

## AYER Y HOY DE LAS LEYES DE EXTRANJERÍA Y DE EMIGRACIÓN

Por el Académico de Número  
Excmo. Sr. D. Manuel Alonso Olea \*

Creo necesario hacer algunas indicaciones iniciales sobre el sentido y contenido de esta disertación; sin las cuales ésta parecería estar como suspendida en el aire. Brevemente serían las siguientes:

1.<sup>a</sup> Su enfoque es jurídico; quiero decir que dejo al margen el formidable tema biológico, por dar la expresión más amplia que se me ocurre, a la causa de los movimientos migratorios que se han sucedido desde que en la Prehistoria, los hijos de la pareja humana única, de Eva y Adán, comenzaron a esparcirse por el globo terráqueo desde África, precedidos, como lo fuerón, por emigraciones de homínidos, y que la historia humana se confunde con la historia de sus migraciones.

Es jurídico, digo, el enfoque, de un lado, por querer centrarse sobre un aspecto explicable de la emigración<sup>1</sup>, y lo es, de otro, porque aunque fuera posible una explicación global, la masa ingente de estudios —teológicos, canónicos<sup>2</sup>,

---

\* Sesión del día 27 de febrero de 2001.

<sup>1</sup> «Siempre hay una variedad de razones para desplazarnos de un lugar a otro. Uno de los pocos factores constantes en la historia humana es que la gente migra a menudo recorriendo enormes distancias por razones difíciles de explicar» (F. J. DYSON, *El sol, el genoma e Internet*, trad. J. Manuel Ibeas, Madrid, 2000, pág. 142. El original inglés, *The Sun, the Genome, the Internet* es de Oxford University, 1999). Para historia igual a emigración, sin querer, quiero decir sin proponer [ni propugnar] explícitamente la igualdad, B. SYKES (ed.), *The Human Inheritance*, Oxford Univ., 1999.

<sup>2</sup> El Título XIV, Libro I de la *Novísima Recopilación*, contiene una serie abundante de leyes prohibiendo que se otorguen «cartas de naturaleza» a extranjeros para que éstos puedan ostentar bene-

antropológicos, médicos y sanitarios, sociológicos, polígonos, económicos<sup>3</sup>— la hace inabordable para el tratamiento sumario como el que de tema por mí puede hacerse aquí. Y esto aún referido a fenómenos históricos recientes; digamos, por ejemplo, la emigración europea a América entre el primer tercio del siglo xix y el primer tercio del xx, precedido como había sido de la emigración forzosa africana desde mediados del siglo xvi hasta justamente cuando empieza la europea. Repárese, por ejemplo, que en estos dos o tres siglos posteriores al Descubrimiento, la entrada en América de esclavos negros africanos fue muy superior a la de blancos europeos; sólo que ésta en América fue muy prolífica y la otra dejó de serlo entre otras cosas porque el bloque de los esclavos transportados por los negreros eran varones<sup>4</sup>.

---

ficios eclesiásticos; la Ley I es especialmente morosa en su exposición y no se limita a prohibir para el futuro, sino que, además, dice, «por esta Ley revocamos y damos por ningunas y de ningún valor y efecto, todas cualesquier nuestras cartas de naturaleza, que fasta aquí hemos dado...» (el título de la Ley es precisamente *Revocación de las cartas de naturaleza dadas a extrangeros para obtener Prelacias, Dignidades y Beneficios del Reyno*).

Por supuesto, el Rey no olvida el concepto jurídico indeterminado que diríamos hoy, hoy como entonces significando discrecionalidad para establecer la excepción y para hacer (con su Consejo) uso de ella: «... excepto quando por alguna muy justa y evidente causa debiéramos dar la tal carta de naturaleza, y entónçes la darémos...».

Usó la edición de la *Novísima* impresa en Madrid, en 1805 en la que, por otro lado, se nos informa de la antigüedad de normas similares, presumiblemente incumplidas, que se remontan al siglo xiv.

<sup>3</sup> Por referirme brevísimamente a una connotación de la emigración, que habría que calificar como económica, aunque quizá el calificativo quede estrecho, valgan los viejísimos dichos medievales; el latino *ubi panis ibi patria*, o el del *Minnesångor*, *wes Brot ich ess des Lied ich sing*.

Si se quiere modernizarlos: «quienes claman ante nuestras puertas... lo hacen porque tienen hambre»; «... simplemente porque quieren comer» (L. M. SEIDMAN, «Fear and Loathing at the Border», en W. F. SCHWARTZ, *Justice in Immigration*, Univ., Cambridge, 1995, págs. 139 y 145. Otra cosa es que se estime «mucho más eficiente alimentarlos donde están», *loc. cit.*, págs. 141-142). Pero, a su vez, esto último no quiere decir que «la emigración sea fórmula descartable frente a la ayuda económica al país desde el que se emigra, habida cuenta de las muy posibles deficiencias y corrupciones en la distribución de aquélla» (S. R. PERRY, «Immigration, Justice and Culture», en SCHWARTZ (ed.), *cit.*, págs. 99 y 102-105).

Si se me disculpa la autocita, en mi *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5.ª ed., Madrid, 1994, dedico las páginas 276-279 (y notas 112-140) a *Las bases serviles de los cultivos coloniales* y al *Tráfico de esclavos*; y las págs. 373-382 (y notas 796-863) a la *Internacionalización del Derecho del Trabajo*, incluido *El Derecho emigratorio*.

<sup>4</sup> «Los diez millones de esclavos que llegaron [a América desde África] antes de 1860... en su mayoría eran jóvenes varones, con una proporción relativamente menor de mujeres jóvenes y menos niños. Esta composición demográfica de los esclavos africanos tuvo un profundo impacto en la evolución demográfica y social de las sociedades americanas». «Este fue el caso de las colonias en Norteamérica en el siglo xvii y principios del xviii...» (H. S. KLEIN, *The Atlantic Slave Trade*, Cambridge Univ., 1999, págs. 166-167. Por cierto, las págs. 213-224 de este libro contienen un «ensayo bibliográfico que da idea de la inmensidad de la propia bibliografía». Ver la nota anterior.

2.<sup>a</sup> La distinción entre leyes «de emigración» y leyes «de extranjería» que recoge el título, es típica de nuestra terminología jurídica. De siempre hemos llamado leyes de emigración a las que regulan la salida y estancia en el extranjero de españoles; y leyes de extranjería a las que regulan la entrada y estancia en España de extranjeros.

