

**José María ESPINAR VICENTE, *Extranjería e inmigración en España. Análisis crítico de su regulación jurídica*, Imprenta Fareso, Madrid, 2006, 207 pp.**

MAITE JAREÑO MACÍAS  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**Palabras clave:** inmigración, extranjeros, integración  
**Key words:** immigration, foreigners, integration

El Prof. Espinar presenta en esta obra de madurez, un análisis fruto de la reflexión que le ha venido ocupando en los últimos años<sup>1</sup> y que le permiten debutar con un texto que si bien no resulta original por lo manido del tema si invita a una aproximación cabal, lúcida, sensata y acabada de una realidad social que probablemente sea, por su desarrollo e importancia creciente, uno de los grandes desafíos de las sociedades avanzadas entre las que se incorpora nuestro país.

La monografía, prologada por la Profesora Elisa Pérez Vera, se organiza en cuatro capítulos y un epílogo; el primero, que da cumplida cuenta de la experiencia migratoria presente y pasada de España y de la incidencia del Derecho Internacional público y privado en el concepto de extranjero que maneja la Ley Orgánica 4/2000. El Capítulo segundo ofrece un análisis exhaustivo de los derechos y libertades de los extranjeros en España diferenciando otros cuatro subepígrafes para estudiar las libertades de naturaleza política, sociolaboral, educativa y asistencial; este análisis se completa con una reflexión sobre otros derechos de los extranjeros e inmigrantes en Espa-

---

<sup>1</sup> Véase, J.M. ESPINAR VICENTE. *La extranjería en el sistema español de Derecho internacional privado*, TAT, Granada, 1987; Idem, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas, Madrid, 1994 y Idem, *La nueva Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2001.



ña (conservación de la documentación, cargas fiscales y transferencias de remanentes dinerarios al extranjero).

La regulación de la entrada y establecimiento de los extranjeros en España se analiza en el Capítulo tercero; tras unas breves notas introductorias se entra de lleno en las particularidades del régimen de acceso a nuestro país, la estancia y la permanencia estable del extranjero en el territorio nacional. El Capítulo cuarto es conclusivo: se ordenan y apuntalan las reflexiones precedentes en torno al sistema articulado por la Ley Orgánica 4/2000 y sus sucesivas modificaciones y, en un esfuerzo prospectivo, se describen los caracteres del actual flujo migratorio y de los criterios y directrices jurídico-políticas sobre los que sustentar la actividad estatal (tanto desde una consideración normativa como práctica). Se cierra el monográfico con un epílogo para derivar sobre las dificultades y exigencias de la denominada “integración social del extranjero en España”. Veamos con más detalle cada uno de estos aspectos.

El Prof. Espinar inicia su reflexión con una afirmación inicial cuya importancia sólo puede apreciarse páginas después: aunque la experiencia migratoria en España ha sido rica, el bagaje de lo aprendido poco puede aportarnos al afrontar nuestra situación actual ya que aquella vivencia migratoria histórica siempre se concibió como temporal y fue construida sobre la idea de equilibrio entre la necesidad de la mano de obra en el país receptor y la carencia de salidas laborales en el de envío. De esta manera, la migración española estaba ciertamente prestigiada fuera y dentro de nuestras fronteras y supuso, en algunos momentos, una verdadera tabla de salvación cuando la economía nacional atravesaba etapas de rigor. A partir de los noventa, empieza a detectarse un fenómeno bien distinto, un número significativo de extranjeros visitantes aprovechan su estancia en el país para permanecer en él ajenos a las exigencias del ordenamiento jurídico transitando del estatus del “extranjero visitante” al de “extranjero inmigrante” y engrosando las bolsas de la llamada “irregularidad” administrativa.

La realidad social de la extranjería y la emigración así como su evolución no han permanecido lógicamente extramuros del sistema jurídico. Los primigenios vínculos del ciudadano con el Estado sustentados sobre la dualidad nacionalidad/extranjería dan paso, hoy, a una concepción renovada en la que el sujeto pierde protagonismo en favor de una centralidad de sus actividades siendo paralela también la significación de las normas sustantivas (de cooperación entre distintos órdenes jurisdiccionales) frente al tradicional método de atribución.



El análisis del Derecho de extranjería por el que se opta abarca una perspectiva tripartita: la internacional, la institucional y la nacional, de este modo, el legislador estatal (cualquiera que fuese) queda vinculado por principios *ad extra* que configuran al extranjero (con independencia de la posición jurídica que adopte respecto de una estructura estatal) como titular de un decálogo de derechos inalienables derivados de su condición de ser humano. Por esto, la verdadera concreción del Derecho de extranjería sólo se produce con la libre decisión del Estado sobre el acceso (o no) del extranjero a su territorio y, en el caso de los países integrados en la Unión Europea, esta afirmación tiene que verse matizada para los flujos intraunionistas y por la necesidad de consensuar una política común frente a terceros; es consecuencia de ello, la distinción entre “frontera exterior” e “interior”.

