los efectos señalados, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEXIS), en concreto, su artículo 1.1 contiene la delimitación conceptual de extranjeros, empleando para ello un criterio de exclusión, es decir, a los efectos de la aplicación de dicha ley, se consideran extranjeros a los que carezcan de la nacionalidad española. Desde esta perspectiva, el término «extranjería» conlleva implícito una situación jurídica diferencial entre el ciudadano nacional y el no nacional o extranjero. Este hecho diferencial queda reflejado en las principales limitaciones que se manifiestan en cuanto a la titularidad y el ejercicio de los derechos. Desde la propia lógica jurídica, lo cierto es que sigue llamando la atención que el elemento de «extranjería» instituya la razón de ser de la discriminación y, por consiguiente, de la diferenciación entre ambos sectores poblacionales².

A la vista de lo hasta aquí expuesto, cabe anotar la importancia y repercusión que han tenido algunos ordenamientos jurídicos de tinte universalista que han tomado como valor central la dignidad de la persona, lo cual ha propiciado que se haya extendido el principio de equiparación entre nacionales y extranjeros en cuanto a la titularidad y al ejercicio de los derechos³. Sin embargo, pese a los intentos reiterados de reducir las divergencias detectadas en materia de derechos, lo cierto es que aún persisten limitaciones que avocan a los extranjeros a una situación de especial vulnerabilidad⁴.

Carballo, C. y Ripol Carulla, S.: *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010; Aja, E.: *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; Ceinos Suárez, A.: *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006; Fernández Collados, B.: *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Laborum, Murcia, 2008; Valdueza Blanco, M. D.: *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008; Triguero Martínez, L.Á.: *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008; Amaadachou Kaddur, F.: "La prestación por desempleo desde la perspectiva del inmigrante en situación administrativa irregular, ¿trabajadores de hecho pero no de derecho?", *Temas Laborales*, núm. 110, 2011, pp. 215-228.

2. Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.: "La Ley Orgánica 4/2000: historia de un desencuentro y razón de su desenfoque jurídico", *Migraciones. Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, núm. 7, 2000, p. 62.

3. Véase al respecto: Monereo Pérez, J. L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Laborum, Murcia, 2019.

4. Taribini-Castellani Aznar, M.: "Los derechos de los trabajadores extranjeros: Puntos críticos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, pp. 198-201.

Cabe anotar que a pesar de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Española en cuanto a que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I «De los derechos y deberes fundamentales» en los términos que establezcan los tratados y la ley, se constata una de las limitaciones más reseñables, en términos comparativos, entre los nacionales y los extranjeros. En concreto, en lo concerniente al acceso a los derechos sociales y laborales, desde el punto de vista de la residencia, en la medida en que, como regla general, se requiere un visado para la entrada, así como un permiso de residencia y/o trabajo para permanecer y residir en él, de este modo, actúa como filtro para la inserción estable del extranjero en el país de acogida. Este elemento distintivo determina finalmente el estatuto jurídico básico de la extranjería en España y, al mismo tiempo, permite diferenciar entre los extranjeros en situación administrativa regular o irregular, recurriendo para ello a tres elementos clave, la entrada mediante visado como elemento básico de control, permanencia bajo autorización de residencia y trabajo a través de la concesión de la autorización pertinente y, en última instancia, tomando en consideración el régimen sancionador⁵. A la vista de lo hasta aquí expuesto, cabe concluir que el disfrute pleno de los derechos propios del Estado de Bienestar viene condicionado por la situación administrativa del extranjero en territorio español⁶.

En lo que respecta a la «inmigración» la doctrina científica la concibe como un fenómeno socio-económico basado en el tránsito asociado a la entrada de personas a un lugar distinto a su país de origen. Como viene siendo habitual, la inmigración se produce desde territorios subdesarrollados hacia países desarrollados, por razones de trabajo, salud y, en general, para mejorar la calidad de vida.

Cuando median razones por trabajo, se plantea la cuestión de la integración social de los inmigrantes lo cual implica conciliar, por un lado, la capacidad de absorción en función de las necesidades en este caso de España como país de acogida y, por otro lado, la presión inmigratoria entendida como la cantidad de inmigrantes dispuestos a venir a nuestro país⁷.

Sin embargo, lo cierto es que la LOEXIS emplea indistintamente ambas categorías conceptuales como resultado de una confusión entre los planos técnico-jurídico y material. Así pues, el concepto teleológico de extranjero contemplado en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, realmente corresponde al de inmigrante. Con lo cual, desde el punto de vista de la Ley de extranjería esta diferenciación léxica no debe conducir a una diversificación semántica, de modo que cabe emplear indistintamente sendas expresiones terminológicas para referirse a una misma realidad⁸.

5. Taribini-Castellani Aznar, M.: *Reforma y Contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 36.

6. SSTC 107/1984, de 23 de noviembre; 95/2000, de 10 de abril; 95/2003, de 22 de mayo y 72/2005, de 4 de abril, entre otras.

7. Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.: "La Ley Orgánica 4/2000: historia de un desencuentro y razón de su desenfoco jurídico", ob. cit., p. 64.

8. Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.: "Notas sobre el proceso de reforma legislativa en materia de extranjería e inmigración", *Revista Migraciones*, núm. 4, 1998, p. 291; López Insua, B. M.: "El derecho a las prestaciones por desempleo de las personas inmigrantes", *Lex Social: Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 11, 2021, pp. 144 y ss.

A continuación, conviene distinguir y precisar entre situación administrativa regular e irregular de las personas inmigrantes dentro del territorio español, dado que va a resultar determinante a efectos del derecho al disfrute de las prestaciones del sistema público de Seguridad Social en igualdad de condiciones con los nacionales españoles⁹.

Ya de entrada hay que diferenciar entre, por un lado, la denominada «irregularidad total o absoluta», cuando la persona extranjera carece de la correspondiente autorización para trabajar y residir en territorio español y, por otro lado, la «irregularidad relativa» o también conocida como «laboral», reservada a los inmigrantes que no cuentan con la pertinente autorización para trabajar. No obstante, para un sector de la doctrina científica ésta última carecería de sentido en tanto que, como regla general, la autorización para trabajar y residir se suelen conceder en un único acto administrativo¹⁰.