Es lógico que según la situación de España al respecto predominen uno u otro tipo de ley; así, cuando España en el siglo xx fue un país de emigración y a partir de los cincuenta un país de emigración a Europa, las leyes de emigración eran las dominantes; pero la última de éstas y todavía la vigente, tienen ya más de treinta años; Ley de Emigración de 21 de julio de 1971.

En cambio, las leyes de extranjería, al pasar España a ser un país de inmigración, se han sucedido en forma torrencial; por situarnos en fecha próxima a la Ley de Emigración citada, al Decreto «moderno» de Extranjería de 27 de julio de 1968, siguió el Decreto de 3 de mayo de 1980; a éste la Ley de Extranjería de 1 de julio de 1985 y a ésta, con el título un sí que no pomposo, de *Ley [Orgánica] sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social*, la Ley 4/2000, de 27 de enero, que fue reformada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, componiendo entre ambas el aquelarre jurídico básico vigente. Precisaré más adelante el porqué del aquelarre.

Hará lo anterior que, por su actualidad, me concentre sobre las normas de extranjería (relativamente extensa parte I) que no sobre las de emigración (breve parte II) y, de aquéllas, sobre las últimas citadas, hoy vigentes.

3.<sup>a</sup> Dentro de las normas de extranjería, hay que distinguir al menos tres grupos:

— El relativo a movimientos intracomunitarios de personas, presididas por los derechos de «todo ciudadano de la Unión... a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros» y de «libre circulación [abolida «toda discriminación por razón de nacionalidad»] de los trabajadores de dos Estados miembros de la Comunidad» (artículos 18 y 39 [tras la versión oficiosa consolidada de Amsterdam] del Tratado de la Comunidad Europea de 1957). A esto ya no se llama extranjería ni emigración ni las leyes de una ni de otra se ocupan de ello; ni nos ocuparemos nosotros, como habríamos de hacerlo si en general habláramos de Derecho Hispano-Comunitario del Trabajo.

— Las normas sobre refugiados, asilados y apátridas también regidas por normas internacionales (el *Estatuto de los refugiados* [Ginebra, 1951] y su *Protocolo* [Nueva York, 1967], ambos ratificados por España y desarrollado ambos del artícu-

lo 14 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948)<sup>5</sup>, conforme a la cual «en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país»; y por normas nacionales, comenzando por el artículo 13, núm. 4 de la Constitución y siguiendo por la *Ley de asilo y condición de refugiado* de 1984, modificada por la de 1994. Personas éstas que tampoco están reguladas por las leyes de extranjería, aunque en ellas, como se verá, se haga alguna referencia a las mismas, a efectos de permisos de trabajo, especialmente.

4.<sup>a</sup> De extranjería pueden considerarse también las reglas del Código Civil, Libro I (*De las personas*), Título I (*De los españoles y los extranjeros*), especialmente las que dentro del título citado regulan la adquisición de la nacionalidad española por un extranjero y las que hacen prevalecer en más de una ocasión el *ius soli* sobre el *ius sanguinis*.

Bajo el epígrafe *Extranjería* aparecen las recopilaciones legislativas del viejo Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, durante largo tiempo vigente —anterior al Código Civil que en esto de aquél trae causa— cuya norma básica, como se verá, es muy similar a la el año 2000: «para ingresar en territorio español deberá todo extranjero presentar en el primer puerto o pueblo fronterizo adonde llegue el pasaporte visado por el agente del Gobierno español a quien corresponda».

5.<sup>a</sup> Repárese en que la legislación de extranjería ha de ser encuadrada hoy dentro del Derecho Comunitario; no es lo que éste dice, aludido ya, sobre la libre circulación en el ámbito de la Unión de los ciudadanos —y de los trabajadores— de la Unión misma, sino que, además —resultado de los Acuerdos de Schengen y Dublín— una vez cruzadas las fronteras exteriores de los Estados miembros, no puede haber controles en el cruce de las fronteras interiores, ni para los ciudadanos de la Unión Europea, es claro, *ni para los nacionales de terceros países*. De

---

<sup>5</sup> De fechas coetáneas son las leyes norteamericanas de refugiados; la *Displaced Persons Act*, del mismo año 1948; de 1953 la *Refugee Relief Act*, como nos informó J. A. García-Trevijano Fos, nuestro compañero en esta Casa, aunque su muerte prematura apenas sólo nos permitiera disfrutar durante dos años de su compañía y de sus saberes. En efecto, el 1 de julio de 1963 —dentro de un «Coloquio sobre los movimientos emigratorios interiores y exteriores [y] su relación con los desarrollos tecnológicos», disertó García-Trevijano sobre *Un análisis de las migraciones exteriores españolas: sus clases, sus causas y sus efectos* (págs. 73-89). Un coloquio en el que tuve el modesto papel de moderador y en el que, por cierto, intervino activamente nuestro Secretario Salustiano del Campo (págs. 79-81); y en el que intervino también el entonces Embajador de los Estados Unidos, R. F. Woodward, dejándonos dicho que «... nuestro país, los Estados Unidos de América, no existir si no fuera por la emigración» (págs. 13-17), verdad obvia desde hace más o menos 30.000 años.

(Las ponencias e intervenciones del Coloquio fueron publicadas por la Asociación Cultural Hispano-Norteamericana, Gráficas Benzal, Madrid, 1964; a ella refieren las páginas que han quedado citadas.)

ahí que «el otorgamiento o denegación de visados se orientará a los fines... de la Unión Europea», previéndose incluso un modelo uniforme de visado para todos los países de la Unión. Por la puerta de España —o por la de Italia, Alemania, Francia...— se entra en Europa.

6.<sup>a</sup> Se va a reflexionar sobre un derecho vivo y de aplicación diaria. Decenas y decenas —diría centenares— de sentencias del Tribunal Supremo, destilación de las mucho más numerosas de Tribunales de rango inferior, vienen dictándose, cada año durante los últimos, sobre pretensiones individuales de Derecho emigratorio<sup>6</sup>.

