

# VÍAS LEGALES DE ACCESO A ESPAÑA DE PERSONAS MIGRANTES CON EL OBJETIVO DE RESIDIR Y TRABAJAR. ESPECIAL ATENCIÓN AL PACTO MUNDIAL SOBRE MIGRACIÓN DE NACIONES UNIDAS

**Luis Ramos Poley**

Per citar o enllaçar aquest document:

Para citar o enlazar este documento:

Use this url to cite or link to this publication:

<http://hdl.handle.net/10803/673928>

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL

VÍAS LEGALES DE ACCESO A ESPAÑA DE PERSONAS MIGRANTES  
CON EL OBJETIVO DE RESIDIR Y TRABAJAR. ESPECIAL ATENCIÓN  
AL PACTO MUNDIAL SOBRE MIGRACIÓN DE NACIONES UNIDAS

Luis Ramos Poley

2021





TESIS DOCTORAL

VÍAS LEGALES DE ACCESO A ESPAÑA DE PERSONAS MIGRANTES  
CON EL OBJETIVO DE RESIDIR Y TRABAJAR. ESPECIAL ATENCIÓN  
AL PACTO MUNDIAL SOBRE MIGRACIÓN DE NACIONES UNIDAS

Luis Ramos Poley

2021

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO, ECONOMÍA Y EMPRESA (IU)

Dirigida por:  
Ferran Camas Roda

Memoria presentada para optar al título de doctor por la Universitat de Girona



A mis padres, por sus valores.  
A Maggie y Olivia, por su compañía.  
A Alejandra, por todo.



## **ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS**

AGE	Administración General del Estado
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CER	Convención sobre el Estatuto de los Refugiados
CESE	Comité Económico y Social Europeo
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
LAPS	Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria
LE	Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización
LET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LOEx.	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RDREA	Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, de reconocimiento del estatuto de apátrida



RELOEx.	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba 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 Ley Orgánica 2/2009.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social
STS-CA	Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso
TC	Tribunal Constitucional
TCCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea



## ÍNDICE

RESUMEN.....	1
INTRODUCCIÓN .....	4
<b>I. MARCO INTERNACIONAL, EUROPEO Y CONSTITUCIONAL SOBRE ACEPTACIÓN POR UN ESTADO DE DESTINO DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS QUE DESEAN ACCEDER Y RESIDIR EN AQUÉL .....</b>	<b>9</b>
<b>1. EL MARCO DE PROTECCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.....</b>	<b>12</b>
<b>2. INMIGRACIÓN Y FACTOR TRABAJO. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO .....</b>	<b>42</b>
<b>3. EL ÁMBITO NORMATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA. DESDE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES DENTRO DE LA COMUNIDAD HASTA LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS .....</b>	<b>55</b>
3.1. El Acuerdo Schengen: delimitación de un espacio para desplazarse libremente definido con fronteras exteriores .....	66
3.2. La política común de inmigración en la Unión Europea: evolución y actualidad.....	68
3.3. La política de asilo en la UE. Un sistema europeo común de asilo.....	93
3.4. El nuevo Pacto sobre Migración y Asilo .....	105
3.5. La dignidad según la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea .....	108
<b>4. LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA .....</b>	<b>110</b>
4.1. El derecho fundamental de entrada, salida, residencia y circulación en la doctrina constitucional.....	117
4.2. Las diversas situaciones de los extranjeros en España.....	119
4.2.1. El extranjero en situación regular o “irregular” .....	120
4.2.2. Delimitación de la figura del extranjero y del inmigrante, y también del migrante .....	121
4.3. Los derechos y deberes de los inmigrantes, ya sean en situación regular o irregular .....	128
4.4. El derecho al trabajo de los extranjeros en situación regular o irregular, y el respeto a las condiciones mínimas de trabajo .....	131
<b>II. VÍAS DE MIGRACIÓN REGULAR A ESPAÑA DE EXTRANJEROS CON EL OBJETIVO DE TRABAJAR O EMPRENDER UNA INICIATIVA EMPRESARIAL .....</b>	<b>140</b>
<b>1. NOCIONES BASE: LA ESTANCIA Y LA RESIDENCIA. NOCIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL. LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO .....</b>	<b>141</b>
<b>2. ACCESO Y RESIDENCIA A ESPAÑA PARA TRABAJAR POR CUENTA AJENA: CUESTIONES PREVIAS: UNA TRIPLE NECESIDAD EMPRESARIAL, ESTATAL Y DEL MIGRANTE .....</b>	<b>148</b>
2.1. El punto de partida de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.....	152
2.2. Un primer requisito: la situación nacional de empleo. Y otra serie de requisitos no menos importantes .....	153
2.3. Un procedimiento complejo que tiende a obstaculizar el acceso a España de extranjeros para trabajar por cuenta ajena .....	161
2.3.1. Un paréntesis en el procedimiento: las competencias en materia de inmigración en el caso de traspaso de competencias a las Comunidades autónomas.....	163
2.3.2. Continuación del procedimiento de solicitud de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena .....	165
2.4. La solicitud del visado. Concesión: contenido y efectos del visado .....	167

2.5. Contenido y efectos de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena .....	174
2.6. La renovación de la autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena .....	175
<b>3. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA DE DURACIÓN DETERMINADA. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE TEMPORADA.....</b>	<b>181</b>
3.1. Particularidades de este régimen especial .....	182
3.2. Procedimiento a seguir para la obtención de la autorización .....	188
3.3. Sobre los contratos de trabajo de los trabajadores extranjeros autorizados para trabajar al amparo de ofertas de temporada o campaña, y la limitativa autorización administrativa .....	199
3.3.1. La autorización administrativa de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada. Condicionantes o no a la modalidad de contratación pretendida .....	200
3.3.2. Datos incompletos que indican una realidad.....	208
3.3.3. Qué modalidad contractual es la ajustada o la que debería ajustarse.....	209
<b>4. LA GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN.....</b>	<b>212</b>
4.1. El contenido real de la norma sobre gestión colectiva, en primer lugar, la cifra provisional de puestos de trabajo de carácter estable .....	216
4.1.1. En segundo lugar, los visados para búsqueda de empleo.....	218
4.1.2. En tercer lugar, las particularidades en el procedimiento de contratación de trabajadores de temporada o por obra o servicio.....	219
4.2. Procedimiento de contratación. Especial referencia a la Orden ISM/1289/2020 que regula la gestión colectiva para contrataciones en origen para 2021 .....	219
<b>5. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO DE PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS TITULARES DE UNA TARJETA AZUL-UE.....</b>	<b>228</b>
5.1. A quién va dirigida esta vía de acceso.....	233
5.1.1. Requisitos para su activación .....	237
5.1.2. Procedimiento .....	240
5.1.2. Contenido y efectos de la autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados (la tarjeta azul-UE). El derecho limitado a la movilidad.....	244
5.2. Los familiares de los profesionales altamente cualificados y su posibilidad de acceder al mercado de trabajo. Su movilidad.....	247
<b>6. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO EN EL MARCO DE PRESTACIONES TRANSNACIONALES DE SERVICIOS.....</b>	<b>248</b>
<b>7. TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS: MOVILIDAD LIMITADA O TRABAJO DE EXTRANJEROS EN ZONAS FRONTERIZAS ESPAÑOLAS.....</b>	<b>256</b>
<b>8. TRASLADOS INTRAEMPRESARIALES DE TRABAJADORES EXTRANJEROS. EL RÉGIMEN PRIVILEGIADO DE LA LEY DE EMPRENDEDORES.....</b>	<b>260</b>
8.1. Requisitos generales para la estancia o residencia aplicable al traslado intraempresarial y a todas las vías de acceso favorecidas por razones de interés económico.....	261
8.2. Vía de acceso para familiares que se acompaña a cada tipo de autorización.....	265
8.3. Requisitos de la autorización de residencia por traslado intraempresarial .....	266
<b>9. AUTORIZACIÓN PARA EMPRENDEDORES. VÍA DE ACCESO A ESPAÑA POR RAZÓN DE INTERÉS ECONÓMICO .....</b>	<b>269</b>
<b>10. VÍAS DE ACCESO PARA PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS .....</b>	<b>273</b>
10.1. La duración de la autorización: lagunas normativas (una más), soluciones similares.....	274

10.2. Criterios de aplicación de la Ley 14/2013: discrecionalidad administrativa e inseguridad jurídica .....	276
<b>11. ACCESO Y RESIDENCIA EN ESPAÑA PARA TRABAJAR POR CUENTA PROPIA.....</b>	<b>277</b>
<b>III. VÍAS DE MIGRACIÓN REGULAR A ESPAÑA DE EXTRANJEROS SIN OBJETIVO DE TRABAJAR, PERO CUYA SITUACIÓN IMPLICA LA POSIBILIDAD DE TRABAJAR.....</b>	<b>283</b>
<b>1. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA NO LUCRATIVA .....</b>	<b>283</b>
1.1. Requisitos para la concesión de una autorización de residencia temporal no lucrativa .....	284
1.2. Procedimiento de solicitud del visado que conlleva a la autorización .....	287
1.3. Cambio de la situación de residencia a la situación de residencia con posibilidad de trabajar .....	289
<b>2. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA POR REAGRUPACIÓN FAMILIAR .....</b>	<b>293</b>
2.1. Requisitos para la activación de la vía de acceso a través de la reagrupación familiar .....	298
2.2. Procedimiento de solicitud para la reagrupación familiar .....	301
2.3. Posibilidades de trabajar del familiar reagrupado .....	303
2.4. Autorización de residencia independiente de la del reagrupante y derecho a su propia reagrupación familiar.....	305
2.5. Renovación de la autorización de residencia en la reagrupación familiar .....	308
<b>3. AUTORIZACIONES POR ESTUDIOS U OTRAS ACTIVIDADES ANÁLOGAS .....</b>	<b>311</b>
3.1. Estancia especial y posibilidad de ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia.....	311
3.2. La relación peculiar <i>au pair</i> .....	317
3.3. Pérdida de la autorización de estancia y efectos sobre el contrato de trabajo. Limitaciones en la normativa de extranjería y efectos sobre la contratación .....	318
3.4. Finalización de estudios, de la investigación o formación o de la realización de prácticas no laborales y acceso a una autorización de residencia y trabajo .....	322
3.4.1. Finalización de estudios y posibilidad de buscar trabajo o emprender .....	323
3.4.2. Finalización de estudios y posibilidad de acceder al trabajo en prácticas .....	326
<b>4. AUTORIZACIÓN PARA INVESTIGACIÓN O FORMACIÓN. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA LEY 14/2013 DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES .....</b>	<b>329</b>
4.1. Posibilidad de acceder al trabajo finalizada la actividad investigadora .....	332
<b>5. AUTORIZACIÓN PARA INVERSORES .....</b>	<b>333</b>
<b>6. RÉGIMENES ESPECIALES DE ASILO, PROTECCIÓN SUBSIDIARIA Y ESTATUTO DE APÁTRIDA.....</b>	<b>335</b>
6.1. Régimen especial del asilo .....	337
6.2. Régimen especial de la protección subsidiaria .....	344
6.3. Aspectos en común del derecho de asilo y la protección subsidiaria .....	346
6.3.1 Aspectos en común respecto a la solicitud de protección internacional .....	347
6.3.1. Los derechos garantizados con el asilo y la protección subsidiaria .....	350
6.3.2. Derecho del trabajo (derechos particulares) en la concesión del asilo o de la protección subsidiaria .....	351
6.4. Estatuto de apátrida .....	355
6.4.1. La jurisprudencia frente a las interpretaciones restrictivas de la administración.....	357
6.4.2. Derecho al trabajo de los apátridas .....	366
<b>7. EL REASENTAMIENTO Y REUBICACIÓN DE PERSONAS MIGRANTES ...</b>	<b>368</b>
<b>IV. EL PACTO MUNDIAL PARA UNA MIGRACIÓN SEGURA, ORDENADA Y REGULAR.....</b>	<b>375</b>

<b>1. ANTECEDENTES DEL PACTO .....</b>	<b>375</b>
1.1. Datos mundiales sobre la migración.....	375
1.2. La gestión de las migraciones no es una novedad: sí que se realice de forma global e integral .....	379
1.3. La declaración del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo .....	382
1.4. La Agenda 2030 y la migración .....	384
1.5. La Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Hacia un gran Pacto Mundial.....	386
1.6. Desde el proceso de elaboración hasta la aprobación del Pacto Mundial .....	388
<b>2. EL PACTO MUNDIAL PARA UNA MIGRACIÓN SEGURA, ORDENADA Y REGULAR. SU CARÁCTER (NO) VINCULANTE PERO GENERADOR DE NORMAS JURÍDICAS.....</b>	<b>392</b>
<b>3. EL CONTENIDO DEL PACTO MUNDIAL .....</b>	<b>395</b>
3.1. Principios rectores del Pacto.....	399
3.2. El marco de cooperación, los 23 objetivos .....	403
3.2.1 Objetivos generales .....	403
3.2.2 Objetivos sociales del Pacto.....	422
<b>3. ESPECIAL ATENCIÓN AL OBJETIVO NÚMERO 5: AUMENTAR LA DISPONIBILIDAD Y FLEXIBILIDAD DE LAS VÍAS DE MIGRACIÓN REGULAR. SUS EFECTOS EN ESPAÑA.....</b>	<b>441</b>
3.1. Primera acción. Acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales sobre movilidad laboral .....	445
3.2. Segunda acción. Facilitar la movilidad laboral dentro y entre las regiones .....	447
3.3. Tercera acción. Examinar y revisar las opciones y vías existentes .....	448
3.4. Cuarta acción. Impulsar planes de movilidad laboral con derechos y con perspectiva de género.....	450
3.5. Quinta acción. Favorecer la participación .....	453
3.6. Sexta acción. Facilitar el procedimiento fomentando la eficiencia y eficacia.....	454
3.7. Séptima acción. Vías de acceso para los migrantes forzados.....	456
3.8. Octava acción. Cambio climático y migración.....	459
3.9. Novena acción. Dotar de mayor protección a la unidad familiar .....	461
3.10. Décima acción. Ampliar las opciones disponibles para la movilidad académica.....	463
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>467</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>485</b>



## **RESUMEN**

La presente tesis doctoral tiene por objeto el estudio de las vías legales de acceso a España de personas migrantes con el objetivo de residir y trabajar. Se incorpora a la misma un análisis del reciente Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular de Naciones Unidas. Los Estados tienen soberanía para regular la migración y decidir sobre la entrada de personas migrantes en su territorio, pero también tienen limitaciones derivadas del cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Es el estudio de este marco normativo, que lo conforman el derecho migratorio y de extranjería, sobre el que trata esta investigación, donde se examinan las posibilidades o vías de acceso que tiene una persona migrante al Estado español.

## **RESUM**

La present tesi doctoral té por objecte l'estudi de les vies legals d'accés a Espanya de persones migrants amb l'objectiu de residir i treballar. S'incorpora a la mateixa un anàlisi del recent Pacte Mundial per a la Migració Segura, Ordenada i Regular de Nacions Unides. Els Estats tenen sobirania per a regular la migració i decidir sobre l'entrada de persones migrants al seu territori, però també tenen limitacions derivades del compliment de les seves obligacions en matèria de drets humans. És l'estudi d'aquest marc normatiu, que el conformen el dret migratori i d'extranjería, sobre el que tracta aquesta investigació, on s'examinen les possibilitats o vies d'accés que té una persona migrant a l'Estat espanyol.

## **ABSTRACT**

The purpose of this doctoral thesis is to study the legal routes of access to Spain for migrants with the aim of residing and working. An analysis of the recent United Nations Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration is incorporated into it. States have sovereignty to regulate migration and decide on the entry of migrants into their territory, but they also have limitations derived from compliance with their human rights obligations. It is the study of this regulatory framework, which is made up of immigration law, on which this



research deals, where the possibilities or access routes that a migrant person has to the Spanish State are examined.



## INTRODUCCIÓN

Que las personas se desplacen de un lugar a otro con el objetivo de radicarse para residir y trabajar no es algo extraordinario. Tampoco es un fenómeno reciente que los Estados traten de imponer su soberanía para tratar de regular el acceso de personas a su territorio. Lo primero no es considerado en la actualidad como un derecho humano y lo segundo es el límite que reconoce y extiende esa posibilidad de desplazamiento. Así, en virtud de esta soberanía, los Estados facilitan la entrada en su territorio de personas extranjeras a través de distintos canales que vienen regulados en un marco normativo, lo que esta tesis recoge y viene a encabezar en su título como: vías legales de acceso de personas migrantes. Este marco normativo viene presidido en España por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx.) y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba 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 Ley Orgánica 2/2009 (en adelante RELOEx.). La investigación aquí realizada tiene por objeto adentrarse en esta materia tan relevante y de actualidad.

Se realiza un tratamiento de la migración y de las personas migrantes desde un punto de vista positivo y desde una vertiente que viene conectada con el Derecho del Trabajo de las personas migrantes. Como se puede apreciar, se hace un tratamiento singular al binomio acceso y residencia y trabajo, la razón principal es que la gran mayoría de personas que se desplazan fuera de su país de origen lo hacen con este propósito: residir y trabajar en otro. Y aunque también existen distintas motivaciones para migrar con una intencionalidad al margen del trabajo, con la mayoría de estas vías de acceso se crea una situación jurídica que conlleva la posibilidad de realizar una actividad laboral.

En el ámbito académico el estudio de la migración se ha realizado y se realiza desde distintas disciplinas. Este doctorado en Derecho, que se inició en diciembre del año 2018 y que se enmarca dentro del programa de Doctorado en Derecho, Economía y Empresa (IU) de la Universitat de Girona, permite al estudiante profundizar sobre la migración y adentrarse desde la vertiente jurídica. Estos canales o vías de acceso son las que posibilitan la entrada de extranjeros en un Estado determinado y se asientan sobre un complejo sistema normativo que

hace necesario un estudio exhaustivo de normas adversas y complejas, de diversas ramas del ordenamiento jurídico, pero que están interconectadas, una de las razones que invitan a investigar profundamente sobre esta cuestión. También cabe hacer mención que una de las razones para introducirse en esta disciplina es la especialización que se adquiere durante estos años de investigación y que se hace más interesante y comprensible cuando se cuenta con grandes especialistas sobre la materia y cuando en las Universidades existen áreas que llevan años dedicadas al estudio de esta cuestión como sería la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona.

La migración es una materia de notable importancia en la actualidad y su gestión eficaz se hace imprescindible para los retos a los que hay que enfrentarse, entre otros, derivados de la falta de mano de obra, la despoblación, el declive demográfico, etc. Pero esto sería realizar un tratamiento de la migración desde un punto de vista estrictamente utilitarista, de ello que la gestión de la migración también ha de tener en cuenta el respeto a las normas más básicas de protección de los derechos humanos de las personas migrantes y donde los Estados han de obligarse a su cumplimiento, donde también han de tener en cuenta otras obligaciones jurídicas derivadas de la responsabilidad y la solidaridad.

Sin embargo, el marco normativo no es únicamente el punto de referencia para el estudio de esta materia, la doctrina científica y la jurisprudencia realizan una aportación necesaria que se hace imprescindible para, entre otros aspectos, la comprensión de la normativa y ayudan a la adaptación frente a los nuevos retos y distintos escenarios afectados por un mundo globalizado. Esta investigación incluye la doctrina científica que desde hace décadas viene investigando sobre esta cuestión, añadiéndose la más actualizada, así como la jurisprudencia más novedosa.

La estructura de esta investigación se enmarca en cuatro capítulos, los tres primeros hacen referencia al marco normativo y un último capítulo que incluye un estudio del reciente Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular de Naciones Unidas

El primer capítulo analiza el ámbito internacional, formado por el derecho internacional, especialmente el que concierne a la protección de los derechos humanos, que va a ser el que

va a condicionar la regulación por parte de los Estados de la migración internacional y va a poner límites a su soberanía. Por otro lado, se hace un tratamiento singular a las normas que derivan de la Organización Internacional del Trabajo, ya que las primeras normas de carácter internacional que afectaban a la inmigración comenzaron a elaborarse hace ya un siglo con el objetivo y la necesidad de proteger a los trabajadores que se encontraban fuera de sus países de origen. También se presta atención al Derecho que se desprende de la Unión Europea (en adelante UE), que tiene una especial incidencia en el marco normativo nacional de los Estados miembros, así como la interpretación que ha venido realizando sobre ello el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), trayendo también en este apartado las distintas iniciativas que han sido llevadas a cabo en el seno de la Unión, donde se atiende de forma particular a la reciente propuesta de la Comisión Europea sobre el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. Dentro de este ámbito se finaliza profundizando sobre el derecho a la dignidad humana plasmado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y por último, se hace un tratamiento particular y singular de los derechos de las personas extranjeras desde un punto de vista constitucional, realizando un estudio específico del art. 13.1 de la Constitución Española y la interpretación que el Tribunal Constitucional ha venido realizando para establecer el alcance de los derechos que se reconocen en la misma tanto a los extranjeros regulares como irregulares.

El segundo capítulo aborda concretamente las distintas vías de acceso establecidas a través de la normativa de extranjería, formada por la LOEx. y el RELOEx. Particularmente, se estudian los distintos canales de entrada a España con el objetivo de trabajar o para emprender una actividad empresarial, haciéndose un tratamiento profundo de la vía de acceso y trabajo por cuenta ajena, ya que es el punto de referencia principal para el estudio del resto de vías de acceso o autorizaciones reguladas en la normativa de extranjería. Pero sin dejar de lado otras vías de entrada que posibilitan el trabajo en España de extranjeros, incluyéndose, a más a más, el régimen privilegiado que viene establecido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (en adelante LE).

El tercer capítulo, de forma diferenciada y particular, analiza una serie de vías de acceso que si bien desde buen principio no están ligadas íntimamente al trabajo en España, el reconocimiento de una determinada situación conllevará la posibilidad de poder realizar una actividad lucrativa. Comprende una especial heterogeneidad de vías de acceso de diferente

configuración y a ello responde su ordenación, unas que buscan como objetivo particular la integración social, como es el caso particular del derecho de asilo, de la protección subsidiaria y el estatuto de apátrida, y se presta atención a la reubicación y el reasentamiento de personas migrantes. Además de tratarse otras vías de acceso como la reagrupación familiar, para la realización de estudios y otros canales de entrada con un tratamiento extraordinario que el legislador del momento quiso otorgarles como, entre otros, el que se dirige particularmente a inversores.

Completa, y se ha ido añadiendo en este capítulo segundo y tercero, la más reciente jurisprudencia que se ha ido conformando durante estos años, tanto desde la rama del derecho social como del derecho administrativo, que tienen una especial incidencia para la comprensión del armazón que conforma el derecho migratorio y de extranjería.

Finalmente, el último capítulo de esta investigación está dedicado al reciente Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular de Naciones Unidas. Su estudio es una particularidad de este trabajo, siendo una novedad hablar del mismo, más cuando esta tesis doctoral hace relación a vías legales de acceso de personas migrantes y uno de los objetivos del Pacto se centra en ello. Es un acuerdo que nace en el seno de las Naciones Unidas para abordar de forma global la gestión de la migración, algo que nunca se había conseguido, con el objetivo de cooperar colectivamente sobre la migración internacional, pero además se centra en las personas y tiene una dimensión humana que promueve el bienestar de los migrantes, cuestión esta última que suscitó que algunos países se mostraran en contra de adherirse al Pacto, tal y como sucedió desde el principio de los debates y hasta el momento de su aprobación, aún incluyendo el Pacto que uno de sus principios es el de reafirmar la soberanía nacional. El Pacto no incluye obligaciones jurídicas, pero se analiza si de su adhesión se pueden desprender otras obligaciones que puedan exigirse por tal de alcanzar los objetivos incluidos en dicho acuerdo. En último lugar, al margen de hacerse un estudio concreto de cada objetivo del Pacto y su incidencia en España, se realiza de forma más intensa con el objetivo número 5, que tiene como finalidad aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular y sus efectos en España.



## **I. MARCO INTERNACIONAL, EUROPEO Y CONSTITUCIONAL SOBRE ACEPTACIÓN POR UN ESTADO DE DESTINO DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS QUE DESEAN ACCEDER Y RESIDIR EN AQUÉL**

En virtud del principio de soberanía nacional, como capacidad originaria de una comunidad para otorgarse de un orden constitucional propio y determinar sobre el mismo<sup>1</sup>, lo que comprende ejercer potestades a partir de un poder supremo e independiente del Estado sin injerencias externas<sup>2</sup>, los Estados poseen la capacidad para regular la inmigración: autoridad o facultad para decidir la entrada y residencia de personas extranjeras en su territorio.

Principio de soberanía nacional que la Constitución Española (en adelante CE) consagra en su art. 1.2, al indicar que “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Un principio que en el Derecho comparado también lo encontramos en la Constitución Italiana de 1947, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución Francesa de 1958<sup>3</sup>. Este precepto constitucional es la base de todo el ordenamiento jurídico y que atribuye en exclusiva la titularidad de la soberanía nacional al pueblo español, unidad ideal de imputación del poder constituyente y, como tal, fundamento de la Constitución, del ordenamiento jurídico y origen de cualquier poder político (Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 42/2014, de 25 de marzo).

Asimismo, la soberanía tiene una estrecha conexión con la nacionalidad. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso (en adelante STS-CA) 1779/2016,

---

<sup>1</sup> SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J.J.: “Límites y soberanía en el orden constitucional español”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19, 2009, p. 268.

<sup>2</sup> TORRES DEL MORAL, A.: “La soberanía nacional en la Constitución de Cádiz”. *Revista de Derecho Político*. UNED, núm. 82, 2011, pp. 58-59.

<sup>3</sup> DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M.: *La Constitución Española. Textos y sinopsis de cada artículo*, art. 1.2 CE. <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=1&tipo=2>



de 14 de julio)<sup>4</sup> ha señalado que, por ejemplo, en el caso de la obtención de la nacionalidad por residencia, esto no es el ejercicio simple de un derecho subjetivo o del reconocimiento sin más de un derecho. La obtención de la nacionalidad es un acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado que comporta el otorgamiento de una cualidad que lleva implícita un conjunto de derechos y obligaciones.

Este principio de soberanía nacional viene siendo imperante hasta la actualidad y se refleja como uno de los principios rectores del reciente Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, acordado el 13 de julio de 2018 por la Asamblea General de la ONU y adoptado finalmente en la conferencia intergubernamental que tuvo lugar en Marrakech los días 10 y 11 de diciembre del mismo año. Al contemplar esta la posibilidad de aplicar medidas legislativas y normativas, así como requisitos para entrar, residir y trabajar en un país y en el que se “reafirma que los Estados tienen el derecho soberano a determinar su propia política migratoria y la prerrogativa de regular la migración dentro de su jurisdicción, de conformidad con el derecho internacional”<sup>5</sup>.

Los Estados, basándose en ese principio de soberanía nacional, van a poder denegar o restringir el acceso a su territorio y expulsar a los no nacionales no autorizados a entrar o permanecer en el mismo”<sup>6</sup>.

Este principio de soberanía nacional va a comportar una colisión con el derecho de las personas a la entrada en un país distinto al de su origen: por un lado, la competencia discrecional del Estado en materia de política migratoria, y por otro, el derecho a la entrada y permanencia de los individuos<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> También en STS-CA 756/2004, de 9 de febrero; STS-CA 2651/2004, de 22 de abril; STS-CA 3539/2004, de 5 de mayo; STS-CA 5636/2005, de 28 de septiembre.

<sup>5</sup> Principio de soberanía nacional que se incluye como uno de los principios rectores del *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, p. 5. <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>

<sup>6</sup> UNIÓN INTERPALAMENTARIA, OIT, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Migración, derechos humanos y gobernanza*. Manual para Parlamentarios, núm. 24, Francia, 2015, p. 142. [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR\\_and\\_Governance\\_HR\\_PUB\\_15\\_3\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf)

<sup>7</sup> CASTILLO DAUDÍ, M.: “Libertad de circulación y soberanía del Estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional”. *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 31, 2016. pp. 3 y ss.

El derecho internacional, especialmente el que concierne a la protección de los derechos humanos, va a condicionar la regulación por parte de los Estados de la migración internacional y va a poner límites a ese principio consagrado de soberanía nacional donde se van a configurar instituciones específicas para la salvaguarda de la protección de los derechos humanos de los migrantes. Partiendo, en primer lugar, desde el ámbito de las Naciones Unidas, continuando con las normas que derivan de la Organización Internacional del Trabajo, la especial incidencia del Derecho de la Unión Europea en el derecho interno de los Estados miembros y el propio derecho interno que parte desde la base, en nuestro caso, de la Constitución Española.

En cuanto al sistema de normas jurídicas que conciernen a los migrantes internacionales hay que subrayar que tienen su cimiento en un conjunto de instrumentos, principios y normas conexas<sup>8</sup>, donde unas tendrán carácter jurídico vinculante para los Estados que las suscriben y ratifican: convenios, estatutos, protocolos y convenciones, y otros sin efecto jurídico vinculante pero que sí que originan una fuerza moral de carácter innegable que orientan la actuación de los Estados; son los principios, las directrices, las normas uniformes, las recomendaciones y las declaraciones<sup>9</sup>.

Desde un punto de vista histórico, el derecho a la entrada en cualquier país distinto al de origen fue en el siglo XVI un derecho sin restricciones<sup>10</sup>. En el caso español era un título para justificar el derecho a la conquista y la ocupación militar, pero en el siglo XVIII se transforma a una posición más restrictiva que elevaba a la máxima la soberanía de los Estados para decidir la entrada de extranjeros. Es aquí donde se va abandonando el reconocimiento pleno del derecho a migrar –en el sentido de libertad para desplazarse, entrar y radicarse en un Estado determinado- y que termina por confundirse con un derecho a la fuga<sup>11</sup> que se configura a partir de abandonar el derecho pleno a migrar y se construye sobre la base de un

---

<sup>8</sup> NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO: *Migración y derechos humanos. Mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional*. 2013, p. 14 [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR\\_improvingHR\\_ReporSPt.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR_improvingHR_ReporSPt.pdf)

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>10</sup> CASTILLO DAUDÍ, “Libertad de circulación”, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

<sup>11</sup> VITALE, ERMANNNO.: “¿El cumplimiento de la edad de los derechos?”. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 31, 2012, pp. 35 a 48.

derecho para escapar de los males extremos del mundo o de una vida que no se considera digna.

En Europa también se produce el fenómeno migratorio y con el tiempo también se va orientando hacia una visión restrictiva de los flujos migratorios. Desde un inicio, que se corresponde con el siglo XIX y parte del siglo XX, eran los europeos los que emigraban fundamentalmente a América Latina y Oceanía. A partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial y de la expansión económica que se produce después es cuando se revierte este fenómeno, donde la Europa central y nórdica pasan a ser receptoras de migrantes, en primer lugar provenientes del sud de Europa (España, Portugal, Italia), donde después se extiende a ciudadanos provenientes de África y de antiguas colonias. Y es a partir de los años 70, con la crisis económica que se produce en Europa, cuando se establecen políticas restrictivas en cuanto a la entrada de inmigrantes<sup>12</sup>.

## **1. EL MARCO DE PROTECCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**

El punto de partida del marco internacional que abarca el estudio del derecho migratorio vendría dado por las Naciones Unidas. La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) especifica en su art. 13, apartados 1 y 2, que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, como el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio y a regresar a su país. Pero si bien se desprende que existe un derecho a salir de un país para emigrar, no existe correlativamente un derecho a llegar a otro país para instalarse –inmigrar-<sup>13</sup>. Con esto se quiere decir que no se reconoce un derecho para abandonar el propio país con el objetivo de entrar libremente y permanecer en otro distinto y con ello trabajar en el mismo<sup>14</sup>. En consecuencia, el derecho a inmigrar es un

---

<sup>12</sup> ROJO TORRECILLA, E.: “Inmigración y derechos humanos: retos y perspectivas”. *Ed. Jueces para la democracia*, nº 44, 2002, p. 54.

<sup>13</sup> DE LUCAS, J.: “Capítulo VI. Políticas migratorias sin libertad de circulación. La UE, en guerra frente a la inmigración y el asilo”. En la obra colectiva: *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*. Coordinador: Liborio Luis Hierro. Ed. Marcial Pons, 2014, Madrid, p. 176.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El derecho al trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, en la obra colectiva: *Derechos y libertades de los extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ed. Gobierno de Cantabria, 2003, p. 22. También JOVER GÓMER-FERRER, R.; ORTEGA CARBALLO, C.; RIPOL CARULLA, S.: *Derechos Fundamentales de los extranjeros en España*. Ed. Lex Nova, 2010, p. 31. Y CAMAS, F. (Dir.); CAMÓS, I.; GARCÍA, A.;

derecho incompleto, no hay un deber jurídico ni derecho subjetivo para exigirlo, son los propios Estados los que tienen “el poder soberano de admitir o no a las personas en su territorio”<sup>15</sup>. Sin embargo, también cabría una interpretación en un sentido menos literal y abierto del art. 13 DUDH, ya que la regulación de la inmigración por los Estados no puede vaciar el contenido esencial de ese derecho<sup>16</sup>.

Asimismo, desde un punto de vista del estudio pormenorizado de las normas estatales, también se afirma que sí existe un derecho a inmigrar, aunque todavía es un derecho en evolución, y ello viene fundamentado en que ese derecho se ejercita: millones de personas buscan ese mundo mejor lejos de la pobreza y la miseria y porque existiendo condicionamientos por parte de los Estados del pleno ejercicio del derecho, las normas lo reconocen y es por ello que lo regulan. En el Estado español nuestras normas no niegan como tampoco reconocen el derecho a inmigrar, lo que se hace es condicionarlo a requisitos de carácter administrativo, con ello se quiere decir que esto “implica precisamente su reconocimiento” y que como en la regulación de cualquier otro derecho “este puede ser sometido a modulaciones o límites en su ejercicio y alcance”<sup>17</sup>.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) al que cabe añadir su protocolo facultativo<sup>18</sup>, garantiza en su artículo 2 que los Estados Partes se comprometen a respetar y garantizar a los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en dicho Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición

---

MARTÍNEZ, M.; SERVAIS, J.M.; SOLÉ, M.; ROJO, E.: *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones Laborales*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 246.

<sup>15</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 34/2013. Ed. Aranzadi, Madrid, 2013, p. 4.

<sup>16</sup> DE LUCAS, “Capítulo VI”, *op. cit.*, p. 176.

<sup>17</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “El derecho a inmigrar”. En la obra colectiva: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel-Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer*. Coordinadores: María Emilia Casas Baamonde, Federico Durán López, Jesús Cruz Villalón. Ed. La Ley, Madrid, 2006, p. 506. En este mismo sentido: GÓMEZ ORTEGA, S.: *La protección social de los trabajadores extranjeros*. Ministerio de Trabajo y asuntos sociales. Expediente FIPROS-2006/94. Universidad Pablo de Olavide. p. 84.

<sup>18</sup> El protocolo facultativo del PIDCP, 16 de diciembre de 1966, establece mecanismos de control del cumplimiento de los estados partes. Con la excepción del Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP de 15 de diciembre de 1989, que tiene como objetivo abolir la pena de muerte.

económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En el art. 12.1 PIDCP se señala el derecho de toda persona a circular libremente por el territorio de un Estado y a escoger libremente su residencia, pero atendiendo a la condición de que se encuentre legalmente en el mismo.

El Tribunal Constitucional en alguna ocasión ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este precepto, es el caso de la STC 72/2005, de 4 de abril, en que un extranjero que no había estado nunca en España invocaba su libertad de residencia para amparar su entrada en España. En este sentido, el Tribunal señaló, en una interpretación sistemática de la norma constitucional en relación con el art. 13.1 CE, art. 19 CE respecto a los tratados y el art. 10.2 CE, al adquirir en este contexto una relevante transcendencia interpretativa, que a partir de la regulación contenida en los arts. 12 y 13 PIDCP y de su interpretación se pone de manifiesto sin lugar a dudas que el derecho a entrar en un país solo se reconoce a los nacionales de ese país. Y que a la misma conclusión conduce la regulación del art. 13 DUDH, que reconoce a todos el derecho a salir de cualquier país, pero solo garantiza el derecho a entrar en el país propio. Así que la única conclusión que cabe es que el derecho a entrar en España, con el carácter de fundamental, solo corresponde a los españoles y no a los extranjeros.

De hecho, teniendo en consideración a la Observación General nº15<sup>19</sup> de 1986 del Comité de Derechos Humanos que manifiesta “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, se dejó plasmado que el PIDCP no reconoce a los extranjeros el derecho de entrada en un Estado Parte ni residir en él y, en este sentido, se deja un margen de apreciación al respecto en el que corresponde a los Estados decidir a quién ha de admitir en su territorio. No obstante, en determinadas circunstancias, un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto, incluso en aquellas cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se presentan cuestiones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto. Observación nº 15 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. 27º período de sesiones, 1986, pp. 1 y ss.* [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11)

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 2.

Es de importancia también el apartado 6 de esta Observación General al determinar que para el consentimiento de entrada en un Estado este se puede sujetar a condiciones, condiciones que la propia observación lo ejemplifica, entre otras circunstancias, a la circulación, la residencia y el empleo<sup>21</sup>.

Otra cuestión a señalar es la que se incluye en la Observación General n ° 27 de 1999 del Comité de Derechos Humanos, que hace referencia a la “Libertad de circulación” del art. 12 PIDCP. Se señala que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, pero que para determinar si un extranjero se encuentra legalmente en un Estado es esta una cuestión que se rige por el derecho interno y que por ello se pueden establecer restricciones a la entrada de extranjeros en su territorio, siempre que sea de conformidad con las obligaciones internacionales contraídas<sup>22</sup>.

Lo que sí viene a asegurarse en el PIDCP es que toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio y que nadie puede ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país, tal y como establecen los apartados 2 y 4 del art. 12 PIDCP. Respecto a esta cuestión el Comité de Derechos Humanos también ha señalado que el derecho a la entrada en su propio país, no se limita únicamente al país donde nace el vínculo de la nacionalidad, también incluye el país con el que se tiene “vínculos especiales o pretensiones”<sup>23</sup>.

La DUDH también incluye en el art. 14 el reconocimiento del derecho de asilo, vía de entrada en un país con la que toda persona, en caso de persecución, tiene derecho tanto a buscar asilo como a disfrutar de él en cualquier país. Lo que viene a garantizarse con el derecho de asilo es

---

<sup>21</sup> En el Estado español uno de los principios, entre otros, en los que las Administraciones públicas han de basar el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración es el de la ordenación de los flujos migratorios laborales de conformidad con la situación nacional del empleo y ello comporta que todas las Administraciones públicas han de basar el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el pleno respeto a este principio. Art. 2 bis. 2. b). LOEx.

<sup>22</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: *Observación n ° 27 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. Comentarios Generales aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comentario General n° 27, Libertad de circulación, artículo 12. 1 de noviembre de 1999, p. 2. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11)

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 5.

un derecho de protección y es “una institución que da respuesta a un derecho fundamental: el de huir, buscar y recibir protección”<sup>24</sup>. Una obligación dirigida a los Estados para recibir y acoger a aquellas personas perseguidas donde su libertad, seguridad y vida corren peligro y que necesitan protección, ni que fuera de carácter temporal<sup>25</sup>. Se configura como una garantía del derecho a pedir una protección y es una institución que nace vinculada a la “vulneración sistemática y generalizada de los derechos humanos”, donde las personas que son perseguidas se ven obligadas a huir y se les garantiza el derecho a pedir asilo<sup>26</sup>.

En el derecho de asilo aparecen factores ligados a la paz y la seguridad de las personas, pero que al llevarlo a la práctica por parte de los Estados también aparecen otros aspectos o factores como son el económico; el supuesto Estado de acogida aplicará con más o menor amplitud sus normas dependiendo de su situación económica, el factor político; dependiendo de la ideología del partido gobernante se tendrá una visión más o menos aperturista en orden a la protección de los derechos humanos<sup>27</sup>, el aspecto colectivo; que va ligado tanto a la situación económica del país como a la sensibilidad de las diferentes fuerzas políticas y los medios de comunicación en cómo perciben y gestionan la migración. En relación a esto último solo hay que recordar la mal llamada “crisis de refugiados” de 2015, que lejos de una cuestión coyuntural ya es un rasgo caracterizador de los propios decenios<sup>28</sup>, o la llegada de Donald Trump a la presidencia de los Estados Unidos, acaeciendo la migración como una cuestión altamente politizada<sup>29</sup> que les sirve como motor de su proyecto político y que finalmente penetran en la sociedad creando intolerancia y rechazo a los extranjeros<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup> ACNUR: *El Asilo es de todos*. ACNUR, Agencia de la ONU para los Refugiados, <https://acnur.org/5ba256784>

<sup>25</sup> ACNUR: *El Asilo es de todos. Movimientos forzosos de población y solidaridad internacional*. ACNUR, Agencia de la ONU para los Refugiados. <https://acnur.org/5ba256124>

<sup>26</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Refugiados y derechos humanos: el estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 197/2017. Ed. Aranzadi, 2017, p. 14.

<sup>27</sup> MARTÍN ARRIBAS, J.J.; SUÁREZ MALAXECHEVARRÍA, A.: “El derecho de asilo y la protección subsidiaria: reflexiones sobre las aportaciones de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 43/2016. Ed. Aranzadi, 2016, p. 1.

<sup>28</sup> CAMAS RODA, F.: “El pasado siempre vuelve: estado de la inmigración irregular y protección de los trabajadores extranjeros”. *Revista Trabajo y Derecho*, nº38, 2018, p. 6.

<sup>29</sup> ARANGO, J.; MAHÍA, R.; MOYA, D.; SÁNCHEZ-MONTIJANO, E.: *Inmigración y asilo, en el centro de la arena política*. Anuario CIDOB de la inmigración, Ed. CIDOB, Barcelona, 2018, p. 15.

<sup>30</sup> FELLER, E.; VOLKER, T.; NICHOLSON, F.: *Protección de los refugiados en el derecho internacional*. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Ed. Icaria, Barcelona, 2010, p. 65.

La esencia básica del asilo es la protección territorial que un país otorga a una persona en su demarcación<sup>31</sup>. Dentro del derecho de asilo y de las personas que pueden quedar protegidas en su espacio se incluye la estricta definición jurídica de refugiado que realiza la Convención de Ginebra de 1951 añadiendo su Protocolo facultativo de 1967. En este instrumento se ofrece un marco para la salvaguarda de los derechos de las personas que se encuentran en esta especial situación. Situación que viene determinada por la necesidad de huir, al existir fundados temores de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Hoy en día se cuestiona esta definición en aras a una interpretación menos restrictiva del término persecución y hacia una reinterpretación más evolutiva y dinámica, y con ello adaptarse a la diversidad de la experiencia humana y las circunstancias cambiantes en las formas en que se manifiestan las persecuciones<sup>32</sup>. Una interpretación extensiva del término que en la actualidad ya se está produciendo para blindar de protección a aquellas personas que escapan de la guerra, como por ejemplo, las personas que huyen de la República Árabe de Siria, en que si existen casos en que no se cumplen los criterios de inclusión de la Convención de 1951, se han de tener en cuenta los criterios de refugiados más amplios elaborados en los instrumentos regionales de refugiados u otras formas de protección internacional, donde se incluye la protección subsidiaria o protección contra la devolución derivada de las normas universales y regionales de derechos humanos o que se basen en normas legislativas nacionales<sup>33</sup>.

De hecho, no es la primera vez que esta norma se adapta a una interpretación transformadora de sus términos. La Convención de Ginebra en su versión inicial de 1951 fue enmendada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 31 de enero de 1967, con el objetivo de permitir una interpretación evolutiva de la mencionada Convención, con la finalidad de tener en consideración nuevas categorías de refugiados respecto a los que ya preveía como consecuencia de los sucesos acaecidos antes del 1 de enero de 1951. Pero la interpretación estricta de los términos es la que sigue imperando en la actualidad. Es el caso -que finalmente fue favorable a las pretensiones del solicitante del estatuto de refugiado- resuelto por el TJUE

---

<sup>31</sup> MORGADES GIL, S.: “Refugiado”. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10/2016, p. 233.

<sup>32</sup> MONEREO PÉREZ, JL.: “Refugiados”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>33</sup> ACNUR: *Consideraciones de protección internacional con respecto a las personas que huyen de la República Árabe Siria, actualización II*. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2013, p. 11. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52b806914>



(Asunto C-31/09)<sup>34</sup> que tenía como cuestión determinar una cuestión prejudicial respecto a la interpretación del art. 12.1.a) de la Directiva 2004/83/CE, que remitía al art. 1, sección D, de la Convención de Ginebra, sobre la exclusión de ser considerada una persona como refugiada. Se debía dilucidar si a efectos de aplicación del art. 12.1.a) de la Directiva una persona recibe protección y asistencia de una institución de las Naciones Unidas distinta del ACNUR por el mero hecho de que esta persona tiene derecho a esa asistencia o a esa protección o, por el contrario, si es necesario que haya obtenido efectivamente esa protección o esa asistencia. El TJUE señaló que los preceptos de la Convención han de ser interpretados de modo estricto y que si esta previsión se limita a excluir del ámbito de aplicación de dicha Convención a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del ACNUR, no puede aplicarse también a las personas que solo pueden o han podido recibir protección o asistencia de dicho órgano.

Así, la Convención de Ginebra viene a establecer un régimen de protección donde los Estados han de proteger de forma eficaz a las personas que se ven forzadas a huir de sus países de origen<sup>35</sup>. Pero hay que señalar que la protección que ofrece la Convención opera desde la definición estricta del término de refugiado incluida en el art. 1. A. (que la modifica el Protocolo de 1967), y que identifica como refugiado a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. Todo ello incluyendo que la persona objeto de protección no se encuentre dentro del ámbito de las disposiciones de exclusión. Exclusiones que vienen determinadas por haberse acogido de nuevo y de forma voluntaria a la protección del país de su nacionalidad; habiendo perdido la nacionalidad la recobra voluntariamente; adquiere una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; de forma voluntaria se establezca de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; cuando hayan desaparecido las circunstancias por las que fue reconocida como refugiada y no puede

---

<sup>34</sup> STJUE, de 17 de junio de 2010, Asunto C-31/09, Nawras Bolbol y Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 10.

continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad; que tratándose de una persona que no tiene nacionalidad y al haber desaparecido las circunstancias por las que fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual (art. 1. C.).

Aspecto básico del derecho de asilo es el principio de la no devolución, en el que algunos autores señalan que queda implícito en el propio derecho de asilo<sup>36</sup>, y que también lo encontramos en las obligaciones contraídas de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que comporta “no extraditar, deportar, expulsar ni trasladar de cualquier otra forma a una persona del territorio, cuando haya sustanciales motivos para creer que existe un peligro real de daño irreparable”<sup>37</sup>, en consonancia con los arts. 6 y 7 del PIDCP. La primera plasmación formal de esta institución<sup>38</sup> la encontramos en la Convención de 28 de octubre de 1933 relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados. Esta garantía comporta una prohibición a los Estados de devolver a un solicitante de asilo o refugiado a territorios donde exista riesgo de que su vida o libertad puedan sentirse en peligro como consecuencia de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política (art. 33 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, en adelante CER)<sup>39</sup>. Por lo tanto, nos encontramos con una vía de acceso en su vertiente de permanencia, es decir, la entrada en un determinado territorio ya se ha producido y esta institución protege para que no pueda ser devuelto –derecho a permanecer-. Este principio de no devolución no solo se aplicará a aquellas personas que han sido declaradas formalmente como refugiadas. También tenemos la figura del solicitante de asilo que se le atribuye a aquella persona cuya solicitud todavía no ha sido objeto de decisión y se circunscribe tanto a una persona que aún no ha presentado una solicitud como a aquella que está a la espera de la respuesta. En este sentido “una persona no se convierte en refugiado por el reconocimiento, sino que es reconocido porque es un refugiado”<sup>40</sup> y por ello, mientras no se haya evaluado de forma

---

<sup>36</sup> NODAR MONTES, P.: “El derecho de asilo: el asilo territorial”. *Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 290, 1997, p. 3.

<sup>37</sup> ACNUR: *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*. 2007, p. 10.

<sup>38</sup> ORIHUELA CALATAYUD, E.: “El derecho a solicitar asilo: un derecho en fase terminal por las violaciones del derecho internacional”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 2003, p. 61.

<sup>39</sup> FELLER, VOLKER, NICHOLSON, *Protección de los refugiados*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>40</sup> ACNUR: *Guía práctica para parlamentarios. Guía sobre el derecho internacional de los refugiados*, núm. 2, 2001, p. 48.

imparcial su solicitud, no puede ser expulsado, ya que el principio de no devolución también le es aplicable a los refugiados que no se les ha declarado formalmente su estatuto<sup>41</sup>. No obstante, también hay que señalar que el principio de no devolución no ha de entenderse como un derecho de asilo en sentido estricto, ya que esta protección puede tener un estatuto jurídico diferenciado<sup>42</sup>.

También hay que añadir que al clásico concepto del asilo y el refugio -esta última como institución jurídica en consonancia con la definición de refugiado<sup>43</sup>- se le están añadiendo otras figuras, como los refugiados medioambientales o el refugio de género, que están comportando una complejidad sobre la distinción tradicional, asilo-refugio, a la que se incluyen otros retos como las nuevas formas de persecución y conflictos, movimientos migratorios mixtos, etc. La doctrina<sup>44</sup> ha apostado por una interpretación más evolutiva y dinámica del término “persecución” que señala la Convención de 1951 que “ha quedado desactualizada en una sociedad del riesgo global”.

En España, con la entrada en vigor de la Ley 9/1994, de modificación de la ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado, se pierde en el ordenamiento jurídico la doble figura asilo-refugio con estatutos diferenciados. El asilo era considerado como una categoría más amplia y con mayor grado de protección que el refugio. La modificación viene dada al considerar el legislador que el asilo es la protección que se dispensa a aquel que se le otorga la condición de refugiado y que con ello se evita que del sistema de protección de refugiados puedan valerse los migrantes económicos<sup>45</sup>. Posteriormente, a través de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se introduce en el ordenamiento jurídico y de forma explícita el derecho a la

---

<sup>41</sup> ACNUR: *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, Ginebra, 26 de enero de 2007, p. 3. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf>

<sup>42</sup> ORIHUELA CALATAYUD, “El derecho”, *op. cit.*, p. 63.

<sup>43</sup> KAHALE CARRILLO, DJAMIL TONY.: “Las diferencias entre la concesión del derecho de asilo y la autorización de permanencia por razones humanitarias”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 32/2013, Ed. Aranzadi, p. 8.

<sup>44</sup> MONEREO PÉREZ, “Refugiados”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>45</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.; “Algunas notas sobre las teorías explicativas de los flujos migratorios y la multidimensionalidad del hecho migratorio”, en la obra colectiva: *Tratamiento jurídico de la inmigración*. Coordinadores: Jaime Cabeza, Natividad Mendoza. Ed. Bomarzo, Albacete, 2008, p. 310.

protección subsidiaria, un segundo tipo de protección internacional donde se equipara al estatuto de refugiado y en que se ofrece un ámbito de protección para aquellos que no entran en la definición de refugiado pero respecto los cuales puedan existir motivos fundados para creer que si regresaran a su país de origen se enfrentarían a un riesgo real de sufrir daños graves<sup>46</sup>. Por lo tanto, se unifica normativamente la figura del asilo con la categoría de refugiado. La doctrina criticó el cambio al considerar al concepto de refugiado como una categoría autónoma que se ha de diferenciar del asilo tradicional, ya que si bien la figura se asemeja a la del solicitante de asilo es más restrictiva al ceñirse a una serie de causas recogidas en la normativa internacional<sup>47</sup>.

El TJUE (Asunto C-175/2008)<sup>48</sup>, tratando una cuestión prejudicial, ha considerado que hablamos de dos instituciones distintas y dos regímenes de protección que no son equiparables, así, si se produce un eventual cese del estatuto de refugiado, la persona afectada puede solicitar que se le conceda la protección subsidiaria cuando reúna los requisitos para ello. El Tribunal Supremo también ha considerado que esto se traslada a la valoración de la concesión del asilo y del reconocimiento del derecho a la obtención del estatuto de refugiado, que en este caso adquiere una relevancia primordial la valoración del relato personal de persecución expuesto por el solicitante de asilo, sin embargo, cuando se valora la permanencia en España en amparo del derecho a la protección subsidiaria, cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que este afecta a la persona inmersa en él, que puede ser acreditado a través de la información detallada sobre la evolución del país de origen (STS-CA 303/2014, de 6 de febrero).

Otra de las excepciones al principio de soberanía nacional, bajo el principio de no devolución, y que comporta una vía legal para la permanencia en un determinado territorio, vendría impuesta por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CTTPCID), de 10 de diciembre de 1984, en la que se desprende una garantía para las personas y una consecuente obligación por parte de los Estados. Se establecen medidas restrictivas en relación a la expulsión, devolución o extradición (art. 3 CTTPCID).

---

<sup>46</sup> KAHALE CARRILLO, “Las diferencias”, *op. cit.*, pp. 1 y ss.

<sup>47</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Algunas notas”, *op. cit.*, p. 309.

<sup>48</sup> STJUE, de 2 de marzo de 2010, C-175/2008, Asunto Aydin Salahadin Abdulla y Bundesrepublik Deutschland (varios asuntos acumulados).

Esto comporta la obligación por parte de los Estados de aceptar la permanencia de una persona en su territorio, antes de expulsarla, devolverla o extraditarla a otro Estado cuando radiquen razones fundadas de que aquellas puedan estar en peligro de ser sometidas a tortura. Para la aplicación de este artículo 3 el Comité contra la Tortura (CCT) ha establecido varias indicaciones. La Observación general núm. 1 CCT, sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención<sup>49</sup>, indica varias cuestiones que afectan a la interpretación del artículo 3 y a las diferentes definiciones que se desprenden de dicho artículo, así como a cuestiones que afectan al procedimiento de alegación y prueba por parte del autor y a la evaluación por el Estado Parte. Asimismo, la Observación general núm. 4 CCT<sup>50</sup>, relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22, que sustituye a la observación general núm. 1 de 1997, tiene por cometido orientar a los Estados partes y a los autores de quejas y sus representantes sobre el ámbito de aplicación del artículo 3 y de cómo el Comité evalúa la admisibilidad y el fondo de las comunicaciones individuales a las que se someten a su consideración. En relación a la obligación de no devolución, se estableció que existe siempre que haya razones fundadas para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura en el Estado al que vaya ser expulsada y que existen razones fundadas siempre que el riesgo de tortura sea previsible, personal, presente y real. Ello comporta que a las personas que se establezca que corren este riesgo se les permita permanecer en el territorio sujetas a la jurisdicción, el control o la autoridad del Estado parte en que se encuentren mientras persista el riesgo, considerando que la privación de libertad debe ser siempre una medida excepcional y que en ningún caso se debe expulsar a una persona que se encuentre en situación de riesgo a otro Estado desde el que podría ser expulsada posteriormente a un tercer Estado cuando existan razones fundadas de que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura en el tercer Estado. Asimismo, se considera que el dolor o el sufrimiento no siempre se puede evaluar objetivamente y que hay que tener en cuenta para ello el tipo de trato, el sexo, la edad, el estado de salud y la vulnerabilidad de la víctima o cualquier otro factor o condición.

---

<sup>49</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the high Commissioner. Annex IX. *General Comment No. 01: Implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22*, 1997, pp. 50 y ss. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f53%2f44&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f53%2f44&Lang=en)

<sup>50</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the high Commissioner. *General comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22*, 2018, pp. 2-4. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fGC%2f4&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fGC%2f4&Lang=en)

Dentro de este ámbito de las Naciones Unidas también encontramos otros instrumentos que contemplan la libertad de circulación, la elección de residencia y la salida y regreso al país de origen, pero tratan más bien de asegurar el cumplimiento y garantía del ejercicio de estos derechos.

En primer lugar, tenemos la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEFDR), de 21 de diciembre de 1965, en que específicamente se señala, en particular, como otros derechos civiles, el derecho a circular libremente y a elegir residencia en el territorio de un Estado, así como el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, como el derecho a una nacionalidad (art. 5, d), i), ii), iii). El órgano para la supervisión de la aplicación de la Convención, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), hasta el momento<sup>51</sup> ha emitido 35 recomendaciones generales. Tres de estas recomendaciones afectan en mayor o menor medida a la libertad de circulación y a elegir residencia en el territorio de un Estado y el derecho a salir de cualquier país y a regresar a su país, como el derecho a una nacionalidad. La Recomendación general núm. XX<sup>52</sup> del CEDR, relativa al artículo 5 de la Convención, señala que este artículo recoge una serie de derechos que los Estados Partes tienen la obligación de garantizar. Son derechos y libertades civiles, políticos, económicos, sociales y culturales sin discriminación racial, y que la Convención obliga a que los Estados prohíban o eliminen la discriminación racial en el disfrute de esos derechos humanos. Cualquier restricción de uno de estos derechos debe garantizar que ni por su finalidad ni por su efecto la restricción implique discriminación racial que, de conformidad con el art. 1 CIEFDR, denota toda distinción, exclusión restricción, o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por finalidad menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en el ámbito político, económico, social, cultural u otro ámbito de la vida pública. En este sentido, el acceso legal a un determinado Estado puede verse impedido por un motivo de discriminación racial. Por ello los Estados, en primer lugar, han de garantizar que la

---

<sup>51</sup> A fecha de 20 de marzo de 2020 [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11)

<sup>52</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the high Commissioner. *General recommendation No. 20 on article 5 of the Convention Un Treaty Body Database*, 1996. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7492&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7492&Lang=en)

tramitación de un procedimiento de entrada o la propia entrada física no se pueda ver afectada por un motivo de este tipo. A razón de ello, la Recomendación general núm. XXIII<sup>53</sup> del CEDR, que hace relación a la formación de los funcionarios encargados de la aplicación de la ley en cuanto a la protección de los derechos humanos, señala que los Estados partes están comprometidos a que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales se abstengan de todo acto de discriminación racial y a garantizar a toda persona los derechos incluidos en el art. 5 sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico. El cumplimiento de estas obligaciones “depende mucho de los funcionarios encargados de la aplicación de la ley que ejercen poderes de policía, especialmente los poderes de detención o encarcelamiento” y de que estos funcionarios estén informados de los compromisos contraídos por los Estados en cumplimiento de la Convención. Los Estados partes han de examinar y mejorar la formación de los funcionarios, es por ello que estos deben recibir formación intensiva con el objeto de garantizar que, en el ejercicio de sus funciones, se respeten y protejan la dignidad humana y mantengan y defiendan los derechos humanos de todas las personas sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico.

Otra recomendación importante es la Recomendación general núm. XXIII<sup>54</sup> del CEDR, relativa al artículo 5 de la Convención y a los refugiados y las personas desplazadas. Se señala que el Comité es consciente de las corrientes masivas de refugiados y el desplazamiento de personas por motivos étnicos como consecuencia de conflictos de carácter militar, no militar o étnico. En cumplimiento de las obligaciones contraídas por la Convención los Estados Partes han de prohibir y eliminar la discriminación racial en el disfrute de los derechos y las libertades civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. A razón de ello, todos los refugiados y personas desplazadas tienen derecho a regresar libremente a su lugar de origen en condiciones de seguridad y los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que el regreso sea voluntario y a observar el principio de la no devolución y no expulsión de refugiados.

---

<sup>53</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the high Commissioner. *General recommendation No. 13 on the training of law enforcement officials in the protection of human rights*, 1993. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7485&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7485&Lang=en)

<sup>54</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the high Commissioner. *General recommendation No. 22 on article 5 of the Convention on refugees and displaced persons*, 1996. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7494&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7494&Lang=en)

Por otro lado, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDM), de 18 de diciembre de 1979, también regula el reconocimiento, tanto del hombre como de la mujer, de los mismos derechos respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio (art. 15.4). En este sentido, el ejercicio de los derechos de libertad de circulación, elección de residencia y domicilio en igualdad de condiciones que los hombres, se puede manifestar de diversas formas, por ejemplo en la reagrupación familiar, como vía legal que posibilita el derecho a la entrada y a residir de una persona reagrupable. La Recomendación General XXI<sup>55</sup> del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDM), sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, señala, respecto al artículo 15 de la Convención, que las mujeres migrantes que viven y trabajan temporalmente en otro país deberían otorgárseles los mismos derechos que a los hombres de reunirse con sus cónyuges, compañeros o hijos. La Recomendación general núm. 32<sup>56</sup> CEDM, sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres señala una vía de acceso al indicar el caso concreto de que una persona, por la existencia de fundados temores de ser perseguida por motivos de género, pueda ser reconocida como refugiada. Si bien en la definición de refugiado del art. 1 A 2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, no se incluye la persecución por esta razón, se ha recomendado la pretensión de garantizar que los Estados parte apliquen una perspectiva de género en el momento de interpretar los cinco motivos incluidos para ser reconocido como refugiado y se considere el factor de género para reconocer la pertenencia a un determinado grupo social a los efectos de conceder el estatuto de refugiado, así como que se introduzcan otros motivos de persecución en las legislaciones y políticas nacionales relativas a los refugiados y solicitantes de asilo, como el género y el sexo. Asimismo, en relación al principio de no devolución, los Estados tienen la obligación de garantizar que

---

<sup>55</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the high Commissioner. *Recomendación general n°21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994, p. 3. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CEDAW/GEC/4733&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CEDAW/GEC/4733&Lang=en)

<sup>56</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the high Commissioner. *Recomendación general núm. 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres*, 2014 pp. 5 y ss. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fGC%2f32&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fGC%2f32&Lang=es)



ninguna mujer sea expulsada o devuelta a otro Estado en el que su vida, integridad física, su libertad y su seguridad personales se verían amenazadas o por correr el riesgo de ser objeto de formas graves de discriminación, donde quedarían incluidas formas graves de persecución o violencia por razón de género. En relación a las solicitantes de asilo los Estados tienen la obligación de velar para que las mujeres no sean objeto de discriminación durante todo el proceso asilo y desde el mismo momento de su llegada a las fronteras. Y respecto a las apátridas se indica que la nacionalidad es esencial para la garantía y el ejercicio de los derechos, incluido el derecho a entrar y residir permanentemente en el territorio de un Estado así como regresar a dicho Estado desde un país extranjero. Y si bien todas las personas deben disfrutar de los derechos humanos, la nacionalidad es en la práctica un requisito previo para el disfrute de los derechos humanos fundamentales. En este campo las niñas y las mujeres que carecen de nacionalidad son objeto de una mayor discriminación, como mujeres y como personas sin nacionalidad, es por ello que son objeto de marginación. En razón de esto, los Estados han de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en la adquisición, cambio y conservación de la nacionalidad, prevenir la apatridia, así como se recomienda ratificar o adherirse a la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas y a la Convención de 1961 para Reducir los Casos de Apatridia.

Otros límites al principio de soberanía nacional vendrían establecidos desde el ámbito de la protección internacional de los Derechos de los niños. La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (CDN), establece la obligación a los Estados Parte de velar para la aplicación de los derechos establecidos en la Convención de conformidad con su legislación y obligaciones contraídas a través de los instrumentos internacionales, especialmente de la obligación que se atribuye a los Estados Parte para que los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de estos, con la salvedad de algunas especificaciones concretas (art. 9.1 CDN). Como vías legales de acceso los Estados han de garantizar el derecho a la reunión de la familia, asimismo, todas las solicitudes realizadas tanto por un niño como por sus padres para la entrada en un Estado Parte o para su salida a efectos de la reunión de la familia han de ser atendidas de forma positiva, humanitaria y expeditiva (art. 10.1 CDN) y tomando en consideración el interés superior del niño (art. 3 CDN) Los Estados no solo han de abstenerse para no provocar la separación o injerencias arbitrarias o ilegítimas en relación a la entrada o estancia, también han de realizar obligaciones de acción positiva para mantener la unidad familiar en que se incluye la reunión

de los familiares separados<sup>57</sup>. Por lo tanto, se reconoce el derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de estos y se establece como vía de acceso “el derecho a entrar y permanecer en un territorio para disfrutar de la vida familiar”<sup>58</sup>. Con lo que se viene a determinar el derecho de los niños y de sus padres a la reunificación familiar. Este derecho a la reunificación familiar tiene una conexión con el principio del respeto a la vida familiar, que se basa en el reconocimiento de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia. Si bien el TJUE ha considerado que estas normas hacen hincapié en la importancia que tiene para el niño la vida familiar y recomiendan a los Estados tener en cuenta el interés del menor, ello no comporta que los miembros de una familia tengan un derecho subjetivo a ser admitidos en el territorio de un Estado y no pueden interpretarse en el sentido de que privan a los Estados miembros de cierto margen de apreciación al examinar las solicitudes de reagrupación familiar (Asunto C-540/2003)<sup>59</sup>.