III. ESTATUTO JURÍDICO BÁSICO: SUS PRINCIPALES GARANTÍAS Y LIMITACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Dicha proclamación constitucional supone la incorporación de un catálogo de derechos y libertades que no pueden ser modificados por el legislador ordinario.

Por su parte, el artículo 13 CE ubicado sistemáticamente en el Título I «De los derechos y deberes fundamentales» y dentro del mismo en el Capítulo Primero «De los españoles y los extranjeros» dispone lo siguiente:

- «1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garanticen el presente Título en los términos que establecerán los tratados y la ley».
2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, puede establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.
3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.
4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.»

9. González Ortega, S.: «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes», en González Ortega, S. (coord.): *La protección social de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 241; Charro Baena, P.: «El derecho a la Seguridad Social de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional», en Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L.Á. (dirs. y coords.): *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho*, Comares, Granada, 2016, pp. 258-259.

10. Valdueza Blanco, M. D.: «Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2003, pp. 168-200.

Por tanto, el artículo 13 CE establece un estatuto común o general de extranjería con la salvedad de la remisión a los tratados y a la ley que vendrían a establecer estatutos que podemos calificar como especiales¹¹. En esta materia, la Constitución opta por enunciar los derechos y libertades de los extranjeros y, al mismo tiempo, emplea la técnica de remisión para la concreción de la titularidad y ejercicio de los mismos, tanto a lo establecido en el ámbito internacional, en los tratados y pactos internacionales de referencia, como a nivel infraconstitucional, por la vía del desarrollo legal de los mismos, en nuestro caso, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXIS). Por tanto, una de las conclusiones que se extrae es que el artículo 13 de la CE no comporta una desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros, sino que sólo remite las condiciones de ejercicio al desarrollo legal junto con el sometimiento a los límites derivados del Título I de la CE y, en concreto, del artículo 10 de nuestra Norma Fundamental.

Sea como fuere, uno de los grandes desafíos que debe afrontar nuestra Carta magna no se restringe a la consecución de la integración de los extranjeros comunitarios, que, como bien es sabido, gozan de un principio de favor, sino también la plena integración y adaptación de los inmigrantes extracomunitarios o procedentes de terceros Estados¹².

Cabe anotar que el artículo 13 CE adolece de un cierto grado de imprecisión lo que ha propiciado diferentes interpretaciones, en ocasiones restrictivas, cuando consideran que la remisión que contempla este precepto constitucional hacia el legislador para su completo desarrollo implica, en cierto modo, la desconstitucionalización de los derechos fundamentales de los extranjeros, por la dependencia de la correspondiente titularidad a lo dispuesto en la ley o tratados que se acuerden. Por otro, en sentido opuesto, cabría la posibilidad de efectuar una interpretación amplia, que a su vez, ha sido avalada por el propio Tribunal Constitucional, partiendo de la percepción de que dicha remisión al legislador no implica desconstitucionalizar los derechos fundamentales de los extranjeros en España, sino que las personas extranjeras podrán ser titulares del conjunto de derechos reconocidos en el Título I del texto constitucional, y dependerá del legislador que el ejercicio de los mismos se reconozca en mayor o menor grado de equiparación con los españoles, todo ello tomando siempre en consideración las limitaciones contenidas en el artículo 10 CE. Dicho lo cual, cabe concluir que el artículo 13 CE ni puede ni debe ser interpretado de manera aislada.

A la vista de la evolución que ha venido experimentado el fenómeno migratorio en España y a tenor de las dimensiones que éste ha ido adquiriendo con el transcurrir de los años, se ha propiciado la introducción de múltiples reformas legislativas. La primera

11. Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.: "Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes", en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (dirs.):

Comentario a la Constitución Socioeconómica de España, Comares, Granada, 2002, pp. 209-210.

12. Sobre esta cuestión véase al respecto: Martínez Abascal, V. A.: "Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008.

regulación en materia de inmigración y extranjería en España data de 1985 y se concretó en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio. A este respecto sería conveniente tener en cuenta el contexto en el que surge dado que por aquella época España entra a formar parte de la Unión Europea, lo que supuso el cumplimiento de una serie de requisitos. En esencia, esta primera regulación jurídica del estatuto de los extranjeros en nuestro país se caracterizó por ser una ley inflexible y rígida, debido fundamentalmente a su inclinación hacia la dispensa de un tratamiento de carácter policial del fenómeno migratorio, abordándolo desde una perspectiva coyuntural¹³.

Además, fue una ley claramente restrictiva en materia de derechos humanos y derechos fundamentales. Tal es así, que el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio establecía lo siguiente: “los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, permiso de trabajo, cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y que tendrán una duración máxima de cinco años”. A fin de complementar lo dispuesto en este precepto legal, se tenía en cuenta el artículo 71.2 del Real Decreto 155/1966, a merced del cual ningún empresario podía contratar a un extranjero que no tuviera autorización para trabajar en España, salvo que haya sido exceptuado de la obligación de preverse de dicho permiso de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Ley Orgánica 7/1985.

A la vista de ello, en un primer momento, la jurisdicción social se mostraba mucho más proclive para declarar nulo de pleno derecho cuando concurrían tales circunstancias. En algunas ocasiones, la fundamentación jurídica esgrimida se sustentaba sobre la base de la falta de capacidad del trabajador extranjero en situación administrativa irregular para prestar válidamente su consentimiento [STS 5612/1986, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:1986:5612)], y otras, sin embargo, su justificación jurídica venía avalada mediante la contraposición de normas de carácter imperativas o de orden público [STS de 21 de marzo de 1997 (R) 1997, 3391)].

No obstante, con el fin de evitar el enriquecimiento injusto por parte del empresario se recurría a la aplicación del artículo 9.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET) para brindarle al trabajador la posibilidad de exigir a cambio de los servicios prestados la remuneración que correspondería si el contrato fuera considerado válido.