\* \* \*

Seguiré para la exposición el siguiente

### SUMARIO

#### I. Leyes de extranjería:

- A) Concepto de extranjero, en especial de trabajador extranjero.
- B) Entrada en España. Pasaporte y visado.
- C) Situaciones del extranjero en España.
  - a) Estancia.
  - b) Residencia temporal.
  - c) Residencia permanente.
- D) Permiso de trabajo en general; y para trabajar por cuenta propia.
- E) Permiso de trabajo por cuenta ajena:
  - a) ¿Primero el permiso y después la residencia? ¿O viceversa?
  - b) Situación de empleo y contingentación.
- F) Excepciones a la necesidad de permiso.
  - a) Reagrupación familiar.
  - b) Otros supuestos.
- G) Regulación de extranjeros.
- H) Permisos especiales: trabajadores de temporada, transfronterizos y estudiantes.
- I) Efectos de la falta de permiso:
  - a) Sanciones administrativas y penales.
  - b) Sobre la nulidad del contrato de trabajo.

---

<sup>6</sup> Para el estudio de las normas que han ido sucediendo sobre emigración y extranjería (incluidas las de refugiados y asilados y las de libre circulación de trabajadores comunitarios) con indicación de la bibliografía básica y selección de la jurisprudencia ver las sucesivas ediciones (1.<sup>a</sup>, 1971 a 18.<sup>a</sup>, 2000; a partir de la 10.<sup>a</sup>, 1987, con M.<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde) de nuestro *Derecho del Trabajo*; en la 18.<sup>a</sup> ed., las páginas 138-151, 532-541, 548-550 y 688-698.

J) Derechos y libertades de los extranjeros en España:

- a) Del extranjero en general.
- b) Del extranjero residente.

II. Leyes de emigración.

### I. LEYES DE EXTRANJERÍA

Sin prolongar más esta introducción, pasemos a la exposición de las Leyes actuales, las citadas orgánicas 4 y 8/2000, de 27 de enero y 22 de diciembre; la segunda, de modificación de la primera y de modificación profunda y extensa; extensa en cuanto abarca, digamos, en torno al 80% de su contenido. Dificultades constitucionales insalvables (artículos 81.1 y 82.1 de la Constitución que prohíben los textos refundidos de leyes orgánicas) han impedido la refundición de ambas Leyes, por lo que hay que acudir a refundiciones «privadas».

El resultado es que nos encontramos ante el aquelarre normativo de que hablaba, compuesto por:

- Preceptos de la Ley 4/2000 no modificados por la Ley 8/2000; vigentes por tanto.
- Preceptos de la Ley 4/2000 modificados por la Ley 8/2000; derogados por tanto.
- Preceptos inexistentes en la Ley 4/2000 que aparecen *ex novo* en la Ley 8/2000, incorporándose a aquélla.
- Preceptos de la Ley 8/2000 que técnicamente no modifican ni se incorporan a la Ley 4/2000.

Realmente es difícil que las cosas resulten tan complicadas; pero así son las cosas<sup>7</sup>.

(La Ley 4/2000 entró en vigor en 1 de febrero de 2000, y sigue en vigor en su parte no reformada por la Ley 8/2000; en su parte reformada estuvo en vigor hasta su derogación por la Ley 8/2000, cuando a su vez ésta entró en vigor en 23 de enero de 2001).

---

<sup>7</sup> Sin que ayude a simplificarlas el formidable número de erratas o errores padecidos en la publicación de la Ley 8/2000; de numeración casi todos, alterando la inicial de la Ley, son treinta y tres, si no he contado mal, los que lista la *Corrección* publicada en las páginas 6991-6992 del BOE de 23.02.2001. Refundición privada es la de Civitas, *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Madrid, 2001. También de Civitas, *Legislación de extranjeros*, Madrid, 2001, contiene el Reglamento de la LOEx del que se halla en la página 413.

Todas las referencias que en lo sucesivo se hagan a la Ley de Extranjería (sigla LOEx) refieren a los preceptos del complejo citado que estén en vigor hoy.

La Ley 4/2000 dio un plazo para que se dictara su reglamento, que expiró estérilmente el 1 de agosto de 2000; la Ley 8/2000 concede un nuevo plazo, que expira el 24 junio 2001, dentro del cual «el Gobierno... aprobará el Reglamento de la Ley Orgánica 44/2000 [reformada]»; lo que efectivamente hizo por RD 864/2001, de 20 de julio <sup>7 bis</sup>.

### **A) Concepto de extranjero, en especial de trabajador extranjero**

Extranjeros son, conforme al art. 1.º1 de la LOEx «los que carezcan de la nacionalidad española».

El extranjero del que la LOEx se ocupa es el que está en España o pretender entrar en ella; de ahí que sean objeto de su regulación los requisitos de entrada en España y las situaciones en que se halla en España el extranjero que en ella ha entrado; en esto la LOEx es, en general, *Ley de Extranjería*.

Ahora bien, dado que para entrar en España el extranjero debe «acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtenerlos», y dado que en un país de inmigración intensa como España lo es hoy, su trabajo es el medio típico, casi único si se quiere, con que el emigrante cuenta como «medio de vida», la LOEx pasa pronto a ser, explícitamente en numerosos casos, implícitamente en muchos otros, una Ley precisamente *de trabajadores extranjeros*.

Con todo existe una ligazón estrecha, y en ocasiones confusa, entre la extranjería sin más, que veremos en primer lugar, y el trabajo del extranjero, que estudiaremos después; precedidas ambas por los requisitos comunes de entrada.

### **B) Entrada en España; pasaporte y visado**

Sólo se puede «entrar en España... por los puestos habilitados al efecto... provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su [del extranjero] identidad» (LOEx, art. 25.1).

---

<sup>7 bis</sup> Desafortunadamente, por su fecha, no pudo tenerse en cuenta ni para la disertación ni para su publicación; sí para la 19.ª ed., de aparición próxima de ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cap. 4.ºIII.

«Será preciso además *un visado*» (art. 25.2); el indeterminado *un* apunta hacia que existen varios tipos de visado, lo que confirman el núm. 1 del art. 27, al hablar de visados «de estancia», y el núm. 5, de visados «de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena» (respecto de los cuales, por cierto «la denegación del visado deberá ser motivada», lo que *a contrario* quiere decir que para todos los demás casos la denegación no necesita motivación).

El visado se solicita y expide por las embajadas y consulados; excepcionalmente, el «de estancia» puede ser obtenido en el puesto fronterizo.

Confirma la LOEx lo dicho *supra* en el apartado 5.º de la introducción acerca de que la concesión o negación de visados debe orientarse —además, por supuesto de a las políticas exterior y de inmigración y a la seguridad ciudadana de España— hacia «los fines... de las políticas públicas de la Unión Europea».