Esta vía de acceso también la encontramos reconocida en la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, de 13 de diciembre de 1985, que tiene como cometido básico garantizar la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales para los individuos que no son nacionales del país en que viven. Por ello, a todo extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado, de conformidad con la legislación nacional y la autorización debida, se le tendrá que permitir que el cónyuge y los hijos menores o a cargo lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él (art. 5.4).

También se ha de mencionar en este marco de normas internacionales a la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990. De esta Convención aprobada en el marco de Naciones Unidas hay que destacar que es un instrumento especialmente diseñado para la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores migratorios. Se le reconocen derechos a

---

<sup>57</sup> COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*. 16 de noviembre de 2017, p. 8. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/343/68/PDF/G1734368.pdf?OpenElement>

<sup>58</sup> UNICEF: *El derecho de los niños y niñas a vivir con su familia*. La reunificación familiar de niños refugiados y migrantes, y de sus familiares. UNICEF, Comité Español, 2015, p. 5.

<sup>59</sup> STJUE de 27 de junio de 2006, Asunto C-540/2003, Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea.

estos, a sus familias y que alcanzan a aquellos que se encuentran en situación irregular, en definitiva, que la situación administrativa no sea un impedimento para el reconocimiento y disfrute de los derechos humanos fundamentales en igualdad de condiciones<sup>60</sup>. Esta Convención entró en vigor después de realizar una campaña mundial cuya finalidad era su promoción para la ratificación y conllevó la alianza de tres agencias del sistema de Naciones Unidas: la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUR), la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) y la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante UNESCO), con la participación añadida de la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante OIM) y de 10 organizaciones no gubernamentales relacionadas con la protección de los derechos de los trabajadores migratorios. La crítica realizada desde la entrada en vigor del Convenio, el 1 de julio de 2003, es que ningún país de los que reciben la mayor cantidad de inmigrantes ha ratificado la misma. De hecho, a 17 de marzo de 2020 el Convenio solo ha sido firmado por 12 países y solo 56 son Estados parte de la Convención. De estos países, como se señalaba anteriormente, ninguno de los que reciben la mayoría de migrantes lo ha ratificado hasta esta fecha, la mayoría de los que sí los encontramos en el noroeste del continente africano y sudoeste y centro del continente americano<sup>61</sup>. Como advertía el Director General de la OIT, con motivo de la entrada en vigor del Convenio, para la regulación de la inmigración es necesario actuar de forma organizada “ya que está surgiendo un consenso internacional en torno a la idea que la regulación de la migración laboral internacional no puede ser dejada solamente en manos de intereses nacionales y mecanismos de mercado. También es necesario actuar de forma organizada a través de acuerdos bilaterales y multilaterales y mediante el apego a las normas internacionales”<sup>62</sup>. Remarcaba el Sr. Somavia

---

<sup>60</sup> CAMÓS VICTORIA, I.; ROJO TORRECILLA, E.: “La convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias”. *Revista Migraciones*, núm. 16, 2004, Ed. Universidad Pontificia Comillas, pp.11 y ss.

<sup>61</sup> **UNITED NATIONS: Status of ratification interactive dashboard. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families. Office of the high Commissioner.** <https://indicators.ohchr.org/>

<sup>62</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Entra en vigor el Convenio de la ONU sobre los derechos de los trabajadores migratorios.* 2003. [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS\\_075353/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_075353/lang--es/index.htm)

que con el impacto de la globalización existe la posibilidad de que las cifras se dupliquen durante el próximo cuarto de siglo, como bien se ha producido después de haber transcurrido más de 15 años desde la entrada en vigor de la Convención. Refiriéndose a que el número de personas que viven y trabajan en países distintos al de su origen se duplicó desde 1975 hasta alcanzar la cifra de 175 millones de personas que representan el 3 por ciento de la población mundial. Y considerando que de este número, unos 120 millones son trabajadores migratorios y sus familias, y el resto corresponden a refugiados, personas en busca de asilo e inmigrantes establecidos<sup>63</sup>.

La Parte III de esta Convención hace referencia a los Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y el art. 8 señala que todos los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen, sin que pueda haber más limitaciones que las establecidas por la ley y necesarias para la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral públicas o los derechos y libertades ajenos. Por otro lado, se garantiza el derecho a que estos mismos sujetos puedan regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él.

Particularmente cabe reseñar que esta Convención ofrece un marco interesante para aquellos países que quieren abordar la migración y salvaguardar el respeto a los derechos humanos de los trabajadores migrantes y de sus familiares, además se establece un Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares en aras a asegurar principalmente la aplicación de la Convención, pero como se ha comentado anteriormente los países que mayoritariamente reciben a inmigrantes no lo han ratificado hasta la fecha, especialmente indicar a los que forman parte de la Unión Europea, entre los que se incluye España. Todo ello evidencia la inoperancia en aquel momento y la poca altura de miras a medio o largo plazo<sup>64</sup>, posiblemente la semilla a un problema global que actualmente se visibiliza en unos Estados desbordados, donde se ha visibilizado la necesaria respuesta común frente al fenómeno migratorio.

---

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> CAMÓS VICTORIA; ROJO TORRECILLA, “La convención”, *op. cit.*, p. 3.

Asimismo, no como una vía particular de acceso pero sí respecto al tratamiento que han de respetar los Estados, encontramos a la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, que señala el reconocimiento por parte de los Estados del derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 18). Los Estados incluso han de asegurar que las personas con discapacidad tengan derecho a adquirir y cambiar una nacionalidad; que no sean privadas, por motivos de discapacidad, de su capacidad para obtener, poseer y utilizar documentación relativa a su nacionalidad u otra documentación de identificación, o para utilizar procedimientos pertinentes, como el procedimiento de inmigración, que puedan ser necesarios para facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de desplazamiento; que tengan libertad para salir de cualquier país, incluido el propio; y que no se vean privadas, arbitrariamente o por motivos de discapacidad, del derecho a entrar en su propio país (art. 18. 1, letras a), b) c) y d) de la Convención).

Otro instrumento de interés que otorga un estatuto especial a una serie de personas que se encuentran en la situación de no ser consideradas como nacional por ningún Estado de conformidad con su legislación es la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada el 28 de septiembre de 1954. Esta Convención regula el estatuto de los apátridas que no son refugiados. La apatridia es la consecuencia de la falta de nacionalidad, puede surgir porque nunca se adquirió, por la pérdida o privación de la nacionalidad y se puede producir en situaciones migratorias o también, en la mayoría de los casos, en personas que nunca se han desplazado más allá de sus fronteras<sup>65</sup>. La pérdida o la privación de la nacionalidad hace olvidar a una persona la naturaleza de ciudadana<sup>66</sup> y con ello esa falta de nacionalidad es la fórmula de la exclusión y la marginación de los apátridas. La falta de nacionalidad también afecta a la libertad de circulación ya que puede comportar graves limitaciones a la capacidad de desplazarse<sup>67</sup>. Por ello esta Convención regula un estatuto jurídico a nivel internacional de

---

<sup>65</sup> ACNUR: *Manual sobre la protección de las personas apátridas*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 2014, pp. 3 y 10. <https://www.refworld.org/es/docid/55e94c964.html>

<sup>66</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad*. Informe del Secretario General, 19 Diciembre 2013, A/HRC/25/28, pp. 3 y ss. <https://www.refworld.org/es/docid/52f8d1fa4.html>

<sup>67</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad*. Informe del Secretario General. 2011, A/HRC/19/43, p. 5. <https://undocs.org/es/A/HRC/19/43>

los apátridas con el objetivo de que puedan disfrutar de unos derechos básicos que por consecuencia de esa falta de nacionalidad les son privados y no pueden disfrutarlos con plenitud<sup>68</sup>.

Por lo tanto, es una vía legal de acceso a un Estado que comportará, en el mejor de los casos, el reconocimiento como apátrida a aquellos que no son considerados como nacional por ningún Estado, de conformidad con su legislación (art. 1). A su vez esto comportará que estos puedan disfrutar de unos derechos en ese Estado que le reconoce dicho estatuto. Entre estos derechos, que se concederán en las mismas circunstancias que a los extranjeros en general, encontramos el derecho a empleo remunerado, derecho al trabajo por cuenta propia y el derecho a la libertad de circulación (arts. 17, 18 y 26). Asimismo, encontramos una serie de derechos que se disfrutaran en igualdad de condiciones respecto a los nacionales donde podemos encontrar el respeto a unas condiciones mínimas de trabajo, que afectan a la remuneración, horas de trabajo, vacaciones, formación profesional, accidente de trabajo, enfermedades profesionales, entre otras (art. 24).

En este sentido, y por último, cabe reseñar la notable incidencia que en España está teniendo el reconocimiento del estatuto de apátrida a los ciudadanos saharauis, como se desarrollará en el apartado correspondiente de esta investigación<sup>69</sup>.

Dentro del ámbito del derecho penal internacional encontramos la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000 y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. El art. 7 de este Protocolo establece una vía legal de acceso a un Estado en su vertiente de la permanencia en el mismo. En este sentido, cada Estado Parte considerará la

---

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>69</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DEL INTERIOR: *Avance de datos de protección internacional, aplicación del Reglamento de Dublín y reconocimiento del estatuto de apátrida*. Datos provisionales acumulados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2018. Como datos reseñables ofrecidos por el Ministerio del Interior del periodo comprendido desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2018, se presentaron un total de 1.903 solicitudes para el reconocimiento del estatuto de apátrida y de las que resultaron ser favorables 859. 1.836 solicitudes correspondieron a saharauis y la totalidad de resoluciones favorables solo correspondieron a estos, 54 saharauis obtuvieron una resolución desfavorable, el resto de solicitudes se puede entender que todavía están pendiente de resolución.  
[http://www.interior.gob.es/documents/642012/9639326/Avance\\_datos\\_proteccion\\_internacional\\_2018\\_12\\_31.pdf/e5eb6d13-6552-4269-b4b0-33f87a0ccf1c](http://www.interior.gob.es/documents/642012/9639326/Avance_datos_proteccion_internacional_2018_12_31.pdf/e5eb6d13-6552-4269-b4b0-33f87a0ccf1c)

posibilidad del establecimiento de medidas legislativas u otras apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio de forma temporal o permanente. Para dar aplicación a este mandato los Estados deben tener en especial consideración factores humanitarios y personales (art. 7, apartados 1 y 2), por ejemplo, en el caso de que la repatriación pueda comportar un grave riesgo para su seguridad o la de sus familiares<sup>70</sup>.

Asimismo, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de diciembre de 2000, también incluye una serie de medidas de protección y asistencia a aquellas personas que han sido sometidas a tráfico ilícito. El art. 16 especifica una vía de acceso en su vertiente de permanencia, ya que de conformidad con el derecho internacional, cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas, en el que se incluye la legislación que sea necesaria, para preservar y proteger los derechos de las personas que hayan sido objeto de tráfico ilícito de migrantes, de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional, en particular el derecho a la vida, a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 16 apartados 1 y 2).

De conformidad con estos dos Protocolos y en relación a estas personas que han sido sometidas a trata o tráfico ilícito, los Estados deberían adoptar medidas de reconocimiento del derecho a solicitar su residencia como vía de acceso a ese Estado, dado que no sería conveniente el retorno a sus países de origen al poder comportarles represalias, tanto a las mismas víctimas, como a sus familiares y amigos. Además de que podría comportar dificultades por tal de perseguir y combatir esta actividad ilícita por parte de las autoridades<sup>71</sup>.

Por último, como vías de acceso privilegiadas, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, que tiene por objeto la regulación de las relaciones e inmunidades diplomáticas, establece una serie de “Facilidades, privilegios e inmunidades relativos a los funcionarios consulares de carrera y a los demás miembros de la oficina consular” en el

---

<sup>70</sup> NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO: *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y trata de personas*. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, p. 2. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Traffickingsp.pdf>

<sup>71</sup> UNIÓN INTERPALAMENTARIA Y LA OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DORGA Y EL DELITO: *La lucha contra la trata de personas. Manual para parlamentarios*. 2009, pp. 42 y ss.

ejercicio de esas funciones, en concreto, y entre otras, el art. 46 establece que los funcionarios y empleados, a los que se añaden los miembros de su familia, con la condición que vivan en su casa, estarán exentos de todas las obligaciones establecidas por el derecho del Estado receptor en cuanto a la inscripción de extranjeros y al permiso de residencia, significándose como una vía legal de acceso a un Estado de carácter privilegiado. Sin embargo existe una excepcionalidad, en cuanto los empleados consulares no son empleados permanentes del Estado que los envía o cuando ejerzan en el Estado receptor una actividad privada lucrativa, en la que se incluyen a sus familiares (art. 46 apartado 1 y 2 de la CVSRL). Esta Convención también incluye una exención de la inscripción de extranjeros y del permiso de residencia cuando se trate de funcionarios consulares honorarios, salvo que estos ejerzan en el Estado receptor cualquier profesión o actividad comercial por cuenta propia (art. 65).

Dentro del ámbito del derecho marítimo internacional encontramos a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre 1982. Esta Convención también recoge una serie de privilegios e inmunidades que afectan a los representantes de los Estados partes que asistan a sesiones de la Asamblea, del Consejo o de los órganos de la Asamblea o del Consejo, así como al Secretario General y al personal de la Autoridad, donde dentro de estos últimos están comprendidos “los funcionarios científicos, técnicos y de otro tipo de calificados que se requieran para el desempeño de la funciones administrativas de la Autoridad” (art. 167). Como vía de acceso a un Estado de carácter privilegiada estos gozarán en el territorio de cada Estado parte, cuando no sean nacionales de ese Estado, de las mismas exenciones que ese Estado parte conceda a los representantes, funcionarios y empleados de rango equivalente acreditados por otros Estados partes en relación a las restricciones de inmigración y los requisitos de inscripción de extranjeros (art. 182.b).

Un ambicioso plan aprobado en el seno de las Naciones Unidas es la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible<sup>72</sup>. Nace de la Resolución 70/1 aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 y que concreta como título “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, en que se parte de un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad. También tiene como objeto fortalecer la paz universal

---

<sup>72</sup> NACIONES UNIDAS: Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. A/RES/70/1. [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S)



dentro de un concepto más amplio de la libertad y reconoce como mayor desafío al que se enfrenta el mundo y como requisito indispensable para el desarrollo sostenible la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema.

La Agenda viene inspirada por propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas y hace una concreción expresa al pleno respeto del derecho internacional. Los fundamentos son la Declaración Universal de Derechos Humanos, así viene determinada en la resolución 217 A (III), los tratados internacionales de derechos humanos, la Declaración del Milenio, concretada en la Resolución 55/2, y el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, la Resolución 60/1 y otros instrumentos como la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Anexo de la Resolución 41/128.

La Agenda parte de un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad que ha de ser implementado por todos los países y partes interesadas y se ha de llevar a cabo a través de una alianza de colaboración, lo que subraya un presupuesto claro para que se puedan lograr sus objetivos. Para ello se determina una nueva Agenda universal con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible donde se establecen 169 metas con la finalidad de retomar los Objetivos de Desarrollo del Milenio y conseguir lo que estos no lograron alcanzar.

Varias son las esferas que deben afectar a la humanidad y al planeta y que tienen una relación estrecha con este marco de estudio, por un lado las personas; consecución de poner fin a la pobreza y el hambre, donde se subraya velar para que todos los seres humanos puedan realizar su potencial con dignidad e igualdad y en un medio ambiente saludable, por otro lado la prosperidad; cuidar para que todos los seres humanos puedan disfrutar de una vida próspera y plena, la paz; con el objetivo de propiciar sociedades pacíficas, justas e inclusivas que estén libres del temor y la violencia, las alianzas; como método de crucial importancia para el cumplimiento de los objetivos de la Agenda, a través de la movilización de los medios necesarios para llevar a cabo la Agenda a través de una Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible, basado en un espíritu de mayor solidaridad mundial centrada de forma especial en las necesidades de los más pobres y vulnerables que se centra en la colaboración de todos los países, todas las partes interesadas y todas las personas.

De la nueva Agenda se destaca la necesidad de empoderar a las personas vulnerables, entre las que se incluyen, entre otros, a los migrantes. Con ello, de conformidad con el derecho internacional, se pretenden llevar a cabo acciones y medidas eficaces para erradicar obstáculos y restricciones, fortalecer el apoyo a las personas que viven en zonas afectadas por emergencias humanitarias complejas y en zonas afectadas por el terrorismo y atender sus necesidades especiales.

Especial relevancia tiene el reconocimiento de la positiva contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible. Así como que la migración internacional es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino en que se determina que se exigen respuestas coherentes e integrales.

Es también necesaria, al hilo de la necesaria alianza, la cooperación en el plano internacional con la finalidad de garantizar la seguridad, el orden y la regularidad de las migraciones, con el debido respeto a los derechos humanos y a un trato humanitario a los migrantes, con indiferencia de su estatus migratorio, así como a los refugiados y desplazados. La cooperación, tal y como establece la Agenda, alcanza sobre el fortalecimiento de la resiliencia de las comunidades de acogida de refugiados, en particular los países en desarrollo. Asimismo, se destaca que los migrantes tienen derecho a regresar a su país de nacionalidad y que por ello se recuerda a los Estados que deben velar para que se reciba de forma adecuada a los nacionales que regresen a su país.

Desde el ámbito de la OIT se ha declarado que la adopción de la Agenda ofrece oportunidades para la promoción de los derechos laborales para todos, entre los que se incluyen a los trabajadores migrantes. Especialmente los Objetivos de Desarrollo Sostenible 8 y 10 forman el núcleo esencial a favor de ello. Por un lado, el Objetivo núm. 8 con la finalidad de la promoción del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, pleno empleo y

productivo y trabajo decente para todos. Por otro lado, el Objetivo núm. 10. para reducir la desigualdad en y entre los países<sup>73</sup>.

Pues de entre los objetivos de la Agenda destaca, para la finalidad de esta investigación, el número 10, que tiene como reto “Reducir la desigualdad en los países y entre ellos”, y a destacar la meta 10.7 que pretende “Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas”.

Introducir a la migración en la Agenda 2030 ha significado reconocer a esta como un aspecto fundamental en el desarrollo y es la primera vez que se incorpora en la agenda mundial del desarrollo. Ha significado el reconocimiento de que la migración puede tener un impacto relevante sobre el desarrollo y que a su vez la migración también se ve afectada por este<sup>74</sup>.

La meta 10.7 tiene varios términos con el que vamos a tener que familiarizarnos. Son la migración ordenada, migración segura y migración regular. De hecho son las tres claves – cambiando de lugar a los términos ya que en primer lugar encontramos a la migración segura – sobre las que se asienta el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. En la Agenda 2030 no existe una definición de tales extremos y en el último Glosario de la Organización Internacional para las Migraciones de 2019<sup>75</sup> no encontramos el significado diferenciando cada uno de ellos. Parecería ser que son puntos que no se quieren separar y que para entender su significado hay que realizarlo de forma conjunta e inseparable. De hecho, ya se percibe una evolución de los términos desde el Glosario de la Organización Internacional para las Migraciones del año 2006<sup>76</sup> hasta el más reciente. En el Glosario de 2006 se

---

<sup>73</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Promover una migración equitativa*. Estudio General sobre los instrumentos de los trabajadores migrantes. Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª reunión, 2016, p. 219.

<sup>74</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *La migración en la Agenda 2030*. Guía para profesionales. Ginebra, 2018, p. 13.

<sup>75</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Glosario sobre migración*. Ginebra, 2019. <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>

<sup>76</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Glosario sobre migración*. Ginebra, 2006, p. 41. Se encuentra la definición para migración, migración regular y migración ordenada, no así para migración segura, y con significados que han variado y evolucionado hasta el día de hoy. [https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_7\\_sp.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf)

identificaba a la migración ordenada como un “movimiento de personas de su lugar de residencia a otro, respetando la legislación que regula la salida y el viaje del país de origen, el tránsito y el ingreso en el territorio del país de tránsito o receptor”<sup>77</sup>, con una cierta relación con la gestión migratoria. Y migración regular como “migración que se produce a través de canales regulares y legales”<sup>78</sup>, que parecería identificarse con las formas de desplazamiento y la situación particular de quién se desplaza. En el Glosario de 2019 encontramos de forma separada a los términos migración y migración regular. En relación al primero se entiende como “movimiento de personas fuera de sus lugares de residencia habitual, ya sea a través de una frontera internacional o dentro de un Estado”<sup>79</sup>. Y por migración regular se entiende como “movimiento de personas que se produce de conformidad con las leyes del país de origen, tránsito y destino”<sup>80</sup>, donde parecería desprenderse que hay una cierta mutación al significado de migración ordenada del año 2006. Desaparece el término de migración ordenada y seguimos sin encontrar de forma diferenciada el significado sobre migración segura, la definición de esta última respondería a un concepto que no es estático pero que se refiere esencialmente al bienestar y la reducción del riesgo para los inmigrantes, teniendo en consideración las necesidades de las diferentes categorías de migrantes y los factores de vulnerabilidad de los migrantes<sup>81</sup>. Por lo tanto, para entender el alcance de estos términos tenemos que ir a la definición que se realiza de forma conjunta. Migración segura, ordenada y regular, según el Glosario 2019, es aquel “movimiento de personas que se ajusta a las leyes y normas que rigen la salida, la entrada, el retorno y la permanencia en los países, así como a las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional, y que se produce en un contexto en el que se preserva la dignidad humana y el bienestar de los migrantes; se respetan, protegen y hacen efectivos sus derechos; y se detectan y mitigan los riesgos asociados a la circulación de personas”<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>79</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Glosario 2019, op. cit.*, p. 124.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>81</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *La migración, op. cit.*, p. 28.

<sup>82</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Glossary on Migration*. International Organization for Migration. Geneva, Switzerland, 2019, p. 191. [https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_34\\_glossary.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf)

La meta 10.7 de la Agenda 2030 reconoce un aspecto clave para conseguir una migración segura, ordenada y regular: la gobernanza. De hecho, la alianza entre todas las partes es uno de los pilares fundamentales sobre los que se erige la Agenda 2030 y sobre la necesidad de una nueva gobernanza mundial<sup>83</sup>. Un concepto impreciso pero que a grandes rasgos hace referencia a un cambio en la acción social y las formas de gobierno actuales que se ven obligados a resituarse en un campo que lo configura el estado, el mercado y la sociedad y en un contexto afectado por la “globalización, la europeización y la interdependencia”. Un proceso de transformación en que el que los modelos tradicionales de Estado se alejan de las formas jerárquicas y soberanas de tiempos pasados a un espacio donde se introducen nuevos actores y fenómenos que intervienen de forma cooperativa en la toma de decisiones, formando todos ellos un círculo de interdependencia<sup>84</sup>.

Pues en el contexto de la meta 10.7, dentro del marco del objetivo 10 que tiene por objeto la reducción de las desigualdades en los países y entre ellos, se reconoce que la gobernanza efectiva de la migración es crucial para lograr una migración más segura, ordenada y regular. Y se distingue la necesidad de valerse de “regímenes migratorios mundiales, regionales y nacionales y marcos de políticas integrales para gestionar la migración en beneficio de todos”<sup>85</sup>. Para llevar a cabo una migración segura, ordenada y regular es necesario una “buena gobernanza de la migración”<sup>86</sup> que la Organización Internacional de Migraciones ha tratado de definir en el Marco de Gobernanza de la Migración de 2016 y que se ha señalado como “la primera y hasta la fecha el único enunciado detallado de las políticas migratorias planificadas y bien administradas”<sup>87</sup>. Este Marco de Gobernanza sobre la Migración ha identificado 3 principios y 3 objetivos. Los principios establecen las condiciones que son necesarias para una buena gobernanza: adherirse a las normas internacionales y respetar los derechos de los migrantes; formular políticas con base empírica y aplicar un enfoque integral de gobierno; forjar asociaciones para encarar la migración y las cuestiones conexas. Y los objetivos en su conjunto buscan garantizar una gobernanza de la migración de carácter integrado y holístico

---

<sup>83</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA: *Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030*. Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible. 2018, p. 153.

<sup>84</sup> INNERARITY GRAU, D.: “¿Qué es eso de la gobernanza?”. *Revista Tiempo de Paz*. Ed. Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, núm. 100, 2011, pp. 228 y ss.

<sup>85</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *La migración, op. cit.*, p. 27.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 29.

con la finalidad de dar respuesta a la necesidad de considerar las distintas categorías de migrantes y emprender su necesidad de asistencia en caso de emergencia, estos objetivos serían: fomentar el bienestar socioeconómico de los migrantes y la sociedad; abordar eficazmente los aspectos relativos a la movilidad en situaciones de crisis; y asegurar una migración ordenada, segura y digna<sup>88</sup>.

En España se ha asegurado el compromiso de la implementación de la Agenda 2030 que forma el marco general de las políticas nacionales y sub-nacionales, así como el marco para el compromiso global y multilateral español<sup>89</sup>.

Para ver la visión y las acciones que se quieren llevar a cabo para alcanzar la meta 10.7 e impulsar los objetivos de la Agenda tenemos que ir al Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030, un documento que se divide principalmente en una primera parte que analiza el estado de situación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en España, en que se realiza un análisis de la distribución competencial y las políticas públicas e instrumentos ya existentes, y una segunda parte que referencia a las acciones que se llevarán a cabo para poner en marcha la Agenda, que parten de la iniciativa de adoptar nuevas políticas públicas, medidas clave para acometer las grandes transformaciones, gobernanza de la Agenda, seguimiento, rendición de cuentas y evaluación, que debe conducir, como uno de sus principales resultados, a la adopción de una Estrategia de Desarrollo Sostenible 2020-2030<sup>90</sup>.

Por lo que hace al diagnóstico del estado de situación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en España y más en concreto el objetivo núm. 10 que hace referencia a “Reducir la desigualdad en los países y entre ellos”, se realiza una exposición<sup>91</sup> de los fundamentos Constitucionales, que serían el cimiento para llevar a cabo las pertinentes políticas en aras a la reducción de la desigualdad, se añaden datos de indicadores de desigualdad, algunas acciones que se han llevado a cabo, y por último, haciendo referencia a la meta 10.7 de la Agenda, se

---

<sup>88</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Marco de Gobernanza sobre la Migración. Elementos esenciales para facilitar la migración y la movilidad de manera ordenada, segura, regular y responsable gracias a políticas migratorias planificadas y bien gestionadas*. Ginebra, 2016, pp. 1 y ss.

<sup>89</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA: *Comunicado conjunto entre España y las Naciones Unidas: colaborar para el desarrollo sostenible*. Gobierno de España, Naciones Unidas, 2019, p. 2.

<sup>90</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA: *Plan de acción*, op. cit., pp. 9 y ss.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 45 y ss.

reconoce que la migración es un elemento clave del desarrollo y que para contribuir a reducir la desigualdad entre los países es necesaria la articulación de una política de migración segura, ordenada y regular que parte de la tradicional política migratoria en España que no es otra que tener en consideración las necesidades del mercado de trabajo español, pero hay que reseñar de forma significativa que aquí se añade otra consideración a tener en cuenta “las (necesidades) del país de origen”. Una apuesta valiente y necesaria que abre paso a una nueva visión de la política migratoria española que ya no solo ve a la migración como una simple mano de obra o desde un punto de vista de la conveniencia o del provecho puntual. Por lo tanto, se hace un reconocimiento sobre la base de que la articulación de una política de migración segura, ordena y regular que –ahora- ha de tener en cuenta las necesidades del mercado de trabajo español –posición tradicional- y también las necesidades del país de origen, que contribuye a reducir la desigualdad entre los países. En este sentido, se analizarán vías para promover la migración laboral con fines de estudios, investigación o prácticas; prestando “una especial atención a la diáspora y a su contribución a través de remesas, económicas o inteligentes, al desarrollo económico y social de sus países de origen”. Por lo tanto, se abre a una política migratoria que tenga en cuenta no solo las necesidades nacionales, sino que también tenga en cuenta el impacto que las políticas migratorias pueden generar en los países de origen. Asimismo, se reseña también el compromiso para fortalecer institucionalmente a los países de origen abordando la lucha contra las causas profundas de la migración. Y en último lugar, se hace referencia -de forma separada y necesaria porque su tratamiento debe ser distinto- a una política de inmigración sobre la base de una actuación solidaria con aquellas personas que forzosamente se ven obligadas a abandonar sus países de origen y para los que los Estados desarrollados deben adoptar las medidas oportunas<sup>92</sup>. Esta actuación parece que hace referencia a aquellos que huyen y buscan protección como pueden ser los refugiados y solicitantes de protección internacional.

El Informe de Progreso sobre la implementación de la Agenda 2030 en España, que tiene como objeto la rendición de cuentas de las actuaciones llevadas a cabo por el gobierno y por los diferentes actores y donde se detalla los progresos alcanzados en el desempeño del Plan de Acción después de un año de su aprobación, detalla como “Avances, logros y resultados” en orden a la “Prevención y lucha contra la pobreza, la desigualdad y la exclusión social”, entre

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 46

otras, al ámbito de las migraciones como “asunto estratégico para España” y se destaca la dotación del Fondo Estatal para la integración de los inmigrantes, reales decretos de concesión de subvenciones para la atención de inmigrantes y a la orden de gestión colectiva de contrataciones en origen<sup>93</sup>. Dejando para más adelante de esta investigación el estudio particular del sistema de reclutamiento de trabajadores a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen, el Informe de Progreso incluye sobre la Acción de Gobierno a la Agenda del Cambio, como hoja de ruta que ha de guiar la acción del gobierno para abordar las reformas contempladas en la Agenda 2030. Por lo que hace a los objetivos de la Agenda 2030 y las medidas de la Agenda del Cambio, y en relación a alcanzar la meta 10.7, se señala a “reformas para garantizar una migración ordenada y segura”<sup>94</sup>, sin añadir nada más a la cuestión.

Si se acude a la Agenda del Cambio para ver qué objetivos hay planteados en la acción de gobierno respecto a las reformas para garantizar la migración ordenada y segura, se indica en las reformas para un mercado laboral eficiente que “partiendo de las necesidades de nuestro mercado de trabajo” se reforzará el sistema de contrataciones circulares en origen, favoreciendo el impacto positivo de una política de migración bien gestionada, de conformidad con la Agenda 2030, el Pacto Global de Migraciones y la Agenda Europea de Migración para conseguir una migración ordenada, regular y segura<sup>95</sup>. Hay que incidir en que es un sistema, el de la contratación de extranjeros en origen, que debe ser reformulado en su integridad al ser hoy por hoy un sistema que no garantiza los derechos humanos de los extranjeros que son reclutados para trabajar en España<sup>96</sup>. Asimismo, esta Agenda del Cambio tiene como propósito abordar el reto demográfico y con el objetivo de “reducir la desigualdad y proteger el Estado del bienestar” entre las políticas que se sugieren desde este ámbito se introduce a la inmigración legal, haciéndose una apuesta desde este terreno para la migración ordenada y segura. Por último, también se subraya la necesidad de reforzar la actuación a

---

<sup>93</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA: *Informe de Progreso. La implementación de la Agenda 2030 en España*. 2019, p. 16.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>95</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA: *La Agenda del Cambio. Hacia una Economía Inclusiva y Sostenible*. 2019, p. 62.

<sup>96</sup> Ver Capítulo II, Apartado 3: Sobre los contratos de los trabajadores extranjeros autorizados para trabajar al amparo de ofertas de temporada o campaña.



nivel nacional y europeo en las comunidades de origen y tránsito para encauzar de forma adecuada el fenómeno migratorio<sup>97</sup>.

## **2. INMIGRACIÓN Y FACTOR TRABAJO. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

El punto de partida de la protección de los derechos humanos de las personas migrantes se iniciaría con la DUDH, no obstante hay que reseñar desde buen comienzo la inevitable conexión de la inmigración con el factor trabajo, teniendo en consideración que las primeras normas de carácter internacional que afectaban a la inmigración comenzaron a elaborarse hace ya un siglo con el objetivo y la necesidad de proteger a los trabajadores que se encontraban fuera de sus países de origen. En este sentido, el mismo Tratado de Versalles ya indicaba concreciones al respecto, si bien se centraba en los trabajadores con residencia legal, señalando que “Las reglas que se dicten en cada país respecto de las condiciones de trabajo, deberán asegurar una retribución económica equitativa a todas los trabajadores que residen legalmente en el país” (art. 427.8º).

Desde la creación de la Organización Internacional del Trabajo ya existía un preocupación por la necesidad de plasmar una serie de derechos de aquellas personas que necesitaban desplazarse con el objetivo de trabajar. El propio Preámbulo de la Constitución de la OIT señalaba en el segundo “Considerando” la urgencia por la mejora de las condiciones de protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, trasladándose así el compromiso de la “Parte XIII, Sección 1 del Tratado de Versalles” que indicaba en el segundo “Considerando”, entre otras cuestiones, “la defensa de los obreros ocupados en el extranjero”.

A partir de aquí parte una orientación internacional de regular específicamente la situación de los trabajadores migrantes. Las dos primeras recomendaciones que adopta la Organización Internacional del Trabajo en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1919 incluían aspectos que trataban de dar protección a los trabajadores migrantes. La

---

<sup>97</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA, *La Agenda del cambio*, op. cit., p. 69.

Recomendación, núm. 1, sobre el desempleo, indicaba en su art. 2 que el reclutamiento colectivo de obreros en un país, con la finalidad de emplearlos en otro, solo debía permitirse cuando existiera un acuerdo entre los países interesados y después de consultar a los empleadores y a los trabajadores que pertenezcan, en cada país, a las industrias interesadas. Esta recomendación fue retirada por decisión de la Conferencia del año 2002 en su 90ª reunión. Asimismo, la segunda Recomendación, núm. 2, sobre la reciprocidad de trato, tenía como finalidad garantizar a los trabajadores extranjeros empleados y a sus familias, en un determinado territorio, una base de reciprocidad del beneficio de las leyes y reglamentos de protección obrera y del goce del derecho de asociación reconocido legalmente a sus propios trabajadores. Esta Recomendación fue retirada por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en el año 2004 en su 92ª reunión. Posteriormente y durante veinte años han sido varias las normas aprobadas en el seno de la Organización Internacional del Trabajo relacionadas con los trabajadores migrantes o que contenían algunas disposiciones relacionadas con estos trabajadores, asimismo, se participó de forma activa en la revisión internacional de la contratación colectiva de trabajadores migrantes<sup>98</sup>.

En el año 1939 tiene lugar la 25ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo donde se adopta el Convenio sobre los trabajadores migrantes, núm. 66. No recibió ratificaciones y nunca entró en vigor, posteriormente fue retirado en el año 2000. Asimismo, en esta Conferencia del año 1939 se adoptan dos recomendaciones. La primera Recomendación, núm. 61, sobre los trabajadores migrantes, que tenía por cometido completar al Convenio sobre los trabajadores migrantes de 1939. La segunda Recomendación, núm. 62, sobre los trabajadores migrantes, se refería concretamente a la colaboración entre Estados. Estas dos recomendaciones fueron retiradas por decisión de la Conferencia Internacional del trabajo en el año 2018 en su 107ª reunión.

Esta serie de normas de protección de los inmigrantes que nacen desde el seno de la Organización Internacional del Trabajo a partir del año 1919 forman la base esencial para tener una visión histórica de la inmigración y de la conexión de esta con el factor trabajo.

---

<sup>98</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Promover, op. cit.*, pp. 18 y ss. Se hace referencia al Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes de trabajo), núm. 19, de 1925, y su Recomendación núm. 25; el Convenio sobre la inspección de los inmigrantes, núm. 21, de 1926; la Recomendación sobre la protección de las emigrantes a bordo de buques, núm. 26, de 1926; el Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, núm. 48, de 1935.

Desde buen inicio la Organización Internacional del Trabajo acordaba una regulación de alcance internacional del trabajo de los inmigrantes y señalaba desde su fundación la importancia de la protección de los trabajadores migrantes desde el punto de vista de la migración de los trabajadores y del tratamiento de los trabajadores extranjeros<sup>99</sup>. Y por qué razón estuvo y ha de estar como punto de lanza la OIT. Actualmente se considera que por la aceleración de la globalización económica el número de trabajadores inmigrantes ha alcanzado una cifra sin precedentes, se estima que el 73% de los migrantes son trabajadores y que su desplazamiento básicamente se produce por razón del desempleo y la pobreza en sus países de origen, asimismo, en los países desarrollados se ha aumentado la demanda de trabajadores, especialmente los no calificados. Pero el deseo de haber empezado a trabajar en el país de destino no comporta alcanzar los derechos que estos tienen reconocidos como personas y se pueden encontrar con una protección social inadecuada, en una situación de alta vulnerabilidad a ser objeto de explotación y trata de personas, etc. Es por ello que desde la OIT se elevan una serie de normas que ofrecen unas determinadas garantías para gestionar los flujos migratorios y garantizar una protección adecuada<sup>100</sup>.

En primer lugar, cabe reseñar qué incidencia tienen los Convenios y las Recomendaciones de la OIT en el ordenamiento español. El Tribunal Constitucional (STC 38/1981, de 23 de noviembre) ya determinó desde hace décadas que hay que diferenciar entre uno u otro instrumento aunque los dos tienen efectos jurídicos. En este sentido, el art. 10.2 CE señala que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y aquellos tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España. En palabras del Tribunal Constitucional (en adelante TC), son “instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de estos derechos”. Los Convenios de la OIT que han sido ratificados por España son textos invocables, es decir, se incorporan al ordenamiento interno y de estas normas internas surgen los derechos individuales, que cuando se recogen en el capítulo de derechos o libertades adquieren un valor esencial las reglas del Convenio o Tratado de que se trate. Sin embargo, las Recomendaciones de la OIT son textos orientativos y no se aluden en el art. 10.2 CE, per aún sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o

---

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>100</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Las reglas de juego. Una introducción a la normativa de la Organización Internacional del Trabajo*. Edición del Centenario, Ginebra, 2019, p. 88.

aclaratorios de los Convenios. Si bien el TC está señalando, o dejó ya señalado desde buen principio, que no tienen esa eficacia comparable a un Convenio, también dejó plasmado que omitir a estas Recomendaciones en la interpretación y aplicación de un Convenio se hace un ejercicio necesario para el cumplimiento de los mismos.

Actualmente existen en vigor dos Convenios y dos Recomendaciones que son particularmente de relevancia para los trabajadores migrantes. Contienen objetivos que están vinculados y además son complementarios, partiendo de la base que el Convenio 97 y la Recomendación 86 son instrumentos básicos que pretenden garantizar la no discriminación de los inmigrantes en lo que hace referencia a las leyes y condiciones de trabajo establecidas en un determinado país<sup>101</sup>. Son normas que tratan de cubrir todo el proceso de migración laboral y establecen obligaciones a todos los países que participan en el proceso de migración laboral; origen, tránsito y destino<sup>102</sup>. Citábamos anteriormente al Convenio sobre los trabajadores migrantes, núm. 66, que como se indicaba no recibió ratificaciones y nunca entró en vigor, el motivo es que se aprobó a punto de comenzar la Segunda Guerra Mundial hecho que dificultó su entrada en vigor, y no es hasta el año 1949 cuando podemos hablar realmente de una regulación de la migración laboral en el ámbito internacional<sup>103</sup>. Es en este año cuando se aprueba el Convenio sobre los trabajadores migrantes, núm. 97, de 1949 (revisado) que se complementa con la Recomendación sobre los trabajadores migrantes, núm. 86, de 1949 (revisado), que corrigen el instrumento anterior con el objetivo de obtener el mayor número posible de ratificaciones<sup>104</sup>.

La técnica legislativa utilizada en el Convenio-97 fue la de una redacción con gran flexibilidad y con la concreción de derechos fundamentales pero solo de los migrantes en situación regular, el objetivo era conseguir el mayor número posible de ratificaciones<sup>105</sup>. En relación a esto último, a día de hoy son solo 50 los países que lo han ratificado y de estos 28 han excluido las disposiciones de alguno o varios de sus anexos, en sentido adverso, 139

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>103</sup> CAMAS RODA, F.: *Trabajo decente e inmigrantes en España. Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente*. Ed. Huygens, Madrid, 2016, p. 56.

<sup>104</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Promover*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>105</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Trabajadores migrantes*. Informe de la Comisión de Expertos. Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión. Ginebra, 1999, pp. 53 y 56.

países todavía no lo han ratificado, entre los que podemos encontrar a Estados Unidos, Japón o la Federación Rusa<sup>106</sup>.

El Convenio-97 sobre los trabajadores migrantes tiene su origen en la Europa de la posguerra con el objetivo de facilitar el desplazamiento de los excedentes de mano de obra hacia otras partes del mundo<sup>107</sup>. Su objeto es facilitar las migraciones internacionales con fines de empleo, constituyendo y manteniendo un servicio gratuito de asistencia y de información para los trabajadores migrantes<sup>108</sup>. Este Convenio, de la misma forma que otras normas de la OIT en relación a las migraciones, tiene un ámbito de aplicación que tiene por objeto a los trabajadores migrantes y no a los migrantes en general. La cuestión parte de que la función de la OIT es la de proteger los derechos y libertades de los trabajadores<sup>109</sup>. Pero hay que advertir que también son de aplicación estos instrumentos a las personas desplazadas y a los refugiados cuando parten de sus países de origen en busca de trabajo<sup>110</sup>. Asimismo, ninguna de sus disposiciones -así como las del Convenio núm. 143- operan sobre la base de reciprocidad, esto quiere decir que es independiente que el Estado de origen del inmigrante haya ratificado o no esos instrumentos o que garantice la igualdad de trato a sus ciudadanos para que le sea de aplicación el Convenio<sup>111</sup>. Este Convenio integra 23 artículos y contiene tres anexos. Los dos primeros anexos hacen referencia a acciones de reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que hayan sido contratados individualmente o en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental. El tercer anexo hace referencia a la importación de efectos personales, herramientas y equipo de los trabajadores migrantes. Esos anexos pueden ser excluidos por todo Estado miembro que haya ratificado el Convenio a través de una declaración anexada a su ratificación. Todas las disposiciones de estos Anexos tienen el mismo efecto que las disposiciones del Convenio, a no ser que existan reservas, ya que todo miembro que ratifique

---

<sup>106</sup> Información extraída de la página web de la Organización Internacional del Trabajo. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312242:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312242:NO)

<sup>107</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Trabajadores migrantes*, op. cit., p. 41.

<sup>108</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Trabajadores migrantes. Selección de instrumentos pertinentes de la OIT*. <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/migrant-workers/lang--es/index.htm>

<sup>109</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Trabajadores migrantes*, op. cit., p. 46.

<sup>110</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Promover*, op. cit., p. 217.

<sup>111</sup> *Ibid.*, pp. 48 y 49.

el Convenio puede excluir los diversos anexos o uno de ellos (art. 14, apartado 1 y 2). La base esencial de este Convenio, tal y como señala la Recomendación-86, es que de forma general, se debería tener por norma el desarrollo y uso de todas las posibilidades de empleo. Y a estos efectos, los Estados miembros han de facilitar la distribución internacional de la mano de obra, particularmente su movimiento desde los países en que exista excedente hacia los que tengan un déficit (párrafo 4.1). Bajo este precepto surge el mandato por el cual, cuando los Estados tienen como regla el desarrollo y uso de todas las posibilidades de empleo, también han de tener en cuenta a los trabajadores extranjeros. En este sentido, una política de empleo que también se oriente a la apertura de vías legales de acceso de extranjeros con la finalidad de trabajar. Es decir, facilitar la distribución internacional de la mano de obra, abriendo vías de acceso de extranjeros por motivos de empleo desde los países en que exista excedente hacia los países con déficit de mano de obra. No obstante, se incluye una premisa que en la práctica ha sido elevada a la máxima y es que en relación a la adopción de estas medidas, y en particular la de abrir vías de acceso a inmigrantes con fines de empleo, se ha de tener debidamente en cuenta a la situación nacional de la mano de obra nacional, anteponiéndose este condicionante a la contratación de extranjeros (párrafo 4.2).

Para llevar a cabo el cumplimiento de este mandato los Estados han de prever medidas que afectan al propio proceso de contratación del extranjero en su país de origen, las que se circunscriben al momento de la salida y al propio desplazamiento o las relativas a una vez llegado al país de destino. El objetivo final es ofrecer una serie de garantías y servicios a los trabajadores migrantes y a sus familias con la finalidad de protegerles, facilitar el control de la contratación y eliminar la colocación y el empleo clandestino<sup>112</sup>.

Cuestión a señalar es qué sucede respecto a su acceso al empleo cuando el trabajador extranjero ya se encuentra autorizado para residir en el Estado de destino. Si bien el Convenio-97 parte de la igualdad de trato en una serie de materias (art. 6) la lista no incluye el acceso al empleo. Sin embargo, la Recomendación-86 establece que tanto ellos como los miembros de sus familias deberían, siempre que fuera posible, ser admitidos al trabajo en las mismas condiciones que los nacionales (párrafo 16.1). A tenor de ello se puede concluir que es permisible el distinto tratamiento, y por tanto del tratamiento desigual en el acceso al

---

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 59.

trabajo de los extranjeros. No obstante, cuando fuera posible, en aquellos países que hayan establecido restricciones en el acceso al empleo de los extranjeros, no deberían aplicarse a aquellos que ya lleven residiendo cierto tiempo, donde se establece un límite que no debería exceder de cinco años. Asimismo, si estas restricciones dejaran de ser aplicables al trabajador extranjero tampoco deberían ser empleadas respecto a la mujer y a los hijos en edad de trabajar (párrafo 16.2). Este tipo de restricciones en el acceso al empleo de los extranjeros alcanzan desde la imposibilidad de cambiar de empleo una vez empleado, empleos solo a favor de trabajadores nacionales o la exigencia para los empleadores de obtener una autorización para contratar extranjeros, así como establecer una proporción de trabajadores nacionales que obligatoriamente se deben emplear en una empresa<sup>113</sup>.

Por otro lado, existe la posibilidad de otra vía de acceso para los miembros de la familia del trabajador extranjero que ha sido autorizado para residir de forma permanente. Miembros de la familia que comprenderían a la mujer y a sus hijos menores (párrafo 15.3). Como vemos es una disposición que señala a un único prototipo de migrante, el masculino, que como se ha señalado responde a un “estereotipo” que lo describían como un varón joven con motivaciones económicas<sup>114</sup>, visión de la migración y disposición que en la actualidad deberían estar superadas ya que la migración por trabajo no entiende de sexos. La Recomendación-86 señala que se deberían tomar disposiciones por medio de acuerdos con el objetivo de autorizar a cualquier trabajador migrante permanente para que lo acompañen los miembros de su familia o para que estos se reúnan con él. Esto comprendería, además, dar amplias facilidades para el desplazamiento de los miembros de la familia tanto en el país de origen como en el de destino. Y se deja abierta la posibilidad de extender este beneficio a otros miembros de la familia distintos siempre y cuando estén a su cargo, en relación a estas solicitudes se deberían de examinar con benevolencia (párrafo 15).

Por otro lado se establece una vía de acceso en la modalidad de permanencia, en este sentido, cuando el trabajador migrante ya ha sido autorizado de forma permanente y los miembros de su familia han sido autorizados para acompañarle o reunirse con él no pueden ser enviados a su país de origen o al territorio del que emigraron cuando por motivo de enfermedad o

---

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 11.

accidente que ocurrieron después de la llegada el inmigrante no pueda ejercer su oficio. No obstante, se admite una excepción a razón de que este disponga lo contrario o se haya establecido así en un acuerdo internacional que forme parte el Estado miembro de destino. Asimismo, se prevé que estas medidas puedan ser de aplicación después de un periodo de tiempo de permanencia en el Estado pero en ningún caso podrá ser superior a cinco años (art. 8). Hay que señalar que esta garantía solo se aplica a trabajadores migrantes que han sido autorizados de forma permanente, esto forma parte de una excepcionalidad ya que la mayoría de estas normas no distinguen entre inmigrantes permanentes, temporales y estacionales<sup>115</sup>. Vía de acceso en su vertiente de permanencia que también se amplía en el caso de que el inmigrante admitido de forma regular (párrafo 18, Recomendación-86), en que se incluye a los miembros de su familia, se encuentre en una situación de insuficiencia de recursos o por razones que afecten a situación nacional de empleo y que el Estado en cuestión tome una medida para alejarlo de su territorio. En todo caso, se previene que pueda admitirse tal decisión cuando exista un acuerdo que trate tal situación entre las autoridades competentes del país de emigración e inmigración. No obstante, este acuerdo tendrá que tener en consideración el periodo de estancia del trabajador extranjero “y que, en principio, ningún trabajador migrante podrá ser expulsado si ha permanecido en el territorio más de cinco años”.

Otra norma a destacar es el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), núm. 143, de 1975. Si el Convenio-97 tenía por objeto, entre otras, garantizar a los trabajadores migrantes en situación regular un trato por igual que a los que se otorga a los nacionales y promover la cooperación entre los Estados miembros, este Convenio-143 tiene por objeto complementar estas garantías<sup>116</sup>. Es un Convenio que en la actualidad solo tiene 25 ratificaciones, es decir, 162 países, entre los que se encuentra el Estado español, no lo han ratificado hasta el momento<sup>117</sup>, lo que evidencia que existe reticencia en la gran mayoría de países en reconocer derechos a los trabajadores migrantes, y

---

<sup>115</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Promover*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>117</sup> Ratificación del C143, Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias). Organización Internacional del Trabajo. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:8642265017577:::P11300\\_INSTRUMENT\\_SORT:3](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:8642265017577:::P11300_INSTRUMENT_SORT:3)



especialmente este Convenio que recoge obligaciones a los Estados en relación a la represión del trabajo clandestino<sup>118</sup>.

El Convenio-143 lo integran dos partes, la primera dedicada a las “Migraciones en Condiciones Abusivas” y la segunda parte dedicada a la “Igualdad de Oportunidades y de Trato”. Los Estados miembros que ratifiquen el Convenio pueden, a través de una declaración anexa a su ratificación, excluir una de las Partes de su aceptación del Convenio (art. 16.1). Hay que resaltar, a efectos de esta investigación, la Parte I que hace referencia a las “Migraciones en Condiciones Abusivas” y que parte en su art. 1 señalando que los estados miembros se comprometen a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes. El art. 2 del Convenio-143 señala que el Estado miembro ha de tratar de determinar si en su territorio se encuentran trabajadores migrantes empleados de forma ilegal y si existen movimientos migratorios con fines de empleo provenientes o con destino a su territorio, o en tránsito, en el cual los inmigrantes se ven sometidos durante el viaje, a su llegada o durante su permanencia y empleo a condiciones que vulneren los instrumentos internacionales, acuerdos multilaterales o bilaterales o la legislación nacional (art 2.1).

Para el análisis de este Convenio-143 hay que identificar varias cuestiones, en primer lugar, hay que determinar que se entiende por trabajador migrante empleado ilegalmente. Sin existir una definición al respecto se ha considerado que empleo ilegal es cualquier empleo que no se ajuste a la legislación y reglamentación nacional y que corresponde a cada Estado determinar su definición. A tenor de ello se admite como tal cuando un trabajador extranjero es empleado careciendo de la necesaria autorización administrativa establecida en ese Estado<sup>119</sup>. Por otro lado, se ha de identificar la forma irregular de canalización o de entrada del inmigrante. Una forma sería a través de las migraciones clandestinas con fines de empleo, que son cuando el migrante elude los controles, de forma conjunta o separada, para salir del país de origen y entrar en el país de destino. Otra forma sería a través de un movimiento ilegal o ilícito donde la salida o entrada es aparentemente legal pero que el objeto es oculto<sup>120</sup>. Estas formas de

---

<sup>118</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, C.: “La gestión de las migraciones laborales: Derecho internacional y de la Unión Europea”, en la obra colectiva: *Tratado de Derecho de Extranjería. Aspectos Civiles, Penales, Administrativos y Sociales*. Coordinador: Alberto Palomar. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 65 y ss.

<sup>119</sup> Trabajadores, Informe, *op. cit.*, p. 148.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 132.

canalizar estos movimientos migratorios irregulares se pueden dar de forma aislada, por un pequeño grupo o a través de organizaciones. Para evitar todo ello los Estados miembros han de adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, tanto en el ámbito de su jurisdicción como en colaboración con otros Estados miembros, para suprimir estas migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de inmigrantes y contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, y a su vez contra aquellos que empleen a trabajadores que hayan inmigrado en condiciones ilegales (art. 3). Pero hay que señalar que el Convenio-143 identifica a los movimientos migratorios con fines de empleo en condiciones abusivas y hace referencia a movimientos en que los inmigrantes se ven sometidos durante el viaje, a la llegada o durante la permanencia y empleo a condiciones que conculcan los instrumentos internacionales, acuerdos multilaterales o bilaterales, o la propia legislación nacional. Por ello, tal y como señaló la Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo en su Informe<sup>121</sup>, “las migraciones clandestinas o ilegales con fines de empleo efectuadas en condiciones que no son abusivas en virtud del artículo 2 no entran en el ámbito de aplicación del presente Convenio”. Y tal y como señaló la Comisión: para luchar contra las migraciones clandestinas es necesario luchar contra todas las migraciones de este tipo y no solo contra las que se realizan en condiciones abusivas.

Sin incluir todas sus formas, en el Informe<sup>122</sup> de la Reunión tripartita de expertos sobre las actividades futuras de la OIT en el campo de las migraciones, se han determinado de forma general que existen condiciones abusivas cuando el migrante y sus familiares no son tratados de conformidad con la legislación nacional, con las normas internacionales ratificadas y cuando esa forma de trato es crónica y deliberada. Para identificar en la práctica a una condición como abusiva se conecta con la explotación, es decir, no toda práctica será abusiva solo será de tal relevancia si podemos conectarla con la explotación. La OIT ha considerado que hay explotación cuando no existe dignidad del trabajo y carencia de un marco de libertad y puede ser debido a que una persona se ve obligada a la realización de un trabajo o porque no hay libertad de elección<sup>123</sup>. En tal sentido, tales prácticas podrían darse cuando, por ejemplo:

---

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>122</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe de la Reunión tripartita de expertos sobre las actividades futuras de la OIT en el campo de las migraciones*. 1997. Anexo III; párrafo 1.2. Citado en *Trabajadores, Informe, op. cit.*, p. 133.

<sup>123</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Educación Obrera para el Trabajo Decente*. Equipo Multidisciplinario de Trabajo Decente. Ginebra, 2014, p. 7.

el trato tiene graves consecuencias pecuniarias, o de otra naturaleza; son sometidos a condiciones de trabajo y de vida muy duras e intolerables o han de enfrentarse a peligros para su seguridad personal y su vida; se les impone la transferencia de sus ingresos sin su consentimiento; son engañados para que acepten un empleo con promesas falsas; sufren un tratamiento indigno o las mujeres sufren abusos o son obligadas a prostituirse; existen intermediarios y les hacen firmar contratos de trabajo a sabiendas que no serán respetados; se apropian de sus pasaportes y otros documentos de identidad; son despedidos o incluidos en una lista negra al afiliarse a un sindicato o a constituirlo; sin su consentimiento, se apropian de parte de su salario que solo recuperarán si regresan a su país de origen; son despedidos con la finalidad de privarles de sus derechos derivados de un empleo, una estancia o una situación anterior. Lo que viene a declarar este Convenio-143 es que estas medidas encaminadas a suprimir este tipo de migraciones irregulares con fines de empleo en condiciones abusivas o el empleo ilegal de inmigrantes deben tener especialmente por objeto que los traficantes de mano de obra puedan ser objeto de una acción en justicia y con independencia del país que se utilice como base de operaciones (art. 5).

Este Convenio-143 incluye en su art. 8 una vía de acceso en su vertiente de permanencia, en este sentido, cuando el trabajador extranjero, con independencia del propósito de su estancia, de la naturaleza o duración de su empleo<sup>124</sup>, ha residido legalmente en el país con fines de empleo, no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo. Se referencia a la pérdida de empleo, lo que no incluye cuando se llega al término de un contrato de duración determinada<sup>125</sup>. Ello no comportará, por sí mismo, la retirada de su autorización de residencia o, llegado al caso, de su autorización de trabajo. En este sentido, deberá beneficiarse de un tratamiento por igual al de los nacionales en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo y de los medios para absorber el desempleo y readaptación (art. 8). Cabe decir que la igualdad de oportunidad y de trato que afectan tanto al trabajador extranjero como a los miembros de su familia que se encuentren legalmente en ese territorio en cuanto al acceso a un trabajo (art. 10) se puede ver condicionada, al poder los Estados establecer restricciones, esto es, podrán subordinar la libre elección de empleo a la condición de que el trabajador migrante haya

---

<sup>124</sup> Trabajadores, Informe, *op. cit.*, p. 241.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 242.

residido de forma legal en el país con fines de empleo durante un periodo determinado, que no deberá superar los dos años o, si la legislación exige un contrato de duración determinada inferior a dos años, que el trabajador haya cumplido su primer contrato de trabajo (art. 14. a).

El Convenio-143 señala una garantía para aquellos extranjeros que hayan ingresado en el territorio de un Estado de forma irregular y/o hayan sido admitidos al empleo de la misma forma cuando no pueda regularizarse su situación, y es que deberán disfrutar tanto él como su familia de la igualdad de trato en lo que respecta a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios (art. 9.1). La finalidad de ello es que el trabajador extranjero por el hecho de haber sido empleado de forma irregular no se le prive de los derechos por el trabajo efectivamente realizado<sup>126</sup>.

No se encuentra en el Convenio-143 una garantía para que en estos supuestos se determine por parte de los Estados del establecimiento de un procedimiento de regularización por el hecho de haber sido sometido a empleo ilegal o por haber sido sometido a tráfico de mano de obra. No obstante, como cláusula de cierre se indica que nada de lo que establezca el Convenio-143 impide a los Estados miembros para la concesión, a las personas que residen o trabajan de forma irregular en el país, para establecer en su legislación del derecho a permanecer en él y ser legalmente empleadas (art. 9.4). Por lo tanto, se deja abierta a la posibilidad de establecer una vía de acceso al país en la vertiente de permanencia.

El art. 13 señala una posibilidad de vía de acceso, pero no indica ninguna obligación al respecto, al reflejar que todo Estado miembro puede adoptar, en virtud de sus competencias legislativas en esta materia, todas las medidas necesarias y de colaboración con otros Estados miembros con el objetivo de facilitar la reunión familiar de todos los trabajadores migrantes que residan de forma legal en su territorio. En relación a estos miembros de su familia se hace una relación de personas que se circunscriben al cónyuge del trabajador migrante y, en la medida en que estén a su cargo, a los hijos, al padre y a la madre del migrante (art. 13).

Otra Recomendación a destacar es la núm. 151, de 1975, que establece unas directrices en materia de igualdad de oportunidades y de trato, política social y empleo y residencia. Es una

---

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 123.

Recomendación que junto al Convenio 143 se hace necesario su seguimiento y ratificación del segundo por el Estado español con el objetivo de evitar situaciones de injusticia y vulneración de derechos sistemática respecto los trabajadores migrantes, como se verá más adelante. Esta Recomendación parte de la igualdad de oportunidades y de trato en relación a los trabajadores nacionales, tanto de los trabajadores migrantes como los miembros de sus familias que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado miembro, en una serie de materias, entre las que se incluye el acceso al empleo de su propia elección, de conformidad con sus aptitudes personales para el empleo, en que se han de tomar en consideración las calificaciones adquiridas en el extranjero y en el país de empleo (párrafo 2. b). Se menciona a los miembros de sus familias al determinar una vía de acceso para estos, ya que los gobiernos de los países de empleo y de origen deberían adoptar todas las medidas posibles para facilitar la reunión de los trabajadores migrantes con sus familias lo más rápidamente posible (párrafo 13.1), de hecho, para facilitar la reunión de familias de esta forma, en la política de construcción de viviendas familiares, de asistencia para obtenerlas y de desarrollo de servicios de acogida apropiados, los Estados miembros deberían tener plenamente en cuenta las necesidades de los trabajadores migrantes y de sus familias (párrafo 16). Volviendo a la igualdad de oportunidades y de trato respecto a los trabajadores nacionales en cuanto al acceso al empleo, se podrá subordinar a que el trabajador migrante haya residido de forma legal en el país con fines de empleo durante un periodo determinado, que no podrá exceder de dos años o, si se exige un contrato de duración determinada inferior a dos años, a que el trabajador haya cumplido su primer contrato de trabajo (párrafo 6. a). Asimismo, la permanencia en ese Estado se debería asegurar cuando se ejerzan los derechos amparados por la Recomendación-151, en el sentido de no denegar a un trabajador extranjero la renovación de su autorización de residencia o se decida expulsarlo o se vea cohibido por la amenaza de una de estas medidas (párrafo 5).

Permanencia en el Estado de empleo que también, de conformidad con la Recomendación-86, párrafo 18, se asegura con la Recomendación-151, al indicar que cuando un trabajador migrante sea admitido de forma regular, el Estado debería abstenerse en todo lo posible de alejarle de su territorio alegando la insuficiencia de recursos o la situación del mercado de empleo, y en que la pérdida del empleo no debería implicar por sí sola la retirada de su autorización de residencia (párrafo 30). En este sentido, cuando este pierda su empleo, se le debería conceder, para encontrar uno nuevo, un plazo suficiente que coincida al menos con el

periodo en que tenga derecho a las prestaciones de desempleo, en cuyo caso su autorización de residencia debería de prorrogarse. La recomendación garantiza que cuando el migrante, en amparo de los procedimientos disponibles, haya entablado un recurso contra la decisión de cese de servicios se le debería conceder un plazo suficiente para obtener un pronunciamiento definitivo. Este recurso puede ser administrativo o judicial atendiendo al párrafo 33. Si existiera un pronunciamiento que declarara la cesación injustificada, que parece que se orienta a una decisión de carácter judicial<sup>127</sup>, el trabajador migrante debería disfrutar de las mismas condiciones que los trabajadores nacionales en materia de reincorporación al empleo, también en la compensación por pérdida de salarios u otros por la declaración de un despido injustificado, o para la obtención de un nuevo empleo con derecho a indemnización. Y si finalmente no fuese reincorporado, se le debería otorgar un plazo suficiente para encontrar otro empleo (párrafo 32. 1 y 2).

### **3. EL ÁMBITO NORMATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA. DESDE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES DENTRO DE LA COMUNIDAD HASTA LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS**

Algunos autores han reseñado que lo que conocemos actualmente como Unión Europea fue constituida sobre la necesidad de la inmigración laboral, elevando a la máxima a la población trabajadora como el migrante por excelencia que se desplaza a la Unión Europea para trabajar<sup>128</sup>. Por lo que se refiere al reconocimiento del derecho a poder desplazarse a un país Europeo distinto al de origen con el objetivo de residir y trabajar en el mismo hay que remontarse al Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (en adelante TCCEE). Dentro del ámbito europeo es aquí donde se encuentra el origen de la libre circulación y el consiguiente reconocimiento de una vía de acceso que en este caso se dirigía y reconocía únicamente a trabajadores. Los principios establecidos en la Primera parte del TCCEE disponían del establecimiento de un mercado común de forma gradual y una progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, con la

---

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>128</sup> GUILD, E.: *Security and migration in the 21 st. Century*. Polity Press, Cambridge, 2009, p. 140. Citado en: SOBOTOVICOVA, S.: “¿Quién es quién en el derecho migratorio europeo?”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5/2019. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 2.

finalidad del desarrollo armonioso de las actividades económicas en toda la comunidad, de una expansión continua y equilibrada, de una estabilidad creciente, de una aceleración del nivel de vida y de unas relaciones más estrechas entre los Estados integrantes (art. 2 TCCEE). Para alcanzar tales fines se debían adoptar una serie de acciones, entre otras, la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales (art. 3. c) TCCEE). Pero como decíamos, esta libertad de circulación se aseguraba únicamente a trabajadores y dentro de la Comunidad. Esto es, se disponía de la libertad de circulación de forma exclusiva a los trabajadores en cuanto ciudadanos de un Estado miembro<sup>129</sup>, ello les comportaba el derecho a responder a ofertas efectivas de trabajo y a la posibilidad de desplazarse libremente con este fin a otro Estado miembro, residir en el mismo para trabajar y permanecer en ese mismo territorio después de haber trabajado en este (art. 48 TCCEE). Era con ello una libertad que se centraba en los operadores económicos a la que podían unirse sus familias con el objetivo de facilitar su movilidad. Pero era una libertad supeditada al Mercado común primando los factores económicos sobre los personales<sup>130</sup>.

Por otro lado, cabe mencionar que el TCCEE también establecía el derecho de establecimiento, que se circunscribía al establecimiento de un marco de libre desarrollo de actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, especialmente, de sociedades, entre los Estados miembros (arts. 52 TCEE), garantizando con ello la movilidad de los profesionales y de las empresas<sup>131</sup>.

En 1986 se firma el Acta Única Europea. Este acuerdo tiene especial relevancia en el proyecto de integración Europeo al constituir la primera modificación importante del Tratado de Roma. Se acuerdan, entre otras cuestiones, otorgar nuevas competencias a la Comunidad Europea y completar un gran mercado interior. En este sentido, el art. 13 concretaba que la Comunidad adoptará las medidas destinadas al establecimiento progresivo de un mercado interior en un periodo de tiempo que finalizará el 31 de diciembre de 1992, y que este mercado interior

---

<sup>129</sup> GOIG MARTÍNEZ, J.M.: “La política común de inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los Tratados de Roma (o la historia de un fracaso)”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, núm. 32, 2017, p. 76.