De conformidad con la argumentación jurídica esgrimida en la archiconocida sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TC:1984:107) sobre la problemática que suscita la cuestión relativa a la titularidad y ejercicio de los derechos y, en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, es que hay que distinguir entre los derechos que corresponden por igual a españoles y

13. Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á.: “El modelo de protección jurídico-legal del trabajador extranjero. Análisis a la luz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”, en Monereo Pérez, J. L. (dir.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010, pp. 2 y ss.

extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos al tratarse de derechos que son los que pertenecen a la persona y no como ciudadanos (STC 91/2000), por tanto, son derechos inherentes a la dignidad humana, que conforme al art. 10.1 de la CE es el fundamento del orden político español (SSTC 99/1985 y 130/1995) y que, además, como ya se ha dicho y ahora se reitera, están sometidos al canon hermenéutico consagrado en el artículo 10.2 CE (SSTC 78/1982; 84/1989; 139/1989, 236 y 259/2007). Hay que tener en cuenta que la dignidad humana impone el reconocimiento a toda persona con independencia de la situación administrativa en la que se encuentre (art. 10 CE), con lo cual, constituye un mínimo infranqueable por imperativo constitucional. Por otro lado, están los derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (para ello se remite a los derechos reconocidos en el artículo 23 CE, según lo dispuesto en artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); la existencia de aquellos derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. Bajo este planteamiento y en aras a solventar la cuestión controvertida, entendió que constitucionalmente no resultaba exigible la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles en materia de acceso al trabajo y ante la ausencia de un tratado, ya sea multilateral o bilateral, que así lo disponga. De modo que, la existencia de una legislación que exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone a la Constitución Española. Por consiguiente, la desigualdad resultante en relación a los españoles no cabe ser entendida inconstitucional, y no porque encuentre justificación en razones atendibles, sino porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato¹⁴.

Pese a los inconvenientes que venían planteándose durante la vigencia de esta primera Ley sobre extranjería e inmigración, fue determinante el papel que desempeñó el Tribunal Supremo en aras al reconocimiento del derecho a percibir la prestación por desempleo a los inmigrantes con permiso de residencia en España, aun habiendo expirado el permiso para trabajar, en este sentido cabe mencionar la STS de 21 de diciembre de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:8668); la STS de 25 de septiembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:10682). En líneas generales, el TS entendía la autorización administrativa como técnica de intervención pública perteneciente al tipo de la denominada actividad administrativa de limitación. A su vez, ésta se define por la doctrina científica como la que, de conformidad con la ley, opera en el ámbito de la restricción de la libertad de los particulares, pero sin sustituir la actividad de éstos, y presenta distintos grados. Por un lado, la denominada técnica autorizatoria, que debe ser diferenciada de la prohibición absoluta, y suele manifestarse de dos formas, en primer lugar, como un acto de naturaleza administrativa que levanta una prohibición relativa prevista en una norma de policía (es decir, prohibición con reserva de autorización) o como con-

14. *Vid.* Díaz Aznarte, M. T.: "El trabajador extranjero en situación administrativa irregular", en Monereo Pérez, J.L., Triguero Martínez, L. Á. y Fernández Avilés, J. A. (coords.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010, pp. 407 y ss.

trol meramente declarativo para el ejercicio de un derecho o facultad ya preexistente. No obstante, aunque se admite que en el caso del permiso de trabajo estamos ante la primera modalidad de intervención, la misma no puede confundirse con una prohibición entendida en términos absolutos, de forma que impida el trabajo y elimine la situación de desempleo, dado que el trabajador extranjero puede continuar en el territorio español si dispone del permiso de residencia; también puede buscar otro empleo y, en ese caso, puede solicitar el permiso de trabajo. En consecuencia, no elimina de forma absoluta la posibilidad de trabajo y, por ende, resulta apreciable la existencia de una posible situación de desempleo.

A la vista de lo ya expuesto, el Tribunal Supremo contribuyó a flexibilizar el requisito de la autorización administrativa¹⁵. Asimismo, cabe anotar que a partir de esta jurisprudencia se consolidó el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros extracomunitarios residentes en España en materia de prestaciones por desempleo en el nivel contributivo.

La aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, supuso un giro absoluto porque rompe con la lógica policial predicada y aplicada hasta esa fecha por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio. Con motivo de su aprobación se incorporaron las políticas destinadas a conseguir una integración social plena y efectiva, tal es así que se agregó a la propia denominación de la esta ley, lo cual, ya es bastante indicativo¹⁶. La LOEXIS optó por una ampliación considerable del conjunto de derechos fundamentales de los extranjeros como instrumento de liberalización social. Esta ley se caracterizó por ser más social, abierta y progresista, entre varias razones, debido a la necesidad de mano de obra en el momento de su aprobación, principalmente en sectores de la actividad económica tales como la agricultura, la construcción, el sector servicios, todo ello unido a la sensibilización del conjunto de la sociedad española, la baja tasa de natalidad existente en nuestro país, etcétera.

De su contenido cabe destacar un principio básico de la política migratoria (figura en quinto lugar en el artículo 2 bis LOEXIS) como es el reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones para aquellos extranjeros inmigrantes que residen o trabajan legalmente en nuestro país, sobre la base del principio de no discriminación. El propósito de este principio básico es proteger a los extranjeros en relación a los ciudadanos nacionales y comunitarios, garantizando una igualdad de derechos como elemento clave para la consecución de su integración social. Bajo tales premisas, la política de inmigración y su conjunto de acciones deben funcionar como un instrumento político-jurídico cuyo cometido principal es la consecución de la igualdad de

15. Para conocer la repercusión de las autorizaciones administrativas a la hora de reconocer o no los derechos a las personas extranjeras véase al respecto el interesante artículo de Valdueza Blanco, M. D.: "Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales", ob. cit., pp. 167-204.