Salvo lo que en sus líneas generales se acaba de exponerse, la LOEx remite a su futuro Reglamento; en el lenguaje alambicado de que tan frecuentemente hace gala: «reglamentariamente se establecerá la normativa específica del procedimiento de concesión y expedición de visados». Dejando en cambio de decir, como debiera, que, no fijados en la Ley, al Reglamento toca decir cuáles son los tipos de visado. *Qua* reglamento seguirá en esto el futuro sus precedentes señaladamente los Reglamentos de la Ley de Extranjería de 1985; el primero de ellos (RD 1.119/1986, de 26 de mayo) reguló ampliamente los visados, y lo mismo hizo (y hace, mientras siguió en vigor en lo no opuesto a la LOEx mientras no se dicte el de ésta [lo que no debiera demorarse más allá del 24 de junio del 2001 según su disp. final 2.ª]), el segundo (RD 155/1996, de 2 de febrero), formidable texto de 123 artículos, que dedica a los *Visados* la sección 2.ª de su capítulo II, artículos 20 a 33<sup>7ter</sup>. El estudio de los visados rompería las proporciones de esta disertación. Nos contentamos con decir que el Reglamento de 1996, aparte de relacionar los supuestos en que no se necesitan visados, regula éstos distinguiendo (con varias *clases* dentro de cada uno de ellos) entre visados *de tránsito*; visados *de estancia*; y visados *de residencia* (éstos son los que incluyen, junto a otros los de residencia *para trabajo* y los para *reagrupación familiar*; también, dicho sea de paso, los que «podrán ser concedidos a los extranjeros jubilados..., pensionistas o rentistas»).

Presumiblemente los visados de residencia para trabajar son los que permiten solicitar el permiso de trabajo y la situación de residencia. Sobre esto en

---

<sup>7ter</sup> El Reglamento de 20-VII-2001 tiene 147 artículos, los 4 a 22 dedicados a los visados.

seguida. Concluycamos aquí diciendo, en primer lugar, que quien entra en España por lugar no autorizado, o sin visado siendo éste necesario, o esté en España agotado el tiempo de su visado, o éste no se corresponda con aquello para lo que fue concedido es un «ilegal»; y en segundo término que el Reglamento habrá de entrar a fondo en la, tras la LOEx, chirriante regulación de los visados.

### C. Situaciones del extranjero en España

Los extranjeros legalmente entrados en España se hallan en una de estas tres «situaciones»: estancia, residencia temporal, residencia permanente.

#### a) *Estancia*

«Es la permanencia en territorio español» no más de noventa días, prorrogables por tres meses. Compete al Ministerio del Interior autorizar la prórroga (como le compete autorizar las residencias temporal y permanente de que se hablará en seguida).

El extranjero que permanece en España más de estos noventa días (más la prórroga en su caso) es también un «ilegal», si no ha obtenido —¿o al menos pedido?— la residencia temporal.

#### b) *Residencia temporal*

Autoriza a permanecer en España por más de noventa días y no más de cinco años.

Es ésta justamente la clase o situación de residencia de la que precisa y que se concederá «al extranjero que... se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena». Si ha debido obtener antes, o con la residencia temporal puede obtener después, del MTS el permiso de trabajo, es cuestión que examinaremos dentro de poco; anticipemos ahora: la *estancia* no es bastante para trabajar sin permiso de trabajo; la *residencia permanente* hace innecesario el permiso de trabajo.

Repárese en la que podemos llamar «excepción iberoamericana» en virtud de la cual los nacionales de los países que tienen suscritos con España tratado internacional con tal efecto —de «doble nacionalidad» en algún caso— parecería que tienen derecho a obtener sin más autorización de residencia y permiso de tra-

bajo; derecho que en la jurisdicción aparece como el «visado de residencia a efectos de obtener el correspondiente permiso de residencia»<sup>8</sup>. De nuevo se está girando sobre el visado como pieza esencial.

### c) *Residencia permanente*

A la que tienen derecho «quienes hayan tenido residencia temporal durante 5 años de forma continuada»; «autoriza a residir en España indefinidamente y [a] trabajar en igualdad de condiciones que los españoles», lo que quiere decir, insisto, que no necesitan permiso de trabajo (LOEx, art. 41.3).

Repárese que una residencia que «haya durado diez años» es el requisito ordinario para la adquisición, precisamente por residencia, de la nacionalidad española (CC, arts. 21.2 y 22.1).

## **D) El permiso de trabajo en general; y para trabajar por cuenta propia**

En la inopinada terminología de LOEx, art. 36, para ejercer en España «cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional»<sup>9</sup>, los extranjeros (mayores de 16 años) deben «obtener además del permiso de residencia o autorización de estan-

---

<sup>8</sup> Sentencias afirmativas del Tribunal Supremo en este sentido respecto de argentinos, chilenos y paraguayos en ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, *loc. cit.*, 17.<sup>a</sup> ed., pág. 138; también inicialmente respecto de los peruanos, aunque en la actualidad la jurisprudencia es negativa respecto de éstos (sentencias, ambas de la Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 6.<sup>a</sup>, de 10 y 18 de enero de 2000 [Ar. 2.113 y 2.120]).

Por cierto en otra sentencia de la misma Sala y Sección, y también 18.02.2000 (Ar. 1.871) a propósito de un ciudadano de Senegal, se dice de pasada que «se trata de uno más de los innumerables casos de estancia ilegal en territorio español en que se encuentran, entre otros, muchos súbditos senegaleses».

Posiblemente otros países estén dentro de la excepción y ello venga significado por la ausencia de pleitos; o quizá, a su vez, esta ausencia sea debida a la tolerancia, mientras ésta no se rompa por el reflejo sobre el trabajo de un conflicto ajeno o no al mismo; o de un accidente de circulación.

Posible es también, y hasta recomendable, un reexamen judicial del tema en vista de las situaciones y permisos previstos por la LOEx; y en vista de nueva regulación de los visados (*supra*, B) que sin duda debe acometer el Reglamento de la LOEx.

<sup>9</sup> Llama la LOEx, art. 36.2 «profesionales» a quienes ejerzan «una profesión para la que exija una titulación especial»; la concesión del permiso de trabajo se condiciona «a la tenencia en su caso a la homologación del título», torturado tema éste, especialmente en cuanto a médicos y odontólogos [ALONSO OLEA, *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1999, págs. 93-94] y «a la colegiación si las leyes así lo exigiesen» (tema igualmente torturado [TCo 120/1991, *Jur. Const. TSS*, t. IX, ref. 564; *com. M. I. RAMOS QUINTANA*]).

cia» (*i.e.*, encontrarse en una u otra situación) una autorización administrativa para trabajar» (*i.e.*, un permiso de trabajo).