<sup>130</sup> ELVIRA PERALES, A.: *Libertad de circulación de personas en la Unión Europea*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2017, p. 19 y ss.

<sup>131</sup> PARLAMENTO EUROPEO: *Libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios*. Fichas temáticas sobre la Unión Europea. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/40/la-libertad-de-establecimiento-y-la-libre-prestacion-de-servicios>

implicará un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada<sup>132</sup>. Esto viene a referir al establecimiento de una nueva vía de acceso dentro de los Estados miembros no solo circunscrita ya a los trabajadores<sup>133</sup>.

Posteriormente con el Tratado de Maastricht de 1992 se instaura una Unión Europea, se crea una ciudadanía común a los nacionales de los países miembros y se modifica el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Título I, Disposiciones comunes, Art. A, B, y Título II). Según los objetivos establecidos en el propio Tratado de Maastricht, se trataba de promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente, entre otros, mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, y en el que se pretendía reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de los Estados miembros a través de la creación de una ciudadanía de la Unión (art. B), modificando asimismo el TCCEE, donde se reiteraba el objetivo de facilitar la libre circulación de personas a través de un mercado interior y se establecían medidas relativas a la entrada y circulación de personas en ese espacio.

La apertura de un espacio interior comporta el establecimiento de vías legales ligadas a la ciudadanía Europea, es decir, se acompaña dentro de un espacio interior sin fronteras la libertad de desplazarse, lo que comportaba apoderar a todos los ciudadanos de la UE del derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros<sup>134</sup>. Es por ello que se introducía una nueva parte correspondiente a la “Ciudadanía de la Unión” (art. 8 y art. 8. A) y que por la cual no era ya exclusivamente necesario la realización de una actividad económica para ejercer el derecho a la libre circulación. Asimismo, se constituía una categoría, la de

---

<sup>132</sup> PARLAMENTO EUROPEO: *La evolución histórica de la integración europea. La evolución hacia el Acta Única Europea*. Fichas temáticas sobre la Unión Europea. <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/2/la-evolucion-hacia-el-acta-unica-europea>.

<sup>133</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: “El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 119, 2003, p. 448.

<sup>134</sup> PARLAMENTO EUROPEO: *La libre circulación de personas. Los derechos individuales y colectivos*. Fichas temáticas sobre la Unión Europea. <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>



ciudadanía de la Unión, que supera -en parte y no completa- a una Europa centrada en la economía, añadiendo una dimensión política al proceso de integración europea<sup>135</sup>.

Posteriormente se consolida en el seno de la Unión el derecho a la libertad de circulación de sus ciudadanos a través del Tratado de Lisboa de 2007, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea –este último pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea-. Una segunda cuestión relevante es que además, el Tratado de Lisboa eleva a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al mismo valor jurídico que los Tratados, ya que a través del art. 6 se sustituye al texto precedente por el que “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. No hay que olvidar que la Carta garantiza la libertad de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 45), la garantía del derecho de asilo (art. 18), y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición (art. 19). Y se asegura la libertad de todo ciudadano de la Unión a buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro (art. 15.2). Según las explicaciones sobre la Carta<sup>136</sup>, este apartado incluye tres libertades garantizadas por los artículos 26, 45, 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios (Asunto C-230/18)<sup>137</sup>. Que estas tres libertades estén reconocidas por la CDFUE y que constituyan disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) comporta, de conformidad con el art. 52.2 CDFUE, que se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por estos. Este apartado se refiere a derechos que ya habían sido consagrados en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aclara que estos derechos siguen sometidos a las condiciones y límites aplicables al Derecho de la Unión en el que se basen, tal y como se

---

<sup>135</sup> CHUECA, SANCHO, A.G.: “La libertad de circulación de trabajadores en el EEE”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 35/2014, p. 1.

<sup>136</sup> DOUE: *Explicaciones sobre la Carta de los derechos fundamentales*. 2007/C 303/02, p. 7.

<sup>137</sup> STJUE, de 8 de mayo de 2019, asunto C-230/18, PI y Landespolizeidirektion Tirol.

establecen en los Tratados. Y que la CDFUE no modifica el régimen de los derechos conferidos por el TCCE recogidos en los Tratados<sup>138</sup>.

Este estado de cosas comporta que si una norma de la Unión o nacional es conforme a los derechos garantizados por el TFUE, a su vez también lo es con el artículo 15, apartado 2 de la Carta. A esta conclusión llegó el TJUE en el Asunto C-284/15<sup>139</sup>, mediante una cuestión prejudicial planteada sobre el art. 67, apartado 3, del Reglamento nº1407/71, respecto a si era válido a la luz de los arts. 45 y 48 TFUE y del artículo 15, apartado 2, de la Carta. En sentido contrario, si una normativa nacional es contraria a una de estas libertades reconocidas en el TFUE, es a su vez es contraria a las garantizadas por la CDFUE (Asunto C-390/12)<sup>140</sup>.

Siguiendo con la libertad de circulación reconocida en los Tratados, y por consecuencia del establecimiento de vías de acceso en el seno de la Unión Europea, esta ha venido caracterizada por una evolución<sup>141</sup>, tanto del propio concepto desde de su creación como por su alcance. Así lo reafirmó la propia Comisión Europea al describir que el principio de la libre circulación ha venido evolucionando y se ha ido consolidando con el tiempo, y que si bien, en un primer momento se circunscribía a la población activa, se ha ampliado de forma gradual constituyendo un derecho garantizado a todos los ciudadanos de la Unión Europea<sup>142</sup>.

Actualmente se sigue caracterizando a dos derechos -y vías de acceso- con fundamentos jurídicos diferenciados que se dirigen, por un lado, a los trabajadores europeos (art. 45 TFUE) y, por otro, a cualquier ciudadano de la Unión (art. 21 TFUE). Porque lo que subyace a la diferencia de tratamiento entre uno u otro es el factor trabajo; propósito de desplazarse y residir en otro Estado miembro con la finalidad de trabajar, y además, la libertad de circulación de trabajadores otorga una protección respecto a la igualdad de trato en relación a

---

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>139</sup> STJUE, de 7 de abril de 2016, asunto C-284/15, Office national de l'emploi (ONEm) y M. También en STJUE, de 4 de julio de 2013, asunto C-233/12, Simone Gardella e Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS).

<sup>140</sup> STJUE, de 30 de abril de 2014, asunto C-390/12, Robert Plefer, Autoart a.s., Mladen Vucicevic, Maroxx Software GmbH, Hans-Jörg Zehetner.

<sup>141</sup> OROZCO HERMOSO, M.: *Derecho de extranjería (I): Fuentes y regímenes*. Ed. UOC, 2018, p. 16.

<sup>142</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes*. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM/2010/373 final, p. 2.

los nacionales del país de acogida una vez instalados en este frente a posibles discriminaciones que afectan al empleo, la remuneración y otras condiciones laborales. Con esto no solo se contribuye a lograr el deseado mercado único, sino que la institución de la libre circulación de trabajadores se proyecta también desde una dimensión social<sup>143</sup>.

Por lo que hace a la libre circulación de trabajadores. Encontramos sus fundamentos jurídicos en los arts. 45 a 48 TFUE, que aseguran la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, y ello además implica que por razón de la nacionalidad no pueda haber discriminación entre los trabajadores de los Estados miembros, respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Sin perjuicio de que pueda haber limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud públicas. La libertad de circulación en este caso tiene un alcance más amplio que el simple desplazamiento ya que tal y como describe el propio art. 45.3 TFUE implica el derecho a responder a ofertas efectivas de trabajo, al desplazamiento libre por el territorio de los Estados miembros para tal fin, y el de residencia en uno de los Estados miembros con la finalidad de trabajar en el mismo, así como el derecho a permanecer en un Estado miembro después de haber trabajado en este.

El TJUE ha determinado que el art. 45 TFUE asegura la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. Esto es, facilita a los nacionales de los Estados miembros al ejercicio de cualquier actividad profesional en el territorio de la Unión. A su vez, también implica limitaciones que van dirigidas a los Estados miembros y en correspondencia con la esencia de dicho precepto comporta que se oponga a cualquier medida nacional que pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad fundamental de circulación de los trabajadores que se garantiza en el Tratado (Asunto C-95/18)<sup>144</sup>. Así, toda norma que impida o disuada a un trabajador de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho comporta una restricción de su libertad de circulación (Asunto C-134/18)<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>144</sup> STJUE, de 19 de septiembre de 2019, asunto C-95/18 y C-96/18, Sociale Verzekeringsbank y F. van den Berg (C-95/18), H. D. Giesen (C-95/18), C. E. Franzen (C-96/18). También en STJUE, de 10 de octubre de 2019, asunto C-703/17, Adelheid Krahn.

<sup>145</sup> STJUE, de 14 de marzo de 2019, asunto C-134/18, Maria Vester y Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering. También en STJUE, de 1 de octubre de 2009, asunto C-3/08, Ketty Leyman e Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI). STJUE, de 8 de noviembre de 2012, asunto C-461/11, Ulf

Comporta, a su vez, que una norma nacional no pueda colocar a estos trabajadores en una situación desfavorable cuando desean ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen (Asunto C-95/18)<sup>146</sup>. Asimismo, con el objetivo de no crear desigualdades en su aplicación, ampara frente a las actuaciones contrarias provenientes de la autoridades públicas y también se extiende a normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad la regulación del trabajo por cuenta ajena de forma colectiva, esto es, disposiciones legislativas, reglamentarias, convenios y acuerdos colectivos u otros actos celebrados por personas privadas como pudiera ser un contrato de trabajo. Las limitaciones solo son justificables si persiguen un objetivo legítimo que sea compatible con el Tratado y que se justifique por razones imperiosas de interés general, pero la aplicación de esta medida ha de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzar este (Asunto C-325/08)<sup>147</sup>.

El concepto de trabajador que se utiliza en esta disposición no debe interpretarse de forma restrictiva y tiene un alcance propio del Derecho de la Unión, que se refiere a cualquier persona que ejerza unas actividades reales y efectivas, con exclusión de pequeñas actividades realizadas que puedan ser consideradas como marginales y accesorias (Asunto C-413/01)<sup>148</sup>. La jurisprudencia ha considerado, como característica de la relación laboral, que la persona realice, durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo su dirección, determinadas prestaciones a cambio de las cuales recibe una remuneración (Asunto C- 345/09)<sup>149</sup>. El

---

kazimierz Radziejewski y Kronofogdemyndigheten i Stockholm. STJUE, de 11 de julio de 2019, asunto C-716/17, A.,

<sup>146</sup> También en STJUE, de 13 de noviembre de 2003, asunto C-209/01, Theodor Schilling, Angelika Fleck-Schilling y Finanzamt Nürnberg-Süd. STJUE, de 21 de febrero de 2006, asunto C-152/03, Hans-Jürgen Ritter-Coulais, Monique Ritter-Coulais, contra Finanzamt Gernersheim. STJUE, de 18 de julio de 2007, asunto C-182/06, État du Grand-Duché de Luxemburg y Hans Ulrich Lakebrink, Katrin Peters-Lakebrink. STJUE, de 22 de junio de 2017, asunto C-20/16, Wolfram Bechtel, Marie-Laure Bechtel y Finanzamt Offenburg. STJUE, de 11 de julio de 2019, asunto C-716/17, A.,

<sup>147</sup> STJUE, de 16 de marzo de 2010, asunto C-325/18, Olympique Lyonnais SASP y Olivier Bernard, Newcastle UFC.

<sup>148</sup> STJUE, de 6 de noviembre de 2003, asunto C. 413/01, Franca Ninni-Orasche y Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst. También en STJUE, de 23 de marzo de 1982, asunto C-53/81, D.M. Levin y Staatssecretaris van Justitie. STJUE, de 3 de julio de 1986, asunto C-66/85, Deborah Lawrie-Blum y Land Baden-Württemberg. STJUE, de 21 de junio de 1988, asunto C-197/86, Steven Malcolm Brown y Secretary of State for Scotland. STJUE, de 26 de febrero de 1992, asunto C-3/90, M.J.E. Bernini y Minister van Onderwijs en Wetenschappen.

<sup>149</sup> STJUE, de 14 de octubre de 2010, asunto 345/09, J. A. van Delft y otros, y College voor zorgverzekeringen. También en STJUE, de 3 de julio de 1986, asunto C-66/85, Deborah Lawrie-Blum y Land Baden-Württemberg. STJUE, de 23 de marzo de 2004, asunto C-138/02, Brian Francis Collins y Secretary of State for Work and

concepto de trabajador, en el sentido del art. 45 TFUE, también define una exigencia inherente al principio mismo de la libre circulación de trabajadores y es que las ventajas que se ofrecen solo pueden ser invocadas por personas que desarrollan verdaderamente una actividad por cuenta ajena o que deseen seriamente desarrollarla y sin que pueda supeditarse el goce de dicha libertad a los objetivos que pretenda alcanzar el trabajador al solicitar la entrada y el permiso de residencia en el territorio de un Estado miembro de acogida, siempre que desarrolle en el mismo una actividad real y efectiva o que desee desarrollarla, que es lo verdaderamente importante, y que una vez cumplido este requisito los motivos que haya tenido el trabajador para buscar trabajo en un Estado miembro son indiferentes y no han de ser tomados en cuenta (Asunto C-46/12)<sup>150</sup>. Cuestión destacada es qué sucede cuando afecta a un empleado público y si este se puede considerar trabajador en el sentido del art. 45 TFUE para quedar amparado por el mismo. Se ha concluido que la naturaleza jurídica de la relación no es determinante (Asunto C-392/05)<sup>151</sup> para la aplicación del art. 45 TFUE y que el trabajador tenga la condición de funcionario o, incluso, de que su relación de servicio esté regulada por el Derecho público y no por el Derecho privado carece de interés. Aún excepcionando el Tratado de las disposiciones del art. 45 TFUE a los empleos en la Administración pública (apartado 4), la consideración que se hace a la libre circulación de trabajadores tiene un carácter fundamental en el sistema del Tratado. Por ello, las excepciones admitidas por el precepto no pueden tener un alcance que sobrepase la finalidad que haya justificado la introducción de la norma de excepción. Atendiendo a esta finalidad, los Estados miembros pueden tener la posibilidad de limitar la admisión, el acceso, a determinados puestos de la Administración Pública, en que se presupone, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado y la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de la nacionalidad. Pero una vez admitido al servicio de la Administración pública de un Estado miembro no puede privarse a un trabajador de los derechos reconocidos en el art. 45, y en estos casos es cuando se puede

---

Pensions. STJUE, de 7 de septiembre de 2004, asunto C-456/02, Michel Trojani y Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS).

<sup>150</sup> STJUE, de 21 de febrero de 2013, asunto C-46/12, L.N. y Styrelsen for Videregaende Uddannelser og Uddannelsesstotte.

<sup>151</sup> STJUE, de 26 de abril de 2007, asunto C-392/05, Georgios Alevizos e Ypourgos Oikonoikon.

considerar, con independencia de estar empleado en la Administración pública de un Estado miembro, el alcance de la función protectora que ofrece el art. 45 TFUE (Asunto C-20/16)<sup>152</sup>.

Asimismo, todo nacional de un Estado miembro que haya hecho uso de la libertad de circulación de trabajadores y que haya realizado una actividad profesional en un Estado miembro distinto al de su residencia, queda comprendido, con independencia de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación del art. 45 TFUE (Asunto C-830/18)<sup>153</sup>.

En relación al principio de igualdad consagrado en el art. 45 TFUE, apartado 2, comporta la prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros en relación al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Con ello se garantiza que los trabajadores que ejerzan una actividad en el territorio de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen estén sujetos a las mismas condiciones que los trabajadores del Estado miembro de acogida (Asunto C-703/17)<sup>154</sup>. Esta prohibición de discriminación no solo recoge la discriminación directa, fundada en la nacionalidad, sino también la discriminación indirecta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan al mismo resultado (Asunto C-410/18)<sup>155</sup>. Pero además implica que no se traten de forma diferenciada situaciones comparables, y a su vez que las situaciones diferentes no sean tratadas de forma idéntica (Asunto C-172/11)<sup>156</sup>, lo que exige un tratamiento singular a cada situación para asegurar un tratamiento sin discriminación. Se prohíben las discriminaciones basadas en la nacionalidad, también cualquier forma de

---

<sup>152</sup> STJUE, de 22 de junio de 2017, asunto C-20/16, Wolfram Bechtel, Marie-Laure Bechtel y Finanzamt Offenburg.

<sup>153</sup> STJUE, de 2 de abril de 2020, asunto C-830/18, Landkreis Südliche WeistraBe y PF y otros. También en STJUE, de 12 de diciembre de 2002, asunto C-385/00, F.W.L. de Groot y Staatssecretaris van Financiën. STJUE, de 13 de diciembre de 2012, asunto C-379/11, Caves Krier Frères Sàrl y Directeur de l'Administration de l'emploi. STJUE, de 28 de febrero de 2013, asunto C- 544/11, Helga Petersen, Peter Petersen y Finanzamt Ludwigshafen. STJUE, de 7 de marzo de 2018, asunto C-651/16, DW y Valsts sociālās apdrošināšanas agentūra. STJUE, de 23 de enero de 2019, asunto C-272/17, K.M. Zyla y Staatssecretaris van Financiën.

<sup>154</sup> STJUE, de 10 de octubre de 2019, asunto C-703/17, Adelheid Krahl y Universität Wien.

<sup>155</sup> STJUE, de 10 de julio de 2019, asunto 410/18, Nicolas Aubriet y Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche. También en STJUE, de 13 abril de 2010, asunto C-73/08, Nicolas Bressol y otros, Céline Chaverot y otros y Gouvernement de la Communauté française. STJUE, de 14 de junio de 2012, asunto, C-542/09, Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos. STJUE, de 14 de diciembre de 2016, asunto C-238/15, Maria do Céu Bragança Linares Verruga y otros, y Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche.

<sup>156</sup> STJUE, de 28 de junio de 2012, asunto C-172/11, Georges Erny y Daimler AG-Werk Wörth.

discriminación encubierta que aplicando otros criterios de diferenciación conduzca al mismo resultado y esto podría darse cuando, sin existir una causa justificada de forma objetiva y sea proporcionada al objetivo perseguido (Asunto C-174/18)<sup>157</sup>, una norma nacional aplicándose con independencia de la nacionalidad de los sujetos, es indirectamente discriminatoria cuando, por su naturaleza, tiene más afectación sobre los trabajadores migrantes que sobre los trabajadores nacionales e implique el riesgo de perjudicar, de forma particular, a los primeros (Asunto C-24/17)<sup>158</sup>.

Por otro lado, la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión lo que hace es otorgar un derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros a todos los ciudadanos de la Unión Europea y que se configura como un derecho primario e individual, como una de las cuatro libertades fundamentales y de la integración de la UE, ampliable a los miembros de su familia, que tiene como finalidad otorgar un espacio de libertad de movimiento y del derecho a circular y a establecerse en el territorio de un Estado miembro con independencia de un vínculo necesario con el trabajo<sup>159</sup>.

Los fundamentos jurídicos de la libertad de circulación de ciudadanos de la Unión los encontramos básicamente en el 21 TFUE. Ser ciudadano de la Unión comporta ser titular de derechos y estar sujetos a deberes establecidos en los Tratados, pero entre otros derechos, los ciudadanos de la Unión tienen el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Esto además viene reforzado por el art. 45.1 CDFUE que eleva la posesión de la ciudadanía europea al derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, lo que supone que se está reconociendo un derecho a inmigrar, dentro de ese territorio, pero un reconocimiento de un “ius migrandi regionalizado”<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> STJUE, de 14 de marzo de 2019, asunto C-174/18, Jean Jacob, Dominique Lennerts y État belge.

<sup>158</sup> STJUE, de 8 de mayo de 2019, asunto c-24/17, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft Öffentlicher Dienst y Republik Österreich. También en STJUE de, 5 de diciembre de 2013, asunto C-514/12, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Landeskliniken Betriebs GmbH y Land Salzburg. STJUE, de 2 de marzo de 2015, asunto C-496/15, Alphose Eschenbrenner y Bundesagentur für Arbeit. STJUE, de 22 de junio de 2017, asunto C: 20/16, Wolfram Bechtel, Marie-Laure Bechtel y Finanzamt Offenburg. STJUE, de 23 de enero de 2019, asunto C-272/17, K.M. Zyla y Staatssecretaris van Financiën.

<sup>159</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. /COM/2013/0837 final, p. 1.

<sup>160</sup> CHUECA, “La libertad”, *op. cit.*, p. 2.

El TJUE ha determinado que el derecho reconocido en el art. 21 TFUE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros es un derecho, y de conformidad con el art. 20 TFUE, se aplica a cualquier persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, por lo que no se aplica a los nacionales de terceros Estados (Asunto C-897/19)<sup>161</sup>. Por otro lado, este derecho esta sujeto a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. Es decir, el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión no es incondicional (Asunto C-430/10)<sup>162</sup>. No obstante, se ha determinado contrario a la libertad de circulación y residencia en otro Estado miembro, que una norma nacional sea desfavorable para determinados nacionales únicamente por el hecho de haber ejercitado esta libertad, es decir, normas que disuaden o que presentan obstáculos derivados de una normativa que penaliza por el mero hecho de haber ejercido esa libertad protegida, impidiendo con ello sus plenos efectos (Asunto C-359/13)<sup>163</sup>. El hecho de esta consecuencia es que cualquier Estado miembro, que en virtud de las competencias que tenga atribuidas para legislar sobre una determinada materia, ha de respetar el Derecho de la Unión y, en particular, las relativas a la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros. El derecho a la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión comprende tanto el derecho de entrada a un Estado miembro distinto del que sean originarios, como el derecho a salir de este último y, por ello, el Estado miembro de origen no puede prohibir a sus propios nacionales, sin una justificación válida, salir de su territorio para entrar en el territorio de otro Estado miembro (Asunto C-430/10)<sup>164</sup>. A estos efectos, una normativa habilitada para restringir una libertad fundamental garantizada por el Tratado solo puede justificarse de conformidad con el Derecho de la Unión si se fundamenta en consideraciones objetivas de interés general, independientemente de la nacionalidad de las personas afectadas

---

<sup>161</sup> STJUE, de 2 de abril de 2020, asunto C-897/19 PPU, I. N., interv. Ruska Federacija.

<sup>162</sup> STJUE, de 17 de noviembre de 2011, asunto C-430/10, Hristo Gaydarov y Direktor na Glavna direktsia "Ohranitelna politsia" pri Ministerstvo na vatreshnite raboti.

<sup>163</sup> STJUE, de 26 de febrero de 2015, asunto 359/13, B. Martens y Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. También en STJUE, de 18 de julio de 2006, asunto C-406/04, Gérald De Cuyper y Office national de l'emploi. STJUE, de 11 de septiembre de 2007, asunto C-318/05, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania. STJUE, de 24 de octubre de 2013, asunto C-275/12, Samantha Elrick y Bezirksregierung Köln. STJUE, de 23 de octubre de 2007, asuntos acumulados, Rhiannon Morgan (C-11/06) y Bezirksregierung Köln e Iris Bucher (asunto C-12/06) y Landrat des Kreises Düren. STJUE, de 18 de julio de 2013, asuntos acumulados, Laurance Prinz y Region Hannover (C- 523/11) y Philipp Seeberger y Studentenwerk Heidelberg (C-585/11).

<sup>164</sup> STJUE, de 17 de noviembre de 2011, asunto C-430/10, Hristo Gaydarov y Direktor na Glavna direktsia "Ohranitelna politsia" pri Ministersvo na vatreshnite raboti. También STJUE, de 10 de julio de 2008, asunto C-33/07, Ministerul Administratiei si Internelor- Directia Generală Pasapoarte Bucuresti y Gheorghe Jipa.



y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. Una medida será proporcional cuando, siendo idónea para la consecución del objetivo que se persigue, no va más allá de lo que resulta necesario para alcanzarlo (Asunto C-275/12)<sup>165</sup>.

### **3.1. El Acuerdo Schengen: delimitación de un espacio para desplazarse libremente definido con fronteras exteriores**

Si bien comentábamos anteriormente que el Acta Única Europea tenía como objetivo la instauración progresiva de un mercado interior donde se estableciera un espacio sin fronteras interiores que garantizara la libertad de circulación de personas, algunos Estados miembros ya se mostraban reticentes a la supresión de los controles fronterizos<sup>166</sup>. Por ello, el 14 de junio de 1985, Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo y los Países Bajos, firman un acuerdo en la localidad de Schengen para la supresión gradual de los controles entre las fronteras comunes y con ello garantizar la libre circulación de personas. Posteriormente se aprueba el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990, que establece las condiciones y garantías de un espacio sin controles en las fronteras interiores y que comporta, además, una unificación de los controles en las fronteras exteriores. Con este Acuerdo, a su vez, se da un primer paso en alumbrar lo que sería la posterior política migratoria europea donde se puso de manifiesto la necesidad de la adopción de una política común en esta materia<sup>167</sup>. La creación de ese espacio interior llamado Schengen<sup>168</sup>, correlativo a un fracaso por parte de todos los Estados miembros por compartir un espacio conjunto en relación a las fronteras y controles sobre las personas<sup>169</sup>, traslada las fronteras hacia el exterior, creando a la vez de un espacio

---

<sup>165</sup> STJUE, de 24 de octubre de 2013, asunto 275/12, Samantha Elrick y Bezirksregierung Köln. También en STJUE, de asunto C-11/06: 12/06. STJUE, de 22 de mayo de 2008, asunto C-499/06, Halina Nerkowska y Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie.

<sup>166</sup> GUTIÉRREZ CASTILLO, VL.: *Espacio de libertad, seguridad y justicia*. Introducción al derecho de la Unión Europea. Ed. UOC, Barcelona, 2015, p. 7.

<sup>167</sup> GOIG, “La política”, *op. cit.*, p. 77.

<sup>168</sup> Espacio Schengen que tiene su semilla en el Acuerdo de Schengen del 14 de junio de 1985, por el que 5 de los 10 Estados miembros de la Comunidad Económica Europea firman un Tratado internacional en la localidad de Schengen, por el que se acuerda la eliminación progresiva de los controles en sus fronteras comunes. Complementado por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990, que amplía y desarrolla el contenido del Acuerdo para establecer un espacio sin controles en las fronteras interiores.

<sup>169</sup> BORRAJO INIESTA, I.: “*El espacio de libertad, seguridad y justicia: origen, evolución y configuración actual*”, en la obra colectiva: *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo VIII. Director: Jose María Beneyto Pérez. Ed. Aranzadi, Madrid, 2016, p. 10.

común interior sin fronteras un espacio común exterior con fronteras<sup>170</sup>, y donde se produce un desplazamiento del control interior de las fronteras hacia las fronteras exteriores<sup>171</sup>. Lo relevante de ello es que de un inicial acuerdo entre cinco países, al que con el tiempo se van adhiriendo otros Estados miembros y terceros países, finalmente culmina integrándose en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Con el Tratado de Ámsterdam, el Acervo Schengen, que lo conforman el Acuerdo, el Convenio y los acuerdos y normas relacionadas, pasa a formar parte del ordenamiento jurídico de la Unión, lo que comporta a su vez que los Estados candidatos a formar parte de la Unión han de aceptar de forma íntegra el acervo Schengen<sup>172</sup>. En su momento también se consideró que se instauró “una Europa a la carta”<sup>173</sup> ya que determinados países finalmente no formarían parte en este acuerdo: Reino Unido, Irlanda y la posición especial de Dinamarca.

Atravesar esa frontera, y por lo tanto del espacio donde se proyectan los canales, las vías de acceso, los caminos, los pasos, que se encuentra en un territorio que lo conforman veintidós de los veintiocho países de la UE; Irlanda y Reino Unido negociaron una cláusula de exclusión voluntaria del espacio, Croacia todavía no forma parte pero ha solicitado su adhesión, Bulgaria, Rumania y Chipre se encuentran en proceso de adhesión, y en el que se integran Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza<sup>174</sup>, comporta entrar en un espacio sin fronteras interiores, donde se garantiza la libre circulación de personas y cuyo espacio también pueden disfrutar los nacionales de terceros países una vez están en su interior, sin ser las destinatarias de la creación de ese espacio y sin ostentar ese derecho europeo de libre circulación<sup>175</sup>. La creación de este espacio sin fronteras interiores también comporta el establecimiento de medidas y normas comunes en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia<sup>176</sup>. El control de

---

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>171</sup> MARTÍN PUEBLA, E.: *Hacia una política común de inmigración laboral en la Unión Europea*. Ed. Comares, Granada, 2015, p. 6.

<sup>172</sup> CORDERO ZÁRRAGO, E.: “30 años del acuerdo de Schengen”. *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 7/2015. Ed. Aranzadi, p. 1.

<sup>173</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *La inmigración y el asilo en Europa. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*. ED. Colex, Madrid, 2002, p. 108.

<sup>174</sup> Información extraída de la web oficial de la Unión Europea. [https://europa.eu/european-union/index\\_es](https://europa.eu/european-union/index_es)

<sup>175</sup> BORRAJO, “El espacio”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>176</sup> PARLAMENTO EUROPEO: *La gestión de las fronteras exteriores*. Fichas temáticas sobre la Unión Europea. <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/153/la-gestion-de-las-fronteras-exteriores>

las fronteras exteriores pasa a formar parte de las competencias de la Unión y se establecen una serie de medidas para la entrada en ese espacio, básicamente de control en las fronteras exteriores y de los requisitos de entrada en el territorio que conforma ese espacio, que afecta concretamente; a una política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración; controles a los que se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores; las condiciones por las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período de tiempo; al establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores; y de la ausencia de controles de las personas, con independencia de su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores (art. 77.2 TFUE).

### **3.2. La política común de inmigración en la Unión Europea: evolución y actualidad**

El Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea lo enmarca el espacio de libertad, seguridad y justicia, y en su interior se encuentra la base jurídica de la política de inmigración de la UE. No es esta una cuestión baladí, la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia, y desde esta se desarrolla una política común de inmigración dentro del marco de ese espacio<sup>177</sup> (art. 67.1,2 TFUE), lo que comporta que el tratamiento de la inmigración esté estrechamente relacionado con los asuntos de justicia e interior<sup>178</sup> y que sea una política que con el tiempo se haya ido “comunitarizando” o “constitucionalizando”<sup>179</sup>.

Señala el art. 79.1 TFUE que en materia de inmigración la Unión Europea desarrollará una política común con “unos objetivos claros y precisos”<sup>180</sup>, una política destinada a garantizar, en todo momento: una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan de forma legal en los Estados miembros, así como la prevención de la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, así como una lucha reforzada contra ambas. Aunque ya se puede advertir que esta política común de inmigración es

---

<sup>177</sup> VELASCO RETAMOS, J.M. “Inmigración irregular en la Unión Europea: La protección de derechos”, en la obra colectiva: *Inmigración: retos para el derecho en el siglo XXI*. Directora: María Victoria Cuartero. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 108 y ss. También en MARTÍN PUEBLA, *Hacia una política*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>178</sup> MARTÍN PUEBLA, *Hacia una política*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>179</sup> VELASCO RETAMOS, “Inmigración”, *op. cit.*, p. 30.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 10.

“asimétrica”, en tanto no todos los Estados miembros participan en condiciones de igualdad<sup>181</sup>, como podemos ver en los diferentes Protocolos anejos al TFUE que regulan diversas particularidades al respecto: el Protocolo núm. 19, sobre el acervo Schengen integrado en el marco de la Unión Europea, el Protocolo núm. 20, sobre la aplicación de determinados aspectos del art. 26 TFUE al Reino Unido y a Irlanda, el Protocolo núm. 21, sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, y el Protocolo núm. 22, sobre la posición de Dinamarca.

Esta política común de inmigración, que persigue los objetivos marcados en el apartado primero del art. 79 TFUE, prevé el desarrollo de diversas medidas para alcanzarlos, en concreto: sobre las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluida la reagrupación familiar. Por otro lado, a la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan de forma legal en un Estado miembro. Al establecimiento de medidas sobre la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal. Y por último, la lucha contra la trata de seres humanos, de forma particular la que afecta a mujeres y niños (art. 79.2 TFUE). Asimismo, con el objetivo de reforzar la lucha contra la inmigración ilegal<sup>182</sup>, la UE puede celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, tanto en sus países de origen o de procedencia, de extranjeros que no cumplan o dejen de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros (art. 79.3 TFUE). Estas medidas, que afectan a las materias antes descritas, se adoptan mediante el procedimiento legislativo ordinario, que consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión (art. 289.1 TFUE), y en la que en los últimos años, frente a las dificultades en adoptar en un mismo acto cuestiones que cubran a toda la inmigración económica o laboral, se ha encaminado a una legislación sectorial por categorías de inmigrantes<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, “La gestión”, op. cit., p. 65 y ss.

<sup>182</sup> MARTÍN PUEBLA, *Hacia una política*, op. cit., p. 10.

<sup>183</sup> MORA CABELLO DE ALBA, L.: “El estatuto jurídico multinivel del trabajador migrante”, en la obra colectiva: *Inmigración: retos para el derecho en el siglo XXI*. Directora: María Victoria Cuartero. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 146 y ss.

Por otro lado, el TFUE también otorga competencias al Parlamento y al Consejo en el campo de la integración, pero son medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros donde se relega a que de su política de integración se puedan derivar legislaciones armonizadoras<sup>184</sup> (art. 79.4 TFUE). Se autoexcluye<sup>185</sup> del derecho por parte de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de extranjeros con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia (art. 79.5 TFUE), cuestión que de su literal parecería controvertida, como comentaremos a continuación, ya que se refiere a aquellos extranjeros que tienen como finalidad buscar trabajo, no los que ya lo poseen y van a acceder a su territorio. Pero de lo que sí cabe interpretar de este precepto es que solo se refiere al volumen y no a las condiciones de acceso para el empleo<sup>186</sup>, que es lo que permitiría a la UE establecer las condiciones de entrada y residencia de extranjeros a partir de la potestad que le otorga el art. 79.2.a) y a la definición de sus derechos (art. 79.2.b) con el objetivo de garantizar una gestión eficaz de los flujos migratorios y un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros.

Sobre esta última cuestión se ha pronunciado recientemente el TJUE (Asunto C-71/20, de 8 de julio de 2021)<sup>187</sup> poniendo en consonancia la interpretación que cabe realizar del art. 49 TFUE, de la libertad de establecimiento, con el art. 79.5 TFUE, del derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países con la finalidad de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. El caso trata sobre cuatro sociedades navieras establecidas en Suecia que habían matriculado cuatro buques en el Registro Internacional Danés de Buques para el ejercicio de su actividad de transporte marítimo en Dinamarca y que designaron a una sociedad de responsabilidad limitada danesa, VAS Shipping, como armador gestor competente para llevar a cabo todos los actos jurídicos que la naviera desarrollaría de forma habitual en el ejercicio de su actividad. Esta sociedad estaba inculpada frente a los órganos jurisdiccionales daneses por haber infringido la normativa de extranjería danesa, al permitir que los cuatro buques hicieran escala en puertos daneses en más de 25 ocasiones y contar a bordo con trabajadores nacionales de terceros países que no disponían de un permiso de trabajo en Dinamarca. La empresa fue condenada

---

<sup>184</sup> CAMAS RODA, *Trabajo decente*, op. cit., p. 74.

<sup>185</sup> *Ibid*, p. 74.

<sup>186</sup> MARTÍN PUEBLA, *Hacia una política*, op. cit., p. 11.

<sup>187</sup> STJUE, de 8 de julio de 2021, asunto C-71/20, VAS Shipping, ApS.

por parte de un Tribunal Municipal danés al pago de una multa por la infracción cometida, a lo que se interpuso recurso de apelación considerando que la exigencia del permiso de trabajo constituye una restricción al derecho de establecimiento del art. 49 TFUE. El Tribunal de apelación decide plantear una cuestión prejudicial frente al TJUE exponiendo si el art. 49 TFUE se opone a una normativa de un Estado miembro que exige a los tripulantes de terceros países de la dotación de un buque con pabellón de un Estado miembro, propiedad de un armador que es nacional de otro Estado miembro, disponer de permiso de trabajo, a menos que el buque no haga escala en puertos del primer Estado miembro en más de 25 ocasiones computadas de forma interrumpida a la largo del año anterior. La sentencia señala que el ejercicio de la libertad de establecimiento comporta, en particular, que la filial, agencia o sucursal creada por una persona jurídica establecida en otro Estado miembro pueda, en su caso y si la actividad que pretende realizar en el Estado miembro de acogida lo exige, contratar trabajadores en ese Estado miembro. Teniendo en consideración la cuestión planteada que hace relación a una normativa de un Estado miembro que versa sobre las condiciones de empleo de nacionales de terceros países, concretamente, sobre la obligación de disponer de un permiso de trabajo, indica que de la interpretación del art. 79.5 TFUE se desprende que los Estados miembros conservan el derecho a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. Así, la obligación impuesta a los nacionales de terceros países de disponer de un permiso de trabajo para ejercer un empleo en un Estado miembro sería una medida destinada a regular las condiciones de acceso al trabajo y a la residencia de los nacionales de terceros países en el territorio nacional y ello permite que los Estados miembros puedan controlar los volúmenes de admisión de extranjeros en su territorio. En definitiva, la medida prevista en la normativa de extranjería danesa no puede calificarse de restricción a la libertad de establecimiento del art. 49 TFUE, ni de ser incompatible. Si bien se reconoce que tal medida puede colocar a una sociedad establecida en un primer Estado miembro que se instala en un segundo Estado miembro en una situación menos favorable que la de las sociedades que explotan, en el segundo Estado miembro, buques que enarbolan pabellón de un Estado miembro distinto de este y cuya normativa no prevé una obligación análoga. Declarando que estas consecuencias desfavorables se derivan de las eventuales diferencias en la aplicación, por cada Estado miembro, del derecho que tienen reservado en virtud del art. 79.5 TFUE.

En esta política común de inmigración y en su ejecución se integran dos principios vinculantes<sup>188</sup>, el de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, incluido el aspecto financiero (art. 80 TFUE). Principios que operan en los ámbitos del control de fronteras, el asilo y la inmigración, y en que cada vez que sea necesario, refiriéndose a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, los actos de la Unión en este campo contendrán medidas adecuadas para su aplicación.

La solidaridad es un concepto general que en este caso se centra a un papel institucional<sup>189</sup>, esta juega un papel determinante entre la UE y los Estados miembros con el objetivo de permitir que todos alcancen los objetivos del TFUE. La solidaridad es un principio general que se deriva de la naturaleza de las Comunidades y del principio de cooperación leal entre las instituciones de la UE y los Estados miembros (art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea, en adelante TUE), en el sentido de que se incluye, como mínimo, una obligación de cooperación<sup>190</sup>.

El reparto de responsabilidad es una expresión de esta solidaridad, una consecuencia del respeto a la misma que también deriva en asumir obligaciones. En el campo de la inmigración la solidaridad implicaría una obligación de cooperación para lograr un objetivo común, objetivo que se dirige a una política común de inmigración destinada a garantizar una gestión eficaz de los flujos migratorios y un trato equitativo de los nacionales de terceros países<sup>191</sup>. En este ámbito en el cual nos centramos no existe solidaridad sin reparto de responsabilidades, y se centra en la asunción de obligaciones a través de una distribución equitativa de responsabilidades en el ámbito del control de fronteras, el asilo y la inmigración. En el caso de la migración laboral y en el reparto de responsabilidades se ha considerado que se puede centrar en obligaciones positivas y negativas. Como obligaciones positivas podrían establecerse campañas conjuntas de contratación entre los Estados miembros, teniendo en consideración los mercados laborales nacionales, el principio de preferencia europea y las

---

<sup>188</sup> CAMAS RODA, *Trabajo decente, op. cit.*, p. 74.

<sup>189</sup> VANHEULE, D.; VAN SELM, J.; BOSWELL, C.: *Aplicación del artículo 80 del TFUE relativo al principio de solidaridad y de Reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto Financiero, en el ámbito de los controles en las fronteras, el asilo y la inmigración*. Ed. Departamento temático: derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. Bruselas, 2011, pp. 34 y ss.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 51.

repercusiones en los países de origen, por lo tanto, al establecimiento de vías legales de acceso a la UE con el objetivo de trabajar. Y como obligaciones negativas se podrían centrar en la exigencia a los Estados miembros para que se abstengan de adoptar medidas que distorsionen los flujos migratorios laborales hacia la Unión Europea y dentro de esta, como podrían ser medidas nacionales que hagan que la inmigración hacia un Estado miembro sea más atractiva y ello tenga efectos negativos en los demás Estados miembros<sup>192</sup>.

El principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros está teniendo hoy en día una notable incidencia a raíz de la llegada repentina de nacionales de terceros países, especialmente en los países del sur de Europa que debido a su situación geográfica son países de llegada de miles de migrantes que huyen, entre otras causas, de la guerra, de la miseria y de la pobreza. La situación de crisis en el mediterráneo lleva a las instituciones de la UE a reconocer los flujos migratorios excepcionales en esta región y exige medidas concretas de solidaridad para con los Estados miembros de primera línea. En este contexto se anuncia la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia, Grecia y Hungría (COM (2015) 451). También la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un mecanismo de reubicación de crisis y se modifica el Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable el examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (COM (2015) 450). El 13 de septiembre de 2015, la Comisión transmite dicha propuesta a los parlamentos nacionales, y el 14 de septiembre de 2015 el Consejo transmite esa misma propuesta al Parlamento para consulta. El 17 de septiembre de 2015 el Parlamento aprueba una resolución legislativa en la que daba su visto bueno a dicha Propuesta. El 17 y 22 de septiembre de 2015 el Consejo modifica determinados aspectos de la propuesta inicial de la Comisión. En concreto, el texto final de la propuesta, incluido el título, suprime toda mención a Hungría como Estado miembro beneficiario, petición que este Estado había comunicado y que se traslada al texto final. Asimismo, se le suprime del reparto de solicitantes de protección internacional que le correspondía, y que inicialmente se preveía reubicar desde Hungría, pero

---

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 51.



sí que se le incluye como Estado miembro de reubicación de los solicitantes de protección internacional procedentes de Italia y de Grecia, a lo que se le atribuyen asignaciones. El 22 de septiembre de 2015, el Consejo adopta por mayoría cualificada la propuesta inicial de la Comisión modificada, donde la República Checa, Hungría, Rumanía y la República Eslovaca votaron en contra, y la República de Finlandia se abstuvo. Finalmente todo ello acaba frente al TJUE donde se acumulan varios asuntos, el Asunto C-643/15 de la República Eslovaca que solicita que se anule la Decisión, y el Asunto C-647/15<sup>193</sup> donde Hungría solicita la anulación de la Decisión o que de forma subsidiaria la anule en lo que respecta a Hungría. Por lo que afecta de forma particular a los principios aquí tratados, Hungría solicita que se anule la Decisión por violación del principio de proporcionalidad debido a los efectos particulares de la Decisión. Hungría, sujetándose sobre la base de que esta ya soportaba una presión migratoria particularmente intensa y que en amparo del art. 78.3 TFUE que establece la adopción de medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros que se enfrentan a una afluencia repentina de nacional de terceros países, reprocha al Consejo que la incluyera entre los Estados miembros de reubicación después de que hubiera renunciando a la condición de Estado miembro beneficiario, a lo que se le impone una carga desproporcionada al atribuirle asignaciones imperativas para la reubicación análogas a las de los demás Estados miembros. El TJUE señaló que la construcción por parte de Hungría de una barrera en su frontera con Serbia y el desplazamiento masivo de migrantes presentes en Hungría hacia el oeste, especialmente hacia Alemania, disminuyó la presión considerablemente. Por otro lado, la Decisión impugnada establece un reparto obligatorio entre todos los Estados miembros que deben ser reubicados desde Grecia y Italia, y esto tiene una repercusión sobre el conjunto de los Estados miembros de reubicación, lo que requiere que se garantice un equilibrio entre los diferentes intereses en juego. Así que si se intenta lograr tal equilibrio sin tomar en consideración la situación particular de un solo Estado miembro, sino la de todos los Estados miembros, no puede ser considerado contrario al principio de proporcionalidad. Por otro lado, cuando uno o varios Estados miembros se encuentran en una situación de emergencia en el sentido del art. 78.3 TFUE, las cargas que conllevan las medidas provisionales en beneficio de dicho o dichos Estados miembros deben, en principio, distribuirse entre los Estados miembros de conformidad al principio de solidaridad y de reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados miembros, principio rector de la política de asilo de la

---

<sup>193</sup> STJUE, de 6 de septiembre de 2017, Asuntos acumulados C-643/15 y 647/17, República Eslovaca y Hungría contra Consejo de la Unión Europea.

UE. Es por ello que se determina ajustada a Derecho la decisión de la Comisión y del Consejo de haber considerado de forma justificada adoptar la Decisión impugnada, y que el reparto de los solicitantes reubicados entre todos los Estados miembros, de conformidad con el art. 80 TFUE, constituía un elemento fundamental de la Decisión.

Por otro lado, la delimitación de las competencias de la Unión se rigen por el principio de atribución, este principio comporta que la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados, en sentido contrario, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros (art. 5.1, .2 TUE). El TFUE señala que el espacio de libertad, seguridad y justicia, donde se encuentra la política de inmigración es una competencia compartida (art. 4.2.j) TFUE), esto quiere decir que la Unión y los Estados miembros pueden legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito, pero la capacidad de estos últimos para legislar se reduce en cuanto la UE no haya ejercido su competencia o decida dejar de ejercerla (art. 2.2 TFUE). Pero hablamos de que la UE goza de una competencia suficiente como para desarrollar una política propia en materia de inmigración, sus disposiciones, como efecto más relevante, desplazan a las disposiciones nacionales que se opongan<sup>194</sup>. No obstante, existe cierto margen para los Estados: desde el momento en que la Unión haya tomado medidas en un ámbito determinado en el ejercicio de su competencias, estas se extenderán a los elementos regidos por el acto de la Unión y no incluirá todo el ámbito en cuestión (Protocolo núm. 25, artículo único, TFUE).

Existen tres principios básicos que afectan a la actuación de la UE y de los Estados miembros: el de subsidiariedad, por el que en los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la Unión, esta intervendrá en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y puedan alcanzarse mejor a escala de la Unión (art. 5.3 TUE). Por otro lado, el principio de proporcionalidad, por el que el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados (art. 5.4 TUE), y donde juegan un papel importante los actos legislativos que se puedan adoptar al respecto, en el sentido de decantarse por una directiva o por un reglamento, donde se admite más o menos margen de

---

<sup>194</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración, op. cit.*, p. 142.

acción por parte de los Estados miembros. Y por último, el principio de cooperación leal, por el que los Estados miembros tienen el deber y el derecho de cooperar para la ejecución del ordenamiento jurídico de la Unión<sup>195</sup>, y por el que han de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o de los actos resultantes de las instituciones de la Unión (art. 4.3 TUE).

Para comprender mejor estos ámbitos competenciales es interesante acudir a la jurisprudencia del TJUE para averiguar cuánto margen tienen los Estados miembros para legislar, más cuando el TJUE ha determinado que incluso cuando los Estados miembros tienen legislación de su competencia, el Derecho de la Unión les puede afectar. El Asunto C-329/11<sup>196</sup> afecta a un ciudadano extranjero que había solicitado un permiso de residencia en Francia cuya petición fue denegada y en la que se dictó una orden obligándole a que abandonara el país en el plazo de un mes, a la que el ciudadano no dio cumplimiento. Después de dos años, y como consecuencia de unos controles de identidad llevados a cabo por la policía francesa en aquel país, se dicta una orden administrativa de expulsión y una orden de internamiento derivada de su situación irregular, este internamiento fue prorrogado y validado por el juez competente más allá de cuarenta y ocho horas. Se recurre esta decisión en apelación a la *cour d'appel* de París, que decide plantear al TJUE una cuestión prejudicial en relación a la interpretación de la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. En particular, la cuestión prejudicial se orientaba a esclarecer si esta Directiva se opone a una norma nacional que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país basada únicamente en la situación de irregularidad de su entrada o de su estancia en el territorio nacional. Sobre esta cuestión el TJUE señaló que esta Directiva solo versa sobre el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran en situación irregular en un Estado miembro y que no tiene por objeto armonizar totalmente las normas nacionales en materia de residencia de extranjeros, por lo tanto, la Directiva no se opone a que el Derecho de un Estado miembro califique de delito la estancia irregular y establezca sanciones penales para desincentivar y reprimir la comisión de esta infracción de las normas nacionales en

---

<sup>195</sup> IGLESIAS BERLANGA, M.: *Competencias. Introducción al Derecho de la UE*. Ed. UOC, 2018, p. 17.

<sup>196</sup> STJUE, de 6 de diciembre de 2011, asunto 329/11, Alexandre Achughbabian y Préfet du Val-de-Marne. En el mismo sentido STJUE, de 19 de julio de 2012, asunto C-278/12, Atiqullah Adil y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel. STJUE, de 21 de junio de 2017, asunto C-9/16, A., interv. Staatsanwaltschaft Offenburg.

materia de residencia. De hecho, dado que esta Directiva solo tiene por objeto la adopción de decisiones de retorno y la ejecución, tampoco se opone a una detención con objeto de determinar el carácter regular o irregular de la situación de un nacional de un tercer país. No obstante, esta norma nacional preveía un encarcelamiento durante el procedimiento de retorno regulado en la referida Directiva. Respecto a esto el Tribunal señaló que si bien, en principio, la legislación penal y las normas de procedimiento penal en el ámbito de la inmigración clandestina y de la estancia irregular son competencia de los Estados miembros, al no excluirse ni por el art. 79.2.c) TFUE ni por la Directiva 2008/115, lo que sí deben ajustar los Estados miembros es su legislación en esta materia para asegurar el respeto al Derecho de la Unión. Y por ello, no pueden aplicar una normativa penal que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por la citada Directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil, que no es otro que se produzca de forma eficaz y proporcionada la expulsión, lo que no ocurre con el internamiento que solo se permite para preparar y permitir la expulsión. Finaliza el TJUE señalando que los Estados miembros, en virtud del principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE), tienen el deber de adoptar todas las medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión, como la citada Directiva, y han de abstenerse de adoptar toda medida o aplicar una norma nacional que pueda poner en peligro la correcta aplicación de las normas y procedimientos comunes.

La política de inmigración de la Unión europea además de evaluarse desde la perspectiva normativa y desde de su aplicación también ha de hacerse desde un punto de vista histórico, ideológico, estructural y coyuntural, que son las variables que han marcado durante estas décadas la visión de la política migratoria en la UE. La política de inmigración europea tiene como principal acontecimiento el Tratado de Ámsterdam de 1997. Es a partir de este Tratado cuando se puede hablar de una política de inmigración común, donde se integra el acervo Schengen en el marco normativo de la Unión y se establecen de forma específica las bases comunitarias en materia de política migratoria<sup>197</sup>.

---

<sup>197</sup> MARTÍN, *La inmigración, op. cit.*, p. 140. También en CAMAS, *Trabajo decente, op. cit.*, p. 73.

El Tratado de Ámsterdam es el que dota a la Unión Europea de competencias y capacidad en el control de las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración<sup>198</sup>. Con este, se modifica el Tratado de la Unión Europea estableciendo el nuevo concepto<sup>199</sup> de espacio de libertad, seguridad y justicia para conseguir, entre otros, uno de sus objetivos: “facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de sus pueblos” (art. 1.3).

Así, si se resuelve establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia donde esté garantizada la libre circulación de personas y que esto pase a formar parte de un objetivo de la Unión, también se establecen una serie de medidas de acompañamiento que están vinculadas con la libre circulación<sup>200</sup>, pero que hacen referencia al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y lucha contra la delincuencia” (art. 1.5).

En el Consejo Europeo celebrado en la ciudad de Tampere (Finlandia) en 1999, se aprobó un programa de acción por el que se establecieron una serie de orientaciones y prioridades políticas para la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Allí se concretó que el compromiso de libertad enraizado en el proceso de integración europea no solo “debería considerarse dominio exclusivo de los ciudadanos de la Unión”, ya que la existencia de esa libertad es poder de atracción para todo ciudadano del mundo que no pueden gozarla y sería contrario a las tradiciones europeas negarla “a aquellas personas a las que sus circunstancias conducen justificadamente a tratar de acceder a nuestro territorio”. Compromiso de libertad, sustentado en los derechos humanos, en instituciones democráticas y en el Estado de derecho. De hecho esta es la esencia, en origen, de la política común europea de asilo e inmigración en la UE, pero que tal y como se indicó en Tampere, para ello es necesario llevar a cabo al mismo tiempo un control de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal y para luchar contra los que la organizan y cometen delitos internacionales conexos. Esta política común europea de asilo e inmigración se integraba en la colaboración con los países de origen, en un sistema europeo común de asilo, un trato justo de

---

<sup>198</sup> OLESTI RAYO, A.: *Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración*. Blog del autor. <https://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/01AndreuOlestiRayo.htm>

<sup>199</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, “El espacio”, *op. cit.*, p. 456.

<sup>200</sup> MARTÍN, *La inmigración, op. cit.*, p. 73.

los nacionales de terceros países y la gestión de los flujos migratorios<sup>201</sup>. Después de este primer periodo quinquenal, donde se sientan las bases para una política común de asilo e inmigración, en el año 2004 se aprueba un nuevo programa llamado Programa de la Haya, que tiene como objetivo la mejora de la capacidad común de la Unión y de sus Estados miembros y, entre otros, definir un nuevo enfoque equilibrado de la gestión de la inmigración legal y clandestina, y reforzar la cooperación con terceros Estados incluido el ámbito de la readmisión y el retorno de emigrantes. También se propone el establecimiento de un procedimiento común en materia de asilo y maximizar las repercusiones positivas de la inmigración, con el deseo de definir un marco europeo de integración<sup>202</sup>. Asimismo, se introducen referencias a la lucha contra el terrorismo, que después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 ya dificultaron la puesta en marcha de algunos objetivos establecidos en Tampere, que centran como prioridad normativa regular aspectos relativos a la seguridad dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia y en la mejora de la efectividad del control sobre las personas en las fronteras exteriores<sup>203</sup>. En este estado de cosas se centra una estrategia a la defensiva, que se basa en un enfoque de la seguridad interior y en un debate centrado en proteger mejor las fronteras<sup>204</sup>.

Agotado este segundo periodo de cinco años se aprueba el Programa de Estocolmo, donde se establecen las prioridades de la Unión Europea en el espacio de libertad, seguridad y justicia durante el periodo de 2010 a 2014. En cuanto a políticas de inmigración se determina que se deben seguir desarrollando políticas integradas de gestión de fronteras y concesión de visados para facilitar el acceso a Europa de ciudadanos extracomunitarios. A su vez, se indica la necesidad de contar con controles fronterizos reforzados para impedir la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza, pero garantizando a su vez el acceso a los que necesitan de protección internacional y grupos de personas en situación de vulnerabilidad como los menores no acompañados. Se sigue apostando por la necesidad de seguir desarrollando una política común de concesión de visados y la intensificación de la cooperación consular regional, con el desarrollo de una política de migración exhaustiva y flexible, que deberá

---

<sup>201</sup> CONSEJO EUROPEO: Consejo Europeo de Tampere 15 y 16 de octubre de 1999. Conclusiones de la presidencia.

<sup>202</sup> EUR-LEX: *La Haya: 10 prioridades para los próximos cinco años*. Acces to European Union Lax. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A116002>

<sup>203</sup> OLESTI, *Las políticas*, *op. cit.*

<sup>204</sup> MONEREO PÉREZ, “Las políticas”, *op. cit.*, p. 3.

centrarse en la solidaridad y la responsabilidad, abordando las necesidades de los países de la UE y de los países de origen de los inmigrantes teniendo en consideración las necesidades laborales de los países de la UE, pero a su vez, reduciendo al mínimo la fuga de cerebros de terceros países. La puesta en marcha de políticas de integración que garanticen los derechos de los migrantes, también poniendo sobre la mesa la lucha para prevenir, controlar y combatir la inmigración ilegal, con el imprescindible establecimiento de un Sistema Europeo Común de Asilo para 2012 y con el inevitable fortalecimiento del diálogo y la cooperación con terceros países a través del desarrollo del Enfoque Global de la Migración<sup>205</sup>, que es un concepto adoptado en el año 2005 para abordar todos los aspectos importantes de la migración de forma equilibrada y completa en asociación con terceros países<sup>206</sup>.

Finalizado el Programa de Estocolmo en diciembre de 2014, la Comisión publicó la Comunicación “Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad” que precede al Consejo Europeo de junio de 2014, y en la que se establece la visión a futuro del espacio de libertad, seguridad y justicia. El Consejo Europeo que tuvo lugar los días 26 y 27 de junio de 2014 definiría las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa para los próximos años 2014/2020 en el espacio de libertad, seguridad y justicia, y donde se incluirían medidas relativas al asilo, la inmigración y las fronteras. Básicamente se centraba en una estrategia por dar prioridad general a la transposición sistemática, la aplicación efectiva y la consolidación de los instrumentos jurídicos y de las medidas políticas vigentes.

De estas orientaciones estratégicas para los años 2014/2020, y concretamente sobre política de inmigración, el balance que se puede hacer es que la cuestión migratoria ha sido objeto de continuo debate en el seno del Consejo Europeo. Si bien centrado en un posicionamiento a favor de la migración legal, también con un desequilibrado eje principal fundamentado en el control efectivo de las fronteras exteriores. En el Consejo Europeo de 28 de junio de 2018 se llegó a llamar “afluencia descontrolada” a lo sucedido en el año 2015, cuando miles de refugiados huían de sus países en conflicto o de la pobreza con la intención de entrar por el

---

<sup>205</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Programa de Estocolmo*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ajl0034>

<sup>206</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Enfoque Global de la Migración y la Movilidad*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM/2011/0743 final.

mar mediterráneo hacia Europa. ACNUR lo calificó como “El año de la crisis de refugiados en Europa”<sup>207</sup>, al alcanzarse en este año unos asombrosos niveles de llegada de refugiados e inmigrantes. Como acontecimientos más relevantes comportó la muerte de miles de personas en el Mediterráneo, el impacto que tuvo sobre la sociedad la trágica muerte del niño sirio Aylan kurdi y el cierre de fronteras de Hungría.

Una manifestación débil a favor de un cambio en la política migratoria también se ve en la Comunicación “Una asociación mundial para erradicar la pobreza e impulsar el desarrollo sostenible después de 2015”. Básicamente por destacar que hay que aprovechar los efectos positivos de la migración, pero lo hace desde una connotación negativa respecto a que “constituye un ejemplo de problema”<sup>208</sup> cuya gestión puede contribuir de forma positiva a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible. Y, no se sabe si reconociendo los errores, se manifiesta que la migración forzada o mal gestionada, entre otras cuestiones, ejerce una presión sobre las capacidades de destino y aumenta las tensiones sociales. Por ello, se indica que todos los países han de hacer un esfuerzo por gestionar de forma eficaz la migración, con pleno respeto a la dignidad y los derechos de los migrantes, que bajo este punto de vista pasaría por mejorar las actuales y establecer nuevas vías legales de acceso, visibilizando que una mejor gobernanza de la migración exige una colaboración entre los Estados y partes interesadas.

En el año 2015, como consecuencia de la crisis en el Mediterráneo y por la necesidad de afrontar los retos que comporta la migración, se aprueba “Una Agenda Europea de Migración”<sup>209</sup>. La primera parte de la Agenda parte de una acción inmediata por la necesidad de “reaccionar de forma rápida y decidida a la tragedia humana que se vive en toda la cuenca

---

<sup>207</sup> SPLINDER, W.; 2015: *El año de la crisis de refugiados en Europa*. UNHCR. ACNUR, La agencia de la ONU para los refugiados. España. 2015. <https://www.acnur.org/es-es/noticias/notas-de-prensa/2353-2015-12-30-16-24-16>

<sup>208</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Una asociación mundial para erradicar la pobreza e impulsar el desarrollo sostenible después de 2015*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité de las Regiones, Bruselas, COM/2015/044 final, p. 16. [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:afc5ef38-ad24-11e4-b5b2-01aa75ed71a1.0015.01/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:afc5ef38-ad24-11e4-b5b2-01aa75ed71a1.0015.01/DOC_1&format=PDF)

<sup>209</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Una Agenda Europea de Migración*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, COM/2015/240 final. [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication\\_on\\_the\\_european\\_agenda\\_on\\_migration\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_es.pdf)



mediterránea”. Es una acción que pasa por reforzar los esfuerzos para salvar vidas en el mar, donde se pone en el punto de mira a las redes delictivas de traficantes de migrantes. Se trata de fijar una respuesta a las llegadas masivas de personas a través de su reubicación, con un enfoque común a la hora de otorgarse protección a las personas que la necesiten, se apuesta por el trabajo en asociación con terceros países con el objetivo de abordar la migración desde su origen y la utilización de los instrumentos de la UE para la ayuda a los Estados miembros que están situados en primera línea.

Una segunda parte de la Agenda que la forman los “Cuatro pilares para una mejor gestión de la migración” trata de responder -y así se afirma- a las necesidades que la crisis migratoria en el Mediterráneo dejó al descubierto y que evidenció una limitación estructural de la política migratoria de la UE y de sus propios instrumentos. Frente a ello, se propone reducir los incentivos a la migración irregular, principalmente potenciando el papel en materia migratoria de las delegaciones de la UE en países clave, informando, contribuyendo y manteniendo el contacto con los países de acogida para garantizar una acción coordinada. Y se propone destinar funcionarios de enlace europeos en materia de migración a las delegaciones de la UE en terceros países. Luchar contra los traficantes y tratantes y hacer funcionar el sistema de retorno de la UE para los inmigrantes irregulares por su imperfecto funcionamiento. En segundo lugar, con el título “Gestión de las fronteras: salvar vidas y proteger las fronteras exteriores”, se apuesta por el refuerzo de Frontex y la creación de nuevas formas de cooperación con los Estados miembros y por la puesta en común de determinadas funciones de vigilancia costera a nivel europeo, que pasa también por reforzar la capacidad de los terceros países para gestionar sus fronteras. En tercer lugar “La obligación de Europa de ofrecer protección: un buen sistema de asilo”, en el que sea una prioridad garantizar una aplicación plena y coherente del Sistema Europeo Común de Asilo a través de la instauración de un nuevo sistema de seguimiento y evaluación de este sistema y la formulación de orientaciones para mejorar las normas relativas a las condiciones de acogida y los procedimientos de asilo, medidas destinadas a promover la identificación de los inmigrantes y la toma de huellas dactilares de forma sistemática, y la evaluación y eventual revisión del Reglamento de Dublín de 2016. En cuarto lugar, se establece “Una nueva política de migración legal”, en el que si bien se señala que “la defensa de la migración legal siempre resulta difícil en un momento de elevado desempleo y mutaciones sociales”, también es importante contar con un sistema común riguroso y transparente que particularmente

mantenga a Europa como un destino atractivo para los migrantes. Pero se apuesta por un régimen a escala de la UE y “atractivo” para los nacionales de terceros países altamente cualificados, y también por el sector servicios, pero a favor de profesionales extranjeros con formación y altamente cualificados que necesitan desplazarse a la UE durante cortos periodos de tiempo con la finalidad de prestar servicios a empresas o al sector público. Se interesa de una plataforma de diálogo con los interlocutores sociales sobre la migración económica y en último lugar se remarcan los esfuerzos para elaborar una nueva política de migración legal, que se refleja en la modernización de la política de visados. En este sentido, la doctrina ha criticado la visión de la UE respecto los intereses a medio y largo plazo en materia de recepción de migrantes, especialmente por lo que hace al reto o declive demográfico europeo, y que además, se hace un enfoque de la mejora de vías de migración legal de forma sectorial o privilegiada, en que se piensa, en particular, en colectivos de migrantes cualificados o investigadores, en lo que debiera serlo de forma horizontal, donde se facilitara la posibilidad de que el conjunto de los trabajadores extranjeros tengan oportunidades de buscar trabajo con independencia de su alta, media o baja cualificación<sup>210</sup>. También manifestó la doctrina que en la Agenda Europea sobre Migración debería haberse pensado más en que la mejor forma de evitar la migración irregular es facilitar la migración legal<sup>211</sup>, y ello podría ser a través del establecimiento de nuevas vías legales para acceder a Europa y en mejorar las existentes para hacerlas menos restrictivas.