16. Ramos Quintana, M. I.: "Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida", *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008, pp. 45 y ss. Véase al respecto Ramos Quintana, M. I.: "El derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social", en Aja Fernández, E. (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

trato y no discriminación en materia de derechos a este sector poblacional sobre la base de los términos previstos en la ley y para aquellos que se encuentren en situación administrativa regular en España (es decir, con las pertinentes autorizaciones de residencia y trabajo). Ahora bien, desde una perspectiva jurídico-protectora de la política de inmigración, este planteamiento no responde completamente a la realidad social, pues carece de una mención expresa referida a los extranjeros que se encuentran en situación administrativa irregular en nuestro país. A este respecto, conviene recordar que dicha situación irregular en términos administrativos puede tener causa desde el mismo momento en el que se produce la entrada a territorio español fuera de los cauces previstos para ello o bien puede originarse después de haber estado en situación administrativa regular durante un periodo de tiempo anterior. De este modo se origina una fractura social como consecuencia de un trato discriminatorio y desigual que genera, a su vez, una brecha de tratamiento diferenciado, desde el punto de vista jurídico-legal, a unas mismas personas, pero con diferente condición administrativa, lo cual termina revelando una clara y manifiesta involución desde el punto de vista de la política de inmigración, contraviniendo la propia lógica imperante con la que se aprobó la LOEXIS y las demás reformas introducidas¹⁷.

Asimismo, resulta remarcable la garantía del ejercicio de los derechos humanos fundamentales en concordancia con la Constitución, las leyes y los tratados internacionales (principio sexto ex artículo 2 bis LOEXIS). Por tanto, se configura como un principio político-jurídico de carácter garantista que integra de manera explícita la vertiente relativa al ejercicio de los derechos, e implícitamente también conecta con la titularidad. En este sentido, conviene recordar que precisamente este fue uno de los principales motivos que determinaron la aprobación de esta ley, adecuar la regulación en materia de titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales reconocidos a todas las personas, dado que el marco legal precedente restringía su ejercicio, afectando principalmente a los extranjeros en situación administrativa irregular. Esta situación se prolongó hasta la resolución de los recursos de inconstitucionalidad dilucidados en la STC 236/2007, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TC:2007:236) y en la STC 259/2007, de 19 diciembre (ECLI:ES:TC:2007:259). A la vista de ello, hay que concluir que este principio político-jurídico de carácter garantista no solo vino a consolidar y reafirmar una de las motivaciones técnicas de la reforma acometida, sino que vino a extender los derechos de la ciudadanía a este colectivo. Por tanto, la doctrina del TC ha tenido un papel central en la configuración de nuestro modelo garantista de atribución de los derechos fundamentales a las personas inmigrantes y, muy en particular, estas dos sentencias. Todo ello en cumplimiento de los mandatos constitucionales y, en concreto, al amparo del canon interpretativo de apertura al sis-

17. Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L.Á.: "Ordenación normativa e institucional del trabajo de los extranjeros en España: una reflexión crítica", en Fernández Avilés, J. A. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011, pp. 383 y ss.; Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L.Á.: "El Derecho regulador de las migraciones en España: Análisis sistemático desde la vinculación político-jurídica entre migración y mercado de trabajo", en Monereo Pérez, J. L. (dir.): *El derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas*, Comares, Granada, 2013, pp. XIII y ss.

tema multinivel de garantía de los derechos humanos fundamentales contenido en el artículo 10.2 CE¹⁸.

Al hilo de lo recién señalado, conviene recordar el carácter universal de los derechos humanos y la necesidad de ajustarse a los estándares mínimos internacionales por parte de nuestro derecho interno, de ahí que, los individuos pasan a ser sujetos de derecho internacional. De modo que, se han de respetar los mínimos internacionales establecidos en la Declaración Internacional de los Derechos Humanos (1948), en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (1966), en la Carta Social Europea (1961), etcétera.

El contenido del artículo 36.3 LOEXIS supuso un avance significativo porque fue el primer paso que se dio a nivel legislativo para que un contrato de trabajo celebrado por un extranjero en situación administrativa irregular en España sea reconocido como válido, lo que conlleva aparejado una serie de implicaciones que no fueron concretadas.

Desde el punto de vista de la doctrina científica, a pesar de estos importantes avances, había una vertiente que mantuvo firme su posicionamiento a la hora de considerar que este hecho no suponía un obstáculo para que un contrato de trabajo celebrado por un trabajador extranjero carente de las autorizaciones administrativas pertinentes sea declarado nulo de pleno derecho. Sin embargo, otros sectores de la doctrina consideraban que por esta nueva vía el legislador ofrecía la posibilidad de que el contrato de trabajo, bajo estas circunstancias concretas, pudiera ser considerado válido. En última instancia, estaban quienes se decantaban por la declaración de nulidad de pleno derecho o por la validez según las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

Sea como fuere, no solo han coexistido diversas posturas en torno a la declaración de la nulidad o validez del contrato de trabajo suscritas en tales circunstancias, sino también en cuanto al alcance de los derechos. En este sentido, había quienes optaron claramente por una interpretación extensiva y otros, sin embargo, se mostraban partidarios de adoptar una interpretación de índole más restrictiva. Lo cierto es que estas divergencias de opiniones terminaron incidiendo negativamente sobre el principio de seguridad jurídica.

Dicho esto, con la entrada en vigor de esta ley se reconoció a los extranjeros residentes en España la posibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo en el nivel no contributivo del sistema público de Seguridad Social, reafirmando, de este modo, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo¹⁹.

18. Véase el completo estudio de Monereo Pérez, J. L.: *La protección de los derechos sociales fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009; Monereo Pérez, J. L.: "El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160, 2013, pp.17-62; Monereo Pérez, J. L.: "Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 21, 2014, pp.143-194; Monereo Pérez, J. L.: "Niveles de protección (La garantía multinivel de los derechos fundamentales)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (dirs. y coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012; Valdés Dal-Ré, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016.