Distingue la LOEx, dándoles precisamente este nombre, entre permiso de trabajo por cuenta ajena y permiso de trabajo por cuenta propia.

En cuanto a «trabajar por cuenta propia, en calidad de comerciante, industrial, agricultor o artesano», el extranjero debe tener la autorización administrativa cuando sea necesaria para la actividad a la que quiera dedicarse, así como las licencias de apertura y funcionamiento que «la legislación nacional» en su caso exija. Parecería como si, obtenidas estas autorizaciones, la concesión del permiso fuera obligatoria, solución por la que hay que inclinarse, mejor que por la que sea absolutamente discrecional. Porque no parece que haya término medio en la regulación tan sumaria del tema en la LOEx.

### **E) El permiso de trabajo por cuenta ajena**

El permiso inicial de trabajo, lo es por «una duración inferior a cinco años» y puede limitarse a territorio o actividad determinados. Esencial para la concesión es la existencia de una oferta de trabajo —o de un [pre] contrato de trabajo— proveniente de quien va a ser el empresario del extranjero.

Se renueva el permiso si el contrato («... u oferta» [¿ ?]) persiste o se cuenta con una oferta nueva; o si se perciben prestaciones de desempleo o de «inserción»; o «cuando concurren las circunstancias que se establezcan reglamentariamente», delegación normativa al Gobierno. Con todo, si concedida, la renovación lo es sin limitación a territorio, sector o actividad determinados.

a) *¿Primero el permiso de trabajo y después la autorización [concesión de la situación] de residencia [temporal]? ¿O viceversa?*

Con los textos de la LOEx 4/2000 y 8/2000 a la vista es todo menos sencillo contestar a estas preguntas <sup>10</sup>, pese a ser las respuestas de gran importancia, práctica cuando menos.

---

Salvo esto, los requisitos que se exigen profesionales para trabajar en España no difieren de los de los demás trabajadores, que se expondrán.

<sup>10</sup> Sobre ella debatieron durante largo tiempo los asistentes y el director del curso de doctorado sobre el tema en la Universidad San Pablo-CEU, 2000-2001. El director aprovecha esta ocasión para manifestar lo provechosas que para él fueron las discusiones con los doctorandos.

Creo que debo ahorrarme la descripción del camino tortuoso que he tenido que recorrer para llegar a la conclusión de que lo primero que hay que obtener es el permiso de trabajo. Citaré sólo el artículo 31.2 conforme al cual el propósito de «realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena» se une para obtener la situación de residencia temporal, «haber obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 36 (una de las erratas corregidas por cierto; el 34 sin la corrección) de esta Ley» (el art. 36 cubre, como se dijo, todas las «autorizaciones [*i.e.*, permisos] para la realización de actividades lucrativas»). Naturalmente desde la situación de entrada, o desde la entrada misma, puede solicitarse ya el permiso de trabajo, obtenido el cual se autorizará la residencia temporal.

Quizá añadiendo que conforme al reglamento de 1996 (desarrollo de la Ley de extranjería de 1985)<sup>11</sup>, todavía en vigor en efecto, en sustancia se tramita primero el permiso de trabajo ante el MTS; si se niega queda precluida la posibilidad de otorgar el permiso de residencia (el inicial, y salvo que por otro título se sea ya residente); si se otorga, se remite el permiso al Ministerio del Interior para que otorgue (o niegue, «teniendo en cuenta las circunstancias de seguridad pública que concurren») el permiso de residencia. Ambos permisos constan en un «documento unificado» que se entrega tras la notificación del otorgamiento de ambos.

De esperar es que el nuevo Reglamento aclare, precise o decida sobre estos extremos tan ligados a los de tipos y clases de visados.

#### b) *Situación de empleo y contingentación*

«Para la concesión inicial del permiso de trabajo... se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo», en vista de la cual se establece anualmente un contingente que fija número y características «de las ofertas de empleo que se ofrecen a trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España».

La contingentación no es novedad de las leyes del 2000, sino que en virtud de normas anteriores viene practicándose desde hace tiempo. Los contin-

---

<sup>11</sup> En M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 17.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1999, págs. 135-142, una exposición del sistema conforme a la Ley de 1985 y su Reglamento de 1996.

gentes nunca han sido cuantiosos y no parece que hayan sido intensamente influidos por la situación anual de empleo aunque revelaban alguna tendencia a alza:

20.000 para 1993; 17.000 para 1994; 25.000 para 1995 (datos de C. Aprell; *Rev. Esp. Der. Administrativo*; núm. 93, 1997, pág. 92); no tengo datos de 1996; 15.000 para 1997; 30.000 para 1998. Las cifras parecen muy reducidas para los niveles de inmigración y más si se entiende que sirvieron más para regularizar emigrantes «ilegales» ya entrados en España que para autorizar nuevas entradas (A. Izquierdo, *RACMP*, 1998).

Si atendemos a las afiliaciones a la Seguridad Social, contingentados o no, el incremento de trabajadores inmigrantes en el período 1998-2000 es verdaderamente notable; he aquí los datos:

*Afiliados a la Seguridad Social de países no comunitarios*<sup>12</sup>

| Países                   | Diciembre 1998 | Diciembre 1999 | Diciembre 2000 | Variación 1998-2000 |               |
|--------------------------|----------------|----------------|----------------|---------------------|---------------|
|                          |                |                |                | Absoluta            | %             |
| Marruecos .....          | 37.100         | 76.811         | 101.809        | 64.709              | 174,42        |
| Ecuador .....            | 2.999          | 7.446          | 25.729         | 22.730              | 757,92        |
| Perú .....               | 11.427         | 14.520         | 18.558         | 7.131               | 62,40         |
| China .....              | 8.265          | 11.718         | 15.714         | 7.449               | 90,13         |
| Repúbl. Dominicana ..... | 9.013          | 10.732         | 12.327         | 3.314               | 36,77         |
| Colombia .....           | 3.514          | 5.348          | 12.101         | 8.587               | 244,37        |
| Filipinas .....          | 6.737          | 7.847          | 9.166          | 2.429               | 36,05         |
| Cuba .....               | 4.252          | 6.097          | 8.672          | 4.420               | 103,95        |
| Argentina .....          | 4.767          | 5.398          | 7.017          | 2.250               | 47,20         |
| Resto países .....       | 89.832         | 65.927         | 100.613        | 10.781              | 12,00         |
| <b>Total .....</b>       | <b>131.699</b> | <b>211.844</b> | <b>311.706</b> | <b>180.007</b>      | <b>136,68</b> |

<sup>12</sup> Me han sido facilitados estos datos por el Gabinete del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, al que desde aquí expreso mi reconocimiento.