En el “Plan de acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015-2020)”<sup>212</sup> sí que se ve un manifiesto a favor de abrir “más vías seguras y legales de entrada en la UE” y se reconoce que es una forma de debilitar a las redes de tráfico ilícito por el hecho de que habrá menos gente que recurra a sus servicios, pero lo que no se ve en este plan son acciones específicas para el establecimiento de estos canales de entrada. Al margen de esta manifestación, se indica una posible revisión de la Directiva 2004/81/CE relativa a la expedición de un permiso de residencia a las víctimas de la trata de seres humanos y los

---

<sup>210</sup> El Diario de Ferran Camas. *Agenda Europea de Migraciones cuatro años después*. Web del autor. 11/11/2019. <https://www.ferrancamass.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/Agenda+Europea+de+Migraciones+cuatro+a%C3%B1os+despu%C3%A9s./ia396>

<sup>211</sup> *Ibid.*

<sup>212</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Plan de acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015-2020)*. Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 27/05/2017, COM/2015/0285 final.

migrantes objeto de tráfico que cooperen con las autoridades. Y en el ámbito laboral, la adopción de medidas más firmes contra el empleo de migrantes irregulares.

Un cambio de percepción se aprecia en el “Programa de trabajo de 2016. No es momento de dejar las cosas como están”<sup>213</sup>, en el que se indica la necesidad de hacer cosas y de modo distinto, a señalar que se apuesta por la necesidad de un planteamiento común a nivel europeo, y entre otras cuestiones, hacia una política de inmigración que refleje nuestros valores comunes y que para conseguir los objetivos propuestos hay que reformar las normas que están desfasadas o son demasiado onerosas o demasiado complejas para ser aplicadas. Y es en este estado de cosas donde se apuesta “Hacia una nueva política sobre migración”, donde, entre otros aspectos, se incluye que, en relación al mercado de trabajo y la demografía frente a las necesidades futuras de Europa, se presentará un enfoque renovado de la migración legal, entre las que se incluyen medidas para la mejora de la Directiva sobre la tarjeta azul.

Dos Comunicaciones de la Comisión son relevantes en lo que parece configurarse como una nueva visión y política migratoria, pero quizá como consecuencia de una intención más competitiva entre países para ver quién es el que atrae al talento, configurándose desde un punto de vista de una política restrictiva de la migración que se hace seleccionada o selectiva<sup>214</sup>.

La primera Comunicación lleva como título “Hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa”<sup>215</sup>. Se centra en exponer las medidas que han de tomarse a favor de una política de asilo más humana, justa y eficiente, así como una mejor gestión de la política migratoria legal. Y si bien se orienta fundamentalmente a una reforma del Reglamento de Dublín, como consecuencia de las graves deficiencias en su aplicación especialmente por el reparto de responsabilidades y por verse insostenible frente a la presión migratoria continuada, también se incluye lo que es una “gestión inteligente de la

---

<sup>213</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Programa de trabajo de 2016. No es momento de dejar las cosas como están*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 27/10/2015, COM/2015/0610 final.

<sup>214</sup> MONEREO, “Las políticas”, *op. cit.*, p. 31.

<sup>215</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa*. Bruselas. 6/04/2016. COM/2016/0197 final.

migración” donde se hace una reflexión sobre las políticas migratorias, en referencia a que estas no pueden centrarse únicamente en una política firme para cortar los flujos irregulares, sino que también es necesaria una “política proactiva de vías legales sostenibles, transparentes y accesibles”. Por ello se establece la necesidad de establecer más canales legales, pero circunscrito a que personas con necesidad de protección internacional puedan llegar a la UE de una forma ordenada, gestionada, segura y digna y contribuir a salvar vidas. Pero también se hace mención a que la UE necesita una política de migración laboral más proactiva, a favor de atraer a talentos y de las competencias necesarias para hacer frente a los desafíos demográficos y déficits de capacitación, y se hace una interesante distinción a favor de la aportación de los migrantes, al contribuir en el crecimiento económico y a la sostenibilidad de los sistemas de prestaciones sociales. Al margen de que se sigue apostando por una visión más amplia en la gestión de la migración a favor del refuerzo de cooperación con terceros países. Asimismo, se hace un balance sobre los diferentes instrumentos adoptados sobre admisión de diferentes categorías de migrantes legales, esto es, instrumentos que posibilitan vías de acceso a la UE, y también se expresa la necesidad de nuevas actuaciones a nivel europeo a favor de los migrantes altamente cualificados, emprendedores e innovadores. Y en último lugar, y a largo plazo, se traslada la necesidad de posibles modos de modificar el modelo de la UE de gestión de la migración legal y especialmente de la migración laboral, inspirándose en modelos puestos en práctica por otros países desarrollados. En relación a esto último se apuesta por el modelo de algunos países<sup>216</sup> “que compiten con la UE para atraer a migrantes cualificados”, a través de un mecanismo de preselección con una reserva de candidatos preseleccionados, seguido de un procedimiento de admisión real. Esto es, un sistema que se articula en función de la demanda en el que se exige una oferta de empleo o un contrato como requisito previo y se centra en el currículum del candidato. Por otro lado, si se garantizan vías de migración legal se indica que ello comporta reforzar la readmisión pero también el retorno de los que no tienen derecho a permanecer y son estos elementos los que se deben integrar en el debate con terceros países.

La otra Comunicación relevante durante este último periodo de tiempo ha sido la que hace referencia a “Fortalecer las vías legales hacia Europa: un componente indispensable de una

---

<sup>216</sup> Esos países a los que se hace referencia son Canadá, Australia y Nueva Zelanda.

política migratoria equilibrada y global”<sup>217</sup>. Significativo es que se apuesta por una migración legal controlada, sea por cuestiones humanitarias o en función de las necesidades del mercado de trabajo a través de una política de migración legal más eficiente que pueda tener en cuenta las necesidades de la economía europea. Y para ello se indica que es necesario intensificar el trabajo relativo a las vías legales, pero eso sí, se apuesta por una migración selectiva, en la que se quiere atraer y retener a nacionales altamente cualificados procedentes de terceros países. Resulta reseñable que se reconozca a que una gestión de la migración bien realizada contribuye tanto a la eliminación del empleo de rutas ilegales como a la atracción del talento y capacidades y la adaptación del número de admisiones a las necesidades del mercado de trabajo. De hecho, y a favor de la política de migración laboral, es que esta se ha de concebir y diseñar por la acción del entorno existente en el mercado laboral y por las políticas e instituciones sociales.

Se ensalza a favor de una política migratoria que tenga en cuenta el factor trabajo, ello es debido a la existencia de vacantes no provistas en varios Estados miembros y carencias estructurales de capacidades en determinados sectores económicos como pueden ser las tecnologías de la información y la comunicación o la atención sanitaria. Entre estas ocupaciones son las más comunes la de oficios especializados, ingenieros, técnicos y profesionales de la informática y otras como los representantes de comercio o los conductores. Y que como consecuencia especialmente del envejecimiento demográfico y por las tendencias migratorias recientes -en relación a esto último Europa y Norteamérica siguen siendo los países con mayor número de migrantes, pero la población que se desplazó al norte de África, Asia occidental y el África subsahariana creció de forma más rápida-<sup>218</sup>, se prevé que la demanda de capacidades específicas aumente -se espera que la demanda de

---

<sup>217</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo. Fortalecer las vías legales hacia Europa: un componente indispensable de una política migratoria equilibrada y global*. Contribución de la Comisión Europea a la reunión de dirigentes celebrada en Salzburgo los días 19 y 20 de septiembre de 2018. COM/2018/635 final.

<sup>218</sup> NACIONES UNIDAS: *International migrant stock 2019*. The dataset presents estimates of international migrant by age, sex and origin. Estimates are presented for 1990, 1995, 2000, 2005, 2010, 2015 and 2019 and are available for all countries and areas of the world. The estimates are based on official statistics on the foreign-born or the foreign population. <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates19.asp>

cualificaciones de alto nivel sobrepase a la oferta, la previsión es que el 43% de los trabajos que se creen hasta 2030 requerirán un alto nivel educativo<sup>219</sup>.

La reflexión que cabe aquí es que lo que ha surgido estos últimos años es una competición para atraer a inmigrantes con alto nivel educativo. La consecuencia de aplicar durante años una política europea de inmigración cortoplacista, sin pensar en los beneficios de la migración, ha comportado que a día de hoy muchos de estos migrantes trasladen su referencia de destino a otros países con una mejor acogida, es decir, una consecuencia de las políticas restrictivas en las condiciones de admisión y dificultades en su integración ha conllevado a que otros países sean referencia de destino. No siendo ya solo competidores directos en el aspecto económico, sino que también en las posibilidades de acoger a inmigrantes cualificados. Se ha llegado a reconocer que “la UE no se encuentra en estos momentos en una situación idónea para atraer a los inmigrantes laborales que necesita y tampoco está preparada para ello”<sup>220</sup>. La referencia en términos numéricos es que de todos los migrantes que residían en los países de la OCDE en los años 2015-2016, solo el 25% que tenían un alto nivel educativo eligieron como destino a la UE, el 75% restante eligieron un país distinto de la UE, especialmente los EEUU, Canadá y Australia<sup>221</sup>.

Por otro lado, se menciona en esta Comunicación al reasentamiento de nacionales de terceros países o de apátridas como vía humanitaria que puede ofrecerse a las personas desplazadas que necesitan de protección internacional con el fin de poder entrar en la UE de una forma legal y segura. Se realiza un balance positivo de las acciones emprendidas desde el año 2015 a través de los programas de reasentamiento y el mayor compromiso de los Estados miembros. Y se plantean reformas como la creación de un marco de la UE estructurado para el reasentamiento, en el que se propone un Reglamento sobre el Marco de Reasentamiento de la Unión. También se resalta a los programas de patrocinio privado, como vías de acceso alternativas que tienen como finalidad complementar los canales seguros existentes de admisión a la UE, en los que intervienen actores privados para sufragar los fondos necesarios

---

<sup>219</sup> NACIONES UNIDAS: “[La cifra de migrantes internacionales crece más rápido que la población mundial](https://news.un.org/es/story/2019/09/1462242)”. Naciones Unidas, 17 de septiembre de 2019. <https://news.un.org/es/story/2019/09/1462242>

<sup>220</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Fortalecer las vías*, op. cit., p. 4.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 4.

para acoger a las personas que necesitan protección internacional<sup>222</sup> y que como referencia se suele tomar a un modelo y contexto de asilo singular que proviene de Canadá<sup>223</sup>.

En otro orden de cosas, se establece que las vías legales y su refuerzo son un elemento importante para que la UE refuerce la cooperación con terceros países. Esta cooperación con terceros países es fundamental, la migración legal ofrece alternativas seguras y legales y contribuye a la vez a reducir la inmigración irregular, a cubrir las lagunas de determinados sectores de los mercados laborales de los Estados miembros y es un incentivo para facilitar la cooperación para la prevención de la inmigración irregular, la readmisión y el retorno de inmigrantes irregulares. También se incentiva a los Estados miembros a participar y comprometerse en proyectos piloto para la migración legal con países africanos específicos y con otros terceros países en el futuro, en los que se promueven programas de migración legal a efectos de trabajo o de prácticas, donde su objetivo es hacer coincidir las nuevas competencias de los nacionales de terceros países con las necesidades del mercado laboral en la UE<sup>224</sup> y donde la UE ofrece apoyo de coordinación y financiero.

En definitiva, se apuesta por un enfoque global de la migración para sustituir las vías de migración irregular y peligrosas, por vías legales, ordenadas y seguras, para aquellos que necesitan de protección internacional y vías atractivas y eficientes para aquellas personas que son necesarias para el mercado laboral de la UE.

“El programa de trabajo de la Comisión para 2019”<sup>225</sup> sigue con esta visión hacia una nueva política de migración, donde se indica la necesidad de llegar a un acuerdo sobre la reforma del sistema de Dublín y el Reglamento sobre los procedimientos de asilo, sin dejar de lado la gestión eficaz de las fronteras exteriores, pero al mismo tiempo se reconoce que “Europa debe

---

<sup>222</sup> CEAR: *Una mirada hacia el sistema de asilo canadiense*. Resumen ejecutivo. Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Madrid, 2019, p. 4. [https://www.cear.es/wp-content/uploads/2019/09/ResumenEjecutivo\\_InformeCanad.pdf](https://www.cear.es/wp-content/uploads/2019/09/ResumenEjecutivo_InformeCanad.pdf)

<sup>223</sup> LA SPINA, E: “¿Sistema de cuotas y/o patrocinio privado? La acogida de las personas refugiadas en la UE y Canadá”, en la obra colectiva: *Anuario CIDOB de la Inmigración*. Coordinadores: Francesc Fàbregues, Oriol Farrés. Barcelona. 2019, pp. 200-244.

<sup>224</sup> CAMAS RODA, *Agenda, op. cit.*

<sup>225</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Programa de trabajo de la Comisión para 2019. Cumplir lo prometido y prepararnos para el futuro*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 23/10/2018, COM/2018/800 final.

hacer más en materia de migración regular” y lo hace para responder a las necesidades del mercado laboral y a la escasez de personal cualificado, para ello se ensalza que es esencial llegar a un acuerdo sobre el sistema revisado de la tarjeta azul de la UE, con el que se facilitará y creará mayor poder de atracción a los inmigrantes altamente cualificados para que vengan a trabajar a Europa. De la misma forma, en “La gestión de la migración en todos sus aspectos: avances en el marco de la Agenda Europea de Migración”<sup>226</sup>, la Comisión apuesta por “soluciones duraderas” y medidas, entre otras, que pasan por mejorar las vías legales y abordar las razones subyacentes de la migración. En este sentido, se expone que la consolidación de la credibilidad del trabajo con los socios en pro de una política general en materia de migración también comporta disponer de vías legales para entrar en la UE, y no solo respecto al reasentamiento, sino que las vías legales de migración no se limitan solo a la protección y esto significa que han de ofrecerse oportunidades a estudiantes y profesionales, y especialmente se referencia a los muy cualificados, incidiéndose en que es esencial una profunda reforma de la tarjeta azul referenciada a los extranjeros muy cualificados. Se apuesta en la línea de seguir con los proyectos pilotos sobre migración legal y en particular se hace referencia al proyecto marco del Fondo Fiduciario para la movilidad laboral con los países del norte de África.

La inmigración sigue siendo cuestión prioritaria en el Consejo Europeo mantenido en diciembre de 2018. En este se hace un balance de la aplicación del planteamiento global sobre la migración y de su política sobre el control de las fronteras exteriores, de la lucha contra los traficantes y la cooperación con los países de origen y tránsito, y donde se observa una reducción del número de cruces ilegales de fronteras<sup>227</sup>.

En el “Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración”, de 2019, de la Comisión<sup>228</sup>, se hace un balance de los últimos cuatro años, donde se resalta la labor por haber conseguido reducir el número de llegadas irregulares y al mismo tiempo se

---

<sup>226</sup> COMISIÓN EUROPEA: *La gestión de la migración en todos sus aspectos: avances en el marco de la Agenda Europea de Migración*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Bruselas, 4/12/2018, COM/2018/798 final.

<sup>227</sup> CONSEJO EUROPEO: *Conclusiones del Consejo Europeo de 14 de diciembre de 2018*. Secretaria General del Consejo. Bruselas, pp. 3 y ss.

<sup>228</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*. Comunicación de la Comisión. Bruselas, 6/03/2019, COM/2019/126 final.



reconoce que abordar las causas de la migración irregular es de forma inevitable un proyecto a largo plazo. Se establecen cuatro pilares en la gestión de la migración: encarar los factores que incitan a la migración irregular, cuyo componente esencial es la colaboración con los socios de la UE; la gestión de las fronteras con el objetivo de salvar vidas y resguardar las fronteras exteriores; una UE que ofrece protección y asilo; y el cuarto pilar que hace referencia a “Migración legal e integración”. Es en este pilar donde se habla de que las vías legales de entrada son un elemento esencial de la gestión de la migración de la UE, al comportar el componente necesario que desincentiva la inmigración irregular. Además, estas vías legales son “imprescindibles para que la UE pueda cubrir las necesidades de cualificaciones actuales y futuras”. Indicando que, si bien los estados miembros tienen la responsabilidad de decidir el número de extranjeros admisibles por motivos económicos, la UE regula las condiciones de admisión, los procedimientos y los derechos de los extranjeros y resulta necesario desbloquear la Directiva sobre la tarjeta azul. Se sigue por el mantenimiento de la ejecución y preparación de proyectos pilotos sobre migración laboral, constituyendo esto un elemento “para abrir el camino hacia un nuevo enfoque de la migración legal”.

Superados algunos debates sobre la salida del Reino Unido, el Consejo Europeo de junio de 2019<sup>229</sup> tiene como objeto principal la adopción de la Agenda Estratégica de la Unión para 2019-2024. La Agenda tiene como objetivo guiar el trabajo de las instituciones en los próximos 5 años y, como una de las cuatro prioridades, se centra en proteger a los ciudadanos y las libertades y, en garantía de la integridad del territorio<sup>230</sup>, se determina que se tiene que saber quién accede al territorio de la UE y además que es esta la que tiene que decidir el acceso. La consideración que cabe hacer aquí es que cuando se empiezan a estudiar estas prioridades aparece el gran desequilibrio entre lo que es, un política de inmigración basada en el establecimiento o mejora de las actuales vías legales, y el desmesurado posicionamiento a favor de una política de inmigración centrada en la obsesiva seguridad marcada sobre el control de la entrada de extranjeros, ahora sobre la base de un deber de garantizar la integridad del territorio. Al margen de esta apreciación, entre los objetivos de la Agenda Estratégica para los años 2019-2024 se apuesta por seguir desarrollando una política migratoria de carácter global y realmente eficaz, se sigue y se profundiza en la cooperación

---

<sup>229</sup> CONSEJO EUROPEO: *Conclusiones del Consejo Europeo de 20 de junio de 2019*. Secretaria General del Consejo. Bruselas, pp. 6 y ss.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 7.

con los países de origen y tránsito para luchar contra la migración irregular y la trata de seres humanos, así como para garantizar retornos efectivos. Y desde este punto de vista se declara la evidencia del desacuerdo en una cuestión: la política migratoria y el asilo. Donde se subraya que se ha de llegar a un acuerdo sobre el Reglamento de Dublín con la finalidad de reformarlo y conseguir un equilibrio entre responsabilidad y solidaridad, donde se está haciendo referencia al reparto de responsabilidades en referencia a los migrantes que son rescatados a través de las operaciones de búsqueda y salvamento.

El último informe de la Comisión<sup>231</sup> al que se ha tenido acceso, trata sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración, se incide en que sigue estancada la propuesta de reforma para aumentar el atractivo de la tarjeta azul de la UE y la competitividad de la Unión. También se señala que el marco de la migración legal a escala de la UE en su conjunto se ha sometido exhaustivamente a evaluación, cuyos resultados serán tenidos en cuenta en “el proceso de reflexión que se está llevando a cabo en relación con los próximos pasos”. Y, en último lugar, se hace un balance positivo respecto a los proyectos piloto de migración legal.

En fin, la política de inmigración en la Unión Europea no ha pasado por buenos momentos, no solo por situaciones coyunturales que han acaecido como consecuencia de la estructura y visión de la política común de inmigración, a ello se le añade la tensión constante entre la soberanía de los Estados miembros y los ámbitos de decisión política de la Unión Europea, al entender los primeros una estrecha vinculación entre política de inmigración y la soberanía del Estado<sup>232</sup>. Pero ello no ha impedido que la política de inmigración europea sea una política común, que quiere decir que ya no es privativa de ningún Estado miembro, lo común “va más allá de lo singular o lo propio de cada país miembro”<sup>233</sup> y el TFUE faculta, por medio del procedimiento legislativo ordinario, al Parlamento y Consejo, para regular una serie de materias de notable importancia que afectan a la inmigración. Con un único ámbito todavía reservado a la soberanía de los Estados miembros, que rompe con la definición de una política

---

<sup>231</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Bruselas, 16/10/2019, COM/2019/481 final.

<sup>232</sup> MONEREO PÉREZ, “Las políticas”, *op. cit.*, p 23 y ss.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 28.

común europea sobre inmigración<sup>234</sup>, y es que esta no “afectará al derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia” (art. 79.5 TFUE). La justificación sobre la defensa de la soberanía estatal en este campo parece asentada sobre la base de que la inmigración también tiene consecuencias laborales, sociales, económicas, políticas, etc. y que por lo que hace estrictamente al trabajo, se apoya en que los mercados de trabajo son mayoritariamente nacionales, razón por la que son ellos los que deben regular los volúmenes de entrada de inmigrantes<sup>235</sup>. Y lo que se plasma como principio básico de protección del empleo nacional, en la práctica es lo que faculta para cubrir ciertos puestos de trabajo que no pueden ser cubiertos por nacionales, sea porque no existen o porque hay una insuficiencia de trabajadores con un perfil adecuado, y es cuando se establecen los contingentes de inmigrantes necesarios para cubrir estos puestos de trabajo, pero que básicamente se centra, en mayor medida, a cubrir los trabajos más precarios, con menores salarios, mayoritariamente manuales, con dificultades para que se pueda llevar a cabo una correcta observancia del cumplimiento, vigilancia y control de las condiciones de trabajo.

En las “Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024”<sup>236</sup> planteadas por la actual presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, se apuesta por un nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. Parece que se alumbró un cambio de planteamiento de la Comisión sobre “una nueva forma de compartir las cargas”<sup>237</sup> y la apertura de vías legales. La consideración que cabe hacer aquí es que partimos de una connotación negativa: “compartir las cargas”, cuando hubiese sido más preciso y necesario partir desde un punto de vista de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, como así lo prevé el art. 80 TFUE. En este sentido, se tiene en consideración que la responsabilidad en materia migratoria empieza en los países de origen: el que decide abandonar su país lo hace “porque considera que no tiene otra alternativa” y que para ello hay que mejorar la cooperación con los países de origen, invirtiendo en salud, educación y capacidades,

---

<sup>234</sup> GOIG MARTÍNEZ, “La política común”, *op. cit.*, p. 82.

<sup>235</sup> MONEREO, “Las políticas”, *op. cit.*, p. 29.

<sup>236</sup> VON DER LEYEN. U.: *Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados. Mi agenda para Europa*. Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024, pp. 17 y 18.

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 17.

infraestructuras, crecimiento sostenible y seguridad. A su vez, considera que hay que aplicar diplomacia, y se necesita desarrollo económico, estabilidad y seguridad. Según von der Leyen, esto ayudaría a detener a los que trafican con seres humanos y abriría vías de migración legal con el objetivo de ayudar a que entren personas con las capacidades y talentos que necesitamos. En este aspecto quizá se echa en falta puntualizar qué vías son las que se abrirían, aunque hace sospechar que se seguiría en la línea de una inmigración selectiva. En este sentido, si se sigue apostando por estas vías de acceso hay que tener en cuenta que la política común de inmigración en la UE se rige por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros (art. 80 TFUE), y esto comporta también un reparto de beneficios<sup>238</sup>. La propia configuración del tejido productivo europeo puede crear una preferencia de este colectivo de inmigrantes a dirigirse hacia determinados Estados miembros en detrimento de otros. Además, la competición por atraer a este grupo determinado de inmigrantes puede conllevar a la aplicación de prácticas desleales entre países, lo que puede comportar que los efectos positivos de la migración puedan ser desiguales entre los Estados miembros.

### **3.3. La política de asilo en la UE. Un sistema europeo común de asilo**

Sobre la base del marco del espacio de libertad, seguridad y justicia también se desenvuelve una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal que tiene como objetivo ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y garantizar al mismo tiempo el respeto del principio de no devolución (art. 78.1 TFUE). El TJUE ha determinado que del art. 78 TFUE sobresale un objetivo de interés general reconocido por la Unión, y es que del mismo se desprende que el correcto funcionamiento del sistema europeo común de asilo se fundamenta en la aplicación de criterios comunes en los Estados miembros (Asunto C-18/16)<sup>239</sup>. Asimismo, de su interpretación también se deduce que la política común de la Unión que desarrolla la materia de asilo está destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que

---

<sup>238</sup> VANHEULE, VAN SELM, BOSWELL, *Aplicación del artículo 80*, op. cit., p. 51.

<sup>239</sup> STJUE, de 14 de septiembre de 2017, asunto C-18/16, K. Y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie.

necesite de protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución (Asunto C-373/13)<sup>240</sup>.

El punto de referencia a la que ha de ajustarse esta política común sería la Convención de Ginebra y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, pero también al resto de tratados pertinentes. Sobre esto último ha de entenderse que serían tratados que afectan a esta materia directa o indirectamente. Pero que sea el punto de partida la Convención de Ginebra de 1951 no es cuestión baladí, fue una norma referencial y deudora del momento histórico en el que surgió<sup>241</sup>: posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, con el objetivo de dar protección a los millones de personas que se vieron desplazadas por sus consecuencias.

En cumplimiento del desarrollo de esta política común protectora, se establecen una serie de medidas a adoptar relativas a un sistema europeo común de asilo, que ha de incluir: un estatuto uniforme de asilo y de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países y válido en toda la Unión; un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin haber obtenido el asilo europeo, necesiten de protección internacional; un sistema común para la concesión temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva; así como procedimientos comunes para la concesión o retirada del estatuto de asilo o de protección subsidiaria; los criterios y mecanismos para concluir el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria; normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria; la asociación y la cooperación con terceros países para la gestión de los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal. Asimismo, si fuera el caso de que uno o varios Estados miembros tuviesen una situación de emergencia que venga originada por una afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de estos Estados miembros afectados.

El derecho de asilo queda asimismo amparado por la CDFUE al establecer que se garantiza este derecho dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra y del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado Constitutivo de la

---

<sup>240</sup> STJUE, de 24 de junio de 2015, asunto C-373/13, H.T. contra Land Baden-Württemberg.

<sup>241</sup> MARTÍN Y PÉREZ, *La inmigración, op. cit.*, p. 247.

Comunidad Europea (art. 18 CDFUE). Y que, a mayor abundamiento, enlaza con el art. 19 CDFUE de las prohibición de las expulsiones colectivas y de la prohibición de ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que se corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

De todo ello se deriva la plasmación de una serie de medidas relativas a vías de entrada o de permanencia en el conjunto del territorio de la Unión, pero que serían de carácter extraordinario y orientadas a la protección de personas que necesitan la ayuda de terceros países porque huyen de la guerra, de la miseria, de catástrofes y que abarca al ámbito de protección de los derechos humanos y a la dignidad de las personas y que por ello hay que referenciarlo a un ámbito concreto, si bien hoy en día no es fácil hacerlo, sea porque esa es la intención, no diferenciarlo, sea porque en la huida de sus países de origen a veces concurren una o varias circunstancias conexas que lo hacen coincidir con la inmigración.

Una cuestión importante para determinar si el TJUE tiene alguna competencia atribuida en relación a una interpretación directa de la Convención de Ginebra es que, por un lado, los acuerdos internacionales celebrados por la Unión forman parte de su ordenamiento jurídico y pueden ser objeto de petición de decisión prejudicial, pero la Unión no es parte contratante en la misma aunque el art. 78 TFUE le obliga a cumplir sus normas (Asunto C-391/16)<sup>242</sup>. Por otro lado, la Convención no dispone de ninguna cláusula que le atribuya esa competencia y que el art. 267 TFUE, que hace relación a cuándo el TJUE es competente para pronunciarse con carácter prejudicial, solo se extiende a las normas que forman parte del Derecho de la Unión (Asunto C-533/08)<sup>243</sup>. Tampoco es competente, en principio, para interpretar en el marco de un procedimiento prejudicial acuerdos internacionales celebrados entre Estados miembros y Estados terceros. Y aunque, en el marco de la aplicación de un régimen europeo común se hayan adoptado varias normas del Derecho de la Unión en el ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra, pueden haber competencias que sean conservadas por los Estados miembros, y son también estas sobre las que el TJUE no es competente para interpretar de forma directa. Por otro lado, aunque el art. 78 TFUE disponga de una política común de asilo de conformidad con la Convención de Ginebra, así como el art. 18 CDFUE

---

<sup>242</sup> STJUE, de 14 de mayo de 2019, asuntos acumulados, M contra Ministerstvo vnitra (C-391/16), X (C-77/17), X (C.78/17) contra Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides.

<sup>243</sup> STJUE, de 4 de mayo de 2010, asunto C- 533/08, TNT Express Nederland BV y AXA Versicherung AG.

garantice el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención del Protocolo, no puede debilitar la constatación de la incompetencia del TJUE (Asunto C-481/13)<sup>244</sup>.

No obstante, el sistema europeo común de asilo se basa en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra y en la garantía de que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución (Asunto C-411/10)<sup>245</sup>. Por ello corresponde a los Estados miembros interpretar su Derecho nacional con el Derecho de la Unión y procurar que la interpretación de un texto de Derecho derivado que tomen como base no entre en conflicto con los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico de la Unión o con el resto de principios generales del Derecho de la Unión (Asunto C-101/01)<sup>246</sup>. En este sentido, el sistema europeo común de asilo ha sido concebido en un texto que permite suponer que todos los Estados que participan respetan los derechos fundamentales, incluidos los que se fundamentan en la Convención de Ginebra y el Protocolo de 1967, así como el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pero que ello no excluye que en la práctica el sistema deba enfrentarse a graves dificultades de funcionamiento en un Estado miembro determinado, lo que comporta que los solicitantes de asilo, en caso de ser trasladados a ese Estado miembro, puedan recibir un trato incompatible con sus derechos fundamentales. Por lo tanto, incumbe a los Estados miembros, en respeto a sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo a un Estado miembro responsable de una solicitud de asilo cuando no puedan ignorar que por las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y las condiciones de acogida en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para que se crea que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (Asuntos C-411/10 y C-493/10).

Por lo que hace a la política de asilo en la Unión Europea hay que partir desde el Tratado de Ámsterdam de 1999, que con la finalidad del establecimiento de un espacio de libertad, de

---

<sup>244</sup> STJUE, de 17 de julio de 2014, asunto C-481/13, Mohammad Ferooz Qurbani.

<sup>245</sup> STJUE, de 21 de diciembre de 2011, asuntos, N.S. (C-411/10) y Secretary of State for the Home Department y M.E. (C-493/10), A.S.M. y otros. También en STJUE, de 2 de marzo de 2010, asuntos acumulados, Aydin Salahdin Abdulla (C-175/08), Kamil Hasan (C-176/08), Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi (C-178/08), Dler Jamal (C-179/08) y Bundesrepublik Deutschland. STJUE, de 17 de junio de 2010, asunto C-31/09, Nawras Bolbol y Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal.

<sup>246</sup> STJUE, de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01, Bodil Lidqvist.

seguridad y de justicia concedió al Consejo el establecimiento de medidas que iban encaminadas a garantizar la libre circulación de personas y de forma conjunta otras que hacían relación al asilo, todo ello en un plazo transitorio de cinco años. Hay que mencionar que la atribución de competencias fue como consecuencia de una reacción frente a la disparidad existente en esta materia en las legislaciones nacionales de los Estados miembros y por los problemas que venían de atrás en aprobar una acción común<sup>247</sup>. En el Consejo de Tampere<sup>248</sup> del mismo año se concluyó que las políticas en materia de asilo tenían que ser comunes y que estas políticas, al margen de ir acompañadas del control en las fronteras exteriores, también tenían que basarse en ofrecer unas garantías para las personas que buscaran protección o trataran de entrar en la Unión Europea. Lo que se perseguía con ello era una Unión Europea abierta y segura y plenamente comprometida con las obligaciones establecidas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y otros instrumentos en materia de derechos humanos, con el objetivo de responder a las necesidades humanitarias, acompañado de un planteamiento común con el objetivo de garantizar al mismo tiempo su integración. En esta política común de asilo se establecía el objetivo de la creación de un sistema europeo común de asilo, observando el principio de no devolución. Este proyecto se llevaría a cabo en dos fases, una primera a corto plazo estableciéndose una serie de normas mínimas con el objetivo de armonizar los marcos jurídicos de los Estados miembros<sup>249</sup> y otra fase a largo plazo con el objetivo del establecimiento de un procedimiento de asilo común y a un estatuto uniforme válido en toda la Unión Europea. En el Programa de la Haya<sup>250</sup> se incluyó el mandato a los Estados miembros a ejecutar plenamente la primera fase sin demora y a adoptar la segunda fase antes de finales de 2010. En el Pacto Europeo Europeo sobre Inmigración y asilo de 2008 se consideraba que si bien habían progresos en la aplicación de las normas mínimas comunes también habían disparidades entre los Estados miembros en cuanto a la protección y las formas de protección, por ello era necesario acabar de instaurar un régimen de asilo europeo común con el que se ofreciera un mayor nivel de

---

<sup>247</sup> MARTÍN Y PÉREZ, *La inmigración, op. cit.*, p. 253

<sup>248</sup> CONSEJO EUROPEO: *Consejo Europeo de Tampere. Conclusiones de la presidencia*. Una política de asilo y migración común de la Unión Europea. Tampere, 1999, p. 3.

<sup>249</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Plan de política de asilo. Un planteamiento integrado de la protección en toda la UE*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 2008. COM/2008/0360 final.

<sup>250</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Programa de la Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea*. Bruselas, 2005, p. 3. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XG0303\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XG0303(01)&from=ES)



protección, y que si bien el plazo establecido y a ser posible era en 2010 se ampliaba, a más tardar a 2012<sup>251</sup>. Con el Tratado de Lisboa de 2009, las normas mínimas se transforman en un sistema europeo común de asilo al facultar al Parlamento y Consejo para la regulación de una serie de materias concernientes a un estatuto uniforme de asilo y protección subsidiaria, sistemas y procedimientos comunes, así como normas, criterios y mecanismos. A su vez, se incluye que las políticas de la Unión respecto a esta materia y su ejecución se basará sobre el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, entre lo que se incluye el aspecto financiero<sup>252</sup>.

Sin embargo este sistema con el tiempo se hace ineficaz. En el año 2016, que viene precedido por “El año de la crisis de refugiados en Europa”<sup>253</sup> de 2015, y también como consecuencia de lo que parece ser un cambio de visión en la Unión respecto a las vías de acceso, se publica la Comunicación “Hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa”<sup>254</sup>. Lo que se observa de ello es que la UE se encamina a recuperar el control de la situación en la que se había visto desbordada. En relación al asilo, y de conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de febrero y marzo de 2016, se hacía necesario avanzar hacia una reforma del marco de la UE con el objetivo de “garantizar una política de asilo humana y eficiente”. Que se utilice el término eficiente significa la necesidad de la adopción de un nuevo marco normativo para lograr un efecto determinado, con lo cual es necesario la adopción de reformas. De ello que la Comisión observara “carencias estructurales y deficiencias importantes en el diseño y la aplicación de la política europea de asilo y migración, que la crisis ha puesto de manifiesto”, refiriéndose al año 2015. Como prioridades básicas se consideraban cinco ámbitos prioritarios de actuación por las evidentes deficiencias estructurales del Sistema Europeo Común de Asilo. Por un lado, la creación de un sistema sostenible y justo para determinar el Estado miembro responsable de la tramitación de los solicitantes de asilo, para ello se tendría que modificar el Reglamento de Dublín. El refuerzo del sistema Eurodac, con el objetivo de apoyar la aplicación del Reglamento de

---

<sup>251</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Pacto europeo sobre inmigración y asilo*. Bruselas, 2008, p. 11.

<sup>252</sup> PARLAMENTO EUROPEO: *La política de asilo*. Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/151/la-politica-de-asilo>

<sup>253</sup> SPLINDER, *El año, op. cit.*

<sup>254</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Bruselas, 6/04/2016. COM/2016/0197 final.

Dublín y facilitar la lucha contra la migración irregular. También se establecía el propósito de lograr una mayor convergencia en el sistema de asilo de la Unión Europea, para ello era necesario un nuevo Reglamento que estableciera un único procedimiento común de asilo en la UE y que sustituyera a la Directiva sobre procedimientos de asilo, y un nuevo Reglamento que sustituyera la Directiva relativa a los requisitos para el reconocimiento y modificaciones específicas de la Directiva sobre condiciones de acogida. En este campo también se puede comprobar que se orienta a un cambio en el tipo de acto legislativo, al sustituir las actuales Directivas por Reglamentos, con lo que se reduce el ámbito de actuación individual de los Estados miembros. Otras medidas prioritarias eran impedir movimientos secundarios dentro de la UE y un nuevo mandato para la agencia de asilo de la UE.

En la Comunicación relativa al cumplimiento de la Agenda Europea de Migración<sup>255</sup> se hace, entre otros aspectos, un análisis de situación sobre el sistema de asilo, partiendo del propósito de una reforma estructural del Sistema Europeo Común de Asilo, y se detalla que las diferentes propuestas legislativas avanzan a diferentes velocidades. Especialmente se observa mucho retraso en las negociaciones de reforma del sistema de Dublín, que partía de un reparto equitativo de responsabilidad en toda la Unión en relación con los solicitantes de asilo. Su retraso es el factor determinante para la finalización de la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo. En el Programa de trabajo de la Comisión para 2018 se sigue incidiendo en la prioridad de reforma del sistema de Dublín como clave para un Sistema Europeo Común de Asilo basado en la solidaridad y que garantice una distribución de responsabilidades, y se marca como junio de 2018 la fecha a más tardar para concluir el trabajo sobre la reforma<sup>256</sup>. Necesidad y prioridad de reforma del Sistema de asilo en la UE que se vuelve a recordar en diversos Informes sobre la Agenda Europea de Migración de 2018<sup>257</sup> y en el Programa de

---

<sup>255</sup> COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *relativa al cumplimiento de la Agenda Europea de Migración*. Bruselas, 27/07/2017. COM/2017/558 final.

<sup>256</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Programa de trabajo de la Comisión para 2018*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 2017. COM/2017/650.

<sup>257</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*. Comunicación de la Comisión. Bruselas. 14/03/2018. COM/2018/250 final. También en: COMISIÓN EUROPEA: *Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*. Comunicación de la Comisión. Bruselas. 16/05/2018. COM/2018/301 final.

trabajo de la Comisión para 2019<sup>258</sup>, que si bien se resalta el acuerdo provisional o parcial en cinco de las siete propuestas iniciales de reforma del Sistema, se sigue retrasando y sigue siendo necesario lograr un acuerdo en la reforma del sistema de Dublín y el Reglamento sobre los procedimientos de asilo. La cuestión es que entre la capacidad de bloqueo de los Estados en el Consejo y la gran polarización y desacuerdo entre dos grupos de países encabezados por un lado, por Hungría, Polonia, Eslovaquia y República Checa y por otro, Italia, Grecia, España y Malta, hace prácticamente imposible la consonancia en estos dos temas centrales para cerrar un acuerdo<sup>259</sup>. Debido a estas reticencias, el deseo de cerrar el debate y la aproximación de las elecciones al Parlamento Europeo en mayo de 2019, se deja ir la idea de avanzar paso a paso<sup>260</sup> en el sentido de “adoptar una o cualesquiera propuestas por separado, aunque formen parte de una reforma más amplia” antes de estas elecciones y seguir negociando sobre el Reglamento relativo al procedimiento de asilo y encontrar una forma de desencallar la reforma del Reglamento de Dublín. Sin embargo, lo que se visibiliza es una imposibilidad de concertación, de ello que empiecen a surgir voces como “Los años perdidos del Sistema Europeo Común de Asilo”<sup>261</sup>.

El Consejo Europeo de 20 de junio de 2019, que adopta Conclusiones sobre el próximo ciclo institucional en una Nueva Agenda Estratégica para 2019-2024, vuelve a reseñar la necesidad de ponerse de acuerdo sobre una política migratoria y de asilo eficaz, en el que debe encontrarse un consenso sobre el Reglamento de Dublín que sigue siendo el obstáculo cuyo eje central es la responsabilidad y solidaridad entre los Estados Miembros, teniendo en cuenta a las personas a las que se desembarque como consecuencia de operaciones de búsqueda y salvamento<sup>262</sup>.

Después de este ciclo complicado parece alumbrarse otra etapa en materia migratoria. El Consejo Europeo extraordinario de junio de 2019 adopta los nombramientos de los máximos

---

<sup>258</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Programa de trabajo de la Comisión para 2019*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas. 2018. COM/2018/800 final.

<sup>259</sup> CEAR: *Informe 2019: las personas refugiadas en España y Europa*. Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Madrid. 2019, pp. 35 y ss.

<sup>260</sup> COMISIÓN EUROPEA: *La gestión de la migración, op. cit.*

<sup>261</sup> CEAR: *Informe 2019, op. cit.*, p. 35.

<sup>262</sup> CONSEJO EUROPEO: Consejo Europeo, 20 y 21 de junio de 2019. Conclusiones. Bruselas. <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2019/06/20-21/>

responsables europeos para el próximo ciclo institucional. En las “Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024” planteadas por Ursula von der Leyen, actual presidenta de la Comisión, se plantea un nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, que parte por relanzar la reforma de Dublín en materia de asilo sobre un enfoque global. Sin olvidar que es necesario unas fronteras fuertes, se apuesta por un nuevo comienzo en materia migratoria. En este sentido, se apuesta por un sistema europeo común de asilo más moderno, en lo que “debe ser exactamente eso, común”, que viene a separarse de lo personal, privativo o particular de cada Estado, y que viene a referenciar la solidaridad y responsabilidad, ayuda mutua y contribución, especialmente señalando a los Estados miembros que tienen mayor presión de llegadas debido al lugar en el que se sitúan geográficamente. La presidenta indica que es esencial reforzar la cooperación con terceros países, sean de origen o de tránsito, y ayudar a los países que acogen a los refugiados a ofrecerles condiciones dignas y humanitarias. Con tal fin apoya la creación de corredores humanitarios, esto es, vías o corredores, cuando no es posible recurrir a las actuales vías legales en vigor<sup>263</sup>, de patrocinio, por las que se articula una entrada segura, legal y digna de aquellas personas que son susceptibles de ser beneficiarias de protección internacional y en condiciones de vulnerabilidad, que abandonan forzosamente su país de origen y se les da una respuesta humanitaria con el fin de que no arriesguen su vida en un camino de huida en el que mayoritariamente se ven sometidos a los traficantes de personas<sup>264</sup>.

Por último, sobre esta materia y por su relevancia es interesante mencionar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante STJUE), Asuntos C-924/19 y C-925/19<sup>265</sup>, que trata sobre varias peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Contencioso-administrativo y de lo Social de Szeged, Hungría. Los dos asuntos, objeto de pronunciamiento por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, son prácticamente iguales. Tratan sobre varios ciudadanos, un matrimonio de nacionalidad afgana y dos ciudadanos de nacionalidad iraní, estos últimos padre e hijo menor de edad, que

---

<sup>263</sup> HUMANITARIAN CORRIDORS: *Corredores humanitarios: los procedimientos de implementación para su extensión a escala europea*. Humanitarian Corridors-Uspcale a promising practice for clearly linked predeparture and post-arrival support of resettled people-AMIF-2016-AG-INTE. 2019, pp. 7, 19 y ss. [https://www.humanitariancorridor.org/wp-content/uploads/2019/12/REPORT\\_ESP\\_WEB.pdf](https://www.humanitariancorridor.org/wp-content/uploads/2019/12/REPORT_ESP_WEB.pdf)

<sup>264</sup> VON DEL LEYEN, *Una Unión, op. cit.*, pp. 17 y 18.

<sup>265</sup> STJUE, de 14 de mayo de 2020, Asuntos acumulados, FMS, FNZ (924/19 PPU) SA, SA júnior (C-925/19 PPU) y Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság, Országos idegenrendészeti Főigazgatóság.

formulan una solicitud de asilo ante la autoridad competente en materia de asilo en la zona de tránsito de Röszke, Hungría. Estos ciudadanos antes de entrar en Hungría habían estado en Serbia, donde no habían presentado ninguna solicitud de asilo en este país. La autoridad competente en materia de asilo les designa la zona de tránsito de Röszke como lugar de alojamiento, donde se siguen encontrando mientras se sustancia el caso en el TJUE. Mediante resolución administrativa, la autoridad competente en materia de asilo desestima la solicitud considerándola inadmisibles, sin examinar su procedencia, señalando que el principio de no devolución no era de aplicación en su caso. Asimismo se ordena la expulsión de los solicitantes a Serbia dado que en este país se les garantiza un adecuado nivel de protección. En ambos casos se interpone recurso contra la resolución ante el Tribunal de los Contencioso-Administrativo y de lo Social de Hungría, que fueron desestimados, sin que el órgano jurisdiccional se pronunciara sobre la procedencia de su solicitud de asilo. Posteriormente la autoridad de policía de extranjería les impone la obligación de permanecer en el sector de la zona de tránsito de Röszke, reservado a los nacionales de terceros países cuya solicitud de asilo les ha sido desestimada, esta resolución no menciona los motivos que la fundamentan. Por otro lado y de forma conjunta la autoridad de policía contacta con el organismo de policía competente para el traslado a Serbia con el objetivo de que emprendiera los trámites necesarios para la readmisión de estos ciudadanos. Serbia decidió no readmitirles, al no haber entrado ilegalmente en el territorio de Hungría desde el territorio de Serbia, y por tanto no concurrían los requisitos para la aplicación del Acuerdo de readmisión celebrado entre la Unión y Serbia. Asimismo, aunque Serbia no había readmitido a estos ciudadanos en su territorio, la autoridad competente en materia de asilo se negó a examinar la procedencia de su solicitud de asilo basándose en que, cuando se deniega la readmisión en el territorio de un tercer país solo ha de reanudarse el examen de la solicitud de asilo en caso de que la resolución por la que se desestimó dicha solicitud por causa de inadmisibilidad se base en el concepto de “país de origen seguro” o en el de “tercer país seguro”. Posteriormente la autoridad de policía de extranjería modifica la decisión de retorno contenida en la resolución de la autoridad competente en materia de asilo en lo referente al país de destino y ordena la expulsión bajo escolta de estos ciudadanos, unos a Afganistán y los otros a la República islámica de Irán. Estos impugnan esta última resolución modificativa ante la autoridad competente en materia de asilo, actuando como autoridad de policía de extranjería, dichas impugnaciones fueron desestimadas, y contra las que no cabía recurso alguno. Se presenta ante el órgano jurisdiccional competente dos recursos, en uno se solicita la anulación de estas

últimas resoluciones y por las que se ordenara a la autoridad competente en materia de asilo la tramitación de un nuevo procedimiento, alegando que las resoluciones constituían decisiones de retorno que debían poder ser objeto de un recurso judicial y que dichas decisiones de retorno eran ilegales. Así, según los recurrentes, la autoridad competente en materia de asilo debería haber examinado el fondo de su solicitud de asilo, dado que no habían sido readmitidos en el territorio de Serbia. El otro recurso hace relación a que la autoridad de policía de extranjería había incumplido sus obligaciones al no atribuirles un alojamiento situado fuera de la zona de tránsito de Röszke. El Tribunal de Hungría acumula ambos recursos y resuelve suspender el procedimiento y plantear al TJUE varias cuestiones prejudiciales.

El TJUE examina el caso y declara varias cuestiones. En primer lugar, y por solicitud del órgano jurisdiccional remitente, declara que el caso debe ser examinado a través del procedimiento prejudicial de urgencia previsto en el art. 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas declara que el art. 13 de la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimiento comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en relación con el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que en virtud de la cual la modificación efectuada por una autoridad administrativa del país de destino que se indica una decisión de retorno anterior solo pueda ser impugnada por el nacional del tercer país de que se trate a través de un recurso presentado ante una autoridad administrativa, sin que se garantice un control judicial posterior de la resolución de dicha autoridad. Tanto el principio de primacía del Derecho de la Unión como el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE obligan al órgano jurisdiccional nacional que conozca de un recurso por el que se impugne la legalidad de la decisión de retorno en la que se efectúe esa modificación del país de destino a declararse competente para conocer de dicho recurso. Asimismo, el art. 33 de la Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, se opone a una normativa nacional que permite denegar la solicitud de protección internacional por inadmisibles cuando el solicitante haya llegado al territorio del Estado miembro de que se trata a través de un Estado en el que no haya estado expuesto a persecución o a un riesgo de daño grave. Por otro lado, declarada esta incompatibilidad de la normativa nacional con el Derecho de la Unión, mediante una

sentencia del TJUE, a tenor del art. 33.2.d) de la Directiva 2013/32, constituye una circunstancia nueva relativa al examen de una solicitud de protección internacional. Asimismo, la Directiva 2008/115 y la Directiva 2013/33/UE, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, han de interpretarse en el sentido de que la obligación impuesta a un nacional de un tercer país de permanecer sin solución de continuidad en una zona de tránsito cuyo perímetro está delimitado y cerrado, donde sus movimientos están limitados y sometidos a vigilancia, sin que sea posible legalmente abandonarla de forma voluntaria en ninguna dirección, constituye una privación de libertad característica de un internamiento. De hecho, el art. 43 de la Directiva 2013/32 no autoriza el internamiento de un solicitante de protección internacional en una zona de tránsito durante un periodo superior a cuatro semanas. Por otro lado, los arts. 8 y 9 de la Directiva 2013/33 se oponen a que un solicitante de protección internacional sea internado solo porque no puede satisfacer sus necesidades, y que este internamiento se realice sin adoptar de forma previa una resolución motivada que lo ordene y sin haber examinado la necesidad y proporcionalidad e la medida, además de que también se oponen a que no haya ningún control judicial de la legalidad de la resolución administrativa por la que se ordena el internamiento. En cambio, no se obliga a los Estados miembros a establecer una duración máxima para el mantenimiento del internamiento, pero siempre que su Derecho nacional garantice que el internamiento solo se prolongue mientras el motivo que lo justifica siga siendo aplicable y que los procedimientos administrativos relacionados con ese motivo se tramiten con diligencia. Misma exigibilidad se desprende del art. 15 de la Directiva 2008/115 que se opone al internamiento solo porque exista una decisión de retorno y no pueda satisfacer sus necesidades, y que este internamiento no se realice sin adoptar previamente una resolución motivada que lo ordene y sin haber examinado la necesidad y proporcionalidad de la medida, y a que no haya ningún control judicial de la legalidad de la resolución administrativa del internamiento, y por último, a que el internamiento pueda durar más de dieciocho meses y mantenerse pese a no estar en curso o que ya no se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión. En último lugar, tanto el principio de primacía del Derecho de la Unión como el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE, obligan al órgano jurisdiccional nacional, cuando no exista ninguna disposición nacional que prevea un control judicial de la legalidad de una resolución administrativa por la que se ordene el internamiento de solicitantes de protección internacional o de nacionales de terceros países cuya solicitud de asilo haya sido desestimada, a declararse competente para pronunciarse sobre la legalidad de

tal internamiento y les habilita a poner de forma inmediata en libertad si considera que la permanencia en ese lugar constituye un internamiento contrario al Derecho de la Unión. Asimismo, el art. 26 de la Directiva 2013/33 obliga a que el solicitante de protección internacional cuyo internamiento, considerado como ilegal, haya finalizado pueda invocar ante un órgano jurisdiccional su derecho a que se le conceda una asignación financiera que le permita alojarse o un alojamiento en especie y que de conformidad con el Derecho de la Unión ese órgano está habilitado para ordenar medidas cautelares en espera de su resolución definitiva. Finalmente, tanto el principio de primacía del Derecho de la Unión, como el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE, obligan al órgano jurisdiccional nacional, si no existe ninguna disposición nacional que prevea un control judicial del derecho al alojamiento, a declararse competente para conocer del recurso dirigido a garantizar ese derecho.

### **3.4. El nuevo Pacto sobre Migración y Asilo**

El nuevo Pacto sobre Migración y Asilo<sup>266</sup> es una importante<sup>267</sup> propuesta de la Comisión Europea que trata de abordar una mejor gestión de la migración. Este objetivo principal tiene como puntos prioritarios abordar un conjunto de medidas de mayor y menor alcance que afectan a las fronteras exteriores, a las normas de asilo, a la solidaridad, coordinación, gobernanza, desarrollo de vías legales y el apoyo las políticas de integración eficaces. En palabras del Comité Económico y Social Europeo (en adelante CESE) se trata más de una agenda de trabajo de la Comisión que de un Pacto y que las propuestas, si bien son importantes, son insuficientes para desarrollar un marco europeo de gestión de las migraciones que sea eficaz y conforme a los valores y los objetivos de la UE, donde se dedica especialmente a la gestión de las fronteras exteriores y el retorno, sin prestar la atención debida a las vías regulares para la inmigración, a las vías seguras para el asilo o a la inclusión

---

<sup>266</sup> COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité de Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y asilo*. Bruselas, 23/09/2020. COM (2020)609 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:609:FIN>

<sup>267</sup> El Diario de Ferran Camas. *Septiembre: comentario a la normativa española y europea y a las sentencias judiciales en materia laboral, de protección social y de inmigración*. 30/09/2020. <https://www.ferrancamass.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/Septiembre%3A+Comentario+a+la+normativa+espa%C3%B1ola+y+europea+y+a+las+sentencias+judiciales+en+materia+laboral%2C+de+protecci%C3%B3n+social+y+de+inmigraci%C3%B3n/ia450>



e integración de extranjeros<sup>268</sup>. Del mismo modo se ha señalado<sup>269</sup> que no contiene una visión general sobre la importancia de la migración laboral, solo, en este campo, se fija en determinados migrantes, pero aún así esto sigue ocupando una visión subsidiaria de la política que quiere llevar a cabo la Comisión. Además de que se sigue consolidando la visión principal de la Comisión de seguridad y control en las fronteras exteriores y una visión restringida y limitada de las vías regulares para el favorecimiento de los procesos migratorios<sup>270</sup>.

Dentro del objetivo 6, que aborda la colaboración con nuestros socios internacionales, encontramos, y podría entenderse desde buen principio que más desde un punto de vista de la protección de las personas que como una necesidad de mano de obra en la UE, el apartado “Desarrollo de las vías legales hacia Europa”. Unas vías legales que tienen el propósito de dirigirse a determinados migrantes pero no por establecer o mejorar otras vías legales que afectarían a la mayoría de ellos, por lo que podríamos concluir que serían unas vías legales a medida y singulares.

Por lo que hace al reasentamiento se apuesta por intensificar el trabajo realizado donde se recomienda formalizar el plan ad hoc de reasentamiento y cubrir un periodo de dos años, 2020-21, también se señala que se apoyará desde el presupuesto de la UE incluir vías complementarias de protección, como regímenes de admisión humanitaria y programas de estudios o relacionados con el trabajo. Por otro lado, se hace mención a la colaboración entre la UE y los países socios en el establecimiento de vías legales hacia Europa dentro de las asociaciones en materia de migración, donde se abre paso para la cooperación en programas destinados a adecuar las necesidades de las personas y las necesidades de capacidades de los mercados laborales a través de la migración legal, donde se reconoce que el desarrollo de vías legales debe contribuir a la reducción de la migración irregular, que es a menudo la fuente del trabajo no declarado y la explotación laboral en la UE. De ahí que la Comisión apueste por

---

<sup>268</sup> COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*. Bruselas. COM(2020)609 final. 09/04/2021., p. 1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020AE4226>

<sup>269</sup> CAMAS RODA, F.: “El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la Unión Europea. ¿Un nuevo inicio para la política de inmigración de la Unión Europea?” -Material inédito-: en prensa para publicación por *Documentación Laboral*, 2021.

<sup>270</sup> *Ibid.*

reforzar el apoyo a los Estados miembros para aumentar la migración legal junto con los países socios como un incentivo positivo y en consonancia con las necesidades de capacidades del mercado laboral de la UE. En este sentido, el CESE ha alzado la voz para que se preste atención sobre las condiciones de vida y de trabajo que sufren los extranjeros, especialmente los que trabajan en la agricultura, donde los Estados miembros y sus organismos especializados deben hacer frente a los casos de abuso y explotación, y que se debe animar a las organizaciones de la sociedad civil y los sindicatos a dialogar con los migrantes, independientemente de su empleo y remuneración. Además, se ha subrayado que se considera necesario seguir luchando contra las redes de tráfico y trata de personas y que se ha de mejorar la eficiencia de la Directiva sobre sanciones para quienes emplean personas de forma irregular<sup>271</sup>. También se apuesta por ir en la línea de las alianzas de capacidades mundiales, donde se incluyen acuerdos bilaterales en que un país de destino participa directamente en la creación de capital humano entre los migrantes potenciales en el país de origen como paso previo a la migración. En estas asociaciones en materia de talentos tendrán prioridad los países vecinos de la UE, los Balcanes Occidentales y África, pero con vistas a expandirse a otras regiones. Aunque se discute si estas asociaciones de talentos son verdaderamente una vía legal o solo se produce un proyecto de migración a pequeña escala relacionado con la cooperación para el desarrollo o la política de retorno<sup>272</sup>.

El denominado talento goza de gran fijación por parte de la Comisión, de ahí que tenga el privilegio de incluirse en un apartado específico en la Comunicación, lejos de la colaboración con los socios internacionales y más como “intereses de la UE”<sup>273</sup> en orden al problema del envejecimiento y la disminución de la población en Europa, con gran afectación sobre el mercado laboral y a las capacidades específicas en determinadas zonas y sectores, pero apostando de forma encarecida por el talento, en esa carrera mundial por su atracción. La doctrina en este punto ha destacado que lo que se deduce de este documento es una “política teledirigida a los trabajadores cualificados”<sup>274</sup>. De ahí que si bien se reconoce que los Estados miembros son responsables de decidir el número de personas que admiten con fines laborales, también sabe la Comisión que puede establecer medidas para reforzar la atracción de este

---

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>272</sup> CAMAS RODA, “El Nuevo Pacto”, *op. cit.*

<sup>273</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación relativa al Nuevo Pacto*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>274</sup> CAMAS RODA, *Septiembre*, *op. cit.*

colectivo como son la puesta en marcha de asociaciones en materia de talentos como acabar la reforma de la Directiva sobre la tarjeta azul de la UE para atraer talentos altamente cualificados. Así, se apuesta por condiciones de admisión más inclusivas, mejores derechos, procedimientos más rápidos y flexibles, mejores posibilidades para desplazarse y trabajar en distintos Estados miembros y condiciones equitativas entre los sistemas nacionales y de la UE. Y se presente para abordar las principales deficiencias de tres nuevos conjuntos de medidas con el objetivo de dar respuesta a la atracción del talento que la UE necesita, facilitando la admisión en la UE de trabajadores de distintos niveles de calificación y la movilidad dentro de la UE de los trabajadores de terceros países que ya se encuentren dentro de ella. Para ello realizará una revisión de la Directiva sobre los residentes de larga duración, con el objetivo de que estos se puedan desplazar y trabajar en otros Estados miembros, pero se ha indicado que esto no abriría una vía legal para trabajar, sino que favorecería la movilidad de los ya residentes<sup>275</sup>. Una revisión de la Directiva sobre el permiso único, por tal de simplificar y aclarar el ámbito de aplicación de la legislación, incluidas las condiciones de admisión y residencia para los trabajadores cualificados con cualificaciones bajas y medias. Y por último, seguir explorando la creación de una reserva de talentos de la UE para trabajadores cualificados de terceros países que pueda funcionar como una plataforma de contratación internacional a escala de la UE, y en la que los nacionales cualificados de terceros países pueden manifestar su interés por migrar a la UE y ser identificados por las autoridades de migración y los empleadores de la UE en función de sus necesidades.

### **3.5. La dignidad según la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

La dignidad es un valor o principio esencialmente jurídico, lejos de una concepción desde el punto de vista de la ética, de ello que la dignidad esté plasmada en la mayoría de las normas supremas nacionales e internacionales y como fundamento de los derechos que se insertan en las mismas<sup>276</sup>. La dignidad se recoge en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en su artículo 1 señalando que “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. Que la Carta comience señalando en su art. 1 a la dignidad no es una cuestión baladí, la dignidad rige el contenido de los derechos consagrados en la norma, la

---

<sup>275</sup> CAMAS RODA, “El Nuevo Pacto”, op. cit.

<sup>276</sup> CAMAS RODA, *Trabajo*, op. cit., p. 37 y ss.

dignidad es la guía que ha de conducir el resto de la interpretación del texto, yendo más allá, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales, entre otros, de la dignidad humana, tal y como está concretado en el Preámbulo de la Carta, y esto hace que esta presida la actuación de la Unión<sup>277</sup>. Después de su Preámbulo la dignidad encabeza el Título I de la Carta reflejando que no solo es en sí un derecho fundamental o un derecho humano autónomo dentro del Título I<sup>278</sup>, constituye la base misma de los derechos fundamentales<sup>279</sup>, así, los derechos fundamentales encuentran su fundamento en ella y en el desarrollo de una vida digna de la persona<sup>280</sup>. En este Título I se establece una especial vinculación entre la dignidad humana y los derechos que se reconocen en el mismo<sup>281</sup>, como son el derecho a la vida, que nadie pueda ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado, el derecho de toda persona a su integridad física y psíquica, el respeto en el marco de la medicina y la biología al consentimiento libre e informado, la prohibición de prácticas eugenésicas, la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo se conviertan en objeto de lucro, la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos, la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud o servidumbre y del trabajo forzado u obligatorio, y la prohibición de la trata de seres humanos (arts. 2, 3, 4 y 5). De ello además se deduce que ninguno de los derechos inscritos en la Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la Carta, lo que comporta que no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho<sup>282</sup>. Así, la dignidad es inviolable, donde no cabe atentar contra ella sea el motivo que sea, incluso cuando se trate de proteger otros derechos fundamentales recogidos en la Carta, siendo un principio absoluto e inderogable o

---

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>278</sup> SOBRINO HEREDIA, “Dignidad humana”, *op. cit.*, p. 122.

<sup>279</sup> En: DOUE, *Explicaciones sobre la Carta*, *op. cit.* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32007X1214%2801%29>, también en:

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Artículo 1- Dignidad Humana. <https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/1-dignidad-humana>

<sup>280</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *La dignidad del Trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*. Ed. Laborum, Murcia, 2019, p. 38.

<sup>281</sup> SERNA, P.: “La dignidad humana en la Constitución Europea”. *Persona y Derecho*, 52 (2005) p. 34-35.

<sup>282</sup> DOUE, *Explicaciones sobre la Carta*, *op. cit.*, p. 1.

permanente, lo que implica que no se puede instrumentalizar a un ser humano, tratarlo como un simple objeto<sup>283</sup>.

Es reseñable destacar que la dignidad humana del art. 1 de la CDFUE es el punto de referencia del resto de normas de la UE cuando estas últimas conectan un determinado derecho con la dignidad humana garantizada por la Carta (Asunto C-233/18, de 12 de noviembre de 2019)<sup>284</sup>. Además de que la dignidad es un derecho perfectamente invocable por sí solo, señalando el TJUE en numerosas ocasiones que, al margen de la norma particular aplicable al caso, se ha de respetar el resto de disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión Europea, especialmente, los derechos fundamentales garantizados en la Carta, donde se inserta como tal el derecho a la dignidad humana (Asuntos acumulados C-148 /13 a 150/13, de 2 de diciembre de 2014)<sup>285</sup>. Además, las normas de la UE han de interpretarse a la luz de su estructura general y finalidad, y junto a ello hay que prestar especial atención cuando en estas se pretende garantizar el pleno respeto de la dignidad humana como promover la aplicación del artículo 1 de la Carta (Asunto C-179/11, de 27 de septiembre de 2012)<sup>286</sup>.

#### **4. LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

La Constitución Española (CE) consagra en el Título primero los derechos y deberes fundamentales y dentro del Capítulo Primero hace referencia a los españoles y los extranjeros señalando el artículo 13 de qué libertades gozarán los extranjeros en España, y si bien comenzando la lectura del precepto lo concreta como una garantía de carácter imperativo “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título”,

---

<sup>283</sup> SOBRINO HEREDIA, J.M.: “Dignidad humana”, en la obra colectiva: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Coordinadora: Araceli Mangas, Luis Norberto González. Ed. Fundación BBVA, 2008, p. 108.

<sup>284</sup> Asunto C-233/18, Zubair Haqbin y Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers, de 12 de noviembre de 2019.

<sup>285</sup> Entre otras: Asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, A, B, C y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, de 2 de diciembre de 2014; Asunto C-473/16, F y Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, de 25 de enero de 2018.

<sup>286</sup> Asunto C-179/11, Cimade, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) y Ministre de l'intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration, de 27 de septiembre de 2012).

siguiendo con su lectura nos indica que será “en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

La pregunta que cabe hacerse es si de una interpretación literal del término “en España” que describe el art. 13.1 CE, nos puede hacer pensar si un extranjero por el simple hecho de encontrarse en España ya podría disfrutar de los derechos y libertades públicas que garantiza la Constitución. Como veremos esto no será así, como que tampoco podrá hacernos pensar que solo el extranjero que se encuentre legalmente será el único que tendrá derechos garantizados<sup>287</sup>. Ni una ni otra conclusión será la correcta.

De esta redacción podemos sacar dos premisas: los extranjeros que se encuentren en España son titulares de los derechos del Título I, pero que el mismo artículo viene a establecer una reserva a favor de los tratados y la ley. Ya podemos advertir por adelantado que de esta redacción del art. 13.1 CE y de la reserva que se realiza a favor de los tratados y de la ley, y especialmente a esta última sea la que va a configurar el alcance de los derechos y libertades de los extranjeros en España. No obstante, también hay que añadir que operarán unos límites al desarrollo legal, donde estos derechos no serán desconstitucionalizados por esa reserva que se realiza.