Con toda esta reflexión previa se consigue contextualizar la regulación en materia de derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento español; ahora la explicación vuelve a bifurcarse para distinguir entre la regulación recogida en la Carta Magna y la desarrollada por la legislación ulterior. En el frontispicio del estudio, el artículo 13 de la Constitución dispone, como es sabido, que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. De este precepto, el Prof. Espinar, deriva tres consecuencias: a) el extranjero se inserta en el espacio de libertad constitucional diseñado para los españoles aunque no se asimile a su estatuto, b) la concreción de esas libertades en derechos habrá de respetar necesariamente su contenido esencial según se recoge en el Título primero y, c) la regulación del ejercicio de esas libertades se materializará a través de las leyes y los tratados, entendidos aquí como instrumentos jurídicos de formalización.

Cuando se desciende a la regulación que nuestro ordenamiento hace de esta materia, la primera dificultad con la que un neófito se topa es la de enfrentarse a un concepto, el de “extranjero”, que engloba diferentes categorías de individuos que pueden, a su vez, disfrutar de estatutos jurídicos bien diferentes y que sólo comparten una nota común: la de no ostentar nuestra nacionalidad. Incorpora el autor una llamada de atención en estas primeras páginas; en su opinión, atendiendo a razones de rigor jurídico, la Ley Orgánica 4/2000 debió haber diferenciado claramente extranjería e inmigración; la ausencia de este desglose ha desdibujado sus diferentes esferas y ha determinado una fuerte influencia de la segunda sobre la primera.



En este punto, se repara en la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España; se pasa revista a las notas que pergeñan los derechos de asociación, reunión y manifestación, participación pública, residencia, trabajo, huelga, sindicación, educación, asistencia sanitaria y prestaciones sociales y otros referidos a la documentación que identifica al extranjero y las cargas fiscales que éste soporta. Como colofón al Capítulo segundo, que por exhaustivo en esta sede sólo cabe recomendar su lectura, se concluye lo siguiente:

El protagonista de la Ley 4/2000 es el no nacional (no comunitario) que se encuentra asentado en nuestro territorio y busca o tiene un trabajo; la residencia (y en su caso el trabajo) pueden producirse cumpliendo (o no) con las exigencias del sistema. Por ello, es razonable que el legislador se preocupe por la aparición y desarrollo de dos situaciones: la que viven los que se asientan en territorio nacional al margen de lo que establece el ordenamiento y la de quienes lo hacen cumpliendo escrupulosamente con las prescripciones del Derecho. La situación de acomodo a lo jurídico presenta también diferentes niveles de participación en derechos que se determinan de forma directamente proporcional al grado objetivo de arraigo del inmigrante en nuestro país. Es sin embargo, la situación de quienes se asientan y trabajan al margen de toda visibilidad jurídica la que ha de ocupar nuestra preocupación porque son estos, los susceptibles de generar una expectativa de regularización a la que nuestro sistema no ha sabido dar respuesta; no hay un diseño claro ni una concreción de las condiciones para emerger a la superficie jurídica y cuando se prescriben lo hacen entrando en contradicción con las exigencias de la propia Ley, es decir, primando su incumplimiento. El autor percibe en el legislador un sentimiento de pavor, basculante entre el interés por regularizar y el riesgo de favorecer normativamente el denominado "efecto llamada".

Reconoce el Prof. Espinar que la Ley Orgánica 7/1985 ya diferenciaba entre "estancia" y "residencia" unos conceptos que jugaban en paralelo con los de "turismo" e "inmigración" y que, históricamente, han sido responsables del refuerzo de los controles de acceso. Una persona antes de venir a España habrá de obtener un visado que se adecue al objeto de su viaje, accederá al territorio por un puesto habilitado a tal efecto exhibiendo la documentación exigida; si se denegase la entrada, habrá de hacerse mediante resolución motivada y notificada. Poco más que esto, como se ve limitado, es lo que puede controlarse en la fase de acceso; es fácil imaginarse que las



dificultades aparecen rápidamente, tan pronto, como se acceda al territorio utilizando un instrumento inadecuado al fin realmente pretendido.