Por cierto que en la nota que me enviaron figuran también las afiliaciones a la Seguridad Social en España de los trabajadores procedentes de países comunitarios a finales de los años 1998, 1999 y 2000; aunque extramuros del tema tal y como éste se ha delimitado para esta disertación, los reproduzco seguidamente:

Están *exceptuados de contingentación* —para ellos «no se tendrá en cuenta la situación de empleo»— aunque necesitan permiso de trabajo, los trabajadores extranjeros que relacionan, llamándolos «supuestos específicos», los once apartados de LOEx, art. 40: trabajadores de confianza y para montajes [apartados *a*) y *d*)]; refugiados y apátridas [*e*) y *f*)]; conexión familiar de índole varia [*b*), *g*), *h*), *i*) y *j*)], entre ellas una de *ius soli* [«extranjeros nacidos y residentes en España» [apartado *b*)], de *ius sanguinis* otra [«hijos y nietos de españoles de origen», apartado *i*)]; pendientes de renovación de permiso [*b*)], o que no lo hubieran podido renovar o hayan permanecido en España durante cinco años o más [*k*].

## F) Excepciones a la necesidad de permiso

Hay que distinguir los supuestos de reagrupación familiar, muy característicos y entre sí próximos, de los que por su variedad titularemos como «otros supuestos».

### a) Reagrupación familiar

Si pretenden trabajar pueden obtener permiso de trabajo fuera de contingentación «el cónyuge o hijo de extranjero residente en España con un permiso de trabajo renovado» [art. 40.*b*), ya citado].

| Unión Europea      | Diciembre 1998 | Diciembre 1999 | Diciembre 2000 | Variación 1998-2000 |        |
|--------------------|----------------|----------------|----------------|---------------------|--------|
|                    |                |                |                | Absoluta            | %      |
| Alemania .....     | 20.420         | 24.157         | 27.224         | 6.804               | 33,32  |
| Austria .....      | 1.447          | 1.738          | 1.882          | 435                 | 30,06  |
| Bélgica .....      | 3.830          | 4.553          | 5.236          | 1.406               | 36,71  |
| Dinamarca .....    | 1.363          | 1.553          | 1.740          | 377                 | 27,66  |
| Finlandia .....    | 796            | 979            | 1.151          | 355                 | 44,60  |
| Francia .....      | 14.754         | 18.445         | 22.185         | 7.431               | 50,37  |
| Grecia .....       | 308            | 425            | 500            | 192                 | 62,34  |
| Irlanda .....      | 1.849          | 2.114          | 2.393          | 544                 | 29,42  |
| Italia .....       | 10.763         | 13.498         | 17.107         | 6.344               | 58,94  |
| Luxemburgo .....   | 25             | 47             | 62             | 37                  | 148,00 |
| Países Bajos ..... | 4.910          | 5.894          | 6.613          | 1.703               | 34,68  |
| Portugal .....     | 11.621         | 17.301         | 20.148         | 8.527               | 73,38  |
| Reino Unido .....  | 23.789         | 27.217         | 31.059         | 7.270               | 30,56  |
| Suecia .....       | 2.174          | 2.642          | 3.091          | 917                 | 42,18  |
| Total U.E. ....    | 98.049         | 120.563        | 140.391        | 42.342              | 43,18  |

Pero con independencia de esto —es decir, sin necesidad de trabajar ni de, por tanto, obtener permiso de trabajo— «el extranjero residente (del que evidentemente se supone que tiene los medios de vida suficientes para el reagrupado) tiene derecho, conforme a LOEx, art. 17, a reagrupar con él en España»:

— A su cónyuge «siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho» o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley»; las expresiones que la Ley utiliza —«cónyuge», «matrimonio»— con seguridad excluyen todo tipo de uniones de hecho. Precisa la LOEx que «en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge», añadiendo a ello para excepcionar la aplicación de otro modo posible del artículo 9.2 del Código Civil, que esta regla se aplica «aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad [poligamia o poliandria] matrimonial»; al tiempo que prevé y regula a sus efectos las segundas y posteriores nupcias del reagrupante.

— A los hijos suyos y del cónyuge, menores de 18 años o incapacitados, incluidos los adoptados y que «no se encuentren casados». También a los menores de los que el extranjero residente sea representante legal.

— A los ascendientes del extranjero que de él dependan económicamente, siempre que «existan razones que justifiquen... su residencia en España»; la apreciación de estas razones pone una cierta nota de discrecionalidad a esta reagrupación, a diferencia de la de derecho estricto de cónyuge e hijos.

Siguen a la lista de familiares reagrupables indicaciones sobre el procedimiento de reagrupación; sobre el derecho a reagrupar de los extranjeros residentes por previa reagrupación, remitiendo al Reglamento y sobre cuándo cónyuges e hijos reagrupados pueden obtener «una autorización de residencia independiente» (inicialmente de residencia temporal, parece; ¿o directamente de residencia permanente?), si previamente ha obtenido permiso de trabajo.

#### b) *Otros supuestos*

Los «reagrupables» son el supuesto más compacto de extranjeros que no necesitan permiso de trabajo; tampoco lo necesitan, pese a que entran en España para trabajar, los extranjeros incluidos en una también larga lista de diez apartados, en LOEx, art. 41, bajo la pertinente rúbrica *Excepciones al permiso de trabajo* (técnicos, científicos, profesores, personal cultural directivo, periodistas «debidamente acreditados»; funcionarios; artistas «que vengan a España a... actuaciones concretas»;

ministros de iglesias y confesiones inscritas en el Registro de entidades religiosas «en tanto limiten su actividad» a lo estrictamente religioso; españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española, etc.). Se remite para el detalle al citado art. 41 LOEx.

Todo lo anterior aparte, el art. 2 de la LOEx excluye por completo de ámbito al personal diplomático y consular extranjero; a los representantes, delegados y funcionarios de organismos o en conferencias internacionales, y a los familiares de todos ellos, aplicando reglas generales o especiales de Derecho Internacional.