Siguiendo con el apartado segundo del artículo 13 de la Constitución, se delimita a los sujetos que tienen derecho a participar en los asuntos públicos y el acceso a cargo público representativo, así como el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, y lo hace cuando empieza señalando que solo corresponden estos derechos, que están reconocidos en el art. 23 CE, a los españoles, excluyendo a los extranjeros, añadiendo la excepción de lo que se pueda establecer por tratado o ley atendiendo a criterios de reciprocidad, pero en relación al derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, que lo que hace es flexibilizar la necesidad de la nacionalidad en este ámbito.

También cabría añadir que si bien en un primer momento, y a raíz de la aprobación del Tratado de la Unión Europea, se planteó que se podría diferenciar entre nacionalidad y

---

<sup>287</sup> ALARCÓN, “El derecho”, *op. cit.* p. 514.

ciudadanía, y especialmente para que los ciudadanos de la Unión Europea pudiesen ejercer derechos que quedarían reservados a los españoles aún sin ostentar la nacionalidad española, el Tribunal Constitucional en la Declaración 1/1992, de 1 de julio, rechazó tal posibilidad planteada por el Gobierno español al considerar que sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 CE y el art. 8, b), apartado 1 del TUE “la Constitución, en su art. 13, ha introducido reglas imperativas e insoslayables para todos los poderes públicos españoles (art. 9.1 de la Norma fundamental) en orden al reconocimiento de derechos constitucionales en favor de los no nacionales”. Entre estas reglas estaría la que reserva solo a los españoles la titularidad y el ejercicio de muy concretos derechos fundamentales, que no pueden ser atribuidos, ni por ley, ni por tratado a quien no tengan aquella condición y que solo podrían ser conferidos a través de una reforma constitucional. Y por tanto, el legislador no puede “acuñar o troquelar nacionalidades ad hoc con la única exclusiva finalidad de eludir la vigencia de la limitación contenida en el art. 13.2 CE”, esto es, si bien el legislador debe definir quiénes son españoles, no puede fragmentar, parcelar o manipular esa condición con el único objeto de conceder a quienes no son nacionales un derecho fundamental<sup>288</sup>.

Esta excepción del derecho de sufragio, que también afecta al de la libre circulación y residencia, en la equiparación de derechos fundamentales de los nacionales y extranjeros, sigue siendo tradicional en la mayoría de los ordenamientos jurídicos donde existe una reserva constitucional del sufragio a los nacionales que excluye de cualquier posibilidad a los extranjeros<sup>289</sup>.

Al objeto de esta investigación también cabe destacar el apartado cuarto del art. 13 CE que señala que la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España. Sobre esto cabe destacar que es otro derecho de configuración legal al establecer el propio precepto constitucional que es “la ley la que establecerá los términos”. Es decir, se parte de que la Constitución como norma suprema reconoce el derecho de asilo, pero que la ley lo ha de desarrollar, es por ello que la

---

<sup>288</sup> Declaración 1/1992, de 1 de julio, FJ. 5º, sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 CE y el art. 8, b), apartado 1 del TUE.

<sup>289</sup> SANTOLAYA MACHETTI, P.; ARNALDO ALCUVILLA, A.: “Artículo 13.2 El Derecho de sufragio de los extranjeros”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I. Directores: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, María Emilia Casas Baamonde. Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid. 2018, p. 291.

Constitución, por si sola, no garantiza el derecho de asilo. Esta regulación se ha de circunscribir a ciudadanos de otros países, fórmula general, y a los apátridas, estos últimos más limitados. Sin olvidar que al no encontrarse su ubicación dentro del capítulo II del Título I no queda sujeto a las garantías de las libertades y derechos fundamentales del art. 53 apartado 1 y 2 CE<sup>290</sup>.

Adentrándonos en el primer apartado del artículo 13 CE, la doctrina constitucional tuvo que concretar, desde buen principio, si realmente existía igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros. Tres sentencias van a ser determinantes para el análisis y entendimiento del art. 13 CE: STC 107/1984, STC 115/1984 y STC 236/2007.

La STC 107/1984<sup>291</sup>, en recurso de amparo, vino a esclarecer que el principio de igualdad que consagra el art. 14 CE lo hace en referencia a los españoles: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social”. Y por ello, a tenor de tal interpretación, “no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros”, lo que venía a entenderse que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles era admisible desde el punto de vista de la Constitución. No obstante, determinaba que no era un argumento suficiente para considerarse resuelta la cuestión ya que han de ser tenidos en cuenta otros preceptos constitucionales para determinar la posición jurídica de los extranjeros en España. Se centraba concretamente en el artículo 13 CE, haciendo una importante apreciación respecto a la dicción del apartado primero que detalla que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas”. A tenor de tal precepto podría considerarse que se refiere solo a estas libertades públicas, pero se determinó que el significado no podía entenderse de forma restrictiva y que por ello los extranjeros no solo disfrutaban de las libertades sino que también de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución. Asimismo, del sentido de la interpretación de este apartado primero, debía entenderse que el ejercicio de los derechos y libertades son los que se incluyen en la propia Constitución, no son los tratados o la ley los que atribuyen los derechos a los extranjeros en

---

<sup>290</sup> PÉREZ VERA, E.; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: “Artículo 13.4. El Derecho de Asilo”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I. Directores: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, María Emilia Casas Baamonde. Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid. 2018, pp. 320-321.

<sup>291</sup> STC 107/1984, de 23 de noviembre.



España, sino que estos derechos son derechos constitucionales, dotados de protección constitucional, pero todos ellos y “sin excepción en cuanto a su contenido son derechos de configuración legal”. Así que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de los derechos y libertades vendrá determinada en la libre voluntad del tratado o la ley. Pero también se señaló que hay derechos donde no es posible el tratamiento desigual, estos derechos son los que pertenecen a la persona como tal y no como ciudadano, aquellos derechos que tienen una conexión con la dignidad humana, es decir, aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana del art. 10 CE, que constituye el fundamento del orden político español. Y es en estos derechos donde se produce la esperada y completa igualdad, donde no es posible el tratamiento desigual, como pueden ser: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc.

Por lo tanto, podemos establecer una regla o patrón dependiendo del derecho afectado. Por un lado, hay derechos que corresponden en igualdad de condiciones a extranjeros y españoles, estos serían aquellos que están vinculados a la dignidad humana del art. 10.1 CE. Después habrían otros derechos que solo corresponden a los españoles, los del art. 13.2 CE, que son los reconocidos en el art. 23 CE con la salvedad de la propia excepción que se establece en el sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, y por último, existen otros derechos que pertenecerán o no a los extranjeros dependiendo de lo que dispongan los tratados y las leyes, donde es admisible la diferencia de trato entre españoles y extranjeros.

Desde la vertiente del derecho del trabajo también existe otra construcción doctrinal al considerar que desde el momento en que el extranjero es trabajador entra en acción el Derecho del trabajo y es cuando el inmigrante gozará de un “triple status”; el que parte de la condición de persona humana; el que subyace de la condición de extranjero -y que son derechos que pueden restringirse por esa condición-; y aquellos derechos que derivan de la condición de trabajador, donde actúa el Derecho del Trabajo<sup>292</sup>.

La STC 115/1987<sup>293</sup> tiene por causa resolver un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra varios artículos de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre

---

<sup>292</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Derechos y libertades*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>293</sup> STC 115/1987, de 7 de julio.

derechos y libertades de los extranjeros en España, y que tiene como ponente al profesor y Magistrado en aquel momento, Miguel Rodríguez-Piñero. En esta sentencia se plantea en el FD 2º y 3º la inconstitucionalidad del art. 7 de la LO 7/1985 que condicionaba el ejercicio del derecho de reunión a que los extranjeros se encontraran en situación legal en territorio español y a la necesidad de autorización previa para promover la celebración de reuniones públicas o manifestaciones, y que se impugna parcialmente. Asimismo, se plantea la inconstitucionalidad del art. 8.2 de la LO 7/1985, que autorizaba una intervención administrativa para suspender las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros. Lo destacable de esta sentencia es que se determina que la Constitución también reconoce derechos directamente a los extranjeros y por ello el legislador no puede configurar libremente el contenido del mismo, existiendo límites que no se pueden sobrepasar al tener que respetar contenidos de carácter preceptivo e imperativo como son los que establecen en los arts. 21 y 22 CE.

Por último, relevante va a ser la STC 236/2007, -a las que cabe añadir la STC 259/2007, STC 260/2007-<sup>294</sup> que resolvía la inconstitucionalidad de varios preceptos 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. Como ponente actúa la profesora y Magistrada en aquel momento, María Emilia Casas.

La primera de ellas es significativa al objeto de este estudio por cuanto analiza el contenido del art. 13 CE y que posteriormente sirve para resolver de la misma forma en los siguientes fallos.

La STC 236/2007 en primer lugar trae la doctrina asentada en la STC 107/1984 respecto a la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España, que deben deducirse de los preceptos del Título I e interpretados de forma sistemática, donde se aplicará la regla integrada en el art. 13 CE. Resolviendo el poder o libertad que tiene el legislador para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos de Título I, señala que dependerá del derecho afectado y que hay derechos donde el legislador no puede establecer un trato desigual respecto a los españoles, son los que tienen conexión con la

---

<sup>294</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre: STC 259/2007, de 19 de diciembre: STC 260/2007, de 20 de diciembre.

dignidad humana. Así, hay dos límites importantes con los que se encuentra el legislador para regular los derechos de los extranjeros, en primer lugar, los derechos que limitan la libertad del legislador porque son derechos que son “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” y por ello “al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”. Para determinar el grado de conexión se ha de hacer a partir de su contenido que nos precisará si es imprescindible para la dignidad de la persona, en los que tendremos en cuenta para ello la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales que nos indica el art. 10. 2 CE. En segundo lugar, los límites que se encuentran en los mismos preceptos de la Constitución y que la misma reconoce directamente a los extranjeros, donde el legislador no puede negarlos. Sí puede establecer condicionamientos adicionales en cuanto a su ejercicio sin impedir de forma radical el ejercicio del mismo, es decir, respetando las prescripciones constitucionales y sin que se pueda vaciar libremente el contenido del derecho cuando este ya ha sido reconocido directamente por la Constitución a los extranjeros. Esos derechos que se reconocen directamente por la Constitución se han de extraer, entre otros criterios, de los propios preceptos del Título I en su sentido más literal y donde, al dirigirse a sus titulares, se detallan expresiones como “todos, todas las personas, los españoles, nadie, los ciudadanos, se reconoce, se garantiza”. Después hay otros derechos en los que el legislador tiene mayor libertad al regularlos, que tal y como señalaba la STC 107/1984, son aquellos en los que los extranjeros serán titulares pero “en la medida y condiciones que se establezcan en los tratados y las Leyes”. Son aquellos derechos que no son reconocidos directamente por la Constitución a los extranjeros, que sí se pueden extenderse a ellos, pero que también es permisible un distinto tratamiento entre españoles y extranjeros, es decir, donde es permitida la desigualdad, y donde el legislador puede modular el ejercicio en función de la nacionalidad, aunque “esa libertad no es en modo alguno absoluta”, sujeto principalmente por aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, por la propia Constitución y por los tratados y acuerdos internacionales suscritos por el Estado español. Asimismo, también hay que añadir que el legislador también se vería limitado por el art. 53. 1 CE en cuanto ha de respetar en su regulación el contenido esencial de tales derechos y libertades y que se dirija “a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardar proporcionalidad con la finalidad perseguida”.

En recapitulación, esta sentencia deja constatado cuatro límites a los que se ve sometido el legislador al regular los derechos de los extranjeros en España: el grado de conexión de estos derechos con la garantía de la dignidad humana –no siendo una tarea sencilla-<sup>295</sup>; aquellos derechos que ya vienen directamente reconocidos por la Constitución a los extranjeros; la delimitación del contenido del derecho que viene configurado por la propia Constitución y los tratados internacionales; y que la regulación de las condiciones de ejercicio establecidas por la ley han de dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y está sujeta a guardar una adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

#### **4.1. El derecho fundamental de entrada, salida, residencia y circulación en la doctrina constitucional**

Para el objeto de esta investigación tres sentencias van a ser relevantes: STC 94/1993, STC 24/2000 y STC 72/2005<sup>296</sup>, en las que se plantea si un extranjero es titular del derecho fundamental de entrada, residencia y circulación, y su fuera el caso, con qué alcance.

En la primera de ellas se asienta una doctrina relevante en cuanto se analiza la expulsión de una persona de nacionalidad filipina que se encontraba ilegalmente en territorio nacional trabajando sin permiso y por la que se ordenó, mediante resolución administrativa, su expulsión. Se plantea la vulneración del art. 19 CE respecto a la libertad de residencia y desplazamiento. En base a las consideraciones de las partes se determina que por el hecho de que el art. 19 CE solamente alude a los españoles no es determinante para considerar resuelta la cuestión, siguiendo la doctrina asentada por la STC 107/1984, porque es necesario tener en consideración otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, y que a tenor de un análisis del art. 13 CE “los extranjeros gozarán en España de la libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”, puede resultar que los extranjeros también puedan ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse. No obstante, el TC comienza por determinar si existe una conexión del derecho a la libertad de circulación a través del territorio nacional y

---

<sup>295</sup> MONEREO PERÉZ, “Las políticas”, *op. cit.*, p. 35.

<sup>296</sup> STC 94/1993, de 22 de marzo: STC 24/2000, de 31 de enero: STC 72/2005, de 4 de abril.

el derecho a residir dentro del mismo con la dignidad humana del art. 10. 1 CE y considera que estos no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que por ello no pertenecen a todas las personas y que la ley y los tratados pueden modular el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad, pudiendo establecerse un tratamiento desigual entre españoles y extranjeros en lo que afecta a la entrada, salida y residencia en territorio español.

La STC 24/2000 deniega el amparo a un ciudadano de nacionalidad china que se encontraba residiendo de forma legal en territorio español y en que se autoriza su expulsión por decisión administrativa. Esta sentencia, mencionando a la doctrina asentada por la STC 99/1985<sup>297</sup> y STC 94/1993, determina que los extranjeros solo gozan del derecho de residir en España en virtud de autorización concedida por la autoridad competente de conformidad con los tratados internacionales y la ley. Asimismo, la Ley de extranjería puede subordinar el derecho de los extranjeros a residir en España a la sujeción de cumplir determinadas condiciones, como pueden ser el no estar implicados en actividades contrarias al orden público o no cometer delitos de cierta gravedad.

Otra sentencia relevante que afecta a la entrada y residencia de extranjeros es la STC 72/2005, que analiza el caso de un ciudadano marroquí al que se le deniega la entrada en territorio español. En esta sentencia se detallan aspectos relevantes que destacan del estudio del art. 19 CE. Se determina que el derecho a entrar a España y la libertad de residencia son derechos distintos y con contenido diverso, sin perjuicio de que tengan correspondencia. Por un lado, para el que está fuera de España el derecho a entrar en territorio nacional, por otro, elegir libremente la residencia en territorio español. También se analiza si existe un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España, al margen del régimen jurídico del derecho de asilo, el derecho a entrar en España de los ciudadanos de la Unión Europea, la situación de los extranjeros que ya estén residiendo legalmente en España y pretendan entrar en territorio nacional después de su salida temporal y la reagrupación familiar. El TC señala, de una interpretación literal y después de una interpretación sistemática, que el art. 19 CE reconoce a los españoles cuatro derechos fundamentales distintos; derecho a elegir libremente su residencia, derecho a circular por el territorio nacional, derecho a entrar en España y el

---

<sup>297</sup> STC 99/1985, de 30 de septiembre.

derecho a salir libremente del territorio español. Y aun señalando el precepto a los españoles, siguiendo la propia doctrina constitucional, los extranjeros también pueden ser titulares de derechos fundamentales garantizados por la Constitución, porque una interpretación literal del art. 19 CE resulta insuficiente ya que también deben ser considerados otros preceptos de la norma suprema. No obstante, de la interpretación del art. 13.1 CE se señala que su regulación no tiene como finalidad reconocer derechos de forma general a todos los extranjeros que se encuentran en otros países ni convertir en derecho fundamental la eventual expectativa de entrar en España de todos los extranjeros que se encuentran fuera de territorio nacional, lo que hace es regular la posición jurídica de los extranjeros, pero de aquellos que ya se encuentren en España, es decir, el que ya ha entrado en nuestro país y no respecto a cualquier extranjero. Asimismo, de esta interpretación sistemática, acudiendo a los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España, se concluye que atendiendo el PIDCP, arts. 12 y 13, el derecho a entrar en un país solo se reconoce a los nacionales de ese país, y que la DUDH, art. 13, solo reconoce el derecho a entrar en el país propio, así como el Protocolo núm. 4 del CEDH, art. 3.2, que solo reconoce el derecho de entrar en un territorio al cual se sea ciudadano. Aunque la ley sí puede reconocer el derecho de entrada de extranjeros en España<sup>298</sup>, se concluye que el derecho de entrar en España, con el rango de fundamental, solo corresponde a los españoles y no a los extranjeros.

#### **4.2. Las diversas situaciones de los extranjeros en España**

Antes de centrarnos en el alcance de los derechos y deberes de los migrantes en España nos interesa acotar lo que comprende una situación regular o irregular.

Decíamos que el derecho internacional no reconoce un derecho a inmigrar como tal, también señalábamos la doctrina del profesor Alarcón que advertía que si los Estados tratan de regular la inmigración ello implica precisamente su reconocimiento. Sin perjuicio de las obligaciones que asumen los Estados al debido cumplimiento de los derechos humanos y al propio reconocimiento que declara la DUDH que lo circunscribe a las personas perseguidas por regímenes autoritarios y cuando otro Estado lo proteja, no se defiende por parte de los Estados

---

<sup>298</sup> IZQUIERDO SANS, C.: “Artículo 13”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo 1. Directores: Miguel Rodríguez-Piñero, María Emilia Casas. Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, p. 280.

un derecho a la libertad de circulación de las personas, sin embargo sí se defiende por parte de todos los Estados un derecho a la libertad de circulación de mercancías y capitales<sup>299</sup>.

Esta visión comporta la soberanía de los Estados para decidir que la entrada y permanencia de extranjeros pueda estar condicionada a requisitos, básicamente a que se puedan establecer autorizaciones o controles. Esto es lo que hace la propia Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEx.) y su reglamento de desarrollo a través del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba 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 Ley Orgánica 2/2009 (RELOEx.). Normativa interna que, además de quedar sometida al propio Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen<sup>300</sup>, va a establecer requisitos para la entrada y salida de extranjeros del territorio español, de la autorización de estancia y residencia, y autorizaciones para la realización de actividades lucrativas en el mismo. Por lo tanto, la concreta situación administrativa es la que determinará la posición jurídica de un migrante en España.

#### 4.2.1. El extranjero en situación regular o “irregular”

Si bien ya existe un término aceptado que caracteriza la situación administrativa y diferenciadora de un migrante en España; el genérico inmigrante irregular, adentrándonos en su estudio parte de la doctrina indica que podemos establecer diferentes categorías dependiendo de la propia situación y otros factores, y que por ello la situación irregular es una más de las otras situaciones posibles que se pueden dar. En este sentido, primero cabe diferenciar en dos grandes grupos a los migrantes: según su lugar de procedencia y la forma de entrada en el país. Respecto a la forma de entrada en el país, y por tanto la que va a determinar la situación administrativa y la titularidad de derechos, también se puede establecer una distinción entre: el migrante regular o legal, que será aquel que cumpla, en cuanto su entrada y residencia, con lo establecido en la legalidad vigente, del ilegal; aquel que

---

<sup>299</sup> AJA, E.: “Introducción: el marco general de los derechos de los inmigrantes”. En la obra colectiva: *Los derechos de los inmigrantes en España*. Coordinador: Eliseo Aja. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2009, pp. 10 y ss.

<sup>300</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, M<sup>a</sup> B.: “Régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros en España”, en la obra colectiva: *Tratado de Extranjería. Aspectos Civiles, Penales, Administrativos y Sociales*. Coordinador: Alberto Palomar. Ed. Aranzadi, Navarra, 2020, p. 373 y ss.

ha cometido un delito o ha sido detenido al haberse comprobado su situación de irregularidad, del clandestino; aquel que entra de forma clandestina o como turista para establecerse como inmigrante económico, y del irregular; aquel que fue regular o legal pero que por diversas circunstancias no puede renovar los permisos y queda en una situación de irregularidad sobrevenida. Y dentro de estos dos últimos, el clandestino y el irregular, son los que se designan como indocumentados o agrupándolos en el término genérico de sin papeles, que son aquellos que no han dispuesto nunca de los mismos o porque llegado su momento no los renovaron<sup>301</sup>.

Sin embargo, ya que nuestra investigación se dirige a otro campo del estudio de la migración, vamos a partir de la diferenciación del migrante regular o legal del irregular, que es la que adopta la doctrina mayoritaria, especialmente la iuslaboralista, que parten de esta posición dependiendo de la situación administrativa de conformidad con la legislación nacional y como expresión de la capacidad y del ejercicio del principio de soberanía nacional de los Estados para determinar la situación administrativa de los migrantes.

#### 4.2.2. Delimitación de la figura del extranjero y del inmigrante, y también del migrante

Desde un punto de vista jurídico y desde la legislación española se ha configurado la noción de extranjero partiendo de la nacionalidad de una persona. En este sentido, la LOEx. lo define en el art. 1.1 al considerar como extranjero “a los que carezcan de la nacionalidad española”. Desde esta definición jurídica se puede concluir que con independencia del tiempo de estancia, la situación económica u otros factores, cualquier persona que carezca de nacionalidad española es considerada como extranjera. Aportando en este sentido un concepto jurídico o definición en negativo, ya que toda persona que no es nacional será extranjera<sup>302</sup>. La nacionalidad también será determinante para el pleno disfrute de derechos, donde se produce una quiebra entre los derechos del hombre y del ciudadano, y donde se plasma la

---

<sup>301</sup> SOLANES A.: “Sujetos al margen del ordenamiento jurídico: inmigrantes sin papeles”, en la obra colectiva: *Trabajadores migrantes*. Javier de Lucas, Salomé Peña, Ángeles Solanes. Ed. Germania, Valencia, 2001. Ed. Germania, Valencia, 2001, pp. 63-64.

<sup>302</sup> CHARRO BAENA, PILAR; RUIZ DE HUIDOBRO, JOSÉ MARÍA: “La mal llamada Ley de extranjería: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes?”. *Revista la Ley digital*, núm. 4, 2000, p. 2. También MONEREO PÉREZ, “Las políticas”, *op. cit.*, p. 33.



discriminación dependiendo de la nacionalidad<sup>303</sup>. La nacionalidad, en consonancia con los arts. 11 y 13 CE, viene a ser un punto de conexión con la plena titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales y donde se establece la condición de las personas que integran la nación<sup>304</sup>. El art. 1.1 de la LOEx. viene a determinar el conjunto de normas y principios aplicables a aquellos que carecen de la nacionalidad española, que son los considerados como extranjeros y que por ello se les establece una determinada posición jurídica en un país donde no ostentan su nacionalidad<sup>305</sup>.

Este régimen jurídico y diferenciador, desde origen, basaba su ámbito de aplicación entre distinguir al nacional respecto al extranjero, que se configura básicamente en todos los países occidentales a partir del *ius sanguinis* y que se separaba de aquellos otros países contruidos sobre la propia inmigración donde predominaba el *ius soli*<sup>306</sup>. El primer principio, caracterizado por derechos de nacionalidad heredados de sangre, es el que ha sido predominante en Europa donde la construcción de los países como estados nacionales es previa a la llegada de inmigración, lo contrario al segundo principio que viene caracterizado por el derecho de nacionalidad basado en la ocupación del territorio y donde la inmigración “forma parte del mito nacional”<sup>307</sup>, como pueden ser Argentina, Canadá, Estados Unidos, Australia.

De la Constitución Española no se puede extraer quiénes son españoles, el art. 11.1 CE lo que hace es diferir esta tarea al legislador y este es el que debe definir quiénes son españoles y por ello de los que tienen potencialmente capacidad para ser titulares de cualesquiera situaciones jurídicas en el ordenamiento (Declaración TC 1/1992). El art. 11.1 CE señala que la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de conformidad con lo establecido

---

<sup>303</sup> DE LUCAS MARTÍN, J.: “Superar el vínculo de nacionalidad: La potencialidad del artículo 15 de la DUDH”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 35, 2014, pp. 1-2.

<sup>304</sup> AMORES CONRADI, M.A.: “Artículo 11”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I. Directores: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, María Emilia Casas Baamonde. Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid. 2018, p. 257.

<sup>305</sup> ESPINAR VICENTE, JM.; GUZMÁN PECES, M.: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*. Ed. Dykinson, S. L. Madrid, 2017, p. 130.

<sup>306</sup> AJA, Los derechos de los inmigrantes, *op. cit.*, p. 9.

<sup>307</sup> CEBRIÁN, JUAN. A.; BODEGA, MARÍA ISABEL; LÓPEZ-SALA, ANA M.: “Migraciones internacionales: conceptos, modelos y políticas estatales”. *Revista migraciones*, núm. 7/2000, pp. 137 y ss.

en la ley. En este sentido y como norma básica, el Código Civil en sus arts. 15 y 17 a 28 regula la nacionalidad, y con ello establece el vínculo jurídico-político entre el Estado español y un determinado individuo que por ese estatus podrá disfrutar plenamente de los derechos y libertades garantizados en el ordenamiento jurídico<sup>308</sup>. La nacionalidad es un auténtico estado civil, lo define, y es el título para formar parte de la organización del Estado y cualidad como perteneciente a una comunidad (STS-CA 6500/2002 y STS-CA 9391/2000)<sup>309</sup>.

En cambio, la Constitución Española sí distingue entre extranjería e inmigración en el art. 149.2ª CE. Una posición que parece desubicada al situarse en el Título VIII de la Organización Territorial del Estado y dentro del Capítulo Tercero, de las Comunidades Autónomas. Desubicada porque establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, distinguiendo cada una de estas materias, pero sin clarificar qué definición o contenido abarca a cada una de ellas, donde parecería más acorde haber distinguido tales conceptos en el Capítulo Primero del Título I, para después establecer quién tiene competencia sobre las mismas en el Título VIII.

A tenor de la dicción del art. 1.1 LO 4/2000 carecer de nacionalidad española no implica ser considerado como extranjero<sup>310</sup>. De hecho la propia LOEx. parece quererlo clarificar al introducir en el apartado 3 del art. 1, la excepción de aplicación de la legislación orgánica a los “nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario”, ya que estos “se registrarán por las normas que lo regulan”, solo siendo de aplicación la misma “en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”. En este sentido, el art. 20 TFUE y 9 TUE nos señalan que será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro y que esta ciudadanía se añade a la nacional sin sustituirla. Asimismo, y como derechos de los ciudadanos de la Unión, estos tienen el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. A esto se le añade el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, donde el Estado español

---

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>309</sup> STSCA 6500/2002, de 5 de octubre de 2002. STSCA 9391/2000, de 19 de diciembre de 1996.

<sup>310</sup> ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “Artículo 1. Delimitación del ámbito” En la obra colectiva: *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*. Director: Faustino Cavas Martínez. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas), Aranzadi, Madrid, 2011, p. 1.

forma parte<sup>311</sup> relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes y que tiene como finalidad una zona única sin controles fronterizos, donde se incluye en su art. 1 que a los efectos del Convenio se entiende por extranjero a “Toda persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas”. Por todo ello hay que concluir que los nacionales de los Estados miembros no pueden ser definidos en sentido estricto como extranjeros.

Por lo tanto, la legislación española de extranjería acoge la noción de configurar su ámbito de aplicación a partir de diferenciar al ciudadano del extranjero y donde se relaciona de forma estrecha el término ciudadanía con la nacionalidad, ya que el ámbito de aplicación de la norma se circunscribe al extranjero y por ello al que no es nacional, que por este simple y a la vez relevante hecho no va a ser considerado como ciudadano. Y se hace básicamente, siguiendo la tradición de la cultura jurídica continental, para elevar a una “categoría exclusiva y excluyente” que se circunscribe en diferenciar al ciudadano del extranjero y que tendrá relevancia en cuanto al alcance de sus derechos y obligaciones<sup>312</sup>.

La cuestión que se plantea al respecto es que si bien desde un punto de vista de la legalidad orgánica la figura queda delimitada de esta forma al extranjero partiendo de la nacionalidad, al propio extranjero también cabe diferenciarlo desde un punto de vista social y económico, distinción que tampoco se encuentra dentro del art. 13 CE ya que la Constitución utiliza el término extranjero sin diferenciarlo del inmigrante trabajador<sup>313</sup>.

En el último Glosario<sup>314</sup> de Derecho Migratorio Internacional de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) publicado en el año 2019, se define al extranjero como aquella persona que se encuentra en un Estado en el que no es considerado como

---

<sup>311</sup> BOE de 5 de abril de 1994. Instrumento de ratificación del Acuerdo de Schengen de 4 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. Firmado el 25 de junio de 1991, ratificado el 23 de julio de 1993, y en vigor desde el 1 de marzo de 1994.

<sup>312</sup> SOLANES, “Sujetos”, *op. cit.*, p. 59.

<sup>313</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El derecho al trabajo”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>314</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Glossary on Migration*. International Organization for Migration. Geneva, Switzerland, 2019  
[https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_34\\_glossary.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf)

ciudadano o nacional<sup>315</sup>. Por otro lado, se determina como inmigrante, desde la perspectiva del país de llegada, como a una persona que se traslada a un país que no es el de su nacionalidad o de la residencia habitual, para que el país de destino se convierta efectivamente en su nuevo país de residencia habitual<sup>316</sup>. Por otro lado, la definición de migrante abarca a un término general que no está definido por el derecho internacional y que comúnmente comprende a una persona que se desplaza fuera del lugar de su residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de forma temporal o permanente, por una variedad de razones. Esta definición fue desarrollada por la OIM para sus propios fines y no comprende la creación de una nueva categoría jurídica, ya que no existe universalmente una definición aceptada de migrante. En este sentido, existen dos enfoques generalmente adoptados para definir al término migrante, el inclusivo, que es el que sigue la OIM, que lo considera como un término genérico que alcanza todas las formas de desplazamiento, y un enfoque residual, que excluye del término migrante a aquellos que huyen de las guerras o de las persecuciones<sup>317</sup>. En último lugar, se define al trabajador migrante como una persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Expresión en la que también podría encajar el término trabajador extranjero o trabajador temporero. En este caso se acoge la definición que establece el art. 2.1 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias<sup>318</sup>.

Lo que sí podemos es establecer es una conclusión: no todos los extranjeros que se desplazan a un país coinciden en las razones que han motivado su desplazamiento<sup>319</sup>, como puede ser partiendo de la diferencia de entre aquellos extranjeros que se desplazan para jubilarse o por ocio, de aquellos donde la motivación del desplazamiento surge de la necesidad de trabajar para tratar de conseguir una vida digna<sup>320</sup>. Por lo tanto, entre unos y otros existe un factor diferenciado que parte del motivo del desplazamiento, como de la causa de radicarse en otro

---

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>316</sup> *Ibid.*, p. 103

<sup>317</sup> *Ibid.*, pp. 132-133.

<sup>318</sup> *Ibid.*, pp. 136-137.

<sup>319</sup> RUIZ DE HUIDOBRO, J. M.: “Notas sobre el proceso de reforma legislativa en materia de extranjería e inmigración”. *Revista migraciones*, núm. 4/1998, pp. 291 y ss. Posicionamiento que también comparte AJA, “Introducción”, *op. cit.*, p.19 y ss.

<sup>320</sup> MONEREO, “Las políticas”, *op. cit.*, p. 37.

país distinto al de origen. En este sentido, son estas características propias derivadas de la situación de necesidad la que diferencia una u otra categoría de extranjero<sup>321</sup>. A partir de aquí, si una persona se ve obligada a desplazarse y a radicarse en un país distinto al de origen se abre la institución de la inmigración y con ella la del inmigrante, como sujeto que realiza la inmigración, que también es extranjero -al no ser nacional del estado al que se desplaza-, pero que las razones del desplazamiento son distintas y por ello “extranjería y inmigración no coinciden” y la legislación ha de tratar de distinguirlo<sup>322</sup>. De hecho esta dicotomía que no viene reconocida aparentemente por la propia LOEx. materialmente sí se entrevé cuando se establecen unos requisitos y una regulación que va dirigida especialmente al extranjero trabajador, al inmigrante, y que son exigencias o políticas que no tienen como destinatario a todo el conjunto de extranjeros que desean acceder y residir en España<sup>323</sup>. El tratamiento jurídico en la regulación también se separa entre uno y otro, por un lado, el modelo basado en la extranjería, que tiene por finalidad el control de entrada, permanencia y retorno, por otro lado, el modelo basado en la inmigración, donde hay un interés por la integración social de los inmigrantes y por otorgarle –sin haber sido un camino fácil- un mínimo estatuto protector de sus derechos<sup>324</sup>.

La misma diferenciación se desprende al regular el trabajo del extranjero, y aunque la normativa se refiere en exclusiva al extranjero, no todo extranjero es inmigrante o trabajador<sup>325</sup>. La doctrina sí trata de diferenciar el término genérico extranjero del inmigrante, donde es este último el específico extranjero trabajador, convirtiéndose desde un inicial concepto social o económico a un concepto jurídico. Y la legislación de extranjería -al fin y al cabo- en la mayor parte, viene pensada a regular la situación del extranjero que trabaja en el país<sup>326</sup>. Además, será donde la ley utilice una concepción instrumental de la inmigración; el

---

<sup>321</sup> CHARRO BAENA, P.: “Capítulo XIV. Política de empleo y extranjería”, en la obra colectiva: *Tratado de extranjería*. Coordinador: Alberto Palomar. Ed. Aranzadi, Madrid, 2020, pp. 953-954.

<sup>322</sup> CHARRO BAENA; RUIZ DE HUIDOBRO, “La mal llamada”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>323</sup> AJA, “Introducción”, *op. cit.*, p. 19 y ss.

<sup>324</sup> MONEREO, “Las políticas”, *op. cit.*, p. 37.

<sup>325</sup> CHARRO BAENA, P.: *Las autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*. Ed. Aranzadi, Elcano, 2000, p. 24.

<sup>326</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El derecho al trabajo”, *op. cit.*, p. 24.

inmigrante solo es trabajador o llegando al extremo de entenderlo como solo una simple mano de obra<sup>327</sup>.

También se puede delimitar la figura del extranjero del inmigrante desde la construcción de un concepto que opera desde la pobreza, ya que solo serán inmigrantes aquellos que son pobres. Es decir, cuando extranjería y pobreza se unen forman a un sujeto; el inmigrante, o mejor dicho al inmigrante trabajador o económico, que lo que destaca de él es que la pobreza es la razón de necesidad por la que se ve obligado a desplazarse y a buscar trabajo fuera de su país de origen, término donde no encajarían todos los extranjeros<sup>328</sup>.

Otra diferenciación parte de que extranjería e inmigración también van a colisionar con los objetivos de seguridad y política económica<sup>329</sup>, y así parece entenderlo el legislador cuando se aprueba la llamada Golden visa, decisión de la obtención del visado de residencia para inversores introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

La diferenciación de los términos también se refuerza una vez que el extranjero supera las dificultades para entrar y radicarse en el país de forma legal y adquiere la condición de trabajador, momento en que va a intervenir, por esa condición, el Derecho del Trabajo<sup>330</sup>. Y si a esto último le añadimos que la inmigración mayoritariamente tiene por objeto el desplazamiento para la búsqueda de trabajo, al mismo tiempo nos evidencia la relación estrecha entre inmigración y Derecho del Trabajo, que nos permite formular otra idea básica de diferenciación entre el concepto genérico de extranjero, identificado como el no nacional, del inmigrante, como extranjero que se desplaza por la necesidad y la búsqueda de trabajo y donde va a intervenir el Derecho del Trabajo<sup>331</sup>.

---

<sup>327</sup> DE LUCAS, J.: “Una oportunidad perdida para la política de inmigración. La contrarreforma de la Ley 8/2000 en España”, en la obra colectiva: *Trabajadores migrantes*. Javier de Lucas, Salomé Peña, Ángeles Solanes. Ed. Germania, Valencia, 2001, pp. 50 y 51.

<sup>328</sup> SOLANES, “Sujetos”, *op. cit.*, pp. 61-62.

<sup>329</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El derecho al trabajo”, *op. cit.*, p. 27.

<sup>330</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>331</sup> RAMOS QUINTANA, M. I.: “El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica. Ponencia Temática II”, en la obra colectiva: *Derechos y libertades de los extranjeros en*

### 4.3. Los derechos y deberes de los inmigrantes, ya sean en situación regular o irregular

La condición de extranjero, especialmente de inmigrante, comporta estar sometido a un régimen distinto y, por señalarlo desde buen principio, más restrictivo respecto a los nacionales<sup>332</sup>. Las diferentes Leyes orgánicas aprobadas que han tenido como objeto la regulación de la extranjería y que se conocen como leyes de extranjería no han tenido como objeto la regulación de los derechos de los extranjeros, sino que han tenido una función básica de control de la inmigración<sup>333</sup>.

La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tiene por objeto regular los derechos de los extranjeros y sin ser una ley que alcance la totalidad de los derechos de los mismos<sup>334</sup> sí incluye aquellos que en mayor parte afectan al trabajador extranjero, al inmigrante, “siendo por ello una ley de y para la inmigración”<sup>335</sup>, donde se incluye la regulación de aspectos que afectan al régimen de entrada y salida del territorio español hasta derechos de documentación, pero además contiene la regulación de unos determinados derechos indisociables propios del Derecho del Trabajo como pueden ser el derecho de sindicación y de huelga.

Podemos determinar una serie de derechos que el Tribunal Constitucional ha considerado que pertenecen tanto a los migrantes en situación regular como irregular por estar en vinculación con la dignidad de la persona o por propio mandato de la Constitución. Son derechos que no se pueden negar, pero donde sí se pueden establecer limitaciones a su ejercicio por parte de cualquier persona respetando no obstante su contenido constitucionalmente declarado (STC 236/2007)<sup>336</sup>, estos derechos serían: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica (STC 107/1984)<sup>337</sup>, el derecho a la tutela judicial efectiva

---

*España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. TOMO I. Gobierno de Cantabria, 2003, p. 493.

<sup>332</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El derecho al trabajo”, *op. cit.*, p. 21.

<sup>333</sup> DE LUCAS, “Una oportunidad”, *op. cit.*, p. 41.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>335</sup> CHARRO BAENA, *Las autorizaciones*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>336</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre.

<sup>337</sup> STC 107/1984, de 23 de noviembre.

(STC 99/1985)<sup>338</sup>, el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 144/1990<sup>339</sup> y 236/2007) el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990), el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo religión o cualquier condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000)<sup>340</sup>, el derecho de reunión y manifestación (STC 236/2007), el derecho de asociación (STC 236/2007), la educación básica obligatoria y de otros niveles superiores (STC 236/2007), el derecho de sindicación (STC 236/2007), el derecho de huelga (STC 259/2007)<sup>341</sup>.

Después hay otros derechos que pueden depender de la situación legal y administrativa de los migrantes, serían el derecho al trabajo (STC 107/1984), el derecho a la salud (STC 95/2000)<sup>342</sup>, el derecho a percibir una prestación por desempleo (STC 130/1995)<sup>343</sup>, y con matizaciones el derecho de residencia y desplazamiento en España (STC 94/1993, STC 242/1994 y STC 24/2000)<sup>344</sup>.

Por lo que hace a los deberes de los extranjeros tanto de los que se encuentran en situación regular como irregular nos centraremos en el deber de trabajar. Un deber que tiene su fundamento en la propia Constitución al concretar el art. 35. 1 CE que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo”. Precepto que aún planteando dudas de interpretación podemos sacar algunas conclusiones. En primer lugar, el deber de trabajar que aquí se incluye no se puede relacionar ni con las prestaciones obligatorias del art. 30 CE, ni con el trabajo forzado del art. 25.2 CE, se articula más bien como una habilitación al legislador para que, dentro de los límites que establece la propia Constitución, pueda establecer deberes individuales específicos, que en materia laboral se circunscriben a la prestación por desempleo y al subsidio por desempleo<sup>345</sup>. Y que se desenvuelve en la

---

<sup>338</sup> STC 99/1985, de 30 de septiembre.

<sup>339</sup> STC 144/1990, de 26 de septiembre.

<sup>340</sup> STC 137/2000, de 29 de mayo.

<sup>341</sup> STC 259/2007, de 19 de diciembre.

<sup>342</sup> STC 95/2000, de 10 de abril.

<sup>343</sup> STC 130/1995, de 11 de septiembre.

<sup>344</sup> STC 94/1993, de 22 de marzo. STC 242/1994, de 20 de julio. STC 24/2000, de 31 de enero.

<sup>345</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Artículo 35”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I. Directores: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, María Emilia Casas Baamonde. Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid. 2018, pp. 1189-1190.



obligación de “cumplir con las exigencias del compromiso de actividad” (art. 299. c) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante LGSS). Dicho compromiso de actividad implica, entre otras obligaciones, el de aceptar una colocación adecuada (art. 300 LGSS), que de conformidad con el art. 41.1 LE, se dirige a solicitantes y beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo. Siguiendo con ello, la normativa orgánica de extranjería determina que los extranjeros tendrían derecho a acceder al sistema de la seguridad social, pero lo circunscribe a aquellos extranjeros residentes reuniendo los requisitos previstos en la legislación de extranjería (art. 10 LOEX) que queda asimismo garantizado por el art. 14 LOEx. al disponer del mismo tratamiento entre extranjeros residentes y españoles en relación al derecho a acceder a prestaciones y servicios de la Seguridad Social. Por lo tanto, los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a prestaciones o subsidios de desempleo y será en ese momento, como solicitante o beneficiario de la prestación o subsidio, cuando será exigible, de conformidad con la obligación de suscripción del compromiso de actividad, que para el acceso o mantenimiento de dicha protección se tenga el deber de trabajar<sup>346</sup>. Derivado de ello, no cumplir con las exigencias del compromiso de actividad, salvo causa justificada, que lo conforma el compromiso que adquiere el solicitante o beneficiario de la prestación de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en accesiones específicas de motivación, información, orientación, formación reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad (art. 300 LGSS), comportaría una sanción leve (art. 24.3. c) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en adelante LISOS), a no ser que la conducta encaje en una sanción grave como sería rechazar una oferta de empleo adecuada (art. 25.4. a) LISOS). Tanto una como otra infracción conllevaría la imposición de una sanción que podría comportar la pérdida temporal o la extinción de la prestación (art. 47.1. a) y b) LISOS). Las consecuencias que podrían surgir en estos supuestos van más allá de las que se han enunciado. La pérdida temporal o extinción de la prestación podría afectar a la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, ya que una de las circunstancias que la motivan es tener derecho a una prestación contributiva de desempleo (art. 38.6. b) LOEx.). En la práctica este deber se conjuga con el tener en cuenta el querer o haber querido trabajar y sus posibles consecuencias, ya que para la renovación de las

---

<sup>346</sup> MONEREO PÉREZ, JL.; MOLINA NAVARRETE, C.; QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2016, pp. 434-446.

autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, cuando el trabajador haya tenido un periodo de actividad laboral de al menos tres meses por año, se exige, entre otros requisitos, que el trabajador extranjero haya buscado activamente empleo, mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo (art. 71.2. c) RELOEx.). No obstante, hay que considerar que a efectos de la renovación y de conformidad con el literal de este precepto, el requisito de la búsqueda activa de empleo se cumpliría con la inscripción. La misma conclusión habría que sacar del supuesto del art. 71.2. f) RELOEx., en desarrollo del art. 38.6.d) LOEx., que para la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena el trabajador ha de acreditar que haya buscado activamente empleo.

Por lo que hace al deber de trabajar respecto a los extranjeros en situación irregular en relación a la materia aquí estudiada cabe decir que no les sería exigible, por un simple hecho de opción legislativa, criticada desde una perspectiva de la tutela efectiva de los derechos sociales del trabajador en situación irregular, que si bien aquí la tratamos como deber, es la consecuencia de negar un derecho, el de obtener prestaciones por desempleo, que es el que fundamenta el deber de trabajar aquí tratado<sup>347</sup>. Ello es así porque si bien se determina que la carencia de autorización de residencia y trabajo para trabajar no invalida el contrato de trabajo en relación a los derechos del trabajador extranjero, sí se le excluye del acceso a prestaciones por desempleo (art. 36.5 LOEx.).

#### **4.4. El derecho al trabajo de los extranjeros en situación regular o irregular, y el respeto a las condiciones mínimas de trabajo**

El derecho al trabajo es un derecho básico que el art. 35.1 CE lo acompaña de una serie de derechos suplementarios que no se confunden con este y que lo hacen más fácil de delimitar en cuanto a su contenido y alcance<sup>348</sup>.

El derecho al trabajo comprende, tal y como dejó acuñado la temprana STC 22/1981<sup>349</sup>, no solo la libertad de trabajar, además se le añade el derecho a un puesto de trabajo, asimismo, se

---

<sup>347</sup> *Ibid.*, p. 436.

<sup>348</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO, “Artículo 35”, *op. cit.*, p. 1227.

<sup>349</sup> STC 22/1981, de 2 de julio.

desenvuelve en una doble vertiente individual y colectiva, reconocidas en el art. 35.1 y 40.1 CE. La primera comprende el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo, teniendo en consideración los requisitos necesarios de capacitación, y el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, lo que viene a reconocerse como el no poder ser despedidos sin existir una causa justa. En el plano colectivo comportaría un mandato a los poderes públicos para llevar a cabo una política orientada al pleno empleo.

La cuestión que cabe plantearse, orientándose al objeto de esta investigación, es quién realmente es el titular de estos derechos reconocidos en el art. 35.1 CE. En el caso concreto del derecho al trabajo ya se dejó constatado que desde un punto de vista constitucional es permitida la desigualdad entre españoles y extranjeros (STC 107/1984)<sup>350</sup>, comportando este pronunciamiento que se pueda llegar a la conclusión de que los extranjeros, ya se encuentren en situación regular<sup>351</sup> o irregular, carecen del derecho al trabajo, en el sentido de acceder a un puesto de trabajo en las mismas condiciones que los españoles, y que tampoco hay tratado ni ley que establezca esa igualdad, por ello es permisible que se les pueda establecer condicionantes para acceder a una actividad laboral.

Por otro lado, el derecho al trabajo está configurado en la Ley de extranjería como un derecho solo al alcance de los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en la misma Ley Orgánica y en sus normas de desarrollo (art. 10 LOEx.). Por lo tanto, no es un derecho con alcance general que comprenda a migrantes en situación regular e irregular. Este derecho así descrito en la LOEx. comporta la posibilidad de ejercer una actividad remunerada, sea por cuenta ajena o propia, y además también conlleva el derecho de acceso al sistema de la Seguridad Social de conformidad con la legislación vigente. Hay que aclarar que el art. 10 LOEx. no es un precepto de carácter orgánico (DF 4ª. 2 LOEx.) y donde el legislador ha hecho condicionar el Derecho al trabajo y a la Seguridad Social de los extranjeros a un régimen administrativo que se articula a través de un sistema de autorizaciones que son las que van a otorgar el derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena y acceder al sistema de la Seguridad Social. Es decir, si el art. 35 CE declara que todos los

---

<sup>350</sup> STC 107/1984, de 23 de noviembre.

<sup>351</sup> Por el hecho de poseer una autorización para residir temporalmente en España pero que no permite el ejercicio de una actividad laboral, por ejemplo, la autorización de residencia temporal no lucrativa (art. 31.1, 2 LOEx. y 46-51 RELOEx).

españoles tienen el derecho al trabajo sin ningún tipo de restricción, el art. 10 LOEx. lo que hace es que para su efectividad las personas extranjeras deben cumplir con las exigencias de la autorización y que al mismo tiempo, aún estableciéndose en el art. 10 LOEX. como título el Derecho al trabajo y a la Seguridad Social, si uno se adentra en el precepto no se reconoce un derecho al trabajo como tal, sino a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, que es lo que deriva del efecto de la posesión de una autorización para trabajar, a lo que se le añade otro requisito previo y condicionante al derecho al trabajo de los extranjeros como es el de la prioridad de la situación nacional de empleo<sup>352</sup>.

Por lo tanto, constitucionalmente se permite la posibilidad de establecer condicionamientos de acceso al trabajo para trabajadores extranjeros y con ello no se garantiza la igualdad de acceso al empleo, dicho de otra forma, no existen las mismas oportunidades respecto los extranjeros para acceder a un puesto de trabajo<sup>353</sup> y, por lo tanto, es permisible un diferente tratamiento en relación con las personas trabajadoras españolas, que es donde se rompe el principio de igualdad, solo respetado con aquellos extranjeros que cumplan los requisitos establecidos en la LOEx., donde se extiende como un principio básico de la política migratoria y se asegura la igualdad de derechos como fundamental para la integración social de las personas migrantes<sup>354</sup>. Como decíamos, a esto también hay que añadir otro tratamiento desigual en el momento que se hace contemplar que para la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo para trabajadores por cuenta ajena se ha de tener en cuenta a la situación nacional de empleo (art. 38. 1 LOEx.). Y que también se evidencia como un principio en la ordenación de los flujos migratorios laborales que se realizará de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo (art. 2 bis.2.b) LOEx). Todo ello se enmarcaría en una preferencia por la contratación de trabajadores nacionales en detrimento de los trabajadores extranjeros.

Pero no se está diciendo con esto que las personas migrantes no puedan tener derecho al trabajo, sino que el legislador puede añadir condicionamientos a la hora de acceder al trabajo

---

<sup>352</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.; TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “Artículo 10. Derecho al Trabajo y a la Seguridad Social”, en la obra colectiva: *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social*. Dirección y Coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fernández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, Granada, 2012, p. 203.

<sup>353</sup> RAMOS QUINTANA, M.: *El trabajo de los extranjeros en España*. Ed. Tecnos. 1989, Madrid, p. 161.

<sup>354</sup> MONEREO PERÉZ, “Las políticas”, *op. cit.*, p. 32.

como que también no tiene porque adoptarlos, con esto se está subrayando que hay derechos que pueden estar al alcance de las personas migrantes pero es una opción del legislador. Lo que sí tendrá que tener en cuenta el legislador es la inevitable conexión existente entre migración y mercado de trabajo<sup>355</sup>, que es lo que comporta al fin y al cabo una “laborización de la política de inmigración”<sup>356</sup> que termina por ampliar la protección de los derechos de los trabajadores extranjeros. Ello comportaría una visión más garantista del respeto a los derechos humanos y menos desde un punto de vista de control y utilización instrumentalizada e interesada de mano de obra de las personas migrantes. Además de tener en consideración a las personas migrantes como una “realidad del ámbito laboral”, también como persona y del respeto a sus derechos humanos, “no solo como seres económicamente útiles, sino también seres humanos con derechos”<sup>357</sup>. No se puede negar que el acceso al trabajo para la gran mayoría de personas es indispensable para tener una vida digna, el trabajo es necesario para obtener un mínimo de ingresos que serán los indispensables “para desarrollar una vida en condiciones de dignidad” y que el trabajo es una manifestación del hombre que tiene su fundamento en la propia dignidad<sup>358</sup>.

Donde parece que sí operará la igualdad de trato entre extranjeros y españoles será una vez celebrado de forma válida ese contrato de trabajo<sup>359</sup>. Así lo dejó entrever la STC 107/1984<sup>360</sup> al determinar que si bien respecto al acceso al trabajo no había tratado ni Ley que estableciera la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, sí “lo hay para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación, con excepciones”. Respecto a estas “excepciones” a las que hace referencia el máximo intérprete de la Constitución, parecería dejar esclarecer de forma implícita que incluso producida la contratación, y en cumplimiento

---

<sup>355</sup> Ya se advierte en MONEREO PÉREZ, J.L.; TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “El modelo de política jurídica de inmigración y mercado de trabajo en España”. *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, núm. 29/2012, Ed. Lex Nova, p. 1.

<sup>356</sup> Citado en ROJO TORRECILLA, E.; CAMAS RODA, F.: “Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas”. *Revista Temas Laborales*, núm. 104, 2010, p. 15.

<sup>357</sup> ROJO TORRECILLA, “Inmigración y derechos humanos”, *op. cit.*, p. 57.

<sup>358</sup> GOIG MARTÍNEZ, JUAN MANUEL.: *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional jurisprudencial y legislativa*. Ed. Universitas Internacional S.L. Madrid, 2004, p. 140.

<sup>359</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “Artículo 23. Actos discriminatorios”, en la obra colectiva: *Comentario a la Ley y el Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. Dirección y Coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fernández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, Granada, 2002, p. 369.

<sup>360</sup> STC 107/1984, de 23 de noviembre.

incluso de los tratados internacionales y las leyes, podría haber trato desigual y que ello sería conforme a nuestra Constitución<sup>361</sup>. De hecho, de una lectura detenida del Convenio núm. 97 de la OIT<sup>362</sup>, -y se cita este habiendo otros más garantistas en la igualdad de trato y oportunidades como el núm. 143 no ratificado a día de hoy por España-<sup>363</sup>, que tiene como título “Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado)” de 1949, dispone que los Estados se obligan a aplicar en paridad de tratamiento respecto a los nacionales una serie de derechos (art. 6), pero que se realizará siempre que estos derechos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas. Por lo tanto, la excepción a la igualdad de trato que hace el propio Convenio, admitida según el Tribunal Constitucional también por la propia Constitución, nace desde el mismo momento en que para garantizar el tratamiento igualitario de estos derechos se condiciona a que los mismos han de estar regulados en la legislación nacional<sup>364</sup>.

Siguiendo con lo anterior, cuando el trabajador migrante celebra ese contrato de trabajo operará la igualdad de trato respecto a los españoles. Es en ese momento donde el Derecho del trabajo adquiere su máxima expresión y actuará cuando el migrante adquiere la condición de trabajador<sup>365</sup> en un sentido jurídico-formal, es decir, la igualdad solo será posible una vez celebrado el contrato de trabajo y no antes, donde vemos que se establecen dos dimensiones de tratamiento, la primera en plano de desigualdad, que es en el momento anterior al contrato

---

<sup>361</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros”, en la obra colectiva: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*. Coordinadores: María Emilia Casas, Federico Durán, Jesús Cruz. Ed. La Ley, Madrid, 2006, p. 538.

<sup>362</sup> Tres son las normas básicas sobre las condiciones de trabajo de los extranjeros una vez producida la contratación. El Convenio núm. 97 sobre los trabajadores migrantes (revisado), junto con el Convenio núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), ratificados por España el 23 de febrero de 1967 y el 26 de octubre de 1967, respectivamente, junto con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, art. 15.3 “Los nacionales de terceros países autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.”

<sup>363</sup> Convenio núm. 143 sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), de 1975, que tiene como objeto las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes.

<sup>364</sup> CRUZ VILLALÓN, “Los derechos”, *op. cit.*, p. 543.

<sup>365</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo.” *Revista Temas laborales*, nº. 59, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2001, p. 26.

de trabajo, la segunda en absoluta igualdad, respecto a las condiciones de trabajo que es cuando el trabajador adquiere esa condición jurídica<sup>366</sup>.

Remitiéndonos a la LOEx, y respecto a esa igualdad de trato entre extranjeros y españoles una vez celebrado de forma válida el contrato de trabajo, hay que empezar por reseñar que el art. 3.1 LOEx. viene a establecer un criterio interpretativo general respecto a los derechos de los extranjeros y la interpretación de las normas, donde se concreta que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce la LOEx. en condiciones de igualdad con los españoles, pero atención, la LOEx. no extiende derechos por igual a extranjeros en situación regular e irregular, ya que hay derechos que solo reconocerá dependiendo de la situación administrativa concreta de la persona extranjera. Esto lo vamos a ver en el art. 23 LOEx. donde se incluyen una serie de actos discriminatorios y donde el apartado c), que incluye aquellos con contenido laboral, solo los referencia respecto a aquellos extranjeros que se encuentren regularmente en España, y que serán todos aquellos que impongan de forma ilegítima al extranjero, por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad, condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como cualquier otro derecho reconocido en la misma legislación orgánica. Asimismo, en el apartado e) del referido artículo, que hace relación a la discriminación indirecta, se contempla como tal, todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad. Respecto a estos actos discriminatorios que específicamente lo referencian, además de otros, a la concreta condición de extranjero, parte de la doctrina considera que produciría un efecto extensible que abarcaría a los migrantes en situación irregular: “al vincularse la prohibición a la mera condición de extranjero, es oportuno interpretar que tal regla de tutela antidiscriminatoria se extiende también al trabajador en situación irregular sin permiso de trabajo”<sup>367</sup>.

---

<sup>366</sup> RAMOS QUINTANA, M.: “Trabajadores extranjeros e integración social.” *Revista Temas laborales*, nº. 54, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2000, p. 35.

<sup>367</sup> CRUZ VILLALÓN, “Los derechos”, *op. cit.*, p. 553.

Lo que si incorpora la LOEx respecto a los migrantes en situación irregular es una garantía (art. 36.5 LOEx.), donde se le está reconociendo con ello un “estatus laboral asimilado”<sup>368</sup>, y que hace referencia a aquel extranjero en situación irregular que trabaja sin cumplir los requisitos necesarios para ello, para que no se vea privado de sus derechos laborales en el mismo momento que realiza una prestación de trabajo, ya que por imperativo legal esa carencia de autorización de residencia y trabajo “no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”, pero también habrá excepciones, ya que el mismo precepto orgánico determina expresamente que el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Con esto se quiere decir que al extranjero en situación irregular que trabaja sin cumplir los requisitos establecidos en la normativa no se le invalidará el contrato de trabajo en lo que hace referencia a sus derechos como trabajador y por ello el empresario ha de cumplir con todas las obligaciones que emanan de un contrato de trabajo celebrado de forma válida<sup>369</sup>. Derechos que en sentido amplio también alcanzarían el de la protección eficaz de su seguridad y salud, que viene a reforzarse con el sustento jurídico de la conjugación de los arts. 36.5 LOEx. y del art. 14 LPRL que contiene el “Derecho a la protección frente a los riesgos laborales”, y el art. 4.2.d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante LET), del derecho de los trabajadores en la relación de trabajo “a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales”<sup>370</sup>. A esto se añade que frente una situación de riesgo para la seguridad y salud de un trabajador extranjero en situación irregular, comprobada por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se puede iniciar un expediente sancionador que afectaría a la propia materia preventiva y de extranjería<sup>371</sup>. Esto es, se desprende que el extranjero también adquiere la condición de trabajador jurídico-formal desde el momento mismo que hay realización de trabajo. Los derechos laborales emanan de la realización del trabajo realizado y no estrictamente de la formalización del contrato de trabajo<sup>372</sup>. Será donde

---

<sup>368</sup> *Ibid.*, p. 535.

<sup>369</sup> MORENO VIDA, M. N.: “Artículo 36. Autorización de residencia y trabajo”, en la obra colectiva: *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. Dirección y coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fernández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, 2ª Edición, Granada, 2012, p. 626.

<sup>370</sup> CAMAS RODA, F.: “El pasado”, *op. cit.*, p. 145.

<sup>371</sup> MARTÍNEZ ASO, M.: *La eficacia de la protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros*. Tesis doctoral, 2013, p. 349.

<sup>372</sup> CHARRO BAENA, “Capítulo XIV”, *op. cit.*, pp. 972-973.



el derecho del trabajo va a operar otorgándole protección jurídica desde ese instante y que como consecuencia de ello no hará desaparecer los derechos que al trabajador extranjero corresponden, y que el legislador incluye para evitar los perjuicios que pueda provocar una declaración de nulidad del contrato<sup>373</sup>, como así se venía declarando jurisprudencialmente por carecer el extranjero en situación irregular de capacidad, o como sanción de nulidad por vulneración de normas imperativas<sup>374</sup>, y que la doctrina había considerado como muy discutible, por un lado, esta claro que la obtención de la autorización de residencia y trabajo es un requisito necesario para dar validez al contrato de trabajo, pero es muy cuestionable que se pueda supeditar la capacidad laboral para contratar a un acto administrativo si se tiene en cuenta que en la gran mayoría de los casos quien se beneficia de esta situación es el empresario infractor<sup>375</sup>.

---

<sup>373</sup> RAMOS QUINTANA, “Trabajadores extranjeros”, *op. cit.*, p. 54.

<sup>374</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7/2004, núm. 8/2004, Ed. Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor, p. 1.

<sup>375</sup> CAMÓS VICTORIA, I.: “L’atribució d’efectes jurídicolaborals a la relació empresari-treballador en què falta el permís de treball”. En la obra colectiva: *La immigració a Catalunya Avui. Anuari 2002*. (AJA, E. y NADAL, M., Editors). Ed. Mediterrània, 2003, p. 161.



## **II. VÍAS DE MIGRACIÓN REGULAR A ESPAÑA DE EXTRANJEROS CON EL OBJETIVO DE TRABAJAR O EMPRENDER UNA INICIATIVA EMPRESARIAL**

El objeto de este título es el estudio de las vías legales de acceso a España para trabajar, sea por cuenta ajena, sea para emprender una iniciativa empresarial. Se hace desde un punto de vista científico, con un estudio de la doctrina y de la jurisprudencia, y teniendo en cuenta que es una materia donde se conjugan distintas ramas del ordenamiento jurídico.

La razón de la inmigración mayoritariamente radica en el desplazamiento para trabajar, la mayoría de migrantes parten de una motivación para desplazarse que surge de la necesidad por trabajar y que tiene como fin último tratar de conseguir una vida digna, esta sería la principal causa de radicarse en otro país distinto al de origen. Es una situación de necesidad que es donde reside el motivo de su desplazamiento. La normativa de extranjería tiene en consideración estos factores, por ello que sea una normativa que mayoritariamente esté configurada para regular el estatuto jurídico de los inmigrantes, desde su integración, el alcance de sus derechos y especialmente las vías legales de acceso a España para trabajar. Podríamos decir que el “núcleo”<sup>376</sup> del régimen general de la normativa de extranjería está pensado para aquellos extranjeros que vengan a España para trabajar.

La normativa española de extranjería en esta materia parte por regular un régimen marcadamente administrativo por el que se articulan una serie de vías de acceso. El fenómeno de la inmigración, o no tan ya fenómeno, que si bien partía de la necesidad de los propios migrantes y que con el tiempo también ha ido evolucionando a una necesidad de los Estados por atraer a la migración mayoritariamente con el objetivo de trabajar, comporta que se haya diseñado una compleja regulación partiendo de un principio básico, podríamos llamarlo como tradicional, como es el de la preferencia por el mercado de trabajo nacional. Este régimen articula una serie de vías de acceso a partir de un sistema formado por unas autorizaciones

---

<sup>376</sup> AAVV; CAMAS RODA (Dir.), *Manual, op. cit.*, p. 248.

administrativas que son necesarias previamente al ejercicio de una actividad laboral o profesional. Son autorizaciones singulares, cada una de las vías de acceso se forma a partir de una autorización, que serán las que definitivamente configuren las diversas situaciones de los extranjeros en España.

## **1. NOCIONES BASE: LA ESTANCIA Y LA RESIDENCIA. NOCIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL. LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO**

Hay que partir desde la base, no menos importante que el objeto de estudio de este apartado, que los extranjeros que deseen acceder a España de forma legal lo han de hacer sujetándose a los requisitos de entrada en territorio español establecidos en la LOEx. y su reglamento de desarrollo. Requisitos que determinan desde el lugar por dónde se ha de realizar la entrada, el tipo de documentación necesaria, las prohibiciones de entrada, la documentación que justifique el objeto y las condiciones de la estancia, la acreditación de medios de vida suficientes para el tiempo de permanencia y, de carácter general, la necesidad de estar provisto de visado, con la excepcionalidad del cumplimiento de todos estos requisitos en relación a aquellos extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo o cuando existan razones excepcionales de carácter humanitario, interés público o por el cumplimiento de los compromisos adquiridos por España (art. 25 LOEx.).

A partir del cumplimiento de estos requisitos respecto a la entrada en territorio español, la LOEx. establece dos situaciones en las que podrá encontrarse el extranjero en España: la estancia o la residencia (art. 29 LOEx.). Es decir, una vez que el extranjero entra de forma legal en territorio español y dependiendo básicamente del tiempo de permanencia en el mismo encajará en una de las dos situaciones previstas. Son dos situaciones que vienen configuradas desde la primera LO 7/1985 que parten de tener una base totalmente opuesta en su esencia reguladora<sup>377</sup> y que son las dos situaciones que determinan la posición jurídica del extranjero.

---

<sup>377</sup> ESPINAR; GUZMÁN, *La nacionalidad y la extranjería*, op. cit., p. 157.