19. Vid. De la Casa Quesada, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008.

Según el reconocimiento expreso contemplado en el artículo 14.1 LOEXIS, los extranjeros residentes en territorio español tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles, por consiguiente, solo beneficiaría a los extranjeros que tienen una autorización para residir en España y, en consecuencia, quedarían excluidos de este ámbito de protección los extranjeros que se encuentren en situación administrativa irregular²⁰. De esta manera, se abunda en el debilitamiento de la posición jurídica de los trabajadores inmigrantes en situación irregular, que son precisamente, los más vulnerables.

En cambio, en el apartado tercero del artículo 14 LOEXIS dispone que los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas, por tanto, los inmigrantes que se encuentran en situación administrativa irregular tienen derecho a la cobertura de situaciones de necesidad básicas.

A este respecto, la noción de asistencia social²¹ ha sido delimitada por el propio Tribunal Constitucional, como el conjunto de acciones y técnicas de protección fuera del sistema público de Seguridad Social, con una serie de caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella, en este sentido, cabe referenciar la STC 146/1986, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TC:1986:146).

En la misma lógica, cabe destacar la STS de 7 de octubre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:6101) en la que se pone de manifiesto la tendencia progresiva hacia la protección social cuando se prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, en virtud de lo estipulado en las Leyes Orgánicas 4 y 8 de 2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y que a su vez responde a las obligaciones contraídas a través de los tratados y convenios suscritos por España, así como de conformidad con la declaración de principios rectores de la política social contenidos en el artículo 41 CE, sobre el régimen público de Seguridad Social. Es por ello que, en el caso que se dirige en la sentencia referenciada, concluye que el trabajador extranjero hispanoamericano está incluido en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo, dado que su país de origen ratificó el Convenio núm. 19 de la OIT y al estar también ratificado por España obliga a este miembro a conceder a los nacionales del otro Estado, que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquel, el mismo trato que otorgue a sus nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo. Ello conlleva la aplicación de lo dispuesto en la Orden de 28 de diciembre de 1966 y Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968 en relación con el artículo 7.1 LGSS en su versión de 1994.

20. Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.: "Artículo 14: Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales", en Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. (dirs.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001, pp. 253-265; Olarte Encabo, S.: "Extranjeros sin permiso de trabajo. Responsabilidad empresarial en orden a prestaciones por contingencias comunes. Especial referencia al desempleo", *Revista Actualidad Laboral*, núm. 13, 2006, pp. 1586 y ss.; véase el completo análisis de Olarte Encabo, S.: "La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema español de Seguridad Social", *Revista Actualidad Laboral*, núm. 3, 1993, pp. 547-570.

21. Marín Marín, J. y Gallego Moya, F.: *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 86.

En la misma línea, encontramos la STS de 9 de junio de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:3940). En el supuesto concreto enjuiciado se reconoció el derecho a recibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas a un trabajador de nacionalidad ecuatoriana que se encontraba sin permiso de trabajo ni de residencia cuando desafortunadamente sufrió un accidente de trabajo.

En otro orden de consideraciones, tras un breve periodo de tiempo se produjo una contrarreforma mediante la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En líneas generales, esta ley se caracterizó por tratar por primera vez el fenómeno de la inmigración como estructural y permanente, aunque volvió a retomar el carácter restrictivo de la Ley de 1985.

Posteriormente, la reforma introducida por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, no afectó al tema de los derechos, pero sí al de los visados, residencia, trabajo y al contrato, este último declarándolo con plena efectividad en caso de trabajadores sin autorización para realizar actividad laboral.

Paralelamente, estas leyes han ido acompañadas de los correspondientes reglamentos de desarrollo que, en esencia, han pretendido fomentar la situación de regularidad de los inmigrantes, agilizar la tramitación administrativa y establecer una regulación diferenciada del cupo a cubrir de trabajadores extranjeros atendiendo a la situación del mercado de trabajo. Recientemente, con la entrada en vigor del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, se introducen modificaciones que se concretan en: favorecer la permanencia de los estudiantes, incrementando las posibilidades de trabajar y atrayendo con ello talento internacional; actualiza las figuras de arraigo y de reagrupación familiar; se incorpora una nueva figura de arraigo por formación; se racionalizan los requisitos exigidos para los trabajadores autónomos procedentes de terceros Estados; se mejora la tramitación de contratación en origen mediante la incorporación automática al Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura; se mejora el modelo de migración circular, por un lado, dotando de mayor estabilidad a trabajadores y empresas, y por otro lado, se reducen las cargas administrativas; por último, se mejora la gestión administrativa y se mandata la creación de la Unidad de Tramitación de Expedientes de Extranjería (UTEX)²².

La reforma acometida a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, introdujo bastantes modificaciones y de considerable importancia. Todos estos cambios se pueden agrupar en dos grandes bloques en orden a su trascendencia y calado político, jurídico y social. Así pues, por un lado, encontramos grandes ejes formales y materiales sobre los que se ha fundamentado dicha reforma, especialmente en política de inmigración, reagrupación familiar y el estatuto de derechos. Por

22. <https://www.laboral-social.com/extranjeros-trabajadores-estudiantes-autonomos-autorizacion-trabajo-residencia-arraigo.html>

otro lado, estos cambios introducidos inciden en aspectos concretos relacionados con la transversalidad de la realidad social de la inmigración.

Sin embargo, en la STC 172/2020, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TC:2020:172) encontramos un planteamiento harto discutible y que supone un punto de inflexión en relación al modelo garantista tantas veces propugnado por el Alto Tribunal. Entre las múltiples cuestiones que dirime con motivo de la interposición del recurso de inconstitucionalidad planteado, destaca la interpretación sobre la disposición que establece un régimen especial de rechazo en frontera para Ceuta y Melilla. En concreto, los recurrentes impugnan la disposición final primera de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, por la que se introduce una disposición adicional décima en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en los términos siguientes: «1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional». La argumentación que acompaña a la impugnación se sustenta en entender que se deja al libre arbitrio de la administración no solo el modo y los medios para realizar dichas actuaciones, sino su realización misma, habilitando una actuación imprevisible sin encaje constitucional (art. 9.3 CE). Entre los motivos que se arguyen destacan, entre otros, la vulneración o cercenamiento del derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías procesales reconocidas en el artículo 24 CE, en la medida en que se pretende habilitar una actuación independiente del derecho de todo ser humano a solicitar el auxilio judicial, al tiempo que se incurre en la negación de la potestad revisora de los tribunales de justicia reconocida en el artículo 106 CE, contraviene la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, además, los efectos perniciosos derivados de la disposición impugnada se agravan en aquellos supuestos en los que se ven afectados colectivos o personas especialmente vulnerables como, por ejemplo, sucede en el caso de menores, por último, entienden que por esta vía se impide el acceso al derecho de asilo contemplado en el artículo 13.4 CE. Por todo lo expuesto, la parte recurrente concluye que la disposición adicional es contraria a los citados preceptos constitucionales.