Después de detallar algunas quiebras del modelo regulatorio para la extranjería, el autor propone unos parámetros de acomodo jurídico para esta realidad: 1) definición de la situación de estancia, 2) necesidad de obtención de visado de estancia en el país de origen, que podrá librarse excepcionalmente en el puesto fronterizo, 3) el extranjero podrá solicitar prórroga por un periodo de tiempo inferior a tres meses por semestre, 4) no se autorizarán las solicitudes de residencia presentadas por extranjeros que se encuentren en España en situación de estancia y, 5) agotado el tiempo, el interesado estará obligado a salir del territorio.

A la mitad de la monografía empieza a tratarse el régimen de permanencia estable del extranjero en territorio español distinguiendo la residencia temporal que no compromete actividad laboral alguna (se analiza extensamente el procedimiento para alcanzar la residencia y se critica la imprecisión y el carácter parcialmente incompleto de la redacción legal así como la falta de claridad del desarrollo reglamentario) de la residencia en España con fines laborales, esto es, el régimen de la inmigración. En este sector, el véctor de actuación normativa pasa por el establecimiento de un sistema que evite la contratación de extranjeros en situación irregular y, para ello, se prevén una serie de mecanismos disuasorios (autorizaciones, tasas, infracciones, etc.).

Se subraya que al trazar las líneas que definen el régimen jurídico de la residencia se debilita el carácter de trabajador del extranjero y se subraya su situación de residente. Las razones que sustentan la crítica al diseño así perfilado serán las siguientes: 1) el lapso temporal que exigen los trámites para la contratación del extranjero resulta una carga insoportable para el empleador, 2) en ocasiones, la contratación exige un previo contacto personal (que es más fácil con personas con residencia irregular) y, 3) en la mayoría de ocasiones las solicitudes de regulación extraordinaria por arraigo proceden de inmigrantes que ya tienen un nivel suficiente de consolidación en España.

El Capítulo cuarto, recoge reflexiones y conclusiones surgidas previamente y se exponen de forma ordenada en dos grandes bloques, el primero, destinado a concretar una posición respecto del actual régimen de extranjería y, el segundo, interesado por apuntar posibles mejoras en la ordenación del sector. Por lo que se refiere a los derechos de participación, circulación, aso-

ciación, reunión y manifestación, educación, sindicación y huelga y tutela judicial efectiva, un somero repaso por su evolución legislativa pone de manifiesto la inexistencia de diferencia significativa entre la inicial Ley de 1985 y la que rige en la actualidad; sin embargo, en las sucesivas reformas de la Ley 4/2000 se detecta una vuelta a la situación del ochenta y cinco. Aquí es donde se vierte una de las críticas más contundentes del autor pues, en su opinión, una extensión más generosa de las libertades no hubiera agravado en lo más mínimo los problemas que suscita la emigración en nuestro país, muy al contrario, un mayor disfrute de derechos como el de la educación, la asociación o la reunión hubieran redundado en una mejor integración y en un escorramiento de las potenciales situaciones de marginalidad.

También las reformas de la Ley Orgánica 4/2000 han incidido de forma notable en el endurecimiento del sistema de sanciones en lo que concierne a la ordenación del acceso del extranjero a nuestro territorio y al régimen de permanencia en España; sin embargo, esta rigidez no se ha mostrado como un instrumento eficaz de control como lo testimonian las sucesivas regularizaciones extraordinarias que ha habido que afrontar. Ante esta tozuda realidad, el autor se inclina por dotar al sistema de mecanismos que propicien la integración de aquellos extranjeros que a pesar de todas las limitaciones acaben penetrando y sobreviviendo en nuestro entramado social.

En el examen de la Ley y sus reformas, concluye el Prof. Espinar, se detectan elementos de oposición. Afirma que la Ley del 2000 no era una buena Ley ni se caracterizaba por su excelsa redacción pero tenía a su favor una vertebración coherente a partir de una directriz legislativa; sus versiones, han incorporado una nueva directriz de signo contrario que ha hecho aflorar fuertes contradicciones en el texto final. Una de las fisuras más preocupantes es la falta de un sistema claro en torno a lo que pretende hacerse con el extranjero cuya situación irregular ha sido detectada dado que la Ley no establece la expulsión como consecuencia necesaria de esa infracción. El expediente incoado por residencia irregular puede finalizar con la mera imposición de una multa, con el rechazo a una autorización por motivos de arraigo o con la denegación de una renovación de residencia. Si se impone la multa parece coherente autorizar la residencia pero si no se conceden prórrogas o no se reconocen arraigos lo coherente sería obligar al extranjero a abandonar el país y, aquí, es donde reside la raíz del problema ya que nuestra normativa no prevé medidas compulsorias para hacer efectivas las salidas obligatorias.