### **G) Regularización de extranjeros**

Para los extranjeros que estuvieran en España antes de 1 de junio de 1999 que no tuvieran, pero «hubieran solicitado en alguna ocasión», permiso de residencia o trabajo, o lo hubieran tenido en los tres últimos años, la disp. trans. 1.<sup>a</sup> de la LOEx 4/2000 dispuso que el Gobierno estableciera el procedimiento para regular su situación, lo que efectivamente se hizo por RD 239/2000, de 18 de febrero, publicado el 19 y en vigor desde el 20, fecha la última —20.02.00— hasta la que el...

A su vez la LOEx 8/2000, disp. trans. 4.<sup>a</sup> autoriza al Gobierno a hacer lo preciso para regularizar la situación de quienes habiéndola solicitado conforme a la Ley 4/2000, les hubiera sido denegada «exclusivamente por no cumplir el requisito de encontrarse en España antes de 1 de junio de 1999».

La citada disp. trans. 4.<sup>a</sup> LOEx 8/2000, fue ejecutada por el RD 142/2001, de 16 de febrero, que manda que se revoquen (de oficio, en el plazo de tres meses) las resoluciones desestimatorias y que se atiendan las peticiones que se hallen en trámite, sin tener en cuenta la fecha de 1 de junio de 1999, sino la de «entrada en vigor de éste [el 142/2001] RD». Con lo cual, en suma, la regularización queda abierta sin límite de fecha hasta... 2 de marzo de 2001, en que el tal RD entrará en vigor (a los diez días de su publicación en el *BOE* [ocurrída el 20 de febrero] conforme a su disp. final 2.<sup>a</sup>).

Lo que quiere decir, de un lado, anecdóticamente, que cuando hoy, día 27 de febrero de 2001, les hablo, el Decreto no ha entrado en vigor aún y, de otro lado y menos anecdóticamente, que si se están practicando regularizaciones, se están haciendo en vista sólo de la disp. trans. 4.<sup>a</sup> de la LOEx 8/2000 y no del Decreto regulador que nadie puede, ni hoy ni hasta pasados tres días, aplicar.

## H) Permisos especiales

Son tales los de

— *Trabajadores de temporada o campaña* (LOEx, art. 42) por la duración de ésta. Reglamentariamente se regulará «el permiso de trabajo... que les permita la entrada y salida del territorio nacional» conforme a aquella duración.

— *Trabajadores transfronterizos* (LOEx, art. 43), los que «residiendo en la zona limítrofe» trabajen en España «y regresen a su lugar de residencia diariamente», deberán tener el permiso ordinario de trabajo, mientras que para los ocupados «en el marco de *prestaciones transnacionales* de servicios se remite al reglamento.

— *Estudiantes extranjeros* (LOEx, art. 33), respecto de los que, aunque tediosamente se dice que «no estarán autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia ni ajena», y que sus trabajos de investigación o formación «no [serán] remunerados laboralmente», sin embargo, contradiciendo sus términos, añade que «podrán ejercer actividades remuneradas a tiempo parcial o de duración determinada», incluso al servicio de las Administraciones públicas, contradicción —o excepción, si se quiere— amplísima y justificada si efectivamente se estudia. No se trata legalmente, sin embargo, de un permiso de trabajo, sino de una «autorización de estancia» para estudiar, parecida a la del acogimiento familiar *au pair* de jóvenes extranjeros, regido por el *Acuerdo Europeo* de 24 de noviembre de 1969.

## I) Efectos de la falta de permiso

Distingamos, como nos enseñó Guasp, entre los efectos anormales de los actos emigratorios no queridos por quienes los realizan, esto es, las sanciones (separando las administrativas de las penales), y la privación de los efectos queridos, esto es, su ineficacia o nulidad.

### a) Sanciones

Enmarcadas dentro de las «infracciones [“administrativas”] en materia de extranjería», castigadas con multas de hasta 50.000 pesetas las leves, de hasta 1.000.000 las graves y hasta 10.000.000 las muy graves, y de ellas responsables «quienes [de ellas] sean autores o participen, son básicamente a mencionar, para lo que aquí importa:

— Trabajar en España sin permiso de trabajo pero sí de residencia temporal [falta leve; art. 52.c)].

— Trabajar sin permiso de trabajo ni de residencia [falta grave; art. 53.b)].

— Contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, sanción ésta al empresario obviamente [falta muy grave; art. 54.1.d)]; tanto que la sanción puede imponerse «por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados»].

Sanción también administrativa, que no penal (no puede imponerse además de multa) es la *expulsión* de España, con prohibición de nueva entrada entre tres y diez años, imponible, entre otros al supuesto del art. 53.b) citado.

Distinta de la expulsión, y sin necesidad de la resolución motivada —y recurrible judicialmente— que ésta precisa, es la *devolución*, retornando «a su punto de origen... a los que pretendan entrar ilegalmente... en el plazo más breve posible» o internándolos, «si el retorno fuera a retrasarse más de 72 horas». También se puede internar al extranjero mientras se resuelve el expediente de expulsión.

Todas las sanciones administrativas, incluida la de expulsión —no la devolución, insisto— son recurribles en vía administrativa y jurisdiccional.

En cuanto a las sanciones penales la LOEx 8/2000, dips. ad. 1.<sup>a</sup> dispone que se estudie la reforma del CP «en relación con los delitos de tráfico ilegal de personas en particular... [cuando]... intervengan organizaciones que con ánimo de lucro» lo favorezcan.

Quedan en vigor, con alguna corrección técnica, los preceptos del CP adicionados o modificados por la LOEx 4/2000; de los cuales el fundamental es el art. 318 *bis* que establece para el traficante penas de alguna entidad (seis años de prisión es la máxima), aunque poco severas para quien, como el negrero o el pirata, es *hostis humani generis* (C. Schmitt, *Das internationalrechtliche Verbrechen*, ed. H. Quaritisch, 1994, págs. 50-52).

#### b) *Nulidad del contrato*

Toda la regulación del trabajador extranjero está construida sobre el principio de que el permiso de trabajo es requisito *sine qua non* del contrato de trabajo, cuya celebración sin el permiso está prohibida. Por lo tanto, el contrato sin permiso es nulo conforme CC, arts. 6.3 y 1275. En consecuencia, la confusa regla de LOEx, art. 36.4, según la cual la falta de permiso «por parte del empleador (??)...

no invalidará el contrato respecto a los derechos del trabajador extranjero» ha de entenderse como una ampliación del art. 9.2 del Estatuto de los Trabajadores a otros efectos derivados de la prestación efectiva del contrato, sin forzar *ex tunc* los de la nulidad (que no anulabilidad [Ramos Quintana]).