Sin embargo, el TC desestima el recurso de inconstitucionalidad al entender que el régimen de «rechazo en frontera» previsto específicamente para Ceuta y Melilla en la referida disposición adicional no incurre en inconstitucionalidad, aunque no sin matices relevantes. Dicha apreciación deriva de considerarla desde un punto de vista abstracto y, además, a la vista de lo dispuesto en el apartado segundo, la actuación ha de llevarse a cabo con las garantías previstas en las normas, acuerdos y tratados internacionales suscritos por España. Además, añade que en el marco de la actuación de «rechazo en frontera», los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, tales como, por ejem-

plo, en el caso de menores de edad y muy especialmente cuando no se encuentren acompañados por sus familiares, debiendo velar por la salvaguardia de los derechos reconocidos en el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, así como en los casos de personas discapacitadas, mujeres en estado de gestación y personas de avanzada edad. Por último, en cuanto al derecho de asilo previsto en el artículo 13.4 CE, el TC entiende que la disposición adicional 10ª LOEXIS en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria de asilo, dado que se limita a indicar dónde se han de formalizar las solicitudes, en concreto, en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla, y que los medios para acceder a un procedimiento de entrada legal al territorio español no solo deben existir sino también ser efectivos. Concluye desestimando su inconstitucionalidad.

Por último, la posición del voto particular es radicalmente distinta, al estimar de manera contundente que la devolución en frontera criminaliza al migrante en situación administrativa irregular y la sentencia supone un impedimento, *de facto*, para defender los derechos humanos de los que es titular (disposición final 1ª de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana). Por otra parte, señala que no se ha tenido en cuenta el contexto en el que se aprobó y del que se extrae su originaria finalidad de prescindir de todo tipo de procedimiento, conclusión que se ve reforzada con la ausencia de una referencia a la necesidad de desarrollo de un procedimiento y, además, con la evidencia de que, a pesar del tiempo transcurrido, aún no se ha establecido ningún desarrollo reglamentario que lo regule.

La opinión mayoritaria ha concluido que este precepto es constitucional pero condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos concretados en la aplicación a las entradas individualizadas, pleno control judicial y cumplimiento de las obligaciones internacionales. Por consiguiente, el fallo implica, por un lado, declarar constitucional una regulación legal singularizada de la devolución de las personas interceptadas en las vallas de Ceuta y Melilla siempre que se cumplan las condiciones ya señaladas y, por otro lado, desautoriza el rechazo en frontera si se desarrolla sin control judicial y respeto a las obligaciones internacionales. En este punto, la magistrada disidente lo considera paradójico porque precisamente la disposición impugnada imposibilita tanto el control judicial de las devoluciones como la posibilidad de ajustarse a los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados y ratificados por el Estado español. Por otro lado, aunque la opinión mayoritaria se remite al razonamiento contenido en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) de 13 de febrero de 2020 sobre el asunto N.D. y N.T. contra España (Demandas nº 8675/15 y 8697/15)²³, en concreto, a la condición para considerar que las devoluciones se ajustan a las exigencias del art. 4 del Protocolo núm. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación a la prohibición de las devoluciones colectivas, que el intento de acceso al territorio español sea prevaleciendo de su gran

23. <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20de%20Gran%20Sala%20en%20N.D.%20y%20N.T.%20v.%20Espa%C3%B1a.pdf>.

número y del uso de la fuerza, la sentencia sostiene que no es necesario que se aprecien estas circunstancias para aplicar el precepto impugnado, sino que basta con que se sorprenda en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla cualquier intento de entrar en España por cualquier persona individualmente considerada. Ello supone una ampliación a supuestos no autorizados por la jurisprudencia del TEDH y, en consecuencia, contradice el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Por su parte, la argumentación desarrollada por la opinión mayoritaria sobre este particular considera que el «rechazo en frontera» es una actuación material de carácter coactivo, cuya finalidad no es otra que la de restablecer inmediatamente la legalidad transgredida. La magistrada disidente entiende que dicha categorización alcanzaría al acto de interceptación de la persona que intenta saltar la valla, pero, en ningún caso, al acto posterior de su entrega física.

Desde la perspectiva constitucional, la singularidad de la ubicación geográfica de Ceuta y Melilla podría ser un elemento justificativo para un procedimiento de devolución especial en la legislación de extranjería. Ahora bien, no existe justificación constitucional alguna para que la restauración de la legalidad migratoria transgredida se efectúe prescindiendo completamente de un mínimo procedimiento y del debido respeto a las garantías esenciales. La grandeza del sistema de libertades y de derechos humanos, como elemento material necesario para identificar un régimen como democrático, consiste, entre otras cosas, en el respeto a unas mínimas garantías procedimentales. Partiendo de esta premisa, no se alcanza a entender cómo es posible conjugar la idea de que el rechazo en frontera no requiere de un procedimiento y unas mínimas garantías. Bajo tales coordenadas, no es posible hacer real y efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), mediante un posterior control judicial de dicha actuación. A la vista de ello, tampoco es posible garantizar ni los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), ni el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, así como de su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). En virtud de ello, habría que declarar la inconstitucionalidad y nulidad del precepto impugnado.