La situación de estancia parte de la permanencia en territorio español durante un periodo determinado de tiempo no superior a noventa días (art. 30.1 LOEx). Es una permanencia de corta duración por la que no se permite una estadía de forma estable<sup>378</sup>, que es la diferencia básica respecto a la residencia. Dentro de este régimen de la estancia se incluye la situación particular de los extranjeros que tienen como fin único o principal realizar en territorio español las siguientes actividades de carácter no laboral: cursar estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (art. 33 LOEx. y 37 y ss. RELOEx.).

Por lo que comprende al límite del espacio temporal de noventa días, o lo que se entiende por una estancia de corta duración, se puede alcanzar en un periodo ininterrumpido o por la suma de periodos sucesivos cuya duración total no exceda de los noventa días por semestre a partir de la fecha de la primera entrada (art. 28.1 RELOEx.).

Una vez agotado este periodo de tiempo para permanecer en España será preciso la obtención de una prórroga de estancia o una autorización de residencia (art. 30.2 LOEx.).

Por otro lado, se señala en situación de residencia a los extranjeros que se encuentren en territorio español y sean titulares de una autorización para residir (art. 30.1.bis. LOEx.) Aquí la normativa ya nos indica de una forma expresa que para encajar en esta situación el extranjero ha de hallarse en territorio español y poseer una autorización administrativa que es la que determinará el tiempo permitido para permanecer en dicho territorio y con ello su posición jurídica.

La situación de residencia se diferencia entre temporal o de larga duración (art. 30. bis. LOEx.). La situación de residencia temporal es la que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a 90 días e inferior a cinco años (art. 31.1 LOEx.). Por último, en la situación de residencia de larga duración se difumina el límite temporal al comprender que la misma autoriza a residir y trabajar en España de forma indefinida y en las mismas condiciones que los españoles (art. 32.1 LOEx.).

---

<sup>378</sup> *Ibid.*, p. 157.

En este orden de cosas, el legislador parte por establecer una limitación temporal a la vigencia de la autorización, que es la que determinará la situación particular y administrativa del extranjero. A su vez, y de forma independiente, se le une un elemento espiritual<sup>379</sup> que lo conforma la intención o deseo del extranjero de permanecer durante un determinado periodo de tiempo, pero que ello se verá condicionado al ser la autorización administrativa la que lo determine. Esto es, la normativa de extranjería establece entre las dos situaciones, la estancia y la residencia, un elemento básico que las define, que es el tiempo de permanencia en España, que vendrá autorizado por la Administración con independencia de la intención del extranjero.

La diferenciación de las situaciones se puede ver más nítida, por ejemplo, cuando se desea solicitar la nacionalidad por residencia (arts. 21.2 y 22.1 CC) donde el art. 22.3 CC considera que la residencia ha de ser legal, esto es, con sujeción a la normativa de extranjería. Esto quiere decir que a efectos de considerar la mera estancia o estancia por estudios como residencia legal en España se ha determinado (SAN-CA 118/2015, de 2 de febrero)<sup>380</sup> que atendiendo a la normativa de extranjería, esta diferencia de forma clara la residencia legal de la mera estancia en general y de la autorización de estudios en particular. Por ello, la estancia no puede considerarse por igual a efectos de entender cumplido el requisito de residencia legal. Esto es así porque en orden a la interpretación de la expresión de residencia legal se ha de realizar de forma ajustada a las exigencias de su legislación, lo cual comporta que la permanencia en territorio español se ha de ajustar al régimen de autorizaciones que regula la normativa de extranjería donde esta solo considera como residentes a aquellos que estén en posesión de una autorización de residencia que es diferente a la situación de estancia la cual no es suficiente a efectos de adquisición de la nacionalidad.

Como decíamos, la situación de residencia temporal viene caracterizada por ser la situación que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años. Sin embargo, la residencia temporal, en algunos casos y teniendo en consideración el propósito del extranjero, puede tener un mayor alcance que la simple permanencia en

---

<sup>379</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J.: “El requisito de –residencia- exigido a los extranjeros para el acceso a prestaciones y Servicios públicos: su alcance a la luz de la doctrina del TC.” *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 11/2015, parte Estudios, Ed. Aranzadi, Madrid, 2015, p. 1.

<sup>380</sup> También en: SAN-CA 3508/2014, de 11 de septiembre. STS-CA7589/2009, de 4 de diciembre. STS-CA 8960/2001, de 17 de noviembre. STS-CA 3618/2001, de 3 de mayo.

territorio español durante ese periodo de tiempo, es decir, el extranjero puede tener el propósito, además de residir también el de trabajar, por esta razón la autorización de residencia puede estar ligada, a su vez, a una autorización de actividades lucrativas sea por cuenta propia y/o ajena (art. 31.4 LOEx.).

Con independencia del factor trabajo se podría conceder este tipo de autorización de residencia temporal –esto es, sin estar vinculada a realizar un trabajo por cuenta ajena y/o propia-, al cumplirse una serie de requisitos por parte del extranjero, entre otros, disponer de medios económicos suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia y, si fuera el caso, para los de su familia, durante el periodo de tiempo por el que se desee residir en España y sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral o profesional (art. 31.2 LOEx. y arts. 46 y 47 RELOEx.). Asimismo, también se puede conceder una autorización de residencia temporal en circunstancias excepcionales para los casos de arraigo, que puede ser de carácter laboral, social o familiar, por razones humanitarias, por razones de protección internacional, de colaboración con la Justicia y autoridades administrativas, policiales, fiscales, por razones de interés público o seguridad nacional (art. 31. 3 LOEx. y 123 y ss. RELOEx.).

Por lo que concierne a la autorización de residencia temporal y trabajo, parte central del régimen general de autorizaciones orientado a extranjeros que desean acudir a España para trabajar<sup>381</sup>, hay que señalar que el punto de partida sería el art. 10 LOEx., al reconocer el Derecho al trabajo de los extranjeros, sin embargo han de reunir los requisitos previstos en la normativa para el ejercicio de este derecho. Y es el art. 36 LOEX. el que determina cómo podrán ejercer ese derecho al trabajo los extranjeros, que se vincula a la necesidad de poseer una autorización administrativa previa para residir y trabajar. Este condicionante o requisito previo para el reconocimiento del derecho al trabajo de los extranjeros del art. 10 LOEx. viene a subrayar que el derecho al trabajo<sup>382</sup>, tal y como lo plasma el legislador, no es un derecho de alcance universal para los extranjeros, sino que para poder ejercer una actividad por cuenta ajena o propia es necesario que se posea una autorización que permita residir y

---

<sup>381</sup> AAVV; CAMAS RODA (Dir.), *Manual, op. cit.* p. 248.

<sup>382</sup> Ver en Capítulo III, Título I.

trabajar, sometiendo con ello el ejercicio del Derecho al trabajo a una necesaria autorización administrativa<sup>383</sup>.

En este sentido, la normativa orgánica señala que un extranjero mayor de dieciséis años que desee ejercer una actividad lucrativa, laboral o profesional, necesita una autorización previa de carácter administrativo para residir y trabajar. Esta autorización de trabajo, o condicionante previo, se concede conjuntamente con la autorización de residencia (art. 36.1 LOEx.) y en un mismo procedimiento administrativo<sup>384</sup> con el objetivo de evitar conflictos por descoordinación<sup>385</sup>, y sustituye al anterior permiso de trabajo<sup>386</sup>, sometándose a una previa autorización administrativa, y con ello el derecho al trabajo de los extranjeros, la intención o el deseo de ejercer una actividad laboral o profesional.

Se parte de la necesidad de una autorización previa al trabajo que será concedida cuando se cumplan los requisitos enumerados en las normas, destacando que para su otorgamiento no comporta una conducta “absolutamente discrecional de la administración”, sino que esta debe conceder o denegar la correspondiente autorización en orden al cumplimiento o incumplimiento de los preceptos legales y reglamentarios, añadiéndose a ello la interpretación de dichos preceptos llevada a cabo por el Tribunal Supremo (STS-CA 2201/2004, de 31 de marzo)<sup>387</sup>.

Esta autorización administrativa previa y necesaria para ejercer una actividad laboral o profesional no deja de ser un instrumento de control de la administración, en cuanto esta ejerce un poder de intervención que tiene como finalidad y de carácter general, “el respeto a la libertad y a la iniciativa privada con las exigencias del interés general”<sup>388</sup>. Interés general que, de forma concreta, vendría dado en nuestro caso por la protección del mercado de trabajo

---

<sup>383</sup> MORENO VIDA, M<sup>o</sup>.N.: “Artículo 36”, *op. cit.*, p. 614.

<sup>384</sup> MORENO VIDA, “Artículo 36”, *op. cit.*, p. 614.

<sup>385</sup> ESPINOSA CALABUIG, R.: “El trabajador extranjero en España”, en la obra colectiva: *Nacionalidad y extranjería*. Director: Enrique Fernández Masiá. Ed. Tirant lo Blanc. Valencia, 2018, p. 243.

<sup>386</sup> MORENO VIDA, “Artículo 36” *op. cit.*, 614. También señalado en la DA única de la LO 14/2003, de 20 de noviembre.

<sup>387</sup> También en: STS-CA 7063/1989, de 5 de diciembre. STS-CA 4205/1996, de 9 de julio. STS-CA 7720/1997, de 16 de diciembre.

<sup>388</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*. Ed. Tecnos, Madrid, 2015, p. 658.



nacional, vinculándolo a la situación nacional de empleo<sup>389</sup>, donde la administración se puede ver legitimada para intervenir.

La autorización es un instrumento donde la administración de forma preventiva actúa para controlar que una determinada actividad que se quiere llevar a cabo por un particular es conforme a la legalidad o al interés general, actividad que en nuestro caso se centra en el ejercicio de una actividad laboral o profesional donde la Administración, ejerciendo una actividad de control, actúa sobre un derecho contemplado pero sujeto en su ejercicio a comprobación en relación al tipo y nivel de riesgo que genera<sup>390</sup>. Esta actuación limitativa de derechos que ejerce la Administración viene básicamente fundamentada sobre uno de los principios de la política migratoria que no es otro que el de la ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo.

Sobre la naturaleza de la autorización existe una discusión doctrinal sobre la base de la existencia de un derecho o libertad preexistente, donde la autorización actúa como obstáculo, o por el contrario, la autorización tiene un carácter constitutivo de derechos. Habrían tesis que se posicionan sobre la inexistencia de un derecho preexistente dada la amplísima discrecionalidad de que dispone la Administración para autorizar o denegar determinadas actividades<sup>391</sup>. Frente a ello se interpone otra posición “dependiendo de las peculiaridades estructurales y funcionales de los distintos tipos de autorizaciones existentes”<sup>392</sup>, y que se defiende que no en todos los casos se puede hablar de que no haya un derecho subjetivo preexistente, esto es, el régimen jurídico general de la autorización ha de ser completado según su ámbito de aplicación, los sujetos, el tipo de actividad, etc.<sup>393</sup>

Al hilo de esto último, se defiende que en la autorización administrativa para trabajar sí existe un derecho preexistente contemplado en el art. 10 LOEx., del derecho al trabajo de los

---

<sup>389</sup> MORENO VIDA, “Artículo 36”, *op. cit.*, p. 617.

<sup>390</sup> ESTEVE PARDO, J.: *La actividad de la Administración*, Ed. UOC, Barcelona, 2016, p.18.

<sup>391</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Tomo XIV. Ed. Agencia Estatal Boletín oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 210 y ss.

<sup>392</sup> MORENO VIDA, “Artículo 36”, *op. cit.*, p. 616.

<sup>393</sup> *Ibid.*, p. 212, doctrina italiana que realizó otras aportaciones sobre la naturaleza de la autorización, en que el régimen general debía ser completado con precisiones sobre el tipo de autorizaciones.

extranjeros, además reforzado con el Convenio 97 y 143 de la OIT, y que la limitación administrativa no modifica el derecho al trabajo reconocido a los trabajadores inmigrantes ni afecta a su capacidad<sup>394</sup>.

La jurisprudencia de la Sala de lo social del TS ha caracterizado a la autorización administrativa como una técnica de intervención pública y que se define, de conformidad con la ley, como la que opera en el ámbito de restricción de la libertad de los particulares sin sustituir la actividad de estos y que se presenta en diferentes grados. Esta técnica autorizatoria, que ha de diferenciarse de la prohibición absoluta<sup>395</sup>, suele manifestarse de dos formas; como acto administrativo que levanta una prohibición relativa prevista en una norma de policía, es decir, una prohibición con reserva de autorización, o como control meramente declarativo para el ejercicio de un derecho o facultad preexistente. Admitiéndose que respecto a la autorización de trabajo nos encontraríamos en el primer supuesto<sup>396</sup>, es decir, la autorización administrativa tiene una finalidad constitutiva de derechos no preexistentes<sup>397</sup> donde la autorización lo que hace es levantar una prohibición para trabajar por parte de los extranjeros en España<sup>398</sup>.

De forma general, en la autorización de residencia temporal y trabajo hay que señalar que no es transmisible, no recae sobre un bien, es una autorización de tipo personal que se otorga en función de la persona y respecto sus características; extranjeros mayores de 16 años, que vendrá sometida a la existencia previa de un contrato de trabajo y en algunos casos a la tenencia y homologación de una titulación y a su colegialización, y donde su eficacia viene condicionada al alta del trabajador en la Seguridad Social (art. 36 LOEx.).

---

<sup>394</sup> MORENO VIDA, “Artículo 36”, *op., cit.*, p. 616.

<sup>395</sup> CHARRO BAENA, P.; BELLONCH, P.: *Guía práctica de Contratación Laboral de Extranjeros*. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 40.

<sup>396</sup> Doctrina que viene plasmándose desde hace más de 25 años en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde la STS 8645/1994, de 21 de diciembre. Consolidándose hasta la actualidad: STS 1441/2017, de 24 de marzo. STS 2466/2018, de 12 de junio. STS 4478/2018, de 13 de diciembre.

<sup>397</sup> SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo, op., cit.*, p. 669.

<sup>398</sup> VALDUEZA BLANCO, M<sup>a</sup> D: *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*. Ed. Lex Nova, Madrid, 2008, p. 213.

## **2. ACCESO Y RESIDENCIA A ESPAÑA PARA TRABAJAR POR CUENTA AJENA: CUESTIONES PREVIAS: UNA TRIPLE NECESIDAD EMPRESARIAL, ESTATAL Y DEL MIGRANTE**

En este proceso por el que se acude a una vía legal de acceso a España de extranjeros para trabajar, lejos de una concepción estereotipada, actúan tres sujetos: empleador, Estado y migrante, tres sujetos que lo que tienen es una necesidad, necesidad que vamos a pasar a detallar. En primer lugar, desde un punto de vista económico encontramos al empresario, cuando activa una vía de acceso es porque tiene la necesidad, pasado el filtro previo de la prioridad del mercado de trabajo nacional, de contratar a trabajadores extranjeros, ya que internamente no puede encontrar a un perfil adecuado o disponible de trabajadores y por ello tiene la necesidad de un factor de producción; el trabajo, para que puedan llegar al mercado los bienes y servicios necesarios para el consumo<sup>399</sup>, que como consecuencia de ello obtendría un beneficio que es lo que hará sustentar la viabilidad y con ello la permanencia de la empresa. Por otro lado, la necesidad también se observa en el Estado, este necesita que las empresas produzcan, que pongan a disposición bienes y servicios para satisfacer las distintas necesidades, y que haya crecimiento económico y pleno empleo. La carencia de trabajadores necesarios para la obtención del producto final de las empresas comporta un elemento esencial para el bienestar económico de las sociedades. Es por ello que el Estado ha de intervenir para aportar la mano de obra necesaria que pueda sostener a las empresas y a su economía. En este sentido, la necesidad se traslada en la intervención del Estado para incorporar a trabajadores extranjeros, y que en la práctica comporta facilitar vías legales de acceso de extranjeros con el objetivo de trabajar. No solo estableciendo o recurriendo a las ya implantadas vías legales para reclutar a trabajadores extranjeros en el exterior, también a través de otras fórmulas, como por ejemplo; habilitando a trabajar a menores extranjeros en edad laboral<sup>400</sup>, en la que la concesión de una autorización de residencia expedida a favor de menores extranjeros habilitaba al mismo tiempo para el ejercicio de una actividad laboral por cuenta ajena. U otras vías de acceso con una necesidad de empleo más clara, como por

---

<sup>399</sup> SALA RIOS, M.: HINTZMANN COLOMINAS, C.: *La empresa: producción, costes y maximización de beneficios*. Ed. FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2015, p. 7.

<sup>400</sup> Instrucción 1/2020 de la Secretaría de Estado de Migraciones por la que se habilita a trabajar a menores extranjeros en edad laboral.

ejemplo, las establecidas en el RD 13/2020<sup>401</sup>, que favorece la contratación temporal de trabajadores en el sector agrario mediante medidas de flexibilización del empleo, como la que se dirige a alargar la vigencia de una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena que no deja de ser un reconocimiento de regularidad temporal de aquellos que podrían pasar a una situación de irregularidad<sup>402</sup>. Vía que también permite a que se acojan jóvenes nacionales de terceros países que se encuentren en situación regular entre los 18 y 21 años, y que finalmente, al ser contratado en este sector, se les pasa a conceder una autorización de residencia y trabajo con vigencia de dos años, renovables por otros dos<sup>403</sup>. Todo esto para hacer frente a la reducción de mano de obra en el sector agrario producida como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y que pudo poner en peligro el abastecimiento alimentario de los ciudadanos. O las vías que prorrogan de forma automática autorizaciones de residencia y/o trabajo de extranjeros, como la establecida en la Orden SND/421/2020<sup>404</sup>, que si bien su objeto es hacer frente a la imposibilidad de presentar solicitudes de renovación de las autorizaciones y con ello aportar la debida seguridad jurídica, tras ello también esconde favorecer la situación de los empleadores, especialmente del sector de la agricultura<sup>405</sup>. U otra vía de acceso al trabajo que también va dirigida a inmigrantes que se encuentran residiendo en España y que se circunscribe, de forma excepcional, en priorizar los expedientes administrativos de autorizaciones de residencia y trabajo mediante el impulso de mecanismos de agilización administrativa también vinculado a la homologación de titulaciones sanitarias o al reconocimiento de competencias profesionales, o medidas de flexibilidad para la contratación excepcional de trabajadores en el ámbito de la salud para

---

<sup>401</sup> Art. 2 del Real Decreto Ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario.

<sup>402</sup> ROJO TORRECILLA, E.: *Sigamos hablando de la inmigración (antes, durante y después del Covid-19). Lecturas recomendadas (y una nota previa)*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 10/04/2020. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/04/sigamos-hablando-de-la-inmigracion.html>

<sup>403</sup> Disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19.

<sup>404</sup> Art. 1 de la Orden SND/421/2020, de 18 de mayo, por la que se adoptan medidas relativas a la prórroga de las autorizaciones de estancia y residencia y/o trabajo y a otras situaciones de los extranjeros en España, en aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

<sup>405</sup> CAMAS RODA, F.: *Comentario a la Orden gubernativa de prórroga automática de las autorizaciones de residencia y/o trabajo de extranjeros*. Blog del autor. 25/05/2020. <https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/prorroga-autorizaciones/ia433>

hacer frente a la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19<sup>406</sup>. Medidas que, como ha señalado de una forma crítica la doctrina más autorizada, guardan una “cierta hipocresía”, teniendo presente las escasas facilidades de las que disponen los migrantes para acceder, permanecer y trabajar en otras ocasiones<sup>407</sup>. Y en último lugar, encontramos la necesidad del inmigrante por trabajar, como factor determinante que mueve a estos a migrar con el objetivo de la búsqueda de trabajo y conseguir como consecuencia del mismo unas mejores condiciones de vida<sup>408</sup>, en definitiva, poder sustentarse económicamente para satisfacer sus necesidades y la de su familia y con ello poder tener una vida digna. Y donde las malas condiciones políticas, económicas, sociales y ambientales que conllevan a la desesperación, hacen recurrir en muchos casos a la migración irregular para buscar medios de subsistencia en otros lugares<sup>409</sup>. Cuestiones que no solo se circunscriben a países subdesarrollados y a la búsqueda de cualquier trabajo, sean cual sean sus condiciones -que en algunos casos será irremediamente la única salida laboral- por el contrario, hoy en día “la mayor parte de la migración está directa o indirectamente vinculada con la búsqueda de oportunidades de trabajo decente”<sup>410</sup>, y la falta de empleos de calidad es uno de los factores que hacen que las personas busquen mejores oportunidades en otros lugares, que en particular afecta principalmente a los jóvenes con formación de los países en desarrollo, esencialmente por la disparidad entre salarios donde en algunos casos la diferencia entre los países receptores y los países emisores llega a ser de 10 a 1, y otros factores que obligan a los

---

<sup>406</sup> Orden SND 232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Y que fue actualizándose gradualmente en la:

Orden SND/299/2020, de 27 de marzo, por la que se modifica la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Orden SND/319/2020, de 1 de abril, por la que se modifica la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

<sup>407</sup> PÉREZ AMORÓS, F.: “Medidas en el ámbito laboral y de seguridad social para paliar los efectos derivados de la COVID-19 en España”. *Revista Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 3, p. 40.

<sup>408</sup> CAMAS RODA, F.: “El tratamiento por la Unión Europea de la inmigración económica por motivos laborales (con las aportaciones de Naciones Unidas adoptadas desde 2016”, en la obra colectiva: *Medidas legales y fiscales para la creación de empresas*. Directora: Ana María Delgado. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2019, p. 432.

<sup>409</sup> Objetivo 2: Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen. *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*.

<sup>410</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular. Aportaciones de la Organización Internacional del Trabajo*. 6 de noviembre de 2017, pp. 1 y ss.

jóvenes en formación a emigrar, como la brecha entre las competencias adquiridas en la educación y el nivel de competencias que exigen los empleos disponibles<sup>411</sup>.

Hay que hacer mención que algunas de estas medidas han servido de apoyo para dar una solución final a los menores extranjeros no acompañados y a los jóvenes extutelados que al cumplir los 18 años desembocaban en una situación de irregularidad sobrevenida y que la doctrina ya había calificado como cuestiones objeto de examen en las posibles reformas en la normativa de extranjería<sup>412</sup>. Así, el RD 903/2021, de 19 de octubre, 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 Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, modifica los arts. 196, 197, 198 del RELOEx., reforma una serie de aspectos que tienen como objetivo final buscar su inclusión e integración, reduciendo la vulnerabilidad y posibilitando que puedan acceder al trabajo a partir de los 16 y tras cumplir los 18 años. Con este objetivo, en cuanto a la residencia del menor extranjero no acompañado, principalmente, se ha simplificado el procedimiento de documentación, reduciendo la imposibilidad de repatriación a noventa días, se ha ampliando la vigencia a dos años y su renovación hasta tres, se ajusta al art. 41.1.j) LOEx. y su apartado 2, en cuanto a la excepción al permiso de trabajo, sin ser necesario un posterior reconocimiento. Por otro lado, se crea un régimen propio para los menores no acompañados que alcanzan la mayoría de edad siendo titulares de una autorización de residencia y documentados, apartándoles del régimen de residencia no lucrativa, y respecto a los menores que llegan a los 18 años sin documentar se establece un nuevo sistema para documentarles y que puedan acceder a una autorización para residir y trabajar, extendiéndose esta posibilidad para los jóvenes extutelados de entre 18 y 23 años indocumentados.

---

<sup>411</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe sobre el trabajo en el Mundo 2014. El desarrollo a través del empleo*. Resumen ejecutivo. Departamento de Investigaciones, 2014, p. 4.

<sup>412</sup> ROJO TORRECILLA, E.: *Reforma de la normativa de extranjería. La problemática de los menores no acompañados y de los jóvenes extutelados. Texto comparado de los artículos del RD 557/2011 de 30 de abril modificados por el RD 903/2021 de 19 de octubre*. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. 20/10/2021. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/10/reforma-de-la-normativa-de-extranjeria.html>

## 2.1. El punto de partida de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena

Partiendo de la regulación general de la autorización de residencia y trabajo (art. 36 LOEx.), la normativa orgánica ordena de forma diferenciada las propias singularidades de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia (art. 37 LOEx.) y la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 38 LOEx.), y si bien puede entenderse como una regulación que va a permitir a un extranjero residir y trabajar de forma legal en España, estas autorizaciones también van a ser uno de los pilares del sistema español de protección de la mano de obra nacional<sup>413</sup>.

A través de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, institución “estrella” de la regulación, de forma especial porque va a ser la base y marco general de la regulación del resto de las autorizaciones<sup>414</sup> en el que descansarán de forma supletoria las demás autorizaciones para trabajar por cuenta de otro<sup>415</sup>, se articula una vía legal de acceso en la que el legislador ha considerado establecer una condición indispensable para su activación, y es que es el empleador o empresario de conformidad con la definición establecida en el art. 1.2 LET<sup>416</sup>, el que deberá solicitar la autorización (art. 36.4 LOEx. y 67.1 RELOEx.). Esto quiere decir que la vía no se articula por sí sola, al ejercitar el extranjero de forma particular un derecho subjetivo, es necesario e imprescindible que para la activación de esta vía, o de su Derecho al trabajo, el extranjero cuente con un empleador que lo pueda hacer posible. Que sea el empleador el que impulse la vía de acceso comporta que la autorización de residencia y trabajo tenga un doble carácter que afecta tanto al trabajador extranjero como al empleador, y

---

<sup>413</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, M<sup>a</sup>. B.: “Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España”, en la obra colectiva: *Tratado de Extranjería. Aspectos Civiles, Penales, Administrativos y Sociales*. Coordinador: Alberto Palomar. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, p. 311.

<sup>414</sup> ROJO TORRECILLA, E.: *El contenido laboral del nuevo Reglamento de extranjería (I)*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 3/04/2011. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2011/04/el-contenido-laboral-del-nuevo.html>

<sup>415</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, “Régimen jurídico”, *op. cit.*, p. 319.

<sup>416</sup> GARCÍA MURCIA, J.; CEINOS SUÁREZ, A.: “Artículo 51. Procedimiento”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos Quintana. Coordinadora: Gloria P. Rojas Rivero. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 342.

ello comportará, a su vez, una mayor carga de responsabilidad sobre el empleador sobre la posible existencia de una situación administrativa irregular<sup>417</sup>.

Una vez está concretado el sujeto al que corresponde la activación de esta vía de acceso, este, para conseguir definitivamente impulsarla, ha de sujetarse a un procedimiento que viene determinado en parte en la LOEx. y el RELOEx. Es un procedimiento administrativo complejo, que desde la perspectiva de un empleador no es nada fácil, en el que en primer lugar se ha de considerar si se cumplen de forma previa con los requisitos establecidos para poder acudir al mismo.

## **2.2. Un primer requisito: la situación nacional de empleo. Y otra serie de requisitos no menos importantes**

La LOEx. regula en primer lugar un requisito relevante que condiciona la concesión de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, y es que la situación nacional de empleo ha de permitirlo (art. 38.1 LOEx.). La situación nacional de empleo constituye el segundo pilar de la protección de la mano de obra nacional conjuntamente con el sistema de la autorización administrativa para trabajar<sup>418</sup>. Este requisito fundamental revela a su vez el principio básico de la política de inmigración que se persigue en España. De una forma simplificada, pero también muy concluyente, es que es un instrumento de “filtrado de los flujos migratorios de carácter económico”<sup>419</sup> por el que se determina una preferencia para poder trabajar por parte de los españoles, ciudadanos de la UE o residentes autorizados para trabajar<sup>420</sup>. Es un primer condicionante que viene a revelar una prioridad por el mercado de trabajo nacional. Además, tener en cuenta a la situación nacional de empleo no es tampoco

---

<sup>417</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ, Comentario, *op. cit.* p. 642.

<sup>418</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, “Régimen jurídico”, *op. cit.*, p. 273.

<sup>419</sup> CAMAS RODA, F.: “La adecuación de la normativa de extranjería sobre empleo de los inmigrantes respecto de las reformas laborales adoptadas y de la actual situación de crisis económica”. *Revista Relaciones Laborales*, 2/2013, p.17

<sup>420</sup> CHARRO BAENA, P.; SÁNCHEZ TRIGUEROS. C.: “Artículo 40. Supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo, en la obra colectiva: *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social*. Dirección y Coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fernández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, Granada, 2012, p. 746.



una cuestión baladí, evidencia que “es una consecuencia de la progresiva laboralización de la política de extranjería”<sup>421</sup>.

Se puede llegar a la conclusión que este primer requisito viene a ser un medio previo de control y protección del mercado de trabajo doméstico, al vincularse la concesión de la autorización a la condición que lo permita la situación nacional de empleo y que además, como consecuencia de ello, es una herramienta de vigilancia de los flujos migratorios de una forma legal y ordenada que conecta con los principios de la política migratoria<sup>422</sup> consagrado en el art. 2.bis. b) LOEX. que viene a establecer la ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo.

Con todo esto se quiere decir que el acceso de extranjeros a España para realizar una actividad laboral por cuenta ajena se encuentra condicionada básicamente a que existan determinados puestos de trabajo que no puedan ser cubiertos por aquellos que tienen preferencia, sea porque no existe disponibilidad de estos o porque hay una insuficiencia de trabajadores con un perfil adecuado.

Para que se pueda llegar a esta última conclusión el Servicio Público de Empleo Estatal elabora a través de un procedimiento un Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, que se basa en la información suministrada por los Servicios públicos de empleo autonómicos y con la previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración (arts. 38.1 LOEx. y 65.1 RELOEx.) Este Catálogo viene basado en la información disponible sobre la gestión de las ofertas presentadas por los empleadores en los Servicios Públicos de Empleo, y que también tiene en consideración las estadísticas que elaboran las administraciones públicas, con especial importancia a la relativa a personas inscritas como demandantes de empleo (art. 65.1 RELOEx.). Por lo tanto, y en relación a esto último, para que una ocupación sea incorporada en el Catálogo, se tiene en cuenta, más que a un perfil profesional sin demandantes adecuados, también a factores cuantitativos<sup>423</sup> sobre el número de demandantes de empleo, a lo que se le añade que hay ocupaciones que podrán no ser incluidas cuando por su naturaleza

---

<sup>421</sup> ORDÓÑEZ ECHEVERRÍA, J.J.: *Derecho de extranjería (II): autorizaciones y sanciones*. Ed. UOC, 2018, p. 15.

<sup>422</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ, Comentario, *op. cit.*, p. 641.

<sup>423</sup> CAMAS RODA, “La adecuación”, *op. cit.*, p. 17.

puedan ser cubiertas por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios públicos de empleo (art. 65.1 párrafo 6º RELOEx.). Este sistema a día de hoy viene a dificultar la recepción de inmigrantes<sup>424</sup> y la difícil activación de una vía legal de acceso de extranjeros a España para trabajar. Un Catálogo que a día de hoy hace al procedimiento prácticamente inútil, ya que desde hace unos años, especialmente desde el año 2012<sup>425</sup> y hasta la última publicación que se ha tenido acceso en el año 2021<sup>426</sup>, se incluyen en el mismo una serie de ocupaciones residuales que afectan básicamente al sector naval y al deporte profesional, que poco tienen que ver con la realidad del mercado de trabajo y de forma general con la mayoría de las necesidades de las empresas teniendo en consideración cómo está formado el tejido productivo español. Ya advirtió la doctrina sobre la regulación del Catálogo que el legislador tenía la posibilidad de “reducir a la mínima expresión” y si pudiera “incluso suprimir(lo)” en momentos en que la tasa de desempleo fuese elevada, pero que al no atreverse a expresarlo de esta forma traslada la carga de la prueba a empleadores y responsables de los Servicios Públicos de Empleo<sup>427</sup>.

En definitiva, este Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura va a contener una serie de ocupaciones que pueden ser cubiertas a través de la contratación de trabajadores extranjeros, y derivado de ello, la posibilidad de tramitar una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena cuando el empleador necesite cubrir uno de estos empleos. La conclusión más determinante que se puede sacar de todo ello es que se reafirma que no hay libre concurrencia de personas ante una oferta de trabajo, primero se establece la prioridad de ser cubierta una oferta de trabajo con empleo de nacionales, nacionales de Estados miembros

---

<sup>424</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>425</sup> Resolución de 30 de diciembre de 2011, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el primer trimestre de 2012. <https://www.boe.es/boe/dias/2012/01/10/pdfs/BOE-A-2012-360.pdf>

<sup>426</sup> Resolución de 26 de marzo de 2021, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el segundo trimestre de 2021. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7344](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7344)

<sup>427</sup> ROJO TORRECILLA, E.: *El contenido laboral del nuevo Reglamento de extranjería (II)*. 23/04/2011. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. [http://www.eduardorjotorrecilla.es/2011/04/el-contenido-laboral-del-nuevo\\_23.html](http://www.eduardorjotorrecilla.es/2011/04/el-contenido-laboral-del-nuevo_23.html)

de la UE y residentes que estén autorizados para realizar un trabajo por cuenta ajena y ya como segunda opción se tiene en consideración a las personas extranjeras<sup>428</sup>.

Este Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura se elabora de forma trimestral, para cada provincia o demarcación territorial que, en su caso, pueda establecer la correspondiente Administración autonómica, incluidas Ceuta y Melilla, y en el caso de las provincias insulares se podrá establecer para cada isla o la agrupación de ellas (art. 65.1 RELOEx.).

No obstante, el legislador ha configurado una alternativa para salvar el obstáculo de que una ocupación esté necesariamente incluida en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para activar una vía legal de acceso, sería cuando el empleador acredita la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno a través de una “certificación negativa de la gestión”<sup>429</sup>. Esto es, se cumple con el requisito de que la situación nacional de empleo permite la contratación en ocupaciones que no están catalogadas como de difícil cobertura, cuando de la gestión de la oferta se concluya una insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles (arts. 38.2 LOEx. y 65.2 RELOEx.). Esto deberá acreditarse por parte del empleador, y para ello deberá presentar una oferta de empleo en los Servicios Públicos de Empleo, que se ha de realizar de forma precisa y ajustada a los requerimientos del puesto de trabajo, y sin establecer requisitos que no tengan relación directa con su desempeño, esto quiere decir que la oferta incluiría unos requisitos que los establecería libremente el empleador y que pueden hacer referencia a unas determinadas habilidades, certificados, títulos, experiencias, etc., pero no podrá establecer condiciones que no tengan relación directa con el desempeño del puesto de trabajo. Esta formulación puede plantear dudas de su razón, viene motivado porque existía una práctica empresarial donde se introducían aspectos directamente encuadrables a favor de un determinado trabajador extranjero que eran difícilmente justificables<sup>430</sup>. Estos requisitos que no encajarían con el puesto de trabajo ofertado pueden estar relacionados con poseer una determinada fuerza física, experiencia o, entre otros más, del conocimiento de un idioma, sin

---

<sup>428</sup> *Ibid.*, p. 642.

<sup>429</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, “Régimen jurídico”, *op. cit.*, p. 281.

<sup>430</sup> CHARRO BAENA, *Las autorizaciones*, *op. cit.*, p. 92. También en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: Régimen general y contingente”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63. Ed. Ministerio de Trabajo, Madrid, 2006, p. 142.

embargo, sí quedaría justificado cuando el idioma tenga relación con las funciones a desempeñar, como por ejemplo, y por las peculiaridades que ello comporta, cuando el trabajo tenga como función encargarse de menores que hayan residido y nacido en un país con diferente idioma (STSJM-CA 319/2019, de 11 de abril)<sup>431</sup>.

Una vez presentada la oferta, el Servicio Público de Empleo donde se haya realizado la misma, le dará publicidad durante un periodo de tiempo de al menos quince días, con la finalidad de que los trabajadores que residan en cualquier parte del territorio español puedan concurrir. Asimismo, gestionará la oferta de trabajo y, valorando la idoneidad de los candidatos, promoverá el contacto entre el empleador y los demandantes de empleo que se adecúen a la oferta. En el plazo de veinticinco días desde la presentación de la oferta, el empleador ha de comunicar al Servicio Público de Empleo el resultado de la selección de los candidatos presentados (art. 65.2 RELOEx.). De todo ello dos pueden ser las conclusiones del proceso de selección: que hayan concurrido demandantes y que el empleador encuentre al trabajador con el perfil adecuado que encuadre con el puesto de trabajo ofertado, o por otro lado, que se dé el caso de que el puesto de trabajo no pueda ser cubierto. En esta última situación es cuando el Servicio Público de Empleo competente, contemplando que se han respetado las exigencias establecidas en la norma en cuanto a la formulación de la oferta y a los requisitos de la misma, emitirá un certificado constatando la insuficiencia de demandantes en un plazo máximo de cinco días a partir de la comunicación por parte del empleador del resultado de la selección.

Este certificado ha de tener un contenido mínimo que hace referencia a la identificación del empleador y la oferta y sobre el número de puestos de trabajo ofertados y de trabajadores puestos a disposición del empleador, y debe incluir también la cifra de personas inscritas en la provincia como demandantes de empleo para la ocupación de que se trate. El certificado a su vez incluye una tercera parte más discrecional<sup>432</sup> donde, una vez determinada la imposibilidad de cubrir la oferta de empleo, se incluye “una valoración sobre si se trata de una ocupación que podría ser cubierta por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios públicos de empleo”

---

<sup>432</sup> ROJO TORRECILLA, *El contenido laboral (II)*, op. cit.

(art. 65.2.párrf. 6), no agotando el legislador con ello las posibilidades de que la oferta pueda ser cubierta por demandantes de empleo antes que acudir a extranjeros no residentes.

El contenido del certificado, especialmente por lo que hace a la concurrencia de candidatos en el proceso de selección y si finalmente el puesto puede ser cubierto, será muy importante, ya que una vez presentada la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, el certificado será objeto de valoración por la Oficina de extranjería competente para la tramitación de la solicitud de la autorización y podría llegarse hasta tal punto de que fuera denegada por no cumplirse con uno de los requisitos establecidos: el que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero (art. 69.1.a) en relación con el art. 64.3.a) RELOEx.). Con esto también se quiere subrayar que el Certificado expedido por el Servicio Público de Empleo no es vinculante<sup>433</sup> y que la Oficina de extranjería en la valoración del certificado, “tendrá en consideración, especialmente, la relación entre el número de trabajadores puestos a disposición del empleador y el de puestos de trabajo ofertados por éste, así como la valoración de si el puesto podría ser cubierto tras una actividad formativa programada por el Servicio Público de Empleo” (art. 65.2.párrf.8 RELOEx.).

Siguiendo con el impulso de esta vía de acceso, en el momento que se obtiene el certificado de insuficiencia de demandantes es cuando el empleador podrá acreditar la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno, y con ello confirmará que la situación nacional de empleo permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura (art. 65.2 RELOEx.), donde finalmente se cumplirá con uno de los requisitos con mayor relevancia para poder articular una vía legal de acceso a España a través de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

Por último, existen unas excepciones por las que no se tendrá en cuenta a la situación nacional de empleo, y por ello se cumplirá con este requisito cuando el empleador pretenda contratar a una serie de supuestos específicos que dependen de su situación peculiar: los que ya sean

---

<sup>433</sup> PUERTA VÍLCHEZ, J. M.: “Capítulo 7. Autorizaciones de residencia y trabajo”, en la obra colectiva: *Memento Experto Extranjería*. Coordinadores: Blas Jesús Imbroda, Carmen Ruiz. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2019, p. 88.

titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación, los familiares reagrupados en edad laboral, extranjeros nacidos y residentes en España, hijos o nietos de español de origen, entre otros. Otros supuestos que dependen de su situación de vulnerabilidad: determinados refugiados, apátridas, víctimas de violencia de género o trata de seres humanos. Y otros supuestos que dependen de una situación privilegiada; puestos de confianza y directivos de empresas, determinados profesionales altamente cualificados y artistas de reconocido prestigio (art. 40 LOEx.). Además, se autorizará a trabajar sin atender a la situación nacional de empleo a los nacionales de Estados con los que se hayan suscrito convenios internacionales a tal efecto, como pueden ser Chile (art. 7 del Convenio de doble nacionalidad entre España y Chile) y Perú (art. 7 del Convenio sobre doble nacionalidad entre España y Perú), aunque son para casos muy particulares, así como a los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo enrolados en buques españoles en virtud de acuerdos internacionales de pesca marítima (art. 64.4 RELOEx.). En relación al supuesto específico de cargos de confianza para la exención de la situación nacional de empleo, se ha considerado que la ocupación de empleado de hogar no es equiparable a un puesto de confianza de los referidos en la normativa, ya que aún requiriéndose una cierta confianza de la persona que va a ocupar ese trabajo de hogar, más cuando se va a ocupar del cuidado de menores, los cargos de confianza como los directivos de empresas son cargos claramente diferenciados del resto de los empleados, ya sean por sus funciones y posición jerárquica, como por la especial vinculación que tienen con el jefe directo o empleador que es lo que hace que se apliquen condiciones contractuales diferenciadas de las que corresponden al convenio colectivo de aplicación (STSJM-CA 319/2019, de 11 de abril)<sup>434</sup>.

Teniendo en cuenta a este especial requisito de la situación nacional de empleo, que condiciona la posibilidad de que un extranjero pueda entrar y permanecer en España para realizar un trabajo por cuenta ajena, el RELOEx. regula otros requisitos que hacen referencia de forma independiente a la residencia y al trabajo, pero que se han de cumplir de forma conjunta (art. 64 RELOEx.).

Por lo que respecta a la residencia de los extranjeros que se pretenden contratar es necesario que no se encuentren de forma irregular en territorio español, es decir y en relación a esto último, su objeto, al margen de determinadas excepciones como son las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, es que es una regularización en origen<sup>435</sup>. El segundo requisito establecido es carecer de antecedentes penales, tanto en España como en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años, pero por delitos que estén previstos en el ordenamiento jurídico español. Asimismo, no han de figurar como rechazables en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio que haga referencia a ello y, en el caso de que el extranjero haya asumido un compromiso de retorno voluntario a su país de origen, es necesario que haya transcurrido el plazo del compromiso de no regreso a España, y en último lugar, que se haya abonado la tasa por la tramitación de la autorización de residencia temporal (art. 64.2 RELOEx.).

Por lo que hace a los requisitos relacionados con la actividad laboral a desarrollar por los extranjeros que se pretende contratar es necesario –ya dicho- que la situación nacional de empleo posibilite la contratación del trabajador extranjero, que el empleador presente un contrato de trabajo firmado por este y el trabajador o trabajadora que garantice a este último una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, en este caso la autorización inicial tendrá una duración de un año que es el periodo mínimo que se debe garantizar, y en este sentido, la fecha de inicio del contrato deberá estar condicionada al momento de eficacia de la autorización. Respecto al contenido del contrato de trabajo hay que señalar que las condiciones establecidas se han de ajustar a las establecidas en la normativa vigente y al convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría profesional -o grupo profesional- y localidad. Si nos encontráramos con una contratación a tiempo parcial, la retribución ha de ser igual o superior al salario mínimo interprofesional para jornada completa y en cómputo anual. En esta regulación hay que detallar que si bien es posible que se persigan situaciones de desprotección económica, de cotización a la Seguridad Social o de evitar prácticas fraudulentas, la doctrina advirtió que es de difícil encaje teniendo en cuenta la regulación del Salario Mínimo Interprofesional, en que la cuantía se fija para una jornada a

---

<sup>435</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, “Régimen jurídico”, *op. cit.*, p. 319.

tiempo completo y que por ello permite su reducción proporcional en relación al tiempo trabajado como pueda ser en un empleo a tiempo parcial<sup>436</sup>.

Asimismo, el trabajador ha de tener la capacitación y, su fuera el caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión, y que se haya abonado la tasa relativa a la autorización de trabajo por cuenta ajena. Por otro lado, habría otros requisitos que se tendrían que cumplir por parte del empleador y es que este haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de la Seguridad Social y que se encuentre al corriente del cumplimiento tanto de sus obligaciones tributarias como de Seguridad Social, asimismo, también ha de contar con medios económicos, materiales o personales suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador (art. 64.3 RELOEx.).

Respecto a esto último el art. 66 RELOEx. trata de concretarlo y detalla que en caso de que nos encontráramos con un empleador persona física, además de lo referido anteriormente, se ha de acreditar que cuenta con medios económicos suficientes para atender sus necesidades y las de su familia. Sobre este caso especial se declaran unas cuantías mínimas exigibles que se determinan en porcentajes del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (en adelante IPREM) teniendo en consideración el número de personas a su cargo, al que se le descuenta el pago del salario que consta en el contrato de trabajo incluido en el procedimiento.

### **2.3. Un procedimiento complejo que tiende a obstaculizar el acceso a España de extranjeros para trabajar por cuenta ajena**

Si bien como se señalaba anteriormente en el proceso para acudir a una vía legal de acceso a España de extranjeros para trabajar actúan tres sujetos: empresario, Estado y migrante, tres sujetos que en lo que coinciden es una necesidad, esta afirmación la vamos a ver todavía más nítida al contemplar que en el procedimiento de solicitud de la autorización de residencia

---

<sup>436</sup> ROJO TORRECILLA, E.: *Aproximación al contenido de interés laboral del Proyecto de Reglamento de Extranjería. La residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena (I)*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 13/02/2011. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2011/02/aproximacion-al-contenido-de-interes.html>



temporal y trabajo por cuenta ajena serán los tres actores jurídicos imprescindibles para la existencia de la misma<sup>437</sup>.

Por lo que hace al procedimiento de concesión de este tipo de autorización hay que decir que es extenso y laberíntico, el motivo de esta regulación parece ser que en su momento una de las principales razones era reforzar la cultura de la responsabilidad en el ámbito de la contratación<sup>438</sup>. Sin embargo, se hace difícil entender que la responsabilidad se fundamente en excesivos y complejos pasos, a veces innecesarios, que impiden la agilización –y las ganas– de tramitar una autorización de este tipo, y que en la teoría si bien uno de los principales objetivos era el de reforzar la cultura responsabilidad en el ámbito de la contratación, en la práctica, como veremos más adelante, ha evidenciado que queda mucho por hacer.

El procedimiento viene basado en una solicitud por la que se insta una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena para la cobertura de un puesto vacante presentada por el único sujeto legitimado: un empleador o empresario, de forma personal, o a través de quien tenga válidamente atribuida la representación legal empresarial, frente al órgano competente para su tramitación de la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral (arts. 36.4, 38.3 LOEx. y 67.1 RELOEx.). Teniendo en consideración lo que dispone la DA 3ª.1 LOEx. que establece, de forma general, que “cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación”, la norma reglamentaria, en virtud de la previsión que establece la regulación orgánica por la que “se podrán establecer excepciones a la presentación ante el órgano competente para su tramitación o a la necesidad de presentación personal de solicitudes”, señala en la DA 3ª RELOEx. que se deberá presentar “presencial o electrónicamente por el interesado, ante los registros de los órganos competentes para su tramitación”, dando con ello elección al empleador o empresario en la forma de presentación de la solicitud, pero teniéndose que realizar frente a los registros de los órganos que la tramitarán, que sería la oficina de extranjería correspondiente. Con ello nos encontraríamos con la excepción, en primer lugar, de la obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones

---

<sup>437</sup> PUERTA VÍLCHEZ, “Capítulo 7”, *op. cit.*, p. 86.

<sup>438</sup> CAMAS RODA, “La adecuación”, *op. cit.* p. 21

Públicas respecto a determinados sujetos (art. 14.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPACAP) y, en segundo lugar, de la posibilidad de presentación de documentos, por ejemplo, en las oficinas de asistencia en materia de registros, u otros registros habilitados<sup>439</sup> (art. 16.4 LPACAP), pero que sería ajustado a Derecho al encontrarnos con una Ley especial en la que las actuaciones y procedimientos se rigen por su normativa específica y de forma supletoria por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (DA 1ª.2.d) LPACAP).

### 2.3.1. Un paréntesis en el procedimiento: las competencias en materia de inmigración en el caso de traspaso de competencias a las Comunidades autónomas

Cabe decir que la concesión de la autorización inicial de trabajo, en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas de conformidad con las competencias que estas hayan asumido en sus correspondientes Estatutos (art. 38.8 LOEx.). Por lo que la presentación se realizará frente al órgano competente de la CCAA donde vaya a realizarse la actividad laboral cuando a esta se le hayan traspasado competencias en materia de autorización inicial de trabajo<sup>440</sup> (art. 68.2 RELOEx.). Por ejemplo, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, especifica en su art. 138.2 que corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña, pero esta competencia se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros. Esta competencia incluye la tramitación y la resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta ajena o propia (art. 138.2.a) EAC). Y si bien se generó cierta polémica respecto a si se estaba asumiendo una competencia exclusiva del Estado, la STC 31/2010, de 16 de julio, la zanjó, al considerar que la autorización de trabajo es una actuación administrativa de ejecución típica de la materia

---

<sup>439</sup> MARTÍN SANZ, L.V.: *Movilidad, extranjería y nacionalidad*. Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2020, p. 106.

<sup>440</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, “Régimen jurídico”, *op. cit.*, p. 321.

laboral del art. 149.1.7ª CE<sup>441</sup>, como así había considerado la doctrina laboralista aunque no se trate formalmente de legislación<sup>442</sup>.

En el caso de traspaso de estas competencias todo el procedimiento relativo a la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena comporta la presentación de una única solicitud y finalizará con una única resolución administrativa (art. 68.1 RELOEx.), si bien esto sería a la vista del solicitante. Lo que hace que en esta tramitación vaya a haber una presencia autonómica y que esta incida en las decisiones que afectan a la vida laboral de miles de personas<sup>443</sup>. Como decíamos, esto es a la vista del solicitante, porque cuando vamos a las entrañas del procedimiento es bien distinto ya que si bien el órgano autonómico es competente para resolver sobre la inadmisión a trámite, declarar el desistimiento y el archivo de las actuaciones (art. 68.3 RELOEx.), cuando sean causas que afecten a la residencia deberá resolver de acuerdo con el informe preceptivo y vinculante de la Administración General del Estado sobre la concurrencia o no de las causas de inadmisión a trámite. Asimismo, el órgano de la CCAA será el encargado de comprobar el abono de las tasas correspondientes y recabará los informes respecto al cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social por parte del empleador, pero será el órgano competente de la Administración General del Estado el que solicitará los informes de la Dirección General de Policía y de la Guardia Civil y del Registro Central de Penados. Y después de todo ello, -si bien como decíamos el procedimiento finaliza con una única resolución administrativa- son los órganos competentes de la Administración General del Estado (en adelante AGE) y la respectiva CCAA los que deberán dictar, de forma coordinada y concordante, una resolución conjunta denegando o concediendo la correspondiente autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 68.5 RELOEx.). Que en atención a la DA 1ª RELOEx. la competencia para dictar la resolución será ejercida por parte de la AGE, por los Delegados del Gobierno en las

---

<sup>441</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ, Comentario, *op. cit.* p. 645.

<sup>442</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto competencial en las materias de empleo, trabajo y protección social”. *Revista Trabajo y Seguridad Social*, núm. 83, 2006, p.112. Citado en: BASEIRIA, J.; GIRONA, R.; LÓPEZ, C; MARTÍNEZ, M.; ROJO, E.; CAMAS, F. (Coord.): *L'atribució de competències en matèria d'immigració derivades de l'Estatut d'autonomia de Catalunya*. Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms. Barcelona, 2010, p. 30.

<sup>443</sup> ROJO TORRECILLA, E.: *Las competencias en materia de inmigración en la sentencia del TC sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 24/08/2010. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2010/08/las-competencias-en-materia-de.html>

CCAA uniprovinciales y los Subdelegados del Gobierno en las provincias, y por parte de las CCAA, el órgano o autoridad que determinen<sup>444</sup>.

Finalizándose esta estructura compleja en la tramitación del procedimiento, en el que interviene la AGE y las respectivas Administraciones autonómicas, mediante una resolución conjunta. Esta resolución puede ser impugnada frente a cualquier órgano de los que la hayan firmado, pero se resolverá –también– de forma conjunta y concordante por los titulares de los órganos competentes de ambas Administraciones, notificándose a los interesados por el órgano competente de la CCAA (art. 68. 6 RELOEx.).

### 2.3.2. Continuación del procedimiento de solicitud de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena

Siguiendo con el procedimiento, con la solicitud en modelo oficial deberá acompañarse el NIF o, documento público, cuando la empresa esté constituida como persona jurídica, que otorgue su representación legal a favor de la persona física que realice la solicitud. También tendrá que presentarse en modelo oficial el original y copia del contrato de trabajo firmado, donde la Oficina de Extranjería sellará la copia del contrato para que el trabajador extranjero pueda presentarlo en el momento de la solicitud del visado de residencia y trabajo. Esta exigencia de la formalización de un contrato por duplicado firmado por el trabajador y empresario y no de una oferta de trabajo como se exigía en anteriores regulaciones podría tener una finalidad de evitar posible fraudes<sup>445</sup>, pero que es un contrato imaginario ya que la existencia del mismo queda condicionada a que se otorgue una autorización<sup>446</sup>. Otro documento esencial será, si nos acogemos a esta figura, el certificado de insuficiencia de demandantes de empleo. También deberá presentarse la copia del pasaporte completo o documento de viaje en vigor del trabajador extranjero y la acreditación de que se tiene la capacitación y, si fuera el caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión. Y otra serie de documentación que hace relación a la acreditación de

---

<sup>444</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “El trabajador extranjero. El derecho a la Seguridad Social y a la asistencia sanitaria del extranjero”, en la obra colectiva: *El extranjero en el Derecho español*. Editado: LACRUZ, J.M.; MARTÍN, I.; VARGAS, M. Ed. Dykinson, S. L. Madrid, 2019, p. 141.

<sup>445</sup> CAMAS RODA, “La adecuación”, *op. cit.* p. 21

<sup>446</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 109.

la solvencia por parte del empleador, o a la concurrencia de un supuesto específico de los que no se tenga en consideración la situación nacional de empleo (art. 67.2 RELOEx.).

Una vez presentada la documentación exigida se comprueba si existe alguna causa de inadmisión a trámite (art. 67.4 RELOEx.). En relación a esto se remite a las causas que están dispuestas en la LOEx., más concretamente en su DA 4ª que integra una lista extensa de causas de inadmisión a trámite de las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en la misma. Si procede, se pasa a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación por parte de la Administración. Una actuación que se basa en la comprobación de la documentación exigida y de la comprobación de oficio de la información de la AEAT y TGSS, sobre el cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social, y de los informes de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y Guardia Civil y del Registro Central de Penados (art. 67.5 RELOEx.). El órgano competente resolverá a la vista de la documentación presentada y de los informes obtenidos en el plazo máximo de tres meses, el silencio se entiende negativo (DA 1ª.1 LOEx. y DA 13ª RELOEx.). En la resolución se tendrán en cuenta las causas de denegación (art. 69 RELOEx.) que como más relevantes podemos señalar a las que se circunscriben al cumplimiento de los requisitos establecidos para la concesión de la autorización inicial (art. 64 RELOEx.), y a otras que afectan directamente al empleador: cuando pretende cubrir puestos de trabajo que haya previamente amortizado por despido improcedente o nulo, o por extinción por voluntad del trabajador, despido colectivo, despido por causas objetivas, o medidas de suspensión de contratos en relación a los puestos de trabajo que se pretenden cubrir (arts. 50, 51, 52.c) y 47 LET). También es motivo de denegación que el empleador haya sido sancionado mediante resolución firme en los últimos 12 meses por infracción grave o muy grave de conformidad con la LOEx. o en materia de extranjería con el mismo grado de conformidad con la LISOS.

Una vez el órgano competente resuelva de forma motivada y conceda, si cabe, la autorización, su eficacia queda suspendida hasta la obtención del visado y posterior alta del trabajador extranjero en el régimen que corresponda de Seguridad Social, en un plazo de tres meses desde su entrada legal en España y por el empleador que solicitó la autorización (art. 67.7 RELOEx.), queriendo decir esto que la autorización se encuentra sometida a una “triple

condición suspensiva<sup>447</sup>: la concesión del visado, la entrada legal del trabajador extranjero en España y que se produzca el alta en la Seguridad Social (art. 38.3 LOEx.).

#### **2.4. La solicitud del visado. Concesión: contenido y efectos del visado**

De forma general, para que un extranjero pueda entrar en territorio español ha de estar provisto de visado (arts. 25.2, 25.bis LOEx. y 4.1.b), 7 RELOEx.). Estar en posesión del correspondiente visado habilita para entrar y permanecer en España en la situación que hubiese sido expedido<sup>448</sup> (art. 27.2 LOEx.), como es en el caso de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena donde es imprescindible para que esta pueda desplegar plenos efectos (art. 63.1 RELOEx.). De hecho su obtención es determinante al condicionarse al mismo la eficacia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 38.3 LOEx., 637.7 RELOEx.), con ello se quiere decir que sin visado no hay autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena<sup>449</sup>, y ya podemos avanzar que su concesión no es un mero trámite.

Para concederse el visado será necesario que se cumplan con una serie de requisitos por parte del extranjero solicitante. En primer lugar, que sea titular de una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Si fuera mayor de edad penal, que carezca de antecedentes penales en su país de origen o en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años, pero por delitos previstos en el ordenamiento español, que el extranjero no padezca ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005<sup>450</sup>, y que se haya abonado la tasa por tramitación del procedimiento (art. 70.1 RELOEx.).

---

<sup>447</sup> ALONSO-OLEA, “El trabajador”, *op. cit.*, p. 149.

<sup>448</sup> MARTÍN SANZ, *Movilidad*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>449</sup> ALONSO-OLEA, “El trabajador”, *op. cit.*, p. 157.

<sup>450</sup> *Reglamento Sanitario Internacional (2005)*. 3ª Edición. Organización Mundial de la Salud. Ginebra. 2016, p. 61. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246186/9789243580494-spa.pdf?sequence=1>

Se incluyen dos grupos. El primero formado por enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves: viruela, poliomielitis por poliovirus salvaje, gripe humana causada por un nuevo subtipo de virus, síndrome respiratorio agudo severo (SARS). Y un segundo grupo formado por enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves y se pueden propagar internacionalmente con rapidez: cólera, peste neumónica, fiebre amarilla, fiebres hemorrágicas virales (del Ébola, de Lassa, de Marburgo), fiebre del Nilo

Para la solicitud del visado el extranjero deberá realizarla en el plazo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización al empleador interesado. Y deberá de hacerlo de forma personal en la Misión diplomática u Oficina consular en cuya demarcación resida, con la previsión de la excepción cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la misión diplomática u Oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, sin perjuicio de que se pueda requerir su comparecencia y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal (art. 70.2 RELOEx. y DA 3ª LOEx.).

La solicitud del visado deberá ir acompañada del pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses, del certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que se haya residido durante los últimos cinco años, certificado médico en el que se acredite que no se padece ninguna de las enfermedades que puedan tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con el Reglamento Sanitario Internacional de 2005 y copia del contrato de trabajo sellado por la Oficina de Extranjería (art. 70. 3 RELOEx). Salvadas las causas de denegación del visado (art. 70. 4 RELOEx.), la misión diplomática u oficina consular resolverá sobre la solicitud y expedirá el visado de residencia y trabajo en el plazo máximo de un mes (DA 12ª.2 RELOEx.) que deberá recogerlo de forma personal el trabajador en el mismo plazo desde la fecha de notificación y si no se efectúa en el plazo mencionado se entiende que el interesado renuncia al mismo, con lo que se producirá el archivo del expediente (art. 70.5 y 108.3 RELOEx.), transcurrido el plazo para resolver la solicitud se entenderá desestimada por silencio administrativo (DA 13ª RELOEx.).

Pero esto será así en el mejor de los casos, ya que existe una notable incidencia de casos en los que se denegará. Por ejemplo, cuando el solicitante es requerido por parte de la oficina consular o la misión diplomática para mantener una entrevista personal (DA 3ª.2.párrf.3º LOEx. y DA 10ª.4 RELOEx.), la incomparecencia, salvo causa fundada debidamente acreditada frente al órgano competente, en el plazo fijado, que no podrá exceder de quince días, comportará el efecto de considerar al interesado como desistido en el procedimiento. Asimismo, en esta entrevista si los “representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que no se acredita indubitadamente la identidad de las personas, la validez

---

Occidental, otras enfermedades de especial importancia nacional o regional, p. ej., dengue, fiebre del Valle del Rift, y enfermedad meningocócica.

de los documentos o la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión” (DA 10ª.4.párrf. 3º RELOEx.). Se podrá llegar a esta conclusión cuando, por ejemplo, se determine que el solicitante desconoce los extremos fundamentales del contenido de la prestación laboral a la que vincularía el contrato de trabajo, como pueden ser; la duración de la jornada laboral, el desconocimiento de cuáles son las temporadas de recogida de hortalizas y verduras cuando se manifiesta que es su trabajo habitual en esta actividad, o no dar razones para quién ha estado desempeñando tal trabajo en su país de origen (STSJM-CA 810/2017, de 20 de noviembre y STSJM-CA 525/2016, de 12 de julio), también cuando existe una manifiesta falta de formación del trabajo a desempeñar (STSJM-CA 67/2011, de 28 de enero)<sup>451</sup>.

En esta entrevista personal, que tiene como fundamento comprobar la identidad, la validez de la documentación aportada y la veracidad del motivo de solicitud del visado, se formulan una serie de preguntas al interesado, por ejemplo, si ha trabajado alguna vez, quién le ha buscado el trabajo y de qué trabaja, cuánto le van a pagar, por qué va a trabajar en una determinada actividad cuando se tiene la titulación de otra, cuál sería la tarea principal del trabajo a desempeñar (STSJM-CA 241/2018, de 2 de abril), si está casado o casada, cuánto tiempo lleva en España la persona que le ha conseguido el trabajo, datos familiares de esta última (STSJM-CA 1817/2008, de 13 de noviembre). U otra serie de preguntas más particulares que llevarían a la conclusión de que el solicitante no sabe cómo se recoge un tomate (STSJM-CA 810/2017, de 20 de noviembre) el desconocimiento de cómo se cocina un determinado plato pakistaní tradicional o no poder demostrar cuestiones culinarias básicas como no saber cuánto tiempo ha de cocerse un huevo para que la yema esté dura, o que los alimentos no pueden descongelarse y volver a congelarse (STSJM-CA 67/2011, de 28 de enero). Los Tribunales vienen considerando el contenido de estas entrevistas como ajustadas a Derecho al determinar que “las delegaciones diplomáticas, al estar ubicadas o muy cercanas al país de origen del solicitante del visado, conocen mejor su realidad social, jurídica y administrativa y tienen por ello más elementos de convicción que las autoridades nacionales que otorgan la previa autorización de residencia temporal”, pudiendo con ello “proceder al cotejo de los documentos presentados para la concesión del visado, a fin de determinar no solo su autenticidad sino también la veracidad de su contenido” (STSJM-CA 810/2017, de 20 de



noviembre). Esto quiere decir que la función de la misión diplomática u oficina consular frente a la solicitud del visado no se ciñe a una mera comprobación de la documentación aportada o que obra en poder de la Administración, sino que “la posibilidad de que la oficina consular aprecie datos o elementos de juicio novedosos que justifiquen la denegación del visado, solo puede producirse por consecuencia de una actividad instructora más amplia que la mera comprobación documental”, en cuya actividad instructora se encuentra la entrevista personal o una determinada investigación (STS-CA 2995/2013, de 23 de julio)<sup>452</sup>.

El Tribunal Supremo ha considerado que “la concesión del visado viene marcada por la nota de discrecionalidad, tanto si se considera la incidencia del Derecho internacional como la regulación interna”. Pero en referencia a la entrevista personal también se ha determinado que puede ser arbitraria cuando del resultado de la misma no permita dudar de la validez de la documentación presentada, así como de la veracidad del motivo de solicitud del visado. Esto podrá determinarse, en exigencia del deber de motivación de determinados visados (art. 27.6 LOEx.), en la denegación del visado de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando los razonamientos carezcan de toda base o sustento, desde un punto de vista de falta de lógica o coherencia, cuando los datos tenidos en consideración no resultan suficientemente concluyentes y la inferencia de la Administración sobre la falta de veracidad de la razón del visado no resulta aceptable (STS-CA Rec. 94/2009)<sup>453</sup>. En relación a la exigencia de la motivación se ha considerado que esta cumple una doble función, como la garantía de que el interesado conozca los motivos y razones que justifican el sentido de la resolución administrativa, lo que facilita la posibilidad de defensa de su derecho, y permitir el adecuado control jurisdiccional de estos actos al poderse apreciar y valorar las razones fácticas y jurídicas que les sirven de fundamento. Se consideraría arbitraria la denegación del visado cuando de las preguntas que antes hemos señalado a modo de ejemplo, sin más elementos de demostración y falta de razonamiento crítico, se pueda alcanzar la conclusión de la existencia de dudas razonables acerca de la veracidad del motivo de solicitud del visado. Eso será así cuando la mayor parte de las preguntas hagan referencia a hechos secundarios e irrelevantes, y de los que se refieran al núcleo de la cuestión, como pueden ser los relativos al conocimiento de las condiciones de trabajo a desempeñar y la cualificación precisa para ello,

---

<sup>452</sup> STS-CA, de 23 de julio de 2014, Rec. 2995/2013.