## J) Derechos y libertades de los extranjeros

A ellos dedica la LOEx su título I, artículos 23 a 34.

Prescindiendo de los artículos 16 a 19 relativos a la ya estudiada *Reagrupación familiar*, para la LOEx es clave la distinción entre los derechos de los extranjeros sin más y los de los extranjeros residentes, distinción de la que se parte en lo que sigue, para la que debe tenerse en cuenta que se irá poco más allá de su relación ante la impertinencia de entrar aquí en análisis de Derecho Constitucional, Civil, Penal o Laboral. En ejemplos obvios, no es éste el sitio para exponer en qué consiste la intimidad familiar (art. 16.1), la sindicación (art. 11.1) o la asistencia sanitaria (art. 12.1), derecho a los cuales tiene el emigrante.

Alguna indicación se hará, no obstante, cuando la especialidad lo requiera.

### a) *Del extranjero, en general*

Derecho a: no ser privado de su documentación, que indudablemente incluye su pasaporte; a circular libremente y a elegir dónde vivir en territorio español; los menores de 18 años, derecho [unido al deber] de educación; a la tutela judicial efectiva (salvo en cuanto a las denegaciones discrecionales de visados); a la asistencia jurídica gratuita, si se halla en España, en los procedimientos administrativos y procesos sobre denegación de entrada, devolución (salvo en los casos de LOEx, art. 58.2), expulsión o asilo; a la asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente, y durante el embarazo, parto y puerperio las mujeres, y a la asistencia sanitaria completa los menores de 18 años; a «los servicios y prestaciones sociales básicas (;?)»; a transferir sus ingresos y ahorros a su país.

Derecho es también (LOEx, art. 15.1) el del extranjero a estar «sujeto... a los mismos impuestos que los españoles» (impuestos estos, es claro, distintos e independientes de las tasas para trabajar en España que la misma LOEx prevé y minuciosamente parece como si regulara en los artículos 44 a 49).

(Permítasenos este *in promptu* en cuanto a las tasas:

Recuerdo que en mi época de estudiante de Derecho, me dijo algún maestro o en algún maestro leí que Don Augusto Comas, criticando los preceptos sobre parentesco del Código Civil, había dicho que eran «un manualito de Derecho patrio para adolescentes».

Recordando a Don Augusto, se podría decir que los preceptos sobre tasas de la LOEx son «un manualito de Derecho tributario para emigrantes»; véase su detalle: artículo 44, «Hecho imponible»; artículo 45 «Devengo»; artículo 46 «Sujetos pasivos»; artículo 47 «Exención»; artículo 48 «Cuantía de las tasas»; artículo 49 «Gestión, recaudación y autoliquidación».

Respecto de la *Cuantía de las tasas*, por cierto, que hay que suponer que es, si algo, lo importante del manualito, el artículo 48.1, dice que *se establecerá por Orden Ministerial*, bien que sigan unos cuantos sabios consejos a los Ministros para guía de su discrecionalidad.

Me limito a decir que todo esto está al borde del ridículo en una Ley que se llama Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades.)

b) *Del extranjero residente*

Además, por supuesto, de todos los relacionados en *a)*:

Derecho a sufragio en las elecciones municipales y, si empadronados, a «todos los establecidos... en la legislación de bases del régimen local»; de reunión y manifestación; de asociación, incluido el de sindicación; de huelga; a la educación no obligatoria (los mayores de 18 años); a ejercer «actividades de carácter docente o de investigación», y a crear y dirigir centros con tal finalidad; a trabajar por cuenta propia o ajena (y «como personal laboral al servicio de las administraciones públicas») en los términos ya vistos; a asistencia sanitaria, sin limitaciones; a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social, y a las prestaciones y servicios sociales; a ayudas en materia de vivienda.

\* \* \*

Se conceden todos los derechos con la extensión y en la forma que prevén la LOEx y las normas que en cada caso los regulan y como «criterio interpretativo general... en condiciones de igualdad con los españoles»; y, cuando se trate de derechos fundamentales, como manda Const., art. 10.2, «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos».

## II. LEYES DE EMIGRACIÓN

Voy a concluir con la referencia anunciada, ya breve, a las leyes de emigración.

Se da por supuesta la distinción entre las migraciones interiores y las exteriores. Respecto de las primeras, resaltar que en la Constitución la libertad de elección del lugar de trabajo deriva necesariamente del derecho fundamental que a los españoles reconoce su artículo 19 «a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional», reforzado por el artículo 139 de la propia Constitución, conforme a la cual «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado... [sin que]... ninguna autoridad pueda adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y [su] libre circulación... en todo el territorio español».

Respecto de las emigraciones exteriores, también el art. 19 de la Constitución concede al español el «derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca».

«El súbdito, dijo Kant en *La metafísica de las costumbres*, tiene derecho a emigrar porque no puede el Estado retenerle como si fuera propiedad suya», de ahí que la destrucción del Muro a la vez fuera símbolo y manifestación de libertad. Esto en cuanto a la emigración exterior, en cuanto a la interior el siervo de la gleba pertenece al período histórico en que el campesino estaba ligado al campo de su señor del que podía salir, situación que en la Unión Soviética se prolongó a través de la exigencia de pasaporte interior para viajar fuera del *koljos*. Tuvimos ocasión de asistir en los años sesenta en Conferencia General de la OIT a la pobre defensa que la Unión Soviética hizo de la acusación de que violaba los convenios núms. 29 y 105 sobre *Prohibición del trabajo forzoso y su abolición*; que tuvo una cierta eficacia porque poco después el dicho pasaporte fue suprimido.

Ya he dicho que en España la norma fundamental vigente sigue siendo la Ley de Emigración de 1971, promulgada en época todavía de emigración intensa y todavía fuera del Mercado Común. Sus normas básicas procuran la protección del emigrante tanto en la fase preparatoria de la emigración, como durante el viaje y durante la estancia en el extranjero. Un Decreto inmediatamente posterior, de 9 de marzo de 1971, reguló el derecho tradicional y característico del emigrante español (básicamente pensado para la emigración a Ultramar) a la «repatriación bonificada», esto es, al regreso a España por cuenta y cargo del Estado, al que podían y pueden acogerse los emigrantes y sus familias que acrediten su necesidad de regresar a España y su carencia o insuficiencia de medios para ello.