Otra de las cuestiones fundamentales sobre la que se discute es sobre el deber que se desprende de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, de prestar especial atención a las personas especialmente vulnerables por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad, sin explicar de qué modo puede hacerse efectivo dicho cumplimiento en ausencia de un procedimiento y unas garantías mínimas. A este respecto, conviene recordar que se dan situaciones de especial vulnerabilidad que no tienen por qué ser fácilmente aprehensibles, y para cuya identificación sería preciso desarrollar un procedimiento con las garantías suficientes que responda a esas necesidades de identificación. Solo hay que pensar en situaciones tan diversas como, por ejemplo: una víctima de trata de seres humanos o de otras violencias de género o simplemente en el caso de un menor de edad que no tenga apariencia de tal. Por todo ello, cabe concluir que la ausencia de apariencia o evidencia de la situación de especial vulnerabilidad no priva a la persona de la protección constitucional que le debe, en todo caso, ser dispensada. Sin embargo, el rechazo en frontera en-

tendido en los términos ya descritos, impide no solo la exigible actitud proactiva de la administración pública en la identificación de esas situaciones sino, lo que es aún más grave, imposibilita la alegación de la persona afectada de su condición de vulnerabilidad. En consecuencia, la disposición final 1ª por la que se introduce la disposición adicional 10ª en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, debería haber sido declarada inconstitucional y nula de pleno derecho.

Así pues, una interpretación permisiva en los términos exactos planteados podría limitar seriamente el alcance protector de la prohibición de las denominadas «devoluciones en caliente o en frontera» cuya finalidad principal no es otra que garantizar los derechos fundamentales de las personas migrantes que pretenden entrar ilegalmente en un Estado, de ahí la importancia de velar por el cumplimiento del estándar de garantía multinivel de los derechos fundamentales porque, de lo contrario, podría suponer *de facto* una privación de los mismos²⁴.

IV. CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE MEJORA DESDE LA ÓPTICA GARANTISTA DE UNA CIUDADANÍA SOCIAL INCLUSIVA

A la vista de lo hasta aquí expuesto, es evidente la necesidad de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la nueva y cambiante realidad migratoria, pues presenta unas características y plantea unos retos diferentes. Partiendo de la premisa básica de que la inmigración es un fenómeno social que se torna cada vez más complejo en su propia fisonomía, multifactorial, de profundas connotaciones y repercusiones, en todo caso, a pesar de ello no puede suponer desatender este desafío inexorable de readaptación y, al mismo tiempo, cumplir con esta gran responsabilidad social que, en definitiva, nos concierne a todos. Para empezar, el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales es prioritario para contribuir de manera decisiva al desarrollo individual y colectivo de las personas, colocando la dignidad de la persona en el centro neurálgico.

En cualquier caso, no se puede desconocer que el fenómeno migratorio tiene un gran impacto social, económico, cultural de dimensiones estructurales y no meramente coyunturales. Las reflexiones anteriores nos sitúan en la necesidad de adaptar el actual marco normativo mediante la innovación de sus criterios de regulación, garantizando cierta estabilización del modelo de regulación que evite una excesiva exposición a variaciones de factores coyunturales que merman el principio de seguridad jurídica. Sin perder de vista esa necesaria estabilización en términos jurídicos, hay que dejar que el propio transcurso del tiempo, su vigencia, la política jurídica resultante, así como la valoración de su adecuación a la realidad, terminen enjuiciando su idoneidad o no.

24. Véase al respecto Fernández Pérez, A.: “La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías”, *Diario La Ley*, núm. 8382, 2014; Soler García, C.: “La prohibición de las expulsiones colectivas de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 45, 2018, pp.107-160.

En líneas generales, la cuestión social de la inmigración requiere una regulación bastante más ambiciosa, afianzando y potenciando la integración social como elemento nuclear. Este planteamiento exige, por un lado, la defensa de los derechos humanos fundamentales –civiles, sociales y políticos– y, por otro lado, fomentar una actitud pro-activa de los poderes públicos en todos los niveles –desde el Gobierno central, pasando por las Administraciones Públicas tanto autonómicas como locales– para propiciar una efectiva y plena integración de las personas inmigrantes en España, favoreciendo la convivencia multicultural y la cohesión social.

En este sentido, las consideraciones propositivas han de ir claramente orientadas hacia la consecución de la integración social como eje principal; junto con medidas de control y preservando la canalización legal y ordenada de los flujos migratorios como cuestiones prioritarias para articular una adecuada política inmigratoria en el marco de nuestro derecho interno y, al mismo tiempo, acorde con la política comunitaria de inmigración; estrechar las relaciones de cooperación con los países de origen y tránsito; y reforzando la coordinación de las actuaciones entre las diferentes Administraciones Públicas competentes.

Hay que continuar transitando, con determinación, por la senda del orden jurídico internacional que, como bien es sabido, propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental para cualquier Estado de Derecho. De ahí la importancia de la función hermenéutica que tiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España, a la hora de concretar el contenido relativo a los derechos fundamentales, junto con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas (1950), cuyo cumplimiento se encuentra sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por tanto, como premisa argumentativa a subrayar, en cuanto a los derechos inherentes a la dignidad de la persona solo cabe establecer condicionante en cuanto a su ejercicio siempre que no impliquen una privación del mismo, para ello, se ha de respetar el contenido que lo hace reconocible como tal, con independencia de la situación administrativa en la que se encuentre la persona inmigrante. Siendo ésta, además, la argumentación jurídica que arguye el Alto Tribunal, como ha quedado reflejado en numerosos pronunciamientos en los que reitera su posicionamiento, como sus archiconocidas sentencias 236 y 259 ambas del año 2007. Este posicionamiento y fundamentación jurídica nos lleva precisamente a apreciar su acierto a la hora de situar la dignidad humana como elemento nuclear de salvaguarda, lo que hace que tengan el carácter de derechos fundamentales y, por ende, se alcen como expresión máxima de los derechos humanos, así como el papel determinante y clarificador a la hora de precisar el contenido de esta categoría de derechos.