Tras un repaso de las características y procedencias del fenómeno migratorio en España (comunidad latina, africana y del Este europeo) y de los criterios políticos y jurídicos sobre los que sustentar la construcción de un modelo de regulación, el autor se propone vertebrar un conjunto de actuaciones que darían respuesta razonable al fenómeno de la inmigración. Respecto de los controles de entrada reconoce que lo único que podría mejorarse en el sistema sería la cuestión relativa a la documentación. Respecto de la política de establecimiento se detectan tres dificultades o quiebras del actual sistema: la autorización para el acceso a nuestro territorio no es un buen mecanismo cuando el contacto personal empleador-trabajador resulta imprescindible, cuando la contratación ha de producirse de forma urgente y cuando, además, la lentitud de la tramitación de las autorizaciones es a veces disuasoria de su propia utilización. Este cúmulo de dificultades favorece la demanda de mano de obra extranjera que en muchas ocasiones ya está en el mercado local pero en situaciones de irregularidad. Este “embolsamiento irregular” tiene consecuencias muy positivas para nuestra economía pero encierra también el germen de un problema muy serio: el de acabar generando un infraproletariado en clara situación de riesgo social.

En la lucha contra el embolsamiento de extranjeros irregulares la opción de reconocer un derecho al segmento de población cuya inserción se ha producido *de facto* arrastra dificultades añadidas. En primer lugar, hay que definir el “cómo” (pues cualquier regularización entraña una cierta contradicción con el sistema), el *quantum* (la masa migratoria asumible) y, por último, el ejercicio de la competencia laboral frente a los nacionales. Puede afirmarse sin ambigüedades que el legislador no ha querido que la mera presencia irregular determine por sí sola y como consecuencia obligada el abandono del territorio de aquellos inmigrantes que se encuentran en situación irregular sino, más bien, se ha orientado a proveerlos de instrumentos de integración salvo que sus circunstancias evidencien dificultades de inserción. Por lo que toca al *quantum* asumible, carece de sentido que el contingente anual de trabajadores inmigrantes se establezca de tal forma que sólo tengan acceso a él aquéllos que no se hallen o residan en España, es decir, debe priorizarse a los que estando en España no hayan sido sancionados con la expulsión y, preferentemente, quienes tengan en nuestro país un empleo estable en condiciones de irregularidad. Por último, la potencial competencia laboral respecto de los nacionales ha de resolverse siempre primando las pretensiones de los trabajadores españoles. Como complemento, debe procurarse una cierta orientación del inmigrante hacia tareas especializadas en orden a evitar bolsas de marginalidad laboral, de ahí, que se defienda de for-



ma entusiasta una política de integración del extranjero que deberá hacerse efectiva desde el comienzo de su actividad laboral.

La amenaza de una multipolarización social ha de poner en funcionamiento políticas activas para la integración de la masa migratoria en el tejido social español. El autor defiende que cualquier integración debe sustentarse en una premisa inexcusable: el que pretende entrar a vivir y trabajar en un país distinto al suyo tiene que encontrarse inequívocamente dispuesto a acatar las leyes y costumbres de la nación que le acoge, es decir, “un extranjero puede conducirse en España y vivir de acuerdo con sus propias tradiciones, costumbres y creencias, sin más límites que los que operan frente a los nacionales españoles”; la concreción de esos límites hay que encontrarla, es obvio, en los principios estructurales de nuestro modelo constitucional.

Partiendo de esta premisa, la integración del inmigrante pasa por el fomento de tres tipos de acciones: la formativa, que se formularía como exigencia determinante en el momento de la concesión de autorizaciones y renovaciones (formación lingüística, cultural, laboral, jurídica, etc., y que estaría graduada en función del arraigo del extranjero); la acción encaminada a la limitación del nivel de transferencia de las remesas dinerarias de los inmigrantes a sus países de origen, con el fin de garantizar un mínimo de calidad de vida del extranjero en España y, finalmente, acciones de educación y mestizaje procurando un porcentaje mínimo de extranjeros en las aulas y el sometimiento a un régimen disciplinario idéntico al que se someten sus compañeros discentes españoles.

En definitiva, no cabe sino animar a la lectura de esta obra, a su comprensión y a su reflexión detenida, porque sus críticas y propuestas no nacen de la improvisación y del tratamiento liviano de los asuntos; al contrario, es muy de agradecer la defensa de algunos principios que podrían ser combatidos a un lado y otro del espectro político de nuestro país y que, sin embargo, parecen permanecer al margen de disputas sesgadas gracias a una fundamentación jurídica y filosófica que puede o no compartirse pero que exige, para ser refutada, de un esfuerzo de claridad y de aportación incompatible con la superficialidad del tratamiento o la simplicidad.

MAYTE JAREÑO MACÍAS  
Universidad Carlos III de Madrid  
E-mail: mariateresa.jareno@uc3m.es