<sup>453</sup> STS-CA de 29 septiembre 2011, Rec. 94/2009.

no se infieran dudas serias sobre el motivo del visado (STSJM-CA 1817/2008, de 13 de noviembre).

El visado tiene una doble finalidad, permitir la entrada y otorgar un periodo de tiempo determinado para poder permanecer España, durante el cual ha de producirse la incorporación laboral.

Recogido el visado, el trabajador ha de entrar en territorio español siguiendo el régimen de entrada establecido en el Título I RELOEx. durante la vigencia de este que es de tres meses (art. 70.6 RELOEx.). Una vez que el trabajador extranjero entra en territorio español, y en el plazo de tres meses, deberá producirse su afiliación, alta y posterior cotización de conformidad con la normativa de Seguridad Social, con ello podrá comenzar a trabajar. En este caso es el empresario el que está obligado a solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social de los trabajadores que ingresen a su servicio y a comunicar dicho ingreso para que sean dados de alta (art. 139.1 LGSS y 24 RD 84/1996, de 26 de enero), que en caso de incumplimiento se podrá instar por parte del trabajador extranjero o de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social (art. 139.2 LGSS)<sup>454</sup>. El alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social es tan relevante que es la que dota de eficacia a la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (arts. 36.2, 38.3 LOEx. y 70.7 RELOEx.), a su vez, condiciona la eficacia de la entrada en vigor del contrato de trabajo, que será en el momento en el que el trabajador esté dado de alta en la Seguridad Social<sup>455</sup>, y será la fecha por la cual se inicie la vigencia de la autorización<sup>456</sup>. Asimismo, el empleador quedará obligado a comunicar el contenido del contrato de trabajo a los Servicios Públicos de Empleo (art. 70.7 RELOEx. y 38.4 LOEx.).

Una vez producida el alta del trabajador en la Seguridad Social, en el plazo de un mes deberá solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero, de forma personal y ante la Oficina de Extranjería o Comisaria de Policía correspondientes. Expedida la misma, también deberá ser

---

<sup>454</sup> ALONSO-OLEA, “El trabajador”, *op. cit.*, p. 159.

<sup>455</sup> ROJO TORRECILLA, *El contenido laboral (II)*, *op. cit.*

<sup>456</sup> PUERTA VÍLCHEZ, “Capítulo 7”, *op. cit.*, p. 98.

retirada por el titular, donde su periodo de validez coincidirá con la vigencia de la autorización (art. 70.8 RELOEx.).

Si finalizado el plazo de tres meses no hay constancia de que el trabajador haya sido dado de alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social, queda automáticamente obligado a salir del territorio nacional, en caso contrario incurrirá en una infracción grave al encontrarse de forma irregular en España (art. 70.9 RELOEx. y art. 53.1.a) LOEx.) Es decir, se producirá una irregularidad sobrevenida en la que la sanción que corresponderá puede ser tanto la multa como, en atención al principio de proporcionalidad, la expulsión del territorio español, sin que puedan imponerse las dos figuras de forma conjunta (art. 57.1 y 2 LOEx.), aunque aquí hay que hacer una aclaración, no se daría tal infracción cuando se han solicitado los documentos y autorizaciones y la Administración no ha resuelto el procedimiento correspondiente<sup>457</sup>. En relación al tipo de sanción que cabría imponer, multa o expulsión, hay que señalar que a partir de la STJUE C-38/14<sup>458</sup> ha de imponerse preceptivamente la expulsión<sup>459</sup>. En esta sentencia se decide sobre una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que tiene por objeto la interpretación de los arts. 6.1 y 8.1 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimiento comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. El caso trata sobre un ciudadano de nacionalidad marroquí que fue interceptado en territorio español por las fuerzas del orden público y que se detuvo por no poder presentar sus documentos de identidad en ese momento, en el que se inició un procedimiento administrativo de expulsión del territorio. En la resolución del procedimiento se decidió la expulsión del territorio español, con la prohibición de entrada durante cinco años. Contra dicha resolución se interpuso recurso frente al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente, que anuló la resolución administrativa y sustituyó la expulsión por una multa. La Subdelegación del Gobierno interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, a lo que el Tribunal remite cuestión prejudicial al observar que las normas

---

<sup>457</sup> PALOMAR OLMEDA, A.: “La postestad sancionadora pública en materia de extranjería”, en la obra colectiva: *Tratado de Extranjería, Aspectos Civiles, Penales, Administrativos y Sociales*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2020, p. 462 y ss.

<sup>458</sup> STJUE, de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa-Extranjería y Samir Zaizoune.

<sup>459</sup> TORRES RODRÍGUEZ, A. M.: “Capítulo 26. Sanción de expulsión”, en la obra colectiva: *Memento Experto Extranjería*. Coordinadores: Blas Jesús Imbroda, Carmen Sutil. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2019, p. 333.

nacionales son interpretadas por el Tribunal Supremo en el sentido de que la sanción principal por la infracción de estancia irregular de nacionales de terceros países es la multa, a no ser que concurran circunstancias agravantes adicionales que justifiquen la sustitución de multa por la expulsión. El TJUE señala que el objetivo de la Directiva 2008/115 es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación. Sobre esta base el art. 6.1 de la Directiva prevé, ante todo y con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio como se señaló en la STJUE C-61/11<sup>460</sup>. Por lo tanto, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades competentes han de observar las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo: posesión de permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro; que otro Estado miembro se haga cargo de este; concesión de permiso o autorización por razones humanitarias o de otro tipo; o se esté pendiente de un procedimiento de renovación del permiso o autorización. Asimismo, en aplicación de la Directiva, también deberá respetarse el principio de no devolución, el interés superior del niño, la vida familiar y el estado de su salud (art. 5). Una vez observadas las excepciones solo cabe la adopción de una decisión de retorno (STJUE C-329/11)<sup>461</sup>. Asimismo, cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria (art. 7.4), o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria (art. 7), la expulsión ha de proceder lo antes posible (STJUE C-430/11)<sup>462</sup>. Finalizando el Tribunal que “una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no responde a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/15”. Y por ello se señala que los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, derivado de ello, privarla de su efecto útil.

Como hacíamos referencia anteriormente, en el procedimiento de solicitud de la autorización, que sea el empleador el que impulse la vía de acceso comporta que la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena tenga un doble carácter que afecta tanto al trabajador extranjero como al empleador, ello comporta una mayor carga de responsabilidad sobre el empleador de la existencia de una situación administrativa irregular. Y así lo prevé la

---

<sup>460</sup> STJUE, de 28 de abril de 2011, asunto C-61/11, Hassen El Dridi, alias, Soufi Karim.

<sup>461</sup> STJUE, de 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11, Alexandre Achughbabian y Préfet du Val-de-Marne.

<sup>462</sup> STJUE, de 6 de diciembre de 2012, asunto C-430/11, Md Sagor.

normativa cuando el art. 38.4 LOEx. obliga al empleador a comunicar a las autoridades competentes cuando no pueda iniciarse la relación laboral, sin perjuicio que también lo pueda hacer el trabajador extranjero<sup>463</sup>. En este sentido, si finaliza la vigencia de la autorización de estancia y no se tienen constancia de que el trabajador ha sido dado de alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social, el órgano competente requerirá al empleador para que alegue las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral y por las que no se ha cumplido con la obligación de comunicación del art. 38.4 LOEx. Si no se recibe contestación al requerimiento en el plazo de diez días o considerarse insuficientes las razones alegadas – tanto las que hacen referencia a la imposibilidad de iniciarse la relación laboral como a la obligación de comunicación- el órgano competente dará traslado del expediente a la Inspección de trabajo y Seguridad Social, por posible concurrencia de la infracción grave del art. 53.2 a) LOEx. que tipifica como tal no dar de alta o no registrar el contrato de trabajo, cuando el empresario tenga constancia de que el trabajador se encuentra legalmente en España habilitado para el comienzo de la relación laboral, u omitir el deber de comunicación, comporta una infracción grave, cuya sanción está castigada con una multa de 501 hasta 10.000 euros, y además, al encontrarnos con estos casos (art. 53.2.a) LOEx.) el empresario estará obligado a sufragar los costes derivados del viaje (art. 55.1.b) LOEx.). Pero esto será así a no ser que el empresario haya comunicado a las autoridades competentes la concurrencia de razones sobrevenidas que puedan poner en riesgo objetivo la viabilidad de la empresa o que, de conformidad con la legislación, impidan el inicio de la relación laboral. Finalmente, si el procedimiento sancionador concluye con determinación de la infracción podrán denegarse posteriores solicitudes de autorización al considerarse que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores (art. 70. 9 RELOEx.).

## **2.5. Contenido y efectos de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena**

Una vez obtenido el visado y se produzca la eficacia de la autorización (art. 67.7 RELOEx.) esta será título habilitante para que un extranjero pueda residir y trabajar por cuenta ajena en España durante el periodo de tiempo de un año. Quiere decir esto que se encajaría en la definición de situación de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena que permite

---

<sup>463</sup> PUERTA VÍLCHEZ, “Capítulo 7”, *op. cit.*, p. 94.

permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años y a ejercer una actividad laboral por cuenta ajena (art. 62 RELOEx.), pero que se encontraría en esta situación derivado de estar en posesión de una autorización, en este caso inicial, que concreta el tiempo, un año, y la actividad, trabajo por cuenta ajena, que verdaderamente es lo relevante para saber la situación real del extranjero en España.

De forma general, excepto en los casos en los que no se aplique el requisito de la situación nacional de empleo, y en los casos en los que se cubra un puesto de confianza o de directivo de empresa, de determinados profesionales cualificados, o de artistas de reconocido prestigio, en que la autorización inicial se limitará al tipo de relación laboral para la cual se haya concedido, la autorización inicial se limita a un ámbito geográfico provincial y a una ocupación (art. 63.1, párraf. 2 y 3 RELOEx.). En relación a esto último, el incumplimiento de la limitación comporta, respecto al trabajador extranjero (art. 52.d) LOEx.) y al empleador (art. 52.e) LOEx.) una infracción de carácter leve, que en el caso de este último incurrirá en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados. Esta doble limitación geográfica y de actividad viene justificada porque si se permite la vía legal de entrada a un extranjero por falta de mano de obra en un determinado territorio y ocupación no sería coherente que se le autorice a residir y trabajar en otro<sup>464</sup>.

## **2.6. La renovación de la autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena**

El esquema básico, haciendo únicamente referencia al tiempo por el cual el legislador permite la permanencia en España para trabajar, sería que la primera autorización que se percibe es una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de carácter inicial, que por determinación reglamentaria que autoriza la LOEx. (art. 38.5 LOEx.), tiene una duración de un año (art. 63.5 RELOEx.), y en el que una vez llegado al periodo máximo de vigencia se permite una primera y segunda renovación, por un periodo de tiempo de dos años cada una, para el ejercicio de cualquier actividad en cualquier parte del territorio nacional. Es decir, las autorizaciones se pueden renovar al llegar a su periodo máximo de vigencia por el que fueron

---

<sup>464</sup> CAMAS RODA, “La adecuación”, op. cit., p. 22.

concedidas<sup>465</sup> (art. 38.6 LOEx.), a partir de la primera renovación no existen límites respecto al ámbito geográfico u ocupación y cada renovación se realiza por periodo de dos años llegando a un periodo máximo de cinco años, momento en el cual procedería un cambio de situación por el que se permitiría, en el mejor de los casos, residir y trabajar en España de forma indefinida y en las mismas condiciones que los españoles (art. 72.1 RELOEx.) y art. 32.1 LOEx).

No obstante, la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena no se realizan de forma automática. Con ello se quiere decir que para que sea posible la renovación debe encajar en uno de los presupuestos establecidos, que fundamentalmente se basan en la situación laboral del extranjero. Estos supuestos vienen determinadas tanto en la LOEx. (art. 38.6) como en el RELOEx. (art. 71.2), y se circunscriben al mantenimiento o se cuenta con un nuevo contrato de trabajo, que se haya otorgado una prestación contributiva por desempleo, o cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral.

También cuando concurren otras circunstancias como la extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de ser víctima de violencia de género, y otros supuestos de interrupción del contrato de trabajo ajeno a su voluntad pero sin la existencia de un nuevo contrato de trabajo, o cuando el cónyuge cumpla con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador, donde este caso se amplía a aquella persona con la que el extranjero mantenga una relación de análoga afectividad a la conyugal de conformidad con los términos previstos en materia de reagrupación familiar. Supuesto este último que como ha citado la doctrina “de difícil consecución por parte de extranjeros” que residen de forma temporal, por las elevadas cifras exigidas o porque el cónyuge o la pareja de hecho también se vea en la misma situación de falta de trabajo<sup>466</sup>.

En algunos casos la norma establece supuestos en los que es necesario que la relación laboral se haya “interrumpido”, circunstancia que implica que no se rompa la relación laboral, y que

---

<sup>465</sup> PUERTA VÍLCHEZ, “Capítulo 7”, *op. cit.*, p. 99.

<sup>466</sup> CAMAS RODA, “La adecuación”, *op. cit.*, p. 25.

como ya advirtió el Consejo de Estado<sup>467</sup>, serían casos subsumibles en la letra a) del mismo artículo 71.2 en los que se permite la renovación “cuando se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende”. Pero siendo más precisos, la interrupción es una de las excepciones al principio de sinalagmaticidad en las que el legislador introduce algunas excepciones por las que la ausencia de la prestación de servicios por parte del trabajador no exime al empresario de la obligación del abono del salario, como son la falta de ocupación efectiva al trabajador o los llamados permisos retribuidos<sup>468</sup>. Por lo tanto, en estos casos en los que se cita a que la relación laboral se haya interrumpido, habría que entender que son los supuestos en los que la relación laboral haya sido extinguida por causas ajenas a su voluntad<sup>469</sup>.

Una vez que el trabajador extranjero puede ser incluido dentro de alguno de los supuestos previstos para ello, la autorización a su expiración puede ser renovada. Para ello deberá de solicitarse en modelo oficial, y se podrá realizar de forma personal o a través de representación de conformidad con el art. 5 LPAC, por exclusión de la exigencia de comparecencia personal de la DA 3ª LOEx. al no hacerse referencia expresa al mismo<sup>470</sup>. Por otro lado, en cuanto al lugar de presentación de la solicitud de renovación esta puede realizarse en cualquier registro publico de los establecidos en el art. 16 LPAC (DA 3ª.3 RELOEx.) dirigido al registro del órgano competente para la tramitación. Siguiendo con la presentación, esta se podrá realizar durante los sesenta días previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización, cuya presentación de la solicitud en ese periodo de tiempo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. Los mismos efectos en cuanto a la prórroga y admisión de la misma tendrá una solicitud presentada fuera de este plazo pero dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, pero en este caso se podrá incoar el correspondiente procedimiento sancionador por la infracción cometida que podría

---

<sup>467</sup> CONSEJO DE ESTADO: Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. 7 de abril de 2011.

<sup>468</sup> CRUZ VILLALÓN, Compendio, *op. cit.*, p. 346.

<sup>469</sup> MOLINA GARCÍA, M.: “Artículo 54. Renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 361.

<sup>470</sup> GIMÉNEZ BACHMAN, M.: “El trabajador extranjero en España”, en la obra colectiva: *Nacionalidad y extranjería*. Directores: Carmen Parra, Marc Giménez. Ed. Huygens, Barcelona, 2016, p. 168.



encajaría en el supuesto del art. 52.b) LOEx., lo que comportaría una infracción leve, a lo que también cabe añadir que encontrarse irregularmente en territorio español, por tener caducada por más de tres meses la autorización, y siempre que el interesado no hubiese solicitado su renovación en el plazo previsto, comportaría una infracción grave (art. 53.1.a) LOEx.).

Junto con la solicitud de la renovación, además de tener que aportarse los documentos que acrediten de que se cumplen con las condiciones para su concesión, deberá incluirse un informe emitido por las autoridades autonómicas competentes que acrediten la escolarización, en su caso, de los menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria (art. 71.3 RELOEx.). Si bien, y como señaló el Consejo de Estado al informar sobre el proyecto reglamentario, el art. 9.4 LOEx. –que es objeto de desarrollo reglamentario- no busca una causa de denegación de la renovación sino que lo que se pretende es conseguir un medio de control de su cumplimiento<sup>471</sup>. Sin embargo, de forma inequívoca se señala que en el caso de que la documentación aportada no quede acreditada la escolarización, la Oficina de Extranjería pondrá esta circunstancia en conocimiento de las autoridades educativas competentes y “advertirá expresamente y por escrito al extranjero solicitante de que en caso de no producirse la escolarización y presentarse el correspondiente informe en el plazo de treinta días, la autorización no será renovada” (art. 71.4 RELOEx).

En el procedimiento de renovación de la autorización se valoran, en su caso, previa solicitud de oficio de los informes correspondientes, la situación penal del extranjero, y que haya incumplido con sus obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social, y de oficio se valorará el esfuerzo de integración del extranjero acreditado a través del informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia. Al esfuerzo de integración del extranjero se le da un valor muy significativo, que incluso se sobrepone a algunos de los requisitos exigidos para la renovación, ya que se contempla que el esfuerzo de integración podrá ser alegado por el extranjero como información a valorar en caso de no acreditarse el cumplimiento de algunos de los requisitos exigidos para la renovación de la autorización. Este informe tiene un contenido mínimo que lo constituye la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas, que se lleven a cabo por entidades privadas debidamente acreditadas o por entidades públicas, destinadas al conocimiento y

---

<sup>471</sup> CAMAS RODA, “La adecuación”, *op. cit.*, p. 25.

respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma donde resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia (art. 71.6 RELOEx). Esta certificación, en su caso, que incluye el informe y como bien señala el precepto, se circunscribe a la “participación activa” con lo que no sería ajustado exigir haber superado la misma<sup>472</sup>.

Por otro lado, si bien se valora el cumplimiento de sus obligaciones en materia tributaria para la renovación de la autorización, en caso de que existan descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no se impedirá la renovación, pero siempre que se acredite la realización habitual de la actividad, en este caso, el órgano competente pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la situación de falta de cotización, con la finalidad de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan al respecto (art. 71.7 RELOEx.).

En cuanto al cumplimiento de los requisitos establecidos existe una doctrina judicial discrepante en cuanto a establecer o no un criterio de flexibilidad. Esto es, en algunos casos se ha considerado que si la Administración actuara de esta forma se estaría procediendo de manera contraria a derecho si, considerándose que el interesado no cumple con los requisitos previstos por el legislador, se procede a renovar la autorización. Ya que “no nos encontramos ante un concepto indeterminado que deba ser integrado en las circunstancias particular de cada caso concreto”. Y que el único margen de discrecionalidad del que dispone la Administración por mandato del legislador es el que aparece en el apartado 6 del art. 71 RELOEx. (STSJCL-CA 65/2016, de 18 de marzo). No obstante también hay tribunales que admiten “una cierta flexibilidad atendidas las circunstancias especiales del mercado laboral”, por ejemplo, en el caso del requisito exigido en la letra c) del apartado 2 del art. 71, que hace referencia a que “el trabajador haya tenido un periodo de actividad laboral de al menos tres meses por año”, y se aporten periodos de actividad laboral acumulados que no comprenden al año natural, de fecha a fecha, pero siempre que las diferencias de tiempo no dejen inaplicable el requisito exigido por la norma (STSJPA-CA 376/2017, de 28 de abril)<sup>473</sup>. Este criterio

---

<sup>472</sup> CAMAS RODA, “La adecuación”, *op. cit.* p. 22.

<sup>473</sup> También en STSJPA-CA 317/2015, de 30 de abril.

flexibilizador y en el mismo supuesto se admite en la STSJA-CA 431/2018, de 2 de mayo,<sup>474</sup> en un caso en que la Administración rechaza la renovación por no haber tenido el solicitante un periodo de actividad laboral necesaria de al menos tres meses por año. La Sala considera de relieve la flexibilidad y amplitud con la que es regulada la materia, “lo que autoriza sin duda soluciones también flexibles y favorables a la concesión (...) ello al menos cuando del conjunto probatorio articulado muestra la consolidación de la situación de integración social y laboral del extranjero en nuestro país”.

Cumpléndose los requisitos establecidos para la renovación y no existiendo ninguno de los supuestos establecidos en el art. 69 RELOEx. para la denegación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, con la excepción del relativo a la situación nacional de empleo, transcurrido el plazo de tres meses sin que se haya resuelto la solicitud de renovación se desplegarán los efectos del silencio positivo (art. 93.5 RELOEX. y DA 1ª.2 LOEx.). Esto es, nos encontramos con un procedimiento iniciado a solicitud del interesado en el que una vez transcurrido el tiempo para resolver por la Administración la solicitud se entendería estimada, y esto “tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento” (art. 24.2 LPAC). Teniendo en consideración que aún así la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla (art. 21.1 LPAC), que en el caso de estimación por silencio administrativo, esta resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá ser confirmatoria del mismo (art. 24.3.a) LPAC). Cabe decir también que los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer ante la Administración, así como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Si bien para su acreditación, a diferencia de la LPAC que obliga al órgano competente a expedir de oficio el certificado acreditativo del silencio o poder exigirlo el interesado (art. 24.4 LPAC), y teniendo en cuenta que nos encontramos con una ley especial (DA 1ª LPAC), la normativa de extranjería únicamente obliga al órgano competente para conceder la autorización a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo cuando lo solicite previamente el interesado, y en que una vez notificado el mismo en el plazo de un mes tendrá que solicitar la expedición de la Tarjeta de Identidad de Extranjero (art. 71.9 RELOEx.). Mismo plazo y misma solicitud de expedición de la TIE que se tendrá que realizar

---

<sup>474</sup> También en STSJA-CA-Sevilla 668/2018, de 5 de julio. STSJA-CA-Sevilla 493/2017, de 22 de mayo. STSJA-CA-Sevilla 890/2018, de 4 de octubre.

cuando se obtenga una resolución favorable dictada dentro del plazo de tres meses (art. 72.2 RELOEx.).

### **3. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA DE DURACIÓN DETERMINADA. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE TEMPORADA**

El legislador ha creído conveniente el establecimiento de una vía legal de acceso para trabajar por cuenta ajena a través de una autorización destinada a la realización de una serie de actividades donde, por la singularidad del trabajo a realizar, su duración se ve considerablemente reducida en el tiempo. Pero ya podemos avanzar que esta autorización no condiciona el tipo de modalidad contractual, permitiendo confundir erróneamente temporalidad de la autorización con temporalidad del contrato de trabajo<sup>475</sup>, es decir, no nos encontramos con una nueva fórmula de contratación temporal<sup>476</sup>, aunque esta cuestión la desarrollaremos en el lugar oportuno.

El legislador crea esta vía de acceso a través de un régimen especial, dicho de otra forma, peculiar o particular, y de tal manera que la LOEx. ya señala desde buen principio que su regulación será a través de una norma reglamentaria, de conformidad con las características de este tipo de actividades y con la información que suministren las Comunidades Autónomas donde se promuevan (art. 42.1 LOEx.).

Estamos hablando de una vía de acceso que tiene la particularidad de estar diseñada para el ejercicio de un trabajo por cuenta ajena por parte de extranjeros mayores de 16 años en actividades de campaña o temporada, obras o servicios, o formación y prácticas profesionales (art. 97 RELOEx.), por un tiempo muy concreto y limitado que depende de la duración del contrato de trabajo.

---

<sup>475</sup> CHARRO BAENA; BENLLOCH, *Guía Práctica, op. cit.*, pp. 129 y ss.

<sup>476</sup> BALLESTER PASTOR, *El trabajo, op. cit.*, p. 65 y ss.

### 3.1. Particularidades de este régimen especial

Al margen de regularse en la LOEx. de una forma muy sucinta este régimen especial, una de las cuestiones que distancia a esta autorización de otros tipos es que la normativa orgánica, para la concesión de esta, subraya que “deberá garantizarse que los trabajadores temporeros serán alojados en condiciones de dignidad e higiene adecuadas” (art. 42.2 LOEx.). No es esta una cuestión baladí y que tiene especialmente incidencia en el trabajador temporero cuando la regulación parece prever que este tipo de trabajo pueda ser un nido de precariedad. De ello que se garanticen unas mínimas garantías que van más allá de las que ofrece en sentido estricto el marco de protección del Derecho del Trabajo, esto es, se amplía el marco protector de la propia prestación del trabajo, ya que se incluye la forma en cómo se desarrollará parte de la vida privada del extranjero en España que se conecta con un derecho a ser alojado en condiciones de dignidad e higiene adecuadas.

Por otro lado, tal es la previsión de situación de precariedad en la que pueden vivir y trabajar estos trabajadores que el legislador incluye un mandato dirigido a las Administraciones públicas en la que promoverán la asistencia de los servicios sociales adecuados (art. 42.3 LOEx.). Cuestión que reafirma que el presentimiento de precariedad es existente, como consecuencia, en parte, por la inestabilidad laboral y amplia rotación en este tipo de trabajos realizados mayoritariamente por trabajadores extranjeros, donde las Administraciones públicas intervienen para garantizar unos mínimos de supervivencia, aunque sea por tiempo limitado. Esta precariedad ha llegado a tal punto que a raíz de la pandemia de COVID-19 el relator especial de la ONU sobre la pobreza extrema y los derechos humanos, Olivier de Schutter, ha llegado a afirmar que “la completa dependencia”, en el caso de los trabajadores migrantes estacionales que son reclutados para el negocio de la fresa, es tal que “conduce rutinariamente a situaciones que equivalen a trabajos forzosos, con total desprecio tanto de las normas internacionales de derechos humanos como de la legislación nacional”. El relator especial en el comunicado titulado “España: pasarse la pelota en el tema de los trabajadores migrantes víctimas de explotación debe terminar”<sup>477</sup>, señaló que, aún habiéndose contratado

---

<sup>477</sup> NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO: *España: pasarse la pelota en el tema de los trabajadores migrantes víctimas de explotación debe terminar*. Comunicado de prensa del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. Ginebra, 2020. <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26007&LangID=S>

en aquel momento como trabajadores esenciales, la mayoría de los migrantes de este sector carecen de medidas de seguridad y protección en el trabajo y viven en asentamientos superpoblados con acceso insuficiente a servicios básicos, en los que se incluye el agua, y que frente a ello se alertó a las autoridades competentes las cuales permanecieron en silencio. Esta denuncia ya venía precedida del Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston, sobre su visita oficial a España en el mes de enero y febrero de 2020, que en relación a los inmigrantes y más concretamente por lo que respecta a los trabajadores que trabajan en el sector de la fresa en Huelva, trabajaban en condiciones inhumanas, con bajos salarios y viven en asentamientos “cuyas condiciones materiales se sitúan entre las peores que ha visto en cualquier parte del mundo”<sup>478</sup>. Más determinante ha sido el comunicado de prensa sobre la pobreza extrema realizada por Schutter en julio de 2020, donde señalaba sin margen de interpretación posible que “Los gobiernos locales deben mejorar inmediatamente las deplorables condiciones que soportan los trabajadores migrantes estacionales en los barrios de chabolas de los alrededores de los municipios donde se cultiva la fresa en España antes de que la gente muera”. El relator hacía este comunicado a raíz de los tres incendios producidos en los asentamientos informales situados en la provincia meridional de Huelva, en el que pone de manifiesto la necesidad de que las administraciones locales, empleadores agrícolas y empresas busquen de forma urgente y coordinada una solución para poner fin a la degradación en la que viven los trabajadores agrícolas estacionales<sup>479</sup>.

Como decíamos, este tipo de autorización está formulada a medida para la realización de unas actividades concretas: de temporada o campaña; de obras o servicios; de carácter temporal realizadas por personal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas y otros colectivos determinados por Orden del titular del Ministerio de Trabajo; y por último, de formación y realización de prácticas profesionales (art. 98.2 RELOEx.).

---

<sup>478</sup> NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO: *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos acerca de su visita a España*. Ginebra, 2020. <https://undocs.org/es/A/HRC/44/40/Add.2>

<sup>479</sup> NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO: Comunicado de prensa del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. *Sus vidas corren peligro a menos que las condiciones de los trabajadores migrantes estacionales de España mejoren rápidamente*. Ginebra, 2020. <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26122&LangID=S>

Si bien en el caso de las actividades de temporada o campaña no se define que tipo concreto de trabajos se incluyen en estas se ha considerado que en referencia al término campaña se está haciendo una mención de forma restrictiva a actividades agrícolas, en las que concurren las notas de incertidumbre o imprevisibilidad de la mano de obra, y que cuando se habla de actividades de temporada su ámbito es más amplio en el que se incluyen trabajos que, aunque sean estacionales, vienen caracterizados por su previsibilidad como puede ser el sector de la hostelería y similares<sup>480</sup>. No obstante, aún pudiéndose establecer algunos tipos de trabajos que encajarían con dichas actividades, se deja un margen de apreciación en el que podrían encajar otros. No será así en el caso de las actividades de obras o servicios donde el RELOEx. sí concreta que tipo de trabajos se incluyen en la misma. Estos serían para el montaje de plantas industriales o eléctricas; la construcción de infraestructuras, edificaciones o redes de suministro eléctrico, telefónico, de gas o de ferrocarriles: la instalación y mantenimiento de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones. Encontramos también una referencia no al tipo concreto de actividad sino al sujeto que la realiza que es la que señala el apartado c), en referencia a aquellas actividades de carácter temporal realizadas por personal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas, así como otros colectivos que se determinen por Orden del titular del Ministerio competente en esta materia a los exclusivos efectos de posibilitar la concesión de este tipo de autorización. Y por último, el supuesto que hace referencia a las actividades de formación y prácticas profesionales en el que es necesario, además de cumplir los requisitos establecidos, la formalización de contratos de trabajo en prácticas o para la formación de conformidad con su regulación en la normativa española (art. 99.5 RELOEx.). Por lo tanto, en estos dos últimos casos encajarían aquellos supuestos cuya finalidad es la prestación de trabajo y la obtención de una formación teórica y práctica del trabajador extranjero al ser necesario que se formalice un contrato en prácticas (art. 11.1 LET) o un contrato para la formación y el aprendizaje (art. 11.2 LET), desarrollados por el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo y el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual<sup>481</sup>.

---

<sup>480</sup> BURGOS GOYE, C.: “Artículo 42. Régimen especial de los trabajadores de temporada”, en la obra colectiva: *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social*. Dirección y coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fenández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, Granada, 2012, p. 766.

<sup>481</sup> AAVV; CAMAS RODA (Dir.), *Manual, op. cit.*, p. 132.

Si en la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena su duración era de un año (63.5 RELOEx.) y el contrato de trabajo ha de garantizar al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial (art. 36.4 LOEx. y 64.3.b) RELOEx.), con lo que el contrato ha de cubrir ese periodo temporal mínimo de un año<sup>482</sup>. En la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada no existe ninguna garantía para el trabajador de la actividad continuada, la duración de la autorización depende de la necesidad del servicio que se presta<sup>483</sup>, la vigencia de la autorización será la que determine el contrato de trabajo<sup>484</sup>, en este sentido, su regulación concreta que la duración de la autorización coincidirá con la duración del contrato o contratos de trabajo en las actividades de campaña o temporada, con un límite máximo de nueve meses, dentro de un periodo de doce meses consecutivos. Y en el resto de actividades, con la duración del contrato o contratos de trabajo o, teniendo en consideración a la naturaleza del contrato por el que no se establezca ninguna vigencia, con la duración prevista de la actividad, que ha de ser debidamente acreditada, con un límite máximo de doce meses. En ninguna de estas autorizaciones se admite renovación después de su vigencia, y después de llegarse al límite máximo de duración permitida solo se admite la prórroga de forma excepcional, y no para las actividades de temporada y campaña, cuando el empleador acredite circunstancias sobrevenidas que determinen la necesidad de continuidad de la relación laboral y siempre que la prórroga no sea contraria a la normativa laboral que resulte de aplicación (art. 98.3.b) RELOEx.).

El legislador ha querido que la presencia del trabajador extranjero en España sea estrictamente temporal. Para ello ha diseñado una fórmula en que para la obtención de la autorización y en todos los supuestos el trabajador extranjero ha de comprometerse a retornar al país de origen una vez concluida la relación laboral (art. 99.2 RELOEx.). Por lo tanto, nos encontramos con un supuesto de gran utilidad práctica en las actividades de temporada o campaña, donde mayoritariamente es necesaria la fuerza física, con una presencia importante de trabajadores extranjeros, tanto autorizados como no, para realizar un trabajo mal remunerado y de forma temporal y que cuando finaliza el trabajo, y con ello la vigencia de la autorización, el extranjero ha de retornar a su país de origen de forma obligatoria. Fruto de

---

<sup>482</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, “Régimen jurídico”, *op. cit.*, p. 320.

<sup>483</sup> MARTÍN SANZ, *Movilidad*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>484</sup> GIMÉNEZ BACHMAN, “El trabajador” *op. cit.*, p. 183.



ello se visibiliza, desde hace tiempo, un detrimento en el régimen jurídico de sus condiciones laborales, principalmente como consecuencia de la desarticulación entre el régimen laboral y de extranjería<sup>485</sup>, y además se apuesta por una migración circular y de retorno pero sin derechos, sin ninguna estabilidad en el empleo ni posibilidad de integración, debido principalmente a que se permite un amplio margen de rotación de trabajadores como consecuencia del incumplimiento de la normativa laboral sobre contratación.

Señala la LOEx. que “las ofertas de empleo de temporada se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios” (art. 42.4 LOEx.).

España tiene una amplia experiencia en acuerdos bilaterales para regular los flujos migratorios, pero los primeros acuerdos tenían un interés diferente sobre el que se asienta actualmente la normativa de extranjería. En este sentido, España realizaba acuerdos de este tipo para facilitar “la migración, contratación y colocación de trabajadores españoles” hacia el exterior<sup>486</sup>. Durante el franquismo las necesidades eran otras y la situación en España obligaba a emigrar. Se facilitó la emigración mediante acuerdos con países de América Latina como Argentina, República Dominicana, Brasil, Chile, Paraguay y Venezuela<sup>487</sup>. Pero una Europa necesitada de mano de obra para sostener su expansión, y una vez que el franquismo abrió las fronteras a finales de los años 50, fue el destino principal de los españoles<sup>488</sup>, aunque con una idea de instrumentalización de la emigración que tenía como objetivo liberar el mercado de trabajo del excedente de mano de obra<sup>489</sup>. Se firmaron acuerdos con Francia, la República Federal Alemana, Bélgica, Países Bajos, Austria, Suiza<sup>490</sup>. Durante el ciclo migratorio que se

---

<sup>485</sup> BURGOS GOYE, “Artículo 42”, *op. cit.*, pp. 770 y ss.

<sup>486</sup> CACHÓN, L.: *Acuerdos bilaterales de migración de mano de obra: estudio de casos*. Estudios sobre migraciones internacionales. Ed. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, 2004, p. 41.

<sup>487</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>488</sup> UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES: *De la España que emigra a la España que acoge*. [http://portal.ugt.org/flec/exposiciones/06-07-migraciones/sala/01/01\\_texto.htm](http://portal.ugt.org/flec/exposiciones/06-07-migraciones/sala/01/01_texto.htm)

<sup>489</sup> CALVO, L.M.; FERNANDEZ, M.J.; KREIENBRINK, A.; SANZ, C.; SANZ, G.: *Historia del Instituto Español de Emigración. La política migratoria exterior de España y el IEE del franquismo a la transición*. Ed. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid, 2009, pp. 20 y ss.

<sup>490</sup> CACHÓN, *Acuerdos, op. cit.*, p. 41.

produjo entre 1956 y 1973 emigraron unos 2 millones de españoles y la mitad salieron del país de forma irregular<sup>491</sup>, la mayoría como turistas, al margen de la emigración asistida<sup>492</sup>.

A partir de mediados de los ochenta España pasa de ser un país de emigración a un país de inmigración. Los cambios sociales y la entrada en la Unión Europea atraen, especialmente, a trabajadores extranjeros que buscan en España una vida digna que no pueden encontrar en sus países de origen<sup>493</sup>. En el año 2001, con Colombia y Ecuador a la cabeza, comienzan a firmarse los primeros acuerdos bilaterales para regular los flujos migratorios hacia España, y que actualmente siguen en vigor junto al acuerdo con Marruecos, República Dominicana, Mauritania y Ucrania.

Estos acuerdos tienen como finalidad principal la regulación ordenada de los flujos migratorios laborales y se hace a través del establecimiento de una serie de disposiciones relativas al empleo, condiciones laborales, derechos y sobre el retorno de trabajadores extranjeros. Por lo que hace a las ofertas de empleo básicamente se establece un mecanismo de comunicación entre los Estados firmantes, por el que el Estado de acogida comunica a las autoridades del Estado de origen la demanda de trabajadores teniendo en consideración las ofertas de empleo existentes que hayan recibido por los empleadores del Estado de acogida, y a su vez, las autoridades del Estado de origen dan a conocer a las autoridades del Estado de acogida las posibilidades de satisfacer esta demanda de trabajadores.

Estos acuerdos pueden tener la finalidad de gestionar la migración y resolver problemas existentes, o gestionar las migraciones futuras de acuerdo con las necesidades del mercado de trabajo<sup>494</sup>, facilitando la movilidad laboral de forma temporal y en sectores específicos<sup>495</sup>, cuyos objetivos pretendidos responden a las políticas migratorias perseguidas por los estados

---

<sup>491</sup> FERNÁNDEZ ASPERILLA, A. I.: “La mitad de los españoles que emigraron durante el franquismo lo hicieron de forma irregular”. *El diario.es*. 30/01/2019. [https://www.eldiario.es/sociedad/inmigracion-franquismo-historia-xenofobia\\_128\\_1732181.html](https://www.eldiario.es/sociedad/inmigracion-franquismo-historia-xenofobia_128_1732181.html)

<sup>492</sup> CALVO, FERNANDEZ, KREIENBINK, SANZ, *Historia, op. cit.*, p. 19

<sup>493</sup> CACHÓN, *Acuerdos, op. cit.*, p. 24.

<sup>494</sup> GERONIMI, E.: *Acuerdos bilaterales de migración de mano de obra: modo de empleo. Estudios sobre migraciones laborales*. Ed. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2004, pp. 5 y ss.

<sup>495</sup> UNIÓN INTERPALAMENTARIA, OIT, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Migración, derechos humanos, op. cit.*, p. 76.

contratantes<sup>496</sup>. En nuestro caso nos encontramos, dentro de las diferentes tipologías de admisión por categorías de migraciones laborales que la Organización Internacional del Trabajo distingue: los trabajadores migrantes admitidos de forma permanente, los que son admitidos con un límite de tiempo para cualquier tipo de trabajo, y aquellos admitidos con un límite de tiempo y para un empleo de plazo fijo, con los trabajadores más vulnerables, que son aquellos que prestan un trabajo estacional o por temporada, y que lo hacen en el sector de la agricultura, la silvicultura y la pesca, la hotelería y la restauración, el turismo y la construcción<sup>497</sup>.

Una vez llegado el momento, en el procedimiento de solicitud de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, en que un puesto de trabajo no puede ser cubierto por los trabajadores que tienen prioridad: españoles, ciudadanos de la UE o residentes autorizados para trabajar, hay que tener en consideración la disposición que establece que las ofertas de empleo de temporada se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de los flujos migratorios (art. 42.4 LOEx.). Pero hay que considerar que no existe ninguna obligación para que los empleadores tengan que ofertar o acudir necesariamente a extranjeros originarios de países con los que se hayan suscrito estos acuerdos. Las ofertas se “orientarán”, pero es una posibilidad sujeta condición, que depende finalmente de la decisión del empleador. Esto lo podemos ver contemplado, por ejemplo, en el propio modelo oficial de solicitud (modelo EX06) que nada exige respecto a la nacionalidad del trabajador extranjero que se desea contratar<sup>498</sup>.

### **3.2. Procedimiento a seguir para la obtención de la autorización**

Se comentaba anteriormente que la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena era la institución estrella de la regulación, porque sienta la base y marco general de la regulación del resto de las autorizaciones en el que descansarán de forma supletoria las demás autorizaciones para trabajar por cuenta ajena. Esta línea es la que se sigue en la autorización

---

<sup>496</sup> GERONIMI, E, *Acuerdos, op. cit.*, pp. 5 ss.

<sup>497</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>498</sup> CACHÓN, *Acuerdos, op. cit.*, pp. 36 y 61.

que tratamos, al concretarse que en su tramitación, tanto lo que respecta al procedimiento como los requisitos, se estará a lo que atiende la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 98.1 RELOEx.), pero teniendo en cuenta las especialidades previstas.

En primer lugar, para obtener la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada se han de cumplir los requisitos establecidos en el art. 64 RELOEx., pero además hay que tener en cuenta una serie de particularidades.

Una primera cuestión a tener en cuenta es que antes de tramitar la autorización hay que ver si nos encontramos con algún supuesto que esté exento de subordinarse a la situación nacional de empleo. No se tiene en cuenta a la situación nacional de empleo cuando se vaya a contratar a trabajadores para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos, cuando haya sido establecido así por Convenio Internacional, como los nacionales de Chile y Perú, tampoco se tendrá en cuenta a la situación nacional de empleo en las actividades de alta dirección, que encajarían en el supuesto de cobertura de puestos de confianza desempeñadas por trabajadores y que se basan en la recíproca confianza y que ejercen legalmente la representación de la empresa o tengan extendido a su favor un poder general (DA 15ª RELOEx.), así como los artistas de reconocido prestigio. Y finalmente, tampoco se tendrá en cuenta a la situación nacional de empleo cuando se vaya a contratar a extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante dos años naturales y hayan retornado a su país (art. 40.1.c) y k) LOEx.). Parte de la doctrina considera que este último supuesto plantearía dudas en su aplicación porque si la duración de la autorización en las actividades de temporada tienen una duración máxima de nueve meses sería imposible la permanencia de un año natural<sup>499</sup>. Sin embargo, también cabría otra interpretación y es que no se está refiriendo a que una autorización se deba extender durante un año natural, sino que los extranjeros hayan sido titulares de autorizaciones, sin determinarse su duración, pero que hayan sido autorizaciones obtenidas durante dos años naturales, una por año, donde según la norma no sería necesario que hubiesen sido obtenidas de forma sucesiva.

---

<sup>499</sup> TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M: “Artículo 56. Requisitos”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coodinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 374.

Siguiendo con el resto de requisitos, para todos los supuestos los contratos de trabajo han de contener, como mínimo, los aspectos previstos en el art. 2.2 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, así como una previsión del salario neto que percibirá. Estos aspectos mínimos en materia de información sobre los elementos esenciales el contrato de trabajo y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral que se han de informar por escrito se extiende: a las identidad de las partes del contrato de trabajo, la fecha de comienzo de la relación laboral y la duración previsible de la misma -al encontrarnos con una relación laboral irremediamente temporal-, el domicilio social de la empresa o, en su caso, del empresario y el centro de trabajo donde el trabajador preste de forma habitual sus servicios de forma habitual, la categoría o el grupo profesional del puesto de trabajo que desempeñe o la caracterización o la descripción resumida del mismo, en términos que permitan conocer con suficiente precisión el contenido específico del trabajo, la duración y distribución de la jornada ordinaria de trabajo, la duración de las vacaciones y, si fuera el caso, las modalidades de atribución y de determinación de estas, los plazos de preaviso que, en su caso, estén obligados a respetar las partes en el supuesto de extinción del contrato, la indicación del convenio colectivo aplicable a la relación laboral, precisando los datos concretos que permitan su identificación, y si bien también se indica que se ha de reflejar la cuantía del salario base inicial y de los complementos salariales con la inclusión de la periodicidad de su pago, en este caso sería suficiente una previsión del salario neto que percibirá el trabajador que debería respetar el salario mínimo interprofesional<sup>500</sup>.

Un requisito particular de esta autorización es que en todos los supuestos el trabajador extranjero debe comprometerse a retornar a su país de origen una vez haya concluido la relación laboral. Ello se realiza mediante una declaración personal por la que el trabajador extranjero se compromete a tal obligación. No obstante, puede no producirse el retorno, lo que comportaría que pueda ser causa de denegación de posteriores solicitudes de autorizaciones para trabajar, durante los tres años siguientes al término de la autorización concedida. Pero la denegación de ulteriores solicitudes que aquí se indican no solo se circunscriben a la autorización que aquí estamos tratando. Por ejemplo, en el caso de que se

---

<sup>500</sup> ALONSO-OLEA, "El trabajador", *op. cit.*, p. 179.

solicite una autorización de residencia temporal por arraigo social (art. 124.2 RELOEx.) y no se haya cumplido la obligación de retorno, la solicitud podría ser denegada si se produce la misma dentro del periodo establecido de tres años. Y ello porque este tipo de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones de arraigo lleva aparejada una autorización de trabajo (art. 129.1 RELOEx.), y si se incumple con la obligación de retorno sería procedente la denegación (STSJA-CA 654/2015, de 10 de septiembre).

Para verificar que se produce el retorno, en el plazo de un mes desde el término de su autorización en España, el trabajador extranjero deberá presentarse en la misión diplomática o en la oficina consular que le expidió el visado, allí se le entregará un documento acreditativo de su comparecencia y se dará traslado de esta información al Ministerio del Interior para su anotación en el Registro Central de Extranjeros. El cumplimiento de sus obligaciones como la acreditación del regreso faculta al trabajador extranjero para cubrir otras posibles ofertas de empleo que se generen en la misma actividad.

En último lugar, hay una serie de requisitos que tendrán que cumplirse dependiendo de la actividad que se vaya a desarrollar en España, por lo tanto, han de cumplirse los requisitos de los apartados 1 y 2 del art. 99 del RELOEX. y dependiendo de la actividad hay que estar a estas particularidades.

Por un lado, en el caso de las actividades de temporada o campaña, obras o servicios, con la excepción de estas últimas dependiendo en las condiciones en las que se desarrolle la actividad laboral, el empleador debe poner a disposición del trabajador un alojamiento adecuado que reúna las condiciones previstas en la normativa en vigor y siempre que queda garantizada, en todo caso, la dignidad e higiene adecuadas del alojamiento. Respecto a estas condiciones, la Orden IMS/1289/2020, de 28 de diciembre<sup>501</sup>, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2021 (Anexo IX), incluye las condiciones de habitabilidad de los alojamientos para trabajadores migrantes de temporada y campaña en la agricultura, y hace referencia a las condiciones que han de reunir estos alojamientos respecto a sus instalaciones y servicios, su tipo y las características de los mismos. A efectos de su

---

<sup>501</sup> Orden IMS/1289/2020, de 28 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2021. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-17349](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-17349)

control el RELOEx. indica que se impulsará el establecimiento de instrumentos de colaboración con las administraciones públicas competentes en la materia y, en su caso, con entidades privadas. A este respecto se vienen convocando, por parte de la Dirección General de Migraciones, subvenciones públicas para la ordenación de los flujos migratorios laborales de trabajadores migrantes para campañas agrícolas de temporada. La última convocatoria de junio de 2020<sup>502</sup> tiene por objeto la ejecución de una serie de actuaciones, entre otras, la visita a los alojamientos y elaboración de informes sobre las condiciones de los mismos, con el objetivo de velar y controlar las condiciones de habitabilidad de los alojamientos de temporeros/as agrícolas (Apartado tercero). Con la misma finalidad de control el Real Decreto-ley 5/2020, de 25 de febrero, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación (art. 5), convalidado por el Congreso de los Diputados el 25 de marzo de 2020, modifica el apartado a) del art. 19.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que delimita el ámbito de su actuación, y por la que se determina que una vez que estos alojamientos son puestos a disposición de las personas trabajadoras, estos pasan a constituir un elemento de la relación laboral, resultando imprescindible que reúnan las adecuadas condiciones de higiene, salubridad y habitabilidad a tenor del deber de protección que corresponde al empresario de conformidad con el art. 14.2 de la LPRL. Y como corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como servicio público, la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la normativa laboral, se hace necesario incluir dentro de su ámbito de actuación los locales, viviendas u otros lugares habilitados, aún cuando no se encuentren en las empresas, centros y lugares de trabajo en que se ejecute la prestación laboral, en los que residan, se alojen o puedan permanecer los trabajadores por razones de su trabajo durante los periodos de descanso, y estos hayan sido puestos a disposición por el empresario en cumplimiento de una obligación legal, convencional o por contrato de trabajo. No obstante, en amparo del art. 18.2 CE y el art. 13.1 de la Ley 23/2015, cuando estos lugares coincidan con el domicilio de los trabajadores es necesario el consentimiento expreso de estos o, en su defecto, autorización judicial. Además, todo esto tendría que verse reforzado con la publicación de la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas a los trabajadores de temporada

---

<sup>502</sup> Resolución de 2 de junio de 2020, de la Dirección General de Migraciones, por la que se convocan subvenciones públicas para la ordenación de los flujos migratorios laborales de trabajadores/as migrantes para campañas agrícolas de temporada. [http://extranjeros.inclusion.gob.es/es/Subvenciones/flujos\\_migratorios/Resolucion\\_convocatoria\\_2020.pdf](http://extranjeros.inclusion.gob.es/es/Subvenciones/flujos_migratorios/Resolucion_convocatoria_2020.pdf)

en la UE en el contexto de la pandemia de COVID-19, que complementan las Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores durante la pandemia y que responden a la petición del Parlamento Europeo en su Resolución de 19 de junio de 2020 sobre la protección de los trabajadores transfronterizos y temporeros. En dicha Comunicación se reconoce que la pandemia ha puesto en evidencia las a menudo precarias condiciones de alojamiento de los trabajadores temporeros y las condiciones en que son trasladados a sus lugares de trabajo, y que si bien el art. 20 de la Directiva 2014/36/UE incluye normas relativas al alojamiento de estos y la Directiva (UE) 2018/957 determina que las normas relativas a las condiciones de alojamiento del país de acogida, de existir, sean aplicables a los trabajadores de temporada desplazados, no existe un acto de la Unión que garantice las condiciones de alojamiento del resto de trabajadores de temporada. De ello que se instara a los Estados miembros para tomar las medidas necesarias para garantizar unas condiciones dignas de vida y de trabajo para los trabajadores de temporada<sup>503</sup>. Está Comunicación llegó en un momento importante, la pandemia de COVID-19 dio una oportunidad para visibilizar el trabajo de las personas que se dedican a trabajos esenciales -y que tanto han aportado-, si bien no reconocido suficientemente por la sociedad ni por el legislador, donde se da por aceptado que sus condiciones precarias se corresponden por realizar un trabajo menos cualificado. Sin embargo, el 30 de junio de 2020 eran los trabajadores temporeros de la agricultura, una categoría específica de viajero con funciones o necesidades esenciales enumeradas en la Recomendación (UE) 2020/912 del Consejo<sup>504</sup>, los que quedaban al margen de la restricción general temporal de los viajes no esenciales a la UE.

Siguiendo con el procedimiento, el empleador ha de organizar los viajes de llegada a España y de regreso al país de origen y asumir, como mínimo, el coste del primero y los gastos de traslado de ida y vuelta entre el puesto de entrada a España y el lugar del alojamiento. Asimismo, si este empleador ha acudido anteriormente a este tipo de contratación a favor de trabajadores extranjeros por la que es obligatorio el retorno del trabajador, se exigirá que su

---

<sup>503</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión Directrices relativas a los trabajadores de temporada en la UE en el contexto de la pandemia de COVID-19*. (2020/C 235 I/01), p. 4-5. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.CI.2020.235.01.0001.01.SPA>

<sup>504</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Recomendación (UE) 2020/912 del Consejo de 30 de junio de 2020 sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE y el posible levantamiento de dicha restricción*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32020H0912>



actuación haya sido diligente en orden a garantizar el regreso de los trabajadores a su país de origen.

En el supuesto de las actividades del art. 98.2.c) es necesario que se posean las licencias administrativas que puedan exigirse para el desarrollo de la actividad profesional (art. 99.4 RELOEx.).

Y en referencia a las actividades de formación y prácticas profesionales es necesario la formalización de contratos de trabajo en prácticas o para la formación de conformidad con su regulación en la normativa española que regula estas modalidades contractuales, y que como se ha señalado anteriormente se contienen en el art. 11.1 y 11.2 LET y desarrollados en el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo y el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

El procedimiento a seguir para tramitar la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada es, en parte, el previsto para la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 67 RELOEx.). Pero además existen una serie de particularidades especiales respecto a las actividades de temporada o campaña, y de obras o servicios. En relación a las actividades de temporada o campaña, previamente a que las ofertas sean tramitadas para su cobertura por trabajadores que se encuentran en el extranjero, las ofertas de empleo han de ser puestas a disposición del Servicio Público de Empleo Estatal y de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas para que les den publicidad durante veinticinco días, su objetivo es que los trabajadores con preferencia que residen en cualquier parte del territorio nacional puedan concurrir a las mismas. En este precepto, de conformidad con una interpretación sistemática y lógica, cabría decir que nos encontramos en el momento del procedimiento en el que “en su caso” ha de acompañarse el “certificado del Servicio Público de Empleo competente sobre la insuficiencia de demandantes de empleo para cubrir el puesto de trabajo” (art. 67.2.c) RELOEx.). Lo que se quiere decir con esto es que es posible que un empleo que necesita cubrirse para la realización de una actividad de temporada o campaña pueda estar previamente incluido en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, lo que permitiría directamente la posibilidad de tramitar la autorización. En el resto de supuestos, que de conformidad con la misma interpretación

anterior se refiere a las actividades de obras o servicios, se sometería al mismo procedimiento y respecto a la certificación, en su caso, se seguiría al art. 65.2 RELOEx. que como más destacado, en relación a la publicidad de la oferta de empleo, se establece un periodo de tiempo más reducido.

Salvado este trámite y sin olvidar que estamos sometiéndonos principalmente al procedimiento previsto de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena y por tanto hay que remitirse a esta, la solicitud para cubrir, una vez ya, los puestos por trabajadores extranjeros se puede presentar por el empleador, empresario o por las organizaciones empresariales a través de representación legal empresarial, con una antelación mínima de tres meses al inicio de la actividad laboral. Una vez se ha presentado la solicitud, el órgano competente comprobará que las solicitudes presentadas cumplen con los requisitos exigidos para la contratación previstos en el RELOEx. Cabe destacar que las resoluciones adoptadas se trasladarán a las organizaciones sindicales más representativas y empresariales de ámbito provincial, que podrán transmitir al órgano competente las eventuales consideraciones respecto a estas. En relación a esto hay que considerar que no nos encontramos con un mecanismo de “co-decisión”<sup>505</sup>, aquí se transmite una resolución que ya ha sido adoptada y por tanto las consideraciones que puedan realizarse serían a posteriori de la decisión administrativa, pero que sí podrían tenerse en cuenta para posteriores resoluciones pendientes de resolver.

Por otro lado, a diferencia de la mayoría de los procedimientos en que el plazo general máximo para notificar sobre las solicitudes presentadas es de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas, a tenor de la interpretación realizada de la DA 12<sup>a</sup>.1 RELOEx., en el caso de encontrarnos con una solicitud de autorización para actividades de temporada o campaña el plazo para notificar las resoluciones se acortaría a la mitad del plazo general, y transcurrido el plazo máximo para resolver en cualquier tipo de autorización aquí estudiada la solicitud se entenderá como desestimada (DA 13<sup>a</sup> RELOEx.).

---

<sup>505</sup> TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M: “Artículo 57. Procedimiento”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 381.

En el mejor de los casos en que la resolución sobre la solicitud de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada es favorable, se notificará al empleador, pero su eficacia quedará suspendida dependiendo de una serie de particularidades respecto al tipo de actividad. En este sentido, en el caso de las actividades de temporada o campaña la eficacia de la autorización queda sometida a una doble condición suspensiva, a la expedición, en su caso, del correspondiente visado y a la efectiva entrada legal del extranjero en territorio nacional.

Pero en el resto de actividades (art. 98.2.b), c) y d) RELOEx.) quedara sometida a una triple condición suspensiva: la obtención del visado, entrada del trabajador en territorio nacional y que se produzca el alta del trabajador en el plazo de tres meses desde la entrada legal en España y por el empleador que solicitó la autorización (art. 100.3.a), b) RELOEx.).

Este procedimiento también tiene la particularidad de que en el momento que la autoridad competente disponga de los contratos firmados por los empresarios, no olvidemos que el original y copia del contrato de trabajo en modelo oficial forman parte de la documentación que ha de aportarse con la solicitud de la autorización (art. 67.2.b) RELOEx.), se procederá a hacer constar en los mismos la diligencia aprobatoria de la autorización, y se indicará la ocupación, el ámbito territorial y la duración autorizados. Una vez realizada esta actuación, los ejemplares de los contratos serán remitidos de nuevo a los empresarios para que puedan ser firmados por el trabajador en el país de origen, ante la oficina consular competente para la expedición del visado (art. 100.4 RELOEx.).

El procedimiento, requisitos y documentos a presentar para la tramitación del visado es el mismo a seguir que en la solicitud del visado de residencia y trabajo por cuenta ajena (art. 70 RELOEx.), con las particularidades de este tipo de autorización, entre ellas, que se aporte el documento firmado por el trabajador de que se compromete a retornar al país de origen una vez concluida la relación laboral.

Una peculiaridad más que se le añade a las actividades de temporada o campaña es que el visado en cuanto a su contenido y efectos es diferente respecto el resto de las actividades. Si los visados de residencia y trabajo habilitan para la entrada y estancia por un periodo máximo

de tres meses y para el comienzo, en ese plazo, de la actividad laboral para la que se hubiese previamente autorizado, el visado de residencia y trabajo para las actividades de temporada o campaña es el que habilita para la entrada y para trabajar por cuenta ajena durante el periodo autorizado para residir y trabajar (art. 25.bis.2.d) LOEx. y 101.1 RELOEx.). Esto es así porque en estas actividades el visado incorpora a la autorización, donde la vigencia de la autorización comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada, la cual constará en el pasaporte o título de viaje, y la duración del visado dará cobertura a la totalidad del periodo autorizado para residir y trabajar. Teniendo en cuenta que la duración de la autorización ha de coincidir con la duración del contrato de trabajo (art. 98.3.a) RELOEx.), que el inicio de la fecha de vigencia de la misma comienza desde que se efectúa la entrada y que la duración del visado da cobertura a la totalidad del periodo autorizado (101.1.párr.3 RELOEx.). Por otro lado, si en el plazo de un mes desde la entrada en España no existe constancia de que el trabajador ha sido dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, el órgano competente podrá resolver la extinción de la autorización, y se requerirá al empleador que solicitó la autorización para que alegue las razones por las que no se ha dado inicio a la relación laboral. Si no se alegara ninguna justificación o si las razones resultaran insuficientes, se podrán denegar posteriores solicitudes de autorización al considerarse que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores, al margen de que pueda concurrir una infracción grave del art. 53.2.a) LOEx.

En relación al resto de supuestos previstos el efecto del visado es diferente. El visado en estos casos sigue la consecuencia general del resto de las autorizaciones de trabajo, habilitar para la entrada y estancia por un periodo máximo de tres meses y para el comienzo, dentro de ese plazo, de la actividad laboral, en cuyo momento se produce el alta y se levanta la suspensión de la eficacia de la autorización administrativa. Si después de tres meses desde la entrada legal en España no existe constancia de que el trabajador ha sido dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo en caso contrario en una infracción grave por encontrarse irregularmente en España. En estos casos existe el deber del empresario de comunicar la razón de imposibilidad del inicio de la relación laboral (art. 38.4 LOEx.), si esto no se ha producido, el órgano competente le requerirá para que alegue las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral y por las que no se ha cumplido la obligación de comunicación. En este requerimiento constará que si no se recibe contestación en el plazo de diez días o de considerarse

insuficientes las razones alegadas, se dará traslado del expediente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por posible concurrencia de una infracción grave de las previstas en el art. 53.2.a) LOEx. También se le advertirá que si el procedimiento sancionador determinara la concurrencia de la infracción se podrán denegar ulteriores solicitudes de autorización por considerarse que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores.

Por otro lado, todos los extranjeros a los que se les haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un periodo superior a seis meses deberán solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero (art. 4.2 LOEx. y 101.4 RELOEx.), pero están exceptuados de tal obligación los titulares de una autorización de residencia y trabajo de temporada.

Como se señalaba anteriormente, estas autorizaciones no permiten renovación por otra autorización que pueda ampliar el tiempo de permanencia del extranjero para trabajar en España. Sí cabe la prórroga de la misma pero, siguiendo el hilo de las particularidades, dependiendo de la actividad. En las actividades de temporada o campaña se podrá prorrogar la autorización dependiendo del periodo de contratación inicial, pero no se permite un periodo de permanencia o de prórroga más allá del autorizado, que es de nueve meses. En el resto de supuestos existe la misma previsión, es permitida la prórroga dependiendo del periodo de contratación inicial y siempre que no se exceda el periodo máximo autorizado que es de doce meses. Sin embargo, en estas actividades de forma excepcional se permite la prórroga más allá del tiempo autorizado cuando se acredite que esta se solicita para continuar con la realización de la misma obra, servicio o actividad concretados en el contrato de trabajo, y que existen circunstancias sobrevenidas que determinan la necesidad de continuación de la relación laboral. Sin olvidar en estos casos que la prórroga no ha de ser contraria a la normativa laboral (art. 98.3.b) RELOEx.), concretamente, habrá que estar pendientes a la modalidad de contratación elegida, que no solo ha de adecuarse al principio de causalidad y a la idoneidad sino que, además, cuando se determine la necesidad de la prórroga habrá que estar a la duración máxima permitida cuando nos encontremos con un contrato –no con una autorización- de duración determinada, que si bien no se concreta un tiempo máximo en el que puede extenderse la prórroga, en algunos contratos es permisible que la duración del contrato pueda ser de tres años (art. 11.2.b) y de tres años ampliable hasta doce meses más (art. 15.1.a) LET). La lógica impone en estos casos que la prórroga no podría extenderse

mucho más allá de lo que la finalidad de este tipo de autorización pretende, que no es otra que una permanencia reducida y que se identifica limitándola, además es diferenciada de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena que tiene otro tipo de vocación, otra interpretación mucho más flexible podría desnaturalizar el objeto de la autorización referida.

### **3.3. Sobre los contratos de trabajo de los trabajadores extranjeros autorizados para trabajar al amparo de ofertas de temporada o campaña, y la limitativa autorización administrativa**<sup>506</sup>

Este apartado tiene como objeto poner sobre plano el sistema de contratación laboral de los trabajadores extranjeros que son reclutados para realizar actividades de temporada o campaña, con la finalidad de que la normativa laboral aborde una regulación protectora eficaz para lo que no está construida la normativa de extranjería.

Partimos de una dualidad reguladora entre la Ley del Estatuto de los Trabajadores y la normativa de extranjería que afecta a los contratos de trabajo que finalmente se realizan con los trabajadores extranjeros. La autorización administrativa es el condicionamiento básico del acceso al trabajo de los extranjeros, asimismo, es un instrumento de control y prevención que tiene como finalidad salvaguardar el interés general, interés general que sería la protección del mercado de trabajo nacional. Esta actuación limitativa de derechos que ejerce la Administración viene básicamente fundamentada sobre uno de los principios de la política migratoria que no es otro que el de la ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo.

Una vez obtenida la autorización los extranjeros ya serían titulares del derecho al trabajo<sup>507</sup>, pero a su vez esta autorización, especialmente por lo que hace a los trabajadores extranjeros

---

<sup>506</sup> El contenido de este apartado forma parte de la Comunicación presentada en el XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Dicha comunicación fue admitida para ser publicada en el e-book del Congreso y seleccionada para su defensa oral. RAMOS POLEY, L.: “Sobre los contratos de trabajo de los trabajadores extranjeros autorizados para trabajar al amparo de ofertas de temporada o campaña”, en la obra colectiva: *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después*. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ed. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Subdirección General de Informes y Publicaciones, Colección Informes y Estudios, Serie General, núm. 24. Madrid, 2020, pp. 1133-1154.

que se disponen a trabajar en actividades de temporada o campaña, va a condicionar en la práctica el tipo de contratación pretendida.

### 3.3.1. La autorización administrativa de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada. Condicionantes o no a la modalidad de contratación pretendida

La autorización -ideal- de residencia y trabajo por cuenta ajena (art. 38 LOEx.) viene determinada por ser una autorización de residencia de carácter temporal por la que se permite permanecer en España por un periodo superior a 90 días e inferior a cinco años (art. 62 RELOEx.). Esta autorización se diferencia del resto por tener una “vocación de estabilidad o mayor permanencia aunque sea de forma relativa”<sup>508</sup>. Pero de ello no se desprende que el tipo de contratación que encuadre con la misma haya de ser necesariamente temporal, de hecho, teniendo como única referencia a la duración de la autorización, a través de su renovación (art. 38.6 LOEX., 71 y 72 RELOEx.) y en el mejor de los casos, podría llegarse a tal punto de que se otorgara una residencia de larga duración y que por lo tanto se autorice a residir y trabajar en España de forma indefinida y en las mismas condiciones que los españoles (art. 32 LOEx.).

Situación especial es la que caracteriza a la autorización de residencia y trabajo para trabajadores extranjeros en actividades de temporada o campaña. Es un régimen especial que la LOEx. (art. 42) remite a que sea regulado de forma reglamentaria. El RELOEx. (art. 97) señala que la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada permite a un extranjero mayor de 16 años a permanecer en España y a ejercer una serie de actividades laborales por cuenta ajena: de campaña o temporada, obras o servicios, o formación y prácticas profesionales. Este tipo de autorización referida a estas actividades viene configurada por tener una limitación temporal que no va a tener solución de continuidad. En el caso de las actividades de temporada o campaña esto será así porque la duración coincidirá con la duración del contrato o contratos de trabajo, pero con el límite

---

<sup>507</sup> AAVV; CAMAS RODA (Dir.), *Manual, op., cit.*, p. 247.

<sup>508</sup> ESTEVE; GRAU, Consideraciones, *op., cit.*, p. 84. Al ser una modalidad que permite su renovación pero que está “condicionada siempre a la vigencia del contrato laboral originario, a la realización habitual de la actividad inicial o, en general, a otras circunstancias y datos que acrediten una cierta empleabilidad o posibilidad de ocupación del extranjero petionario.”

máximo de nueve meses, dentro de un periodo de doce meses consecutivos, y se podrá prorrogar, pero únicamente hasta el límite de nueve meses dependiendo del periodo de contratación inicial (art. 98.3.a) y 102.1 RELOEx.). Además, se establece como requisito a cumplir en todos los supuestos “que el trabajador se comprometa a retornar al país de origen, una vez concluida la relación laboral” (art. 99.2 RELOEx.).

Si bien se abre una vía de acceso legal a España a la vez se genera una contratación sin ninguna estabilidad ni continuidad en el mercado de trabajo español<sup>509</sup>. Pero ello no quiere decir que la contratación haya de ser irremediamente temporal como veremos más adelante. La autorización administrativa concreta el tiempo máximo por el que el inmigrante puede permanecer en territorio español, pero no tendría que condicionar su modalidad de contratación ya que nos encontramos con un trabajo temporal donde opera el principio de causalidad<sup>510</sup>, es decir, la autorización y sus limitaciones no forman parte de una nueva fórmula de contratación temporal que vaya más allá de las definidas en el art. 15 LET<sup>511</sup>. Aunque en la práctica irremediamente lo será<sup>512</sup>, más si se tiene en cuenta el sector productivo donde se van a desarrollar la mayoría de estas actividades. Pero lo que no podrá hacer la autorización es condicionar la duración del contrato de trabajo, es decir, de una autorización de residencia y trabajo temporal no puede derivarse la naturaleza temporal de la contratación, y en este sentido, si no existe una justificación de la contratación temporal el trabajador tiene que considerarse como indefinido (STSJG 541/2017, de 30 de enero).

Cabe también reseñar a la gestión colectiva de contrataciones en origen. La razón de ello es que permite la tramitación colectiva de contratos por el que uno o varios empleadores pueden tramitar conjuntamente la gestión de una pluralidad de autorizaciones para extranjeros en sus países de origen. El contenido de la Orden ministerial que apruebe la gestión colectiva de contrataciones en origen podrá regular de manera diferenciada las previsiones sobre contratación estable y sin establecer una cifra de puestos de trabajo a cubrir ni una

---

<sup>509</sup> CARDENAL CARRO, M.: “Permiso de trabajo y modalidades contractuales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Ed. Aranzadi, S.A.U. Cizur Menor, núm. 6/2005, p. 1.

<sup>510</sup> GOYE, C.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. Ed. Comares, 2ª Edición, Granada, 2012, Granada.

<sup>511</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: *El trabajo, op. cit.*, pp. 65 y ss.

<sup>512</sup> TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: “Artículo 55. Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 366 y ss.



delimitación de ocupaciones laborales, particularidades en el procedimiento de trabajadores de temporada o por obra o servicio (art. 169. 3 RELOEx.).

Del estudio realizado sobre las últimas órdenes que regulan la gestión colectiva de contrataciones en origen que va desde el año 2013 hasta el 2017 se puede concluir que ha sido un mecanismo que solo ha permitido la contratación de trabajadores para el desarrollo de actividades de carácter temporal y en el sector agrícola, al venirse prorrogando la Orden ESS/1/2012, de 5 de enero<sup>513</sup>, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012, pero “exclusivamente a los efectos de la contratación de trabajadores para campañas agrícolas de temporada y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 39.3 LOEx.”, además de concentrarse esencialmente en la contratación de mujeres marroquíes<sup>514</sup>.

Otra cuestión a destacar es que si bien la Orden TMS/1426/2018, de 26 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2019, establecía en su exposición de motivos la conveniencia de habilitar una vía que permitiera la contratación estable para el año 2019, finalmente “no se ha procedido a autorizar contratación estable por la vía de la gestión colectiva de contrataciones en origen”. Asimismo, “la Orden TMS/1277/2019, de 23 de diciembre que reguló la campaña para 2020, no prevé la contratación en origen de carácter estable”<sup>515</sup>, y la reciente Orden ISM/1289/2020, de 28 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2021, tampoco. Con todo ello, solo se siguen posibilitando ofertas de empleo dirigidas a la contratación de trabajadores para el desarrollo de actividades de carácter temporal, en las que se incluyen, las de temporada o campaña.

La discusión que podría plantearse es qué tipo de contratación de conformidad con la Ley del Estatuto de los Trabajadores sería la correcta -y ajustada a Derecho-, teniendo en

---

<sup>513</sup> BOE de 6 de enero de 2012, Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-228>

<sup>514</sup> MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: Memoria abreviada del análisis de impacto normativo del proyecto de orden TMS//2018, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2019. Secretaría de Estado de Migraciones. Madrid, 2018, p. 14. [http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/participacion/historico/informacionpublica/2018/Orden\\_11\\_20181124\\_MAIN\\_gabinete\\_seie.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/participacion/historico/informacionpublica/2018/Orden_11_20181124_MAIN_gabinete_seie.pdf)

<sup>515</sup> Respuesta de 2 de enero de 2020, del Gabinete de la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, a la Consulta planteada con objeto de esta investigación.

consideración que estamos sujetos a una autorización que condiciona el tiempo de permanencia en territorio español e incluso la actividad para la que se otorga, ya que el trabajador extranjero es reclutado para realizar un trabajo de temporada o campaña, ello a tenor de las necesidades empresariales que urgen ser cubiertas y que originan y motivan la razón de su contratación.

En este sentido, el art. 15 LET establece que el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada. La contratación por una duración determinada en nuestro sistema es causal, donde la temporalidad tiene que encajar en alguna de las modalidades contractuales previstas en la norma<sup>516</sup>, y que vienen concretadas en tres supuestos configurados para ser de utilidad en unas causas tasadas: cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa; y para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. Que su duración sea determinada significa que se encuentra acotada por un periodo de tiempo establecido el cual no se puede rebasar, y que funciona, a su vez, como condición resolutoria, ya que de forma predeterminada las partes fijan la duración del contrato y el momento de finalización de la relación laboral<sup>517</sup>. Además, la utilización de dicha contratación ha de ser para las causas determinadas en la normativa laboral, es decir, nos encontramos con un principio de causalidad que se proyecta en supuestos coyunturales de carácter específico que responde a unas necesidades circunstanciales que se pretenden cubrir de forma temporal<sup>518</sup>, y que por tanto, debe existir una necesidad empresarial de empleo temporal que es lo que justifica la celebración de un contrato de trabajo de este tipo<sup>519</sup>.

Tanto el art. 15 LET como el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración

---

<sup>516</sup> CANALDA CRIADO, S.: “Precarización de la contratación atípica y pobreza laboral” *Revista de Información Laboral*. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, núm. 8/2018, p. 12.

<sup>517</sup> CRUZ VILLALÓN, Compendio, *op. cit.*, p. 167.

<sup>518</sup> AAVV; CAMAS RODA (Dir.), *Manual, op. cit.*, pp. 129 y ss.

<sup>519</sup> CRUZ VILLALÓN, Compendio, *op. cit.*, p. 168.

determinada, dejan, en el caso de contratos por obra o servicio determinados, a la negociación colectiva la ampliación de la duración máxima establecida legalmente, y la identificación de los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que justifiquen la contratación por obra y servicio determinados, y las actividades en las que puedan contratarse a trabajadores eventuales. De hecho, tanto el art. 2 y 3 de este Real Decreto, indican que una vez el convenio aplicable identifique los trabajos o tareas y las actividades que justifiquen cada modalidad de contratación, se estará a lo establecido en el mismo a efectos de su utilización. Asimismo, respecto al contrato de interinidad se deja a la norma, convenio colectivo o acuerdo individual, los casos en que se puede sustituir a un trabajador que tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo (art. 4.1).

La jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social (en adelante STS) 783/2018, de 19 de julio<sup>520</sup>, viene clarificando qué exigencias impone la norma a los contratos de obra o servicio determinados para su validez, tanto para las empresas privadas como para las públicas, incluso para las propias Administraciones públicas: “a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de esta y no en tareas distintas”. Estos requisitos han de concurrir de forma conjunta para que la contratación por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a Derecho. Asimismo, aclara la jurisprudencia que, de forma general, para que un contrato sea verdaderamente temporal o de duración determinada, ha de cumplir con todos los requisitos y exigencias que la Ley impone, no siendo suficiente que se exprese en el mismo el carácter temporal y la duración que se le asigna.

---

<sup>520</sup> También en STS 385/2018, de 11 de abril; STS 5375/2009, de 14 de abril; STS 664/2009, de 21 de enero; STS 2235/2010, de 21 de abril.

Por lo que hace a los contratos eventuales en la empresa privada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la STS 582/2018, de 31 de mayo<sup>521</sup>, ha configurado a la eventualidad “como un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa, que no puede ser atendido con la plantilla actual y que –por su excepcionalidad- tampoco razonablemente aconseja un aumento de personal fijo. Pudiendo concluirse que de acuerdo con la definición legal, la temporalidad del contrato eventual viene justificada por factores que hacen referencia a circunstancias objetivas (...) y, desde esta perspectiva, un déficit de plantilla, entendido como un número de trabajadores empleados inferior al necesario para hacer frente a la actividad normal de la empresa, habría de considerarse como una circunstancia interna a la organización empresarial que no justifica el recurso a la contratación eventual”.

Por otro lado, el contrato de interinidad se define como aquel que tiene por objeto sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, donde su duración se subordina a la reincorporación del sustituido por finalizar el periodo de ejercicio de dicho derecho. De esta definición no se permite “la inclusión de otras circunstancias en las que no exista obligación de prestar servicios que difieran de aquellas en las que se produce el denominado derecho de reserva del puesto de trabajo” (STS 3733/2019, de 30 de octubre).

Tanto la LOEx., como el RELOEx, permiten este tipo de contratación para actividades de temporada o campaña sin aclarar cuestiones básicas, de hecho se centran esencialmente en los estados previos y finales de la contratación, principalmente en el procedimiento de la obtención de la autorización y la entrada, las limitaciones de la misma, y sobre el retorno del trabajador extranjero, pero apenas se fija en la dinámica del contrato de trabajo suscrito<sup>522</sup>. Si bien podría entenderse que la ausencia de regulación en la normativa de extranjería es consecuencia del principio de igualdad de trato una vez celebrado de forma válida el contrato de trabajo<sup>523</sup>, donde el Derecho del trabajo adquiere su máxima expresión que no es otra que

---

<sup>521</sup> También STS 2010/2002, de 20 de marzo; STS 1529/2010, de 9 de marzo; STS 6544/2013, de 9 de diciembre; STS 8976/2011, de 7 de julio; STS 6544/2013, de 9 de diciembre.

<sup>522</sup> ESTEVE; GRAU, Consideraciones, *op. cit.*, p. 88.

<sup>523</sup> *Ibid.*, p. 88.

la protección del extranjero cuando adquiere la condición jurídica de trabajador<sup>524</sup>, sin embargo, como se verá más adelante, la autorización relativizará este principio de igualdad.

Para la aclaración de algunos conceptos puede ser interesante la Directiva 2014/36/UE<sup>525</sup>, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros. Según el Informe anual 2014 de políticas de inmigración y asilo<sup>526</sup>, y en relación a los trabajadores de temporada, antes de la aprobación de esta Directiva las previsiones contenidas en la misma ya estaban recogidas en el ordenamiento español y no se tuvo prevista ninguna medida adicional de transposición.

Es una Directiva que canaliza la presencia temporal de trabajadores extranjeros en aquellos sectores productivos que sujetan sus ofertas por motivos estacionales, de hecho está pensada para un trabajo esencialmente estacional<sup>527</sup>, como puede ser la agricultura o el turismo, unos sectores muy sensibles a la contracción del crecimiento económico y por caracterizarse en modalidades contractuales muy precarias que afectan especialmente a los trabajadores migrantes<sup>528</sup>. La Directiva canaliza la presencia temporal de mano de obra de trabajadores extranjeros que cubren las ofertas de sectores productivos ligados al carácter estacional de la actividad, y si bien incluye una serie de derechos sociales de los trabajadores extranjeros, estos son limitados al percibir a este como un “sujeto sospechoso de pretender permanecer en el Estado miembro más allá de su estancia temporal” lo que hace contaminar el marco

---

<sup>524</sup> RAMOS QUINTANA, M.: “Trabajadores extranjeros”, *op. cit.*, p. 35.

<sup>525</sup> DUE, de 28 de marzo de 2014. Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0036>

<sup>526</sup> RED EUROPEA DE MIGRACIÓN: *Informe anual 2014 de políticas de inmigración y asilo*. Punto de contacto nacional. Madrid, 2014, p. 9 y 10. [http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/redeuropeamigracion/Informe\\_Anuar\\_Politiclas\\_Inmigracion\\_Asilo/doc\\_2\\_014/Informe\\_Anuar\\_de\\_Politiclas\\_de\\_Inmigracion\\_y\\_Asilo\\_2014\\_ES.pdf](http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/redeuropeamigracion/Informe_Anuar_Politiclas_Inmigracion_Asilo/doc_2_014/Informe_Anuar_de_Politiclas_de_Inmigracion_y_Asilo_2014_ES.pdf)

<sup>527</sup> ROJO TORRECILLA, E.: *Nuevas reflexiones sociales y apuntes jurídicos (europeo y estatal) sobre la inmigración, con propuestas de actuación*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 15/04/2014. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/04/nuevas-reflexiones-sociales-y-apuntes.html>

<sup>528</sup> RAMOS QUINTANA, M.I.: “Acceso al mercado de trabajo y condiciones de trabajo de los inmigrantes en el contexto de la crisis económica”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, núm. 28/2011, p. 2.

protector de los derechos laborales que se pueden disfrutar en el territorio de un Estado miembro<sup>529</sup>.

La Directiva subraya el derecho a la igualdad de trato de los trabajadores temporeros respecto los nacionales del Estado de acogida, evidenciando en una lista unas materias mínimas, pero bajo este criterio general deja espacio para la desigualdad en otras materias, como así recoge el art. 23.2. Se señala la igualdad de trato, entre otras, en el régimen de contratación, incluida la edad mínima para trabajar, las condiciones de trabajo, incluidos el salario y el despido, el horario de trabajo, los permisos y las vacaciones, así como las exigencias sobre salud y seguridad en el lugar de trabajo.

De especial interés son las definiciones que establece esta Directiva. Por trabajador temporero se entiende aquel nacional de un tercer país que conserve su residencia principal en un tercer país, pero permanezca temporalmente de forma legal en el territorio de un Estado miembro para realizar una actividad sujeta al ritmo estacional, al amparo de uno o más contratos de trabajo de duración determinada celebrados directamente entre ese extranjero y el empresario establecido en ese Estado miembro (art.3.d). Directiva 2014/36/UE). Por otro lado, por actividad sujeta al ritmo estacional se entiende aquella vinculada a un determinado periodo del año por un acontecimiento o sucesión de acontecimientos recurrentes vinculados a condiciones estacionales, durante el cual las necesidades de mano de obra sean muy superiores a las requeridas para las operaciones que se realizan habitualmente (art. 3. d) Directiva 2014/36/UE ).

Como cláusula de cierre se indica de forma general, en cumplimiento de otro objetivo de la Directiva respecto a que la estancia temporal no se extienda más de lo permitido o se convierta en permanente, que el extranjero ha de abandonar el territorio del Estado miembro al llegar al periodo máximo de estancia, que no puede ser inferior a cinco meses ni superior a nueve meses dentro de cualquier periodo de 12 meses (art. 14.1).

---

<sup>529</sup>El Diario de Ferran Camas. *Reseña sobre la Directiva 2014/36/UE: extranjeros temporeros*. 31/03/2014. [https://www.ferrancamass.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/Rese%C3%B1a+sobre+la+Directiva+2014%7C\\_%7C36%7C\\_%7CUE%3A+extranjeros+temporos/ia86](https://www.ferrancamass.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/Rese%C3%B1a+sobre+la+Directiva+2014%7C_%7C36%7C_%7CUE%3A+extranjeros+temporos/ia86)

Respecto a las actividades de temporada o campaña la doctrina unificada del Tribunal Supremo ha señalado que existen trabajos que se repiten de forma cíclica en su identidad, como pueden ser la recogida de la naranja, la actividad de enseñanza, la hostelería, etc., donde se aprecia una reiteración cíclica con temporalidad cierta o variable en la misma actividad y por el que “el carácter de la actividad es permanente, como consecuencia de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad”. Cuando se dan estas circunstancias nos encontramos con un trabajo fijo discontinuo. También cuando las necesidades empresariales son normales y permanentes, que se presentan de forma cíclica o periódica y que no alcanzan la totalidad de la jornada anual, como ocurre con los trabajadores contratados en los períodos de mayor afluencia turística. No se daría tal situación cuando la necesidad de trabajo es, en principio, de carácter imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular<sup>530</sup>.

### 3.3.2. Datos incompletos que indican una realidad

Una vez llegados aquí cabría preguntarse qué actividades principales acogen este tipo de autorización y trabajo y qué tipo de modalidad contractual es la preponderante.

Por un lado, no existe una estadística oficial por parte del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones que relacione el tipo de autorización de residencia y trabajo con las características del contrato<sup>531</sup>. Únicamente existe la estadística que realiza la Secretaría General de Estadística del Ministerio de Trabajo y Economía Social, sobre contratos a personas extranjeras y que no está relacionada con cada tipo de autorización<sup>532</sup>. Aún así podemos extraer varios datos interesantes. En el año 2018 los contratos registrados de trabajadores extranjeros fueron de 4.041.876, donde el 26,3 % se realizaron por medio de Empresas de Trabajo Temporal y a través de estas últimas las ocupaciones mayoritariamente

---

<sup>530</sup> Entre otras: STS 908/2016, de 26 de octubre; STS 135/2018, de 13 de febrero; STSJE 433/2017, de 20 de junio; STSJA-Sevilla 2086/2019, de 12 de septiembre; STSJLGC 747/2019, de 5 de julio de 2019; STSJCAN 945/2015, de 7 de diciembre; STSJCAT 3320/2015, de 21 de mayo.

<sup>531</sup> Respuesta del 17 de enero de 2020, a través de la aplicación Formugab, Comunicación Ciudadanos, del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración, Secretaria de Migraciones, del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

<sup>532</sup> Publicada en la página web del Ministerio. Avance del Anuario de Estadísticas 2018. Contratos registrados de trabajadores extranjeros. <http://www.mitramiss.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2018/index.htm>

fueron elementales, con un porcentaje sobre el total de contratos registrados del 18,1%. Sobre la totalidad de los contratos existe una concentración en el sector servicios: 2.179.826, principalmente en la hostelería: 730.456, y en el sector de la agricultura: 1.351.904. Según el tipo de modalidad contractual el contrato más predominante fue el de duración determinada, en concreto el de obra o servicio: 1.891.231, y eventuales por circunstancias de la producción: 1.508.322. Únicamente 500.293 lo fueron como indefinidos. De la cifra total de contratos registrados la mayoría lo fueron del continente africano: 1.336.269, y por país de nacionalidad el mayoritario fue Marruecos: 823.434. En relación al continente americano los contratos registrados fueron 992.340, pero se encuentra más repartido, siendo los mayoritarios los de personas procedentes de Ecuador: 178.012, y Colombia: 148.215.

Asimismo, en el Servicio de Empleo Estatal no existe a disposición de los ciudadanos, en las estadísticas que el organismo publica en su web, los datos sobre los tipos de contratos registrados que se realizan cada año a través del régimen especial de los trabajadores de temporada (art. 42 LOEx.) o a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen (art. 39 LOEx.). Pero se han facilitado para esta investigación<sup>533</sup> los datos de “Contratos indefinidos y temporales a trabajadores de temporada extranjeros por duración del contrato. Acumulado 2008 a 2019.” En este documento -que aún sigue siendo incompleto- se detalla que si bien en el año 2008 se realizaron 342 contratos de carácter indefinido, la cifra en el año 2009 bajó a 18 y en el año 2018 y 2019 la cifra fue de “0” contratos. El total de contratos temporales en el año 2019 fue de 1.234, de ellos 1.101 tienen la denominación de duración indeterminada, esto es, según la aclaración de la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Asistencia Jurídica, esto responde a que aún siendo contratos de carácter temporal, no se sabe, cuando se formalizan, la duración cierta de los mismos, como por ejemplo ocurre con los contratos de obra o servicio regulados en el art. 15 LET<sup>534</sup>.

### 3.3.3. Qué modalidad contractual es la ajustada o la que debería ajustarse

---

<sup>533</sup> Contestación del 27 de enero de 2020 de la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Asistencia Jurídica del Servicio Público de Empleo Estatal, respecto al escrito dirigido con objeto de esta investigación.

<sup>534</sup> Aclaración del 28 de enero de 2020 de la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Asistencia Jurídica del Servicio Público de Empleo Estatal.



Si nos fijamos en el sector de la agricultura o de la hostelería cabe hacerse la siguiente pregunta: podría concluirse que por cada periodo de cosecha como la recogida de la fresa, la campaña de la vendimia, la recogida del melocotón, de la pera, de la aceituna, o por cada periodo vacacional en el sector de la hostelería, se podría estar contratando de forma temporal a un trabajador extranjero y a través de este tipo de autorización que permite residir temporalmente y trabajar por cuenta ajena por una duración determinada en las actividades de temporada o campaña. Cabría considerar que no sería posible, ni a tenor de la regulación de extranjería sobre la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada que tiene sobre su base asimilarse al contrato eventual<sup>535</sup> del art. 15.1, b) LET. Ni a tenor de la Directiva 2014/36/UE, que configura a la noción de trabajo estacional como de carácter temporal y diferenciado de lo que es un trabajo regular y permanente. Ni tampoco encuadraría con nuestro modelo de contratación que basado en el principio de causalidad<sup>536</sup> opera en supuestos coyunturales de carácter temporal y específicos.

En estos supuestos concretos de actividades de campaña o temporada que se repiten en fechas ciertas o variables la modalidad contractual adecuada sería la de fijos-discontinuos, ya que siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras la STS 135/2018, de 13 de febrero, se tiene en consideración, para que un trabajo se atienda mediante un contrato de este tipo, que exista reiteración de la necesidad de trabajo en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados. Pero según la contestación a la Consulta de 18 de junio de la Dirección General de Trabajo, sobre contratos fijos discontinuos y contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios para 2008, no sería posible<sup>537</sup>. Si bien en un principio la Subdirección General de Gestión y Coordinación de los Flujos Migratorios indicó que “su criterio respecto a la posibilidad de utilización, en el caso del contingente, de la modalidad de contrato fijo discontinuo, se plantea exclusivamente respecto de los contratos derivados de autorizaciones de residencia y trabajo de duración determinada (ofertas de empleo de carácter temporal, en sus modalidades de temporada o campaña y de obra o servicio)”, instando a que se contemplara la modalidad de contratación fijo discontinuo para los trabajadores con

---

<sup>535</sup> CARDENAL CARRO, “Permiso de trabajo”, *op. cit.*, pp. 2-3.

<sup>536</sup> CHARRO BAENA; BENLLOCH, *Guía Práctica*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>537</sup> “La combinación de las normas de contratación laboral con las reguladores del contingente hace inviable la contratación de trabajadores extranjeros vía contingente bajo la modalidad de contratos indefinidos para trabajos fijos discontinuos”, p. 3.

autorización de residencia y trabajo de duración determinada. La Dirección General de Trabajo consideró que, por lo que hace a las actividades de temporada o campaña, existe “un límite fijo máximo de la actividad a realizar, que contrasta con la incertidumbre sobre el inicio y la finalización de los trabajos fijos discontinuos”. Asimismo, los trabajos fijos discontinuos no pueden garantizar la actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización solicitada, salvo que este periodo quedase abierto, lo que no se ajustaría a la regulación actual, por lo que resulta una forma de contratación inviable.

En la realidad se producen otras cosas bien distintas a las pretendidas o imaginables. Si bien comentábamos anteriormente la dificultad en obtener datos oficiales precisos, una reciente e interesante investigación llevada a cabo por la Revista Onubense de Actualidad, Cultura y Ocio<sup>538</sup>, ha visibilizado, a partir de datos oficiales obtenidos a través del Ministerio de Trabajo, que de las 14.411 temporeras marroquíes que vinieron a España a la recogida de fresa y otros *berries* en la temporada 2019, el 99,9% de las contrataciones fueron a través del contrato por obra o servicio y el resto por el contrato eventual. Parece ser que esta modalidad de contratación por obra o servicio “permite a los empresarios disponer a su voluntad de las mujeres marroquíes, abonando sus salarios sólo los días que salen a recoger fresas, moras o arándanos, y negándoles otros beneficios del Convenio Colectivo del Campo”. Práctica que también alcanzaría a los propios jornaleros onubenses. No ha tardado la gran patronal agrícola, la Federación Onubense de Empresarios, Freshuelva, Asaja y el *lobby* Interfresa, en traspasar la responsabilidad al Gobierno del Estado a través de su subdelegación en Huelva<sup>539</sup>.

Esta contratación temporal abusiva además genera una enorme pobreza, desigualdad y vulneración de los derechos humanos como ha puesto de relieve el profesor Philip Alston, Relator Especial sobre la pobreza extrema y derechos humanos<sup>540</sup>. Por último, hay que señalar

---

<sup>538</sup> LA MAR DE ONUBA: “Contratación en origen de temporeras marroquíes: ¿fraude masivo o caos administrativo?” *Revista onubense de actualidad, cultura y debate*. 11/02/2020. <http://revista.lamardeonuba.es/contratacion-en-origen-de-trabajadoras-marroquies-fraude-masivo-o-caos-administrativo/>

<sup>539</sup> LA MAR DE ONUBA: “Orden Gecco: el sector de los frutos rojos señala al Gobierno como único responsable de las irregularidades en la contratación en origen”. *Revista onubense de actualidad, cultura y debate*. 13/02/2020. <http://revista.lamardeonuba.es/orden-gecco-el-sector-de-los-frutos-rojos-senala-al-gobierno-como-unico-responsable-de-las-irregularidades-en-la-contratacion-en-origen/>

<sup>540</sup> NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO: Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston, sobre la conclusión de su

que estos abusos afectan esencialmente a mujeres, pobres, extranjeras, con hijos, que desconocen el idioma y sus derechos, y que viven aisladas y sin más contacto que sus jefes y compañeras que están en sus mismas condiciones<sup>541</sup>. De hecho, se recurre a ellas desde hace un par de décadas de forma intencionada porque los hombres resultaban ser más reivindicativos y estas resultan ser más dóciles y conformistas<sup>542</sup>.

#### **4. LA GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN**

Dejamos por un momento dos vías fundamentales de acceso a España para trabajar: residencia y trabajo por cuenta ajena y residencia y trabajo cuenta ajena de duración determinada, para tratar una vía que complementa a las primeras guardando el carácter de estas, el acceso al trabajo de extranjeros, pero teniendo la particularidad de que permite, entre otras posibilidades, la tramitación colectiva de contratos de trabajo para extranjeros en sus países de origen.

Es un mecanismo que puede articular en sí mismo varias vías legales de acceso a España de extranjeros para trabajar, una vía que es el alma de su regulación: partiendo de una valoración colectiva de la situación nacional de empleo y que tiene por objeto concretar las ocupaciones, y en su caso, las cifras previstas de empleo que durante el periodo de tiempo de un año no pueden ser absorbidas por el mercado de trabajo nacional y que por ello pueden ser cubiertas por extranjeros que no se hallen ni residan en España<sup>543</sup>. Pero también contiene otras vías que a día de hoy están cobrando notable importancia y que se recurre a ellas como principal mecanismo de contratación de trabajadores extranjeros de forma colectiva, como puede ser en

---

visita oficial a España, 27 de enero – 7 de febrero de 2020.  
<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25524&LangID=S>

<sup>541</sup> MIÑARRO YANINI, M.: “Excelencia económica e inmigración femenina: la explotación de temporeras del oro rojo”. *Revista CEF*. núm. 427, 2018, p. 427.

<sup>542</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>543</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, M<sup>a</sup> B.: “Comentario al artículo 39 de la Ley de Extranjería”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Ley de extranjería y su nuevo Reglamento*. Director: Faustino Cavas. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 695.

actividades de temporada o campaña, más cuando hablamos de una vía con una clara orientación hacia medianas y grandes empresas<sup>544</sup>.

En su conjunto es una formulación jurídica en que se plasma una determinada política de inmigración a través del establecimiento de unas determinadas ofertas de empleo dirigidas a trabajadores extranjeros que son contratados en origen<sup>545</sup>. Una política que también tiene por objeto el control de los flujos migratorios de forma ordenada y que puede tener efectos positivos en los trabajadores extranjeros al planificarse su incorporación al mercado de trabajo pudiéndose garantizar su efectiva inserción y que puede incorporar políticas dirigidas a su integración<sup>546</sup>.

En su conjunto, es una vía legal de acceso a España para trabajar que tiene su origen en una Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 9 de abril de 1991 en que se instaba al Gobierno, entre otras cuestiones, a desarrollar una política activa de inmigración en que los poderes públicos tomaran la iniciativa en la canalización y organización de los flujos migratorios de forma legal en función de las necesidades de mano de obra de la economía española y de la capacidad de absorción de la sociedad.

Fruto de ello se formaliza un amplio acuerdo “con un tema tan trascendente como es el de la extranjería en España”<sup>547</sup>. Sobre la base de esta proposición se aprueba por primera vez una Resolución<sup>548</sup> que regula el desarrollo y aplicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 1993, en la que se incluyen unas instrucciones generales y de procedimiento sobre determinación de un contingente de autorizaciones para trabajadores para ese año, sobre la base de las exigencias derivadas del espacio común sin fronteras internas que para su

---

<sup>544</sup> CHARRO BAENA; BELLONCH, *Guía práctica, op. cit.*, p. 163.

<sup>545</sup> GOERLICH PESET, J.M. “Artículo 39. Gestión colectiva de contrataciones en origen”, en la obra colectiva: *Comentario a la Ley y el Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. Dirección y Coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fernández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, Granada, 2012, p. 715.

<sup>546</sup> *Ibid.*, p. 715

<sup>547</sup> Palabras del Sr. Lloret Llorens, del Grupo Parlamentario Socialista-. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación permanente, IV Legislatura, núm. 100, año 1991, p. 4885.

<sup>548</sup> Resolución de 14 de junio de 1993, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la de 4 de mayo de 1993, por la que se dictan instrucciones generales y de procedimiento sobre determinación de un contingente de autorizaciones para trabajadores extranjeros para 1993, conjunta de los Directores Generales de Asuntos Consulares, de la Policía, de Política Interior y de Migraciones.

correcto funcionamiento era necesario un efectivo control de las fronteras exteriores y de la inmigración. Por lo tanto, no solo era una instrumento de canalización de los flujos migratorios sino que además era un instrumento de control, pero sin cobertura legal ni reglamentaria<sup>549</sup>.

Posteriormente se sigue de la misma forma en el año 1994 y 1995 hasta que finalmente en el año 1996, el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, establece como novedad el establecimiento de un contingente de mano de obra (art. 70 RD 155/1996).

Por lo tanto, si bien es una figura que había comenzado a utilizarse anteriormente como práctica administrativa<sup>550</sup>, teniendo un cierta apariencia de excepcionalidad<sup>551</sup>, no es hasta la aprobación definitiva del RD 155/1996 cuando podemos hablar de que se plasma realmente una vía de acceso de extranjeros a España para trabajar<sup>552</sup>, siendo en el año 2000 cuando la LO 4/2000 lo eleva a rango de ley orgánica, es decir, la aparición del contingente es previa al reconocimiento formal<sup>553</sup> y puede decirse que es a partir de este momento cuando se orienta con una vocación de permanencia en el tiempo.

La gestión colectiva de contrataciones en origen tiene unas características básicas como son la temporalidad: su periodicidad es de carácter anual, esto es, de forma anual pueden aprobarse unas determinadas cifras puestos de trabajo que durante ese periodo de tiempo determinado pueden tener acceso los extranjeros que no se hallen o residan en España, y además, a lo largo del año, estas ofertas de empleo pueden ser revisadas para adaptarlas a la evolución del mercado de trabajo. Otra característica es su valoración colectiva: la valoración de la situación nacional de empleo se realiza de forma colectiva y se realiza en una fase previa de la elaboración. Otra peculiaridad es la contratación en origen: esto es, este tipo de autorización va dirigida a los extranjeros que no se hallen o residan en España. Y por último, su carácter normado, es una autorización y procedimiento que de carácter general están previstos en la

---

<sup>549</sup> GOERLICH, “Artículo 39”, *op. cit.*, p. 716.

<sup>550</sup> *Ibid.*, p. 717.

<sup>551</sup> CHARRO BAENA; BELLONCH, *Guía práctica, op. cit.*, p. 161.

<sup>552</sup> SAN MARTÍN MAZZUCCONI, “El acceso de los extranjeros”, *op. cit.*, p. 160.

<sup>553</sup> GOERLICH, “Artículo 39”, *op. cit.*, p. 716.

Ley y en el Reglamento y donde la correspondiente Orden puede establecer particularidades<sup>554</sup>, particularidades que cada vez cobran una mayor importancia.

En este sentido, el Ministerio de Trabajo podrá, y es potestativo porque así lo realza la literalidad del art. 39.1 LOEx. y 167 RELOEx., aprobar una previsión de las ocupaciones y, en su caso, las cifras previstas de empleos, que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en el periodo de un año, no existiendo ninguna limitación en cuanto a los sectores o actividades a los que puede dirigirse<sup>555</sup>, pero para ello ha de tenerse en cuenta a la situación nacional de empleo. Por lo tanto, se establecen dos límites claros para su aprobación, uno de procedimiento y otro de fondo: que la situación nacional lo permita y que el acceso solo será para aquellos que no se hallen o residan en España<sup>556</sup>.

Es importante señalar que para la aprobación de la citada previsión se establece un mecanismo de participación donde las Comunidades Autónomas tienen una especial relevancia al ser estas las únicas que pueden plantear propuestas para su elaboración. En este sentido, la previsión tendrá en cuenta las propuestas que sean realizadas por las Comunidades Autónomas, previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente. La participación de las Comunidades Autónomas agiliza el funcionamiento del sistema de gestión colectiva y lo hace más ajustado a las necesidades reales del mercado de trabajo<sup>557</sup>. Además, con este mecanismo se da cumplimiento a las distintas competencias de ejecución en

---

<sup>554</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “La nueva gestión colectiva de contrataciones en origen a propósito de la Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010.” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 22/2010, parte Estudio, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, pp. 3 y 4.

<sup>555</sup> CHARRO BAENA; BELLONCH, *Guía práctica, op. cit.*, p. 165.

<sup>556</sup> ROJO TORRECCILLA, E.: “Artículo 77. Contingente de trabajadores extranjeros”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 482.

<sup>557</sup> PEÑA OBIOL, S.: “La incorporación del inmigrante al mercado de trabajo desde la actual regulación española”, en la obra colectiva: *Derechos y libertades de los extranjeros en España*. Tomo II. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ed. Gobierno de Cantabria, 2003, p. 955. Citado en CAMAS RODA: “Comentario a los artículos 79 (Elaboración del contingente) y 80 (Procedimiento) del R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (B.O.E., núm. 6, de 7 de enero de 2005)”, en la Obra Colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos Quintana. Coordinadora: Gloria P. Rojas Rivero. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 490.

materia de extranjería que las diferentes Comunidades Autónomas han ido asumiendo en sus respectivos Estatutos de Autonomía<sup>558</sup>.

Asimismo, la previsión, antes de su adopción, habrá de ser sometida a consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración (art. 39.1 LOEx.), órgano colegiado ministerial de carácter consultivo en materia de gestión de flujos migratorios, del que forman parte las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal (art. 1.1 Orden TAS/1713/2005, de 3 de junio, por la que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración).

Por otro lado, la norma que apruebe la gestión colectiva podrá establecer un número de visados para la búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones. Este precepto incluye dos vías de acceso especiales, una dirigida a hijos o nietos de español de origen, como vía especial de preferencia positiva dirigida a un colectivo específico<sup>559</sup>, y otra dirigida a acceder a determinadas ocupaciones de difícil cobertura en que se considera que esta es la vía más adecuada para poder cubrirlas<sup>560</sup>. En estas vías de acceso se rompe la relación entre la previsión anual de las contrataciones y las colocaciones, ya que el acceso a un número determinado de visados para la búsqueda de empleo no supone ni garantiza la existencia de una oferta de empleo firme<sup>561</sup> ni que finalmente que se formalice un contrato de trabajo.

#### **4.1. El contenido real de la norma sobre gestión colectiva, en primer lugar, la cifra provisional de puestos de trabajo de carácter estable**

La regulación de esta gestión colectiva de contrataciones en origen no se agota con lo dispuesto en la LOEx., para comprender de una manera completa la compleja regulación de este instrumento es preciso acudir a la norma reglamentaria que precisa, no de forma íntegra,

---

<sup>558</sup> GOERLICH, “Artículo 39”, *op. cit.*, p. 721.

<sup>559</sup> CAMÓS VICTORIA, I.: “Visados para la búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 507.

<sup>560</sup> *Ibid.*, p. 510.

<sup>561</sup> GOERLICH, “Artículo 39”, *op. cit.*, p. 728.

las particularidades de esta vía de acceso, y no lo hace de esta forma porque aún existe una norma anual que es la que determinará concretamente la articulación de este mecanismo: la correspondiente Orden ministerial<sup>562</sup>.

En cuanto al contenido de la norma sobre gestión colectiva el RELOEx. regula las diferentes vías de acceso que pueden ser establecidas. En primer lugar, una vía de acceso que tiene su fundamento en la previsión anual de las ocupaciones y por la que se establece una cifra provisional de puestos de trabajo de carácter estable. Quiere decir esto que la correspondiente orden establece una serie de ocupaciones y, para cada una de ellas, unas cifras de puestos de trabajo que se consideran necesarios para cubrirlas. En este sentido, la Secretaría de Estado de Migraciones elaborará una propuesta de previsión anual de puestos de trabajo, por ocupación laboral, que podrán ser cubiertos a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen. Una de las cuestiones que cabe plantearse es qué debe entenderse por empleos estables, ya que podría parecer que nos estuviéramos refiriendo a una contratación laboral de carácter indefinido<sup>563</sup>, cuestión que podría ser la correcta en el sentido más tradicional de entendimiento de nuestro ordenamiento jurídico laboral ya que una de las características esenciales de la contratación indefinida es su carácter de permanencia y estabilidad, sin embargo esta conclusión no puede derivarse de la regulación de extranjería ya que, incluso siendo plasmado como una garantía de los trabajadores extranjeros en que se ha de garantizar a los mismos una actividad continuada, esta actividad continuada se encuentra garantizada por un periodo de tiempo no inferior al año (art. 3.1.a) Orden TMS/1426/2018)<sup>564</sup>. Por lo tanto, cuando se habla de desempeñar empleos estables a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen, no se está refiriendo a la duración del contrato, sea a tiempo completo o duración determinada, sino que lo que es estable es el puesto de trabajo que se oferta<sup>565</sup>, cuya duración prevista según la normativa de extranjería ha de ser superior al año,

---

<sup>562</sup> Última aprobada: Orden ISM/1289/2020, de 28 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2021. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php%3Fid%3DBOE-A-2020-17349&ved=2ahUKEwil66WHypbxAhUGx4UKHehSD-gQFjAAegQIAxAB&usq=AOvVaw28jtEywQ7NdW5ee\\_40vWZy](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php%3Fid%3DBOE-A-2020-17349&ved=2ahUKEwil66WHypbxAhUGx4UKHehSD-gQFjAAegQIAxAB&usq=AOvVaw28jtEywQ7NdW5ee_40vWZy)

<sup>563</sup> *Ibid.*, p. 730.

<sup>564</sup> Se acude a la regulación anual de este año al ser la última que incluye actividades de carácter estable. Orden TMS/1426/2018, de 26 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2019. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-18095](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-18095)

<sup>565</sup> ROJO TORRECILA, E.: “Artículo 78. Contenido del contingente”, *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 486.



que es el periodo en que se ha de garantizar la actividad, con independencia de la adecuación de la modalidad de contratación al puesto de trabajo ofertado.

#### 4.1.1. En segundo lugar, los visados para búsqueda de empleo

La otra vía de acceso que podrá incluir la norma sobre gestión colectiva será a través del establecimiento de un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a nietos de españoles de origen. Estos visados se encuentran exentos de la valoración de la situación nacional de empleo (art. 40.1.h) LOEx.). En cuanto al sistema de selección de los destinatarios y las fórmulas de presentación de las solicitudes vienen reguladas en la Orden ministerial correspondiente que apruebe la gestión colectiva de contrataciones en origen (art. 176 RELOEx.).

Por otro lado, la Orden ministerial que apruebe la gestión colectiva de contrataciones en origen también podrá establecer un número de visados para la búsqueda de empleo limitados a determinadas ocupaciones en un ámbito territorial concreto (art. 177.1 RELOEx.). Hay que remontarse al año 2006 para contemplar la última previsión que incluye este tipo de visados, en concreto la Resolución de 26 de diciembre de 2006, que regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2007. Esta norma incluye un “contingente” que permite solicitar a los Servicios Públicos de Empleo la asignación de un número determinado de los visados aprobados para búsqueda de empleo para unos determinados sectores de actividad y ocupaciones. También pueden solicitar trabajadores con visado de búsqueda de empleo las organizaciones empresariales de tales sectores de actividad. Una vez realizadas las correspondientes solicitudes, teniendo en cuenta los acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios, la Dirección General de Inmigración, remite la solicitud al órgano encargado de la preselección en la Misión Diplomática u Oficina Consular de dicho país, donde se acuerda con las autoridades competentes la fecha y lugar para la selección, cuya forma se ajustará de conformidad al acuerdo aplicable. En cambio si no existe acuerdo sobre regulación y ordenación sobre flujos migratorios es la Dirección General de Inmigración la que establecerá los procedimientos más adecuados para llevar a cabo los procesos de selección.

En la última Orden aprobada, ISM/1289/2020, se señala que tras las consultas realizadas a las Comunidades Autónomas y una vez recibida la información del SEPE sobre la situación nacional de empleo no se prevé la concesión de visados para búsqueda de empleo, dirigidos a hijos y nietos de español de origen o limitados a determinadas ocupaciones.

#### 4.1.2. En tercer lugar, las particularidades en el procedimiento de contratación de trabajadores de temporada o por obra o servicio

La correspondiente Orden ministerial que apruebe la gestión colectiva de contrataciones en origen podrá regular las particularidades en el procedimiento de contratación de trabajadores de temporada o por obra o servicio, sin que la norma establezca una cifra de puestos de trabajo a cubrir ni una delimitación de ocupaciones laborales. Estas particularidades pueden ser establecidas, incluso cuando se determine la no procedencia de establecer una cifra de contrataciones estables para una determinada anualidad, como así ha venido ocurriendo en los últimos años ya que desde la aprobación de la Orden ESS/1/2012, que regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para el año 2012, no se ha considerado conveniente aprobar la vía que permite contratar en puestos de trabajo de carácter estable. Dicha Orden fue establecida de forma exclusiva para establecer las particularidades del procedimiento de contratación de trabajadores de temporada o por obra o servicio y ha venido prorrogándose hasta la Orden ESS/1309/2017, que regula la gestión colectiva de contrataciones en origen durante el año 2018.

#### **4.2. Procedimiento de contratación. Especial referencia a la Orden ISM/1289/2020 que regula la gestión colectiva para contrataciones en origen para 2021**

El RELOEx. deja en manos de la correspondiente Orden ministerial que regule la gestión colectiva de contrataciones en origen el procedimiento a seguir y, entre otras cuestiones, las diferentes actuaciones de gestión, selección e intervención social y concesión de las autorizaciones de residencia y trabajo (art. 170.1,2 RELOEx.). La última Orden ministerial aprobada es la Orden ISM/1289/2020, de 28 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2021.

Sobre el procedimiento de inicio hay que destacar dos actuaciones, la primera, que corresponde a la presentación de la solicitud por la que se solicita la gestión de las ofertas de empleo, y la segunda, que es previa al paso anterior, presentación de la oferta de empleo ante el servicio público de empleo que corresponda. Esto es así porque si bien la contratación estable se orienta a trabajos donde existe una menor demanda de aquellos que tienen preferencia y se rige por criterios cuantitativos, pero teniendo en cuenta un análisis previo de la situación nacional de empleo<sup>566</sup>, en las ofertas de carácter temporal para actividades de temporada o campaña, o obra o servicio, la oferta de empleo ha de ser presentada previamente en el Servicio Público de empleo, ya que al no existir un análisis previo de la situación de empleo, ni estar sujetas a límites cuantitativos al no tener que “establecer una cifra de puestos de trabajo a cubrir ni una delimitación de ocupaciones laborales” (art. 169.3 RELOEx.), podría comportar consecuencias sobre el mercado de trabajo nacional y las expectativas de los demandantes de empleo<sup>567</sup>. Este paso previo es un elemento determinante en orden a tramitar la gestión de las ofertas previsto en la Orden ISM/1289/2020 que solo ha previsto la contratación de trabajadores para el desarrollo de actividades de carácter temporal. En el caso de tramitar la solicitud para la gestión de ofertas genéricas de empleo se ha de acreditar que el Servicio Público de Empleo competente por razón del territorio donde vaya a desarrollarse la actividad laboral, ha tramitado previamente las ofertas de carácter temporal, con el objetivo de asegurar que los trabajadores que residen en España puedan concurrir a su cobertura (art. 7.2.c). Y en el caso de la gestión de ofertas de empleo de carácter nominativo las ofertas de empleo se han de presentar y publicar en el Servicio de Empleo que corresponda, con carácter previo a la presentación de las solicitudes de gestión de las ofertas, con la excepción de que los trabajadores hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante dos años naturales y hayan retornado a su país de conformidad con el art. 40.1.k) LOEx. (art. 11.2).

Otra cuestión previa que hay tener en cuenta para que la solicitud pueda ser tramitada con éxito es que a los efectos de ser autorizados para la contratación de trabajadores extranjeros los empleadores han de garantizar a los trabajadores contratados la actividad continuada durante la vigencia de la autorización solicitada y el cumplimiento del contrato, que deberá

---

<sup>566</sup> BALLESTER PASTOR, *El Trabajo*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>567</sup> GOERLICH, “Artículo 39”, *op. cit.*, p. 741.

contener las mismas condiciones previstas que la de la oferta de empleo, y de las condiciones de trabajo, donde los contratos deberán ser firmados por los trabajadores y contener los elementos esenciales que establezcan las normas y una previsión del salario neto que percibirá el trabajador. Y el empleador deberá cumplir todas las cláusulas contenidas en el mismo y respetar las condiciones reflejadas en las ofertas de empleo, así como cualquier otro elemento que derive de los convenios colectivos aplicables (art. 3.1). La determinación del incumplimiento de la garantía relativa a las condiciones laborales establecidas en el contrato de trabajo corresponderá a las autoridades laborales o judiciales correspondientes (art. 3.1). Por otro lado, como obligaciones empresariales se deberán de garantizar la elaboración de un plan específico de contingencia que contenga una evaluación de riesgos y documente las distintas medidas organizativas, técnicas y de higiene adoptadas para cumplir con las medidas de prevención e higiene frente a la SARS-Cov-2. en los centros de trabajo de conformidad con el RDL 21/2020, de 9 de junio. Medidas del plan que se extenderán al alojamiento puesto a disposición por el empleador, así como a los desplazamientos en medios de transporte proporcionados por el empleador. Por otro lado, en el caso del sector agrícola se deberán adoptar una medidas particulares en dicho sector. La organización del trabajo se basará en cuadrillas de personas trabajadoras, entendido como un grupo de trabajo y de convivencia estable, que se moverán, desplazarán y convivirán siempre juntas en la medida de lo posible, evitando el contacto con personas de otras cuadrillas (art. 3.2.a). Por otro lado, coincidiendo con su regulación general (art. 99.3 RELOEx.), el empleador ha de poner a disposición del trabajador un alojamiento adecuado durante la vigencia del contrato de trabajo que reúna las condiciones previstas en la normativa en vigor, así como en las recomendaciones sanitarias, donde debe quedar garantizada, en todo caso, la habitabilidad e higiene adecuada del alojamiento. Encontrándose en la misma Orden ISM/21289/2020, Anexo IX, para el caso del sector agrícola las condiciones mínimas del alojamiento. Señalándose también que la puesta a disposición del alojamiento adecuado se extenderá más allá de la vigencia del contrato de trabajo en caso de que concurran causas sobrevenidas de fuerza mayor, donde la obligación se extenderá hasta la finalización de estas causas. Por otro lado, al empleador le corresponde la organización de los viajes de llegada a España y de regreso al país de origen, donde asumirá, como mínimo, el coste del primero y los gastos el traslado de ida y vuelta entre el puesto de entrada o salida en España y el lugar de alojamiento. Como se puede apreciar, y derivado de la pandemia, las obligaciones empresariales han aumentado, una de estas medidas concretas es que el empresario ha de realizar aquellas medidas dirigidas a dar cumplimiento a los

requisitos de control sanitario para la COVID-19 exigidos en el control fronterizo, o en los desplazamientos intermedios, que establezca la autoridad sanitaria competente, asumiendo el coste que derive de las mismas. El empleador ha de actuar de forma diligente para que se pueda garantizar el regreso de los trabajadores a su país de origen una vez finalizada la relación laboral, siendo preferente el regreso colectivo en los medios de transporte proporcionados por las empresas o asociaciones empresariales, donde se incluye su acompañamiento hasta su efectiva salida de España por un representante del empleador que hable su idioma, les asista y pueda atender incidencias durante los regresos colectivos. Por otro lado, en esta última Orden respecto a las anteriores, se han aumentado las garantías respecto a la facilitación a los trabajadores del acompañamiento, asistencia e información básicas, extendiéndose, especialmente, a las características de su contratación, la actividad a desarrollar, el registro diario de la jornada que permanecerá a disposición de los trabajadores y de sus derechos y obligaciones, facilitando la colaboración con los agentes sociales. Extendiéndose estas obligaciones a medidas específicas de prevención contra la COVID-19, pautas de actuación ante la aparición de casos, además del cumplimiento de las medidas y actuaciones existentes en materia de igualdad, prevención del acoso sexual y por razón de sexo en el trabajo y otras (art. 3.2.f).

Una garantía que ha de aseverar el empleador y una obligación que ha de asumir el trabajador es que se produzca su regreso una vez este haya finalizado su prestación laboral (art. 4). Al hilo de esta cuestión la Orden señala que “los titulares de la autorización de residencia y trabajo de duración determinada, una vez finalizada la prestación laboral, deberán regresar a su país de forma inmediata y acreditar dicho retorno en tiempo y forma de conformidad con el art. 99.2 RELOEx”. De la lectura que puede hacerse de este precepto es que solo los trabajadores extranjeros que desempeñan actividades de este tipo tienen como única función entrar, trabajar y salir, y mejor si esto último se realiza de forma expeditiva ya que la actuación del empresario en orden a garantizar el regreso de los trabajadores a su país de origen una vez concluida la relación laboral no se agota en una simple actuación, sino que la actuación ha de ser diligente y ello adquiere mayor relevancia cuando se indica que en su forma de proceder es “preferente el regreso colectivo en los medios de transporte proporcionados por las empresas o asociaciones empresariales”, por lo tanto, se sugiere una función activa por parte del empresario. Como vemos son actuaciones que la normativa de extranjería hace recaer sobre los empresarios con el objetivo de que presten ayuda a los

trabajadores extranjeros antes y durante su estancia, unas obligaciones que responden a la lógica de una presencia transitoria de estos trabajadores<sup>568</sup>. En definitiva, estamos hablando de que la gestión colectiva de contrataciones en origen está incluyendo una categoría de migrantes donde se les somete a unas reglas más estrictas en cuanto a la obligación de su retorno y las limitaciones a la hora de acceder a una situación administrativa más estable<sup>569</sup>.

No establece el RELOEx. qué ha de entenderse por una gestión colectiva, en el sentido de establecer qué número de ofertas de puestos de trabajo han de tramitarse para que pueda considerarse como tal. Y la LOEx. establece que la tramitación colectiva de los contratos en origen estará basado en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones sin establecer ninguna cifra al respecto. Sí establece la norma reglamentaria que en el caso de actividades de temporada o campaña, o de obras o servicios, se puede acudir a este procedimiento cuando se pretenda la contratación de diez o más trabajadores y para una misma actividad (art. 98.4 RELOEx.). Si acudimos a la Orden aquí estudiada fija que las solicitudes para la gestión de ofertas de empleo, que pueden formularse de forma genérica o nominativa cuando se haga relación a un trabajador extranjero concreto (art. 167.2 y 3 RELOEx.), deberán contener un número mínimo de diez puestos de trabajo y para la suma de ello se permite acumular a las solicitudes ofertas de dos o más empleadores, y además, la Dirección General de Migraciones, de forma excepcional, puede autorizar la gestión de ofertas que contengan un número mínimo de cinco puestos de trabajo (art. 1.4). En relación a los puestos que se incluyan en una misma oferta de empleo han de reunir características homogéneas, que es lo que permite una tramitación acumulada, concretamente han de coincidir el país al que se oriente la contratación, código de ocupación, empleador, la provincia del centro de trabajo, fecha de inicio y fin de la actividad, fase de la campaña y tipo de gestión, en el caso de actividades de temporada o campaña. Por otro lado, las ofertas han de describir con precisión las condiciones laborales ofrecidas, y no puede sustituirse esto por referencias genéricas al convenio colectivo o a otras normas laborales (art. 1.6).

Llegado el momento de la presentación de la solicitud de gestión, son sujetos legitimados para ello los empleadores, por sí mismos, o las organizaciones empresariales cuando así se les

---

<sup>568</sup> GOERLICH, “Artículo 39”, *op. cit.*, p. 741.

<sup>569</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA: *Informe 2/2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*. Madrid, 2019, p. 99.

designe (art. 170.3 RELOEx.). Tanto en el caso de la solicitud de gestión de ofertas genéricas de empleo como nominativas ha de acompañarse la oferta de empleo donde ambos documentos oficiales se incorporan en la misma Orden (art. 7.1 y 12.1), con una antelación mínima de tres meses al inicio de la actividad laboral, sin perjuicio de que pueda presentarse con una antelación mayor no superior a seis meses respecto a la fecha de inicio de la actividad laboral, y también pueda admitirse de forma justificada si se presentaran las solicitudes con una antelación inferior (art. 6.2 y 13.2). Este paso se realizaría frente las áreas o dependencias de trabajo e inmigración de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno o ante las oficinas de extranjería que tengan delegada la competencia de la provincia donde vaya a realizarse la actividad laboral, que será el órgano competente para la tramitación del procedimiento.

De forma general, el procedimiento marco a seguir es el que se detalla en la solicitud de gestión de ofertas genéricas de empleo, salvo algunas particularidades establecidas en las ofertas nominativas de empleo. Así, junto con la solicitud de gestión, de forma general, además de ir añadida la oferta de empleo, se ha de acompañar el número de identificación fiscal y documento acreditativo de la razón social del empleador o empleadores ofertantes, la documentación que acredite la solvencia del empleador en el que se concretará que este cuenta con los medios económicos, materiales o personales suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones del contrato. También deberá aportarse la acreditación expedida por el servicio público de empleo de que se ha tramitado de forma previa la oferta de empleo con el objetivo de asegurar que los trabajadores que residen en España puedan concurrir a su cobertura, además, de esta documentación “deberá desprenderse la insuficiencia de trabajadores adecuados y disponibles para la cobertura de los puestos”.

Una vez presentada la solicitud se verificará la concurrencia de alguna causa de denegación de la gestión de ofertas de empleo (art. 5), si presenta alguna de las causas que normativamente están establecidas para la inadmisión a trámite, si existe alguna causa de denegación de las previstas para una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, si las condiciones fijadas en la oferta son las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría y ámbito territorial, si el empleador tiene deudas tributarias o de Seguridad Social, si la oferta tramitada por el Servicio Público de Empleo coincide de forma plena con la solicitud presentada (art. 8).

Si se obtiene un informe favorable por el órgano competente para su tramitación en el plazo máximo de cinco días siguientes al de la presentación completa de la documentación exigible serán trasladadas a la Dirección General de Migraciones que es la que, previa valoración del expediente, remite las ofertas a través de la misión diplomática u oficina consular al órgano encargado de la preselección en el país que corresponda y acordará con las autoridades competentes y con el ofertante, la fecha, el lugar y la metodología para la selección de los trabajadores, y donde se admite la selección de forma no presencial (art. 9), con lo que esto último agiliza el proceso y supera una anomalía que existía anteriormente y es que de forma general el empresario debía desplazarse al exterior para la selección<sup>570</sup>. Cabe decir que este proceso no se lleva a cabo en las ofertas nominativas ya que se refieren a un trabajador extranjero concreto. Las ofertas se orientarán preferentemente a los países con los que España tenga suscritos acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios como Colombia, Ecuador, Marruecos, Mauritania, Ucrania y República Dominicana, o de forma subsidiaria con países que haya instrumentos de colaboración en esta materia como Gambia, Guinea, Guinea Bissau, Cabo Verde, Senegal, Mali, Níger, México, el Salvador, Filipinas, Honduras, Paraguay y Argentina, o con los que se suscriba mientras esté en vigencia la Orden. A destacar que, en este periodo de tiempo desde que la Orden entró en vigor, el 25 de mayo de 2021 el Consejo de Ministros adoptó un acuerdo por el que se autoriza la firma del Acuerdo entre España y Honduras relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados. Desde el año 2020 Honduras solicitó a España participar en el programa de contratación colectiva en origen y España tras evaluar la propuesta decidió atender la solicitud de Honduras<sup>571</sup>. No obstante hay que decir al respecto que esto es una posibilidad, se habla de preferencia pero no que haya de ser estrictamente necesario, por lo que es posible la tramitación de ofertas de forma alternativa con cualesquiera países<sup>572</sup>, de ello que se permita en la propia solicitud de gestión de la oferta que el país que se propone para la selección o contratación sea uno de estos u “otro” pero donde habrá que indicar el motivo de tal elección (Anexo III (A)). De hecho se deja margen para que la Dirección General de

---

<sup>570</sup> CAMAS RODA, “Comentario a los artículos”, *op. cit.*, p. 498.

<sup>571</sup> Acuerdo entre España y Honduras sobre flujos migratorios laborales. Referencia al Consejo de Ministros de 25 de mayo de 2021. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2021/refc20210525.aspx>

<sup>572</sup> CAMAS RODA, “Comentarios”, *op. cit.*, p. 497.



Migraciones autorice a que las ofertas sean orientadas a otros países cuando no sea posible obtener, en aquéllos, candidatos adecuados o concurren otras circunstancias que lo justifiquen (art. 9.2). Una vez fijados los términos de la selección, y es autorizada la realización del proceso por la Dirección General de Migraciones, de conformidad con lo previsto en los respectivos acuerdos de regulación y ordenación de flujos migratorios u otros instrumentos de colaboración, se lleva a cabo la selección por la comisión de selección, que está formada por los representantes de la Dirección General de Migraciones y/o de la correspondiente misión diplomática, los órganos competentes en el país de origen y, con el objetivo de que su intervención refuerce el contacto directo y personalizado<sup>573</sup>, a elección del empleador, por sus representantes directamente o por las organizaciones empresariales, pero será obligatoria la participación del empleador ofertante cuando el volumen de la oferta o el perfil profesional solicitado lo haga necesario, así como cuando se vayan a realizar pruebas prácticas a los trabajadores (art. 9.4).

Hay que destacar que la participación de los trabajadores en cualquier fase del proceso de selección es gratuita, y sobre esto habría que determinar que será así con independencia de lo que regule la legislación del país donde se lleve a cabo la selección. Los miembros de la citada comisión han de velar para que el proceso de selección se desarrolle conforme a los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y transparencia, facilitando que todos los candidatos conozcan con precisión las condiciones de la oferta de empleo y el ámbito geográfico y de ocupación de la correspondiente autorización de trabajo y, por incidencia de la COVID-19, las distintas medidas sanitarias que sean recomendadas o de obligado cumplimiento durante su viaje, estancia o desarrollo de la actividad laboral.

La cuestión que cabe plantearse es quién controla a los que han de velar para que se cumplan unas mínimas garantías en el proceso de selección. Ya que se encuentra a faltar que, si bien es posible que en el proceso de selección participen las organizaciones empresariales a elección del empleador, las organizaciones sindicales solo puedan hacerlo en calidad de asesores y cuando las Administraciones de ambos países se lo soliciten (art. 170.4 RELOEx.). El objetivo sería que también participaran en el proceso y puedan garantizar esas mínimas

---

<sup>573</sup> *Ibid.*, p. 498.

previsiones que señala la norma, que no son otras que las garantías que ofrece el derecho al trabajo cuando se accede a un puesto de trabajo.

Realizado el proceso se elabora un acta de la selección firmada por la comisión que incluye la relación nominal de las personas seleccionadas, y es la Dirección General de Migraciones la que trasladará de inmediato la relación de trabajadores seleccionados al área, dependencia u oficina de extranjería competente, donde estas últimas a su vez comunicarán la relación de trabajadores seleccionados a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras para que informe de la posible concurrencia de causas de denegación de la autorización previstas por la normativa aplicable y asigne, en su caso, un número de identidad de extranjeros a los trabajadores que corresponda en el plazo máximo de dos días hábiles. También se solicitará informe similar del Registro Central de Penados.

Finalmente la Delegación o Subdelegación del Gobierno dicta la resolución que indicará el número del expediente GECCO, el ámbito geográfico, la ocupación y la duración de la autorización que expresará la fecha de inicio y final de la misma y que coincidirá con la duración del contrato. Esta resolución de concesión se notificará de inmediato a la organización o empleador solicitante donde una vez recibida deberán de presentar en la misión diplomática u oficina consular competente las solicitudes de visado de todos los trabajadores de forma conjunta y para ello han de entregar firmados por los trabajadores los contratos de trabajo, cumplimentados en el modelo oficial aprobado por el SEPE, un documento declarativo anexo al contrato (Anexo V) y el compromiso de regreso (Anexo VI), además de seguir el procedimiento establecido en el art. 17 de la norma.

Una vez se emite el visado, que como plazo general ha de ser en un máximo de cinco días, este hará referencia a la orden de gestión colectiva de contrataciones en origen para el año 2021. El visado tiene diferentes efectos respecto a la autorización dependiendo de la actividad a desempeñar, en el caso de actividades de temporada o campaña la autorización va incorporada al visado y su eficacia queda condicionada a la entrada del trabajador en España durante la vigencia de este último, además el trabajador deberá ser dado de alta en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde su entrada. Sin embargo, en el caso de autorizaciones de residencia temporal y trabajo relativas a ofertas de empleo para actividades de obra o servicio, el trabajador extranjero deberá ser dado de alta en la Seguridad Social en el

plazo de tres meses desde su entrada en España, y el comienzo de la vigencia de la autorización se producirá en la fecha en que se produzca el alta en la Seguridad Social.

Por último, señala la citada Orden las posibilidades de prórroga de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo para actividades de obra o servicio, que podrán ser prorrogadas para continuar con el desarrollo de la misma obra, servicio o actividad, teniendo en consideración lo establecido en el art. 102.2 RELOEx. En el caso de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo para actividades de temporada o campaña se podrá prorrogar cuando los trabajadores finalicen su relación con los empleadores que los contrataron, por un periodo inferior a nueve meses, pero siempre y cuando no se produzca interrupción entre la finalización de la primera y el inicio de la segunda o sucesivas contrataciones, a lo que se añade que su periodo de vigencia, sumado