En cualquier caso, a pesar a la multidimensionalidad y complejidad que entraña el abordaje de la inmigración y la extranjería, se debería tener una mayor consideración y concienciación del origen y los motivos que desencadenan los movimientos migratorios así como de las desigualdades sociales, y es por ello por lo que no podemos olvidarnos de lo más básico, me refiero a su dimensión humana, porque se aborde

desde la perspectiva que se aborde, no dejan de ser personas cuya principal aspiración no dista tanto de la que tenemos cualquiera de nosotros y no es otra que tener una vida digna. Teniendo como referencia este paradigma, este debe ser el punto de partida y el enfoque de las políticas y legislaciones sobre esta materia combinado con la preservación del orden y control de los flujos migratorios desde un planteamiento social nada excluyente ni fragmentador. En atención a estos postulados, es fundamental garantizar la universalidad de los derechos humanos fundamentales de toda persona y adoptar una concepción desmercantilizadora del trabajo en régimen de igualdad y libertad, en línea con el trabajo decente que, a su vez, permita potenciar su papel como elemento esencial de integración.

A este respecto, debería imperar la mera condición de persona que trabaja y su lugar de residencia real, de tal forma que, el trabajo se constituye como un elemento superador, es decir, con independencia de la situación administrativa, de tal modo que, se reconozcan los derechos individuales, colectivos y de protección social. Se trata de proporcionar un mínimo estatuto protector, superando la visión instrumental de las personas inmigrantes a través del reconocimiento de este conjunto de derechos sociales de ciudadanía. De este modo, el diseño de las políticas jurídicas en materia de inmigración se asentaría sobre la base de una ciudadanía social y bajo los principios de igualdad, solidaridad y justicia social, sin dispensar un tratamiento discriminatorio en función de la situación administrativa. En definitiva y con esto concluyo, sería conveniente afrontar la inmigración desde la óptica de la ciudadanía social inclusiva en clara sintonía con el marco de un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro.

Bibliografía

- Aja Fernández, E. (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Ceinos Suárez, A.: *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006.
- Amaadachou Kaddur, F.: "La prestación por desempleo desde la perspectiva del inmigrante en situación administrativa irregular, ¿trabajadores de hecho, pero no de derecho?", *Temas Laborales*, núm. 110, 2011.
- Charro Baena, P.: "El derecho a la Seguridad Social de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional", en Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L.Á. (dirs. y coords.): *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho*, Comares, Granada, 2016.
- De la Casa Quesada, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008.
- Díaz Aznarte, M. T.: "El trabajador extranjero en situación administrativa irregular", en Monereo Pérez, J. L.; Triguero Martínez, L. Á. y Fernández Avilés, J. A. (coords.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010.
- Fernández Avilés, J. A. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011.
- Fernández Collados, B.: *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Laborum, Murcia, 2008.

- Fernández Pérez, A.: "La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías", *Diario La Ley*, núm. 8382, 2014.
- González Ortega, S.: "El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes", en González Ortega, S. (coord.): *La protección social de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Jover Gómez-Ferrer, R.; Ortega Carballo, C. y Ripol Carulla, S.: *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- López Insua, B. M.: "El derecho a las prestaciones por desempleo de las personas inmigrantes", *Lex Social: Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 11, 2021.
- Marín Marín, J. y Gallego Moya, F.: *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- Martínez-Abascal, V. A.: "Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena", en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008.
- Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (dirs. y coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.
- Monereo Pérez, J. L.: "El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160, 2013.
- Monereo Pérez, J. L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Laborum, Murcia, 2019.
- Monereo Pérez, J. L.: *La protección de los derechos sociales fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- Monereo Pérez, J. L.: "Niveles de protección (La garantía multinivel de los derechos fundamentales)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (dirs. y coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.
- Monereo Pérez, J. L.: "Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 21, 2014.
- Monereo Pérez, J. L. (dir.): *El derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas*, Comares, Granada, 2013.
- Monereo Pérez, J. L. (dir.): *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010.
- Monereo Pérez, J. L. (dir.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010.
- Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.: "Artículo 14: Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales", en Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. (dirs.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001.
- Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.: "Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes", en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.
- Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. (dirs.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001.
- Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.

- Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008.
- Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á.: "El Derecho regulador de las migraciones en España: Análisis sistemático desde la vinculación político-jurídica entre migración y mercado de trabajo", en Monereo Pérez, J. L. (dir.): *El derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas*, Comares, Granada, 2013.
- Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L.Á.: "El modelo de protección jurídico-legal del trabajador extranjero. Análisis a la luz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre", en Monereo Pérez, J. L. (dir.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010.
- Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á.: "Ordenación normativa e institucional del trabajo de los extranjeros en España: una reflexión crítica", en Fernández Avilés, J. A. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011.
- Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á. (dirs. y coords.): *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho*, Comares, Granada, 2016.
- Olarte Encabo, S.: "Extranjeros sin permiso de trabajo. Responsabilidad empresarial en orden a prestaciones por contingencias comunes. Especial referencia al desempleo", *Revista Actualidad Laboral*, núm. 13, 2006.
- Olarte Encabo, S.: "La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema español de Seguridad Social", *Revista Actualidad Laboral*, núm. 3, 1993.
- Ramos Quintana, M. I.: "Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida", *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008.
- Ramos Quintana, M. I.: "El derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social", en Aja Fernández, E. (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.: "La ley orgánica 4/2000: historia de un desencuentro y razón de su desenfoque jurídico", *Migraciones. Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, núm. 7, 2000.
- Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.: "Notas sobre el proceso de reforma legislativa en materia de extranjería e inmigración", *Revista Migraciones*, núm. 4, 1998.
- Soler García, C.: "La prohibición de las expulsiones colectivas de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 45, 2018.
- Taribini-Castellani Aznar, M.: "Los derechos de los trabajadores extranjeros: Puntos críticos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006.
- Taribini-Castellani Aznar, M.: *Reforma y Contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Triguero Martínez, L. Á.: *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- Valdés Dal-Ré, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- Valdúeza Blanco, M. D.: *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- Valdúeza Blanco, M. D.: "Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales", *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2003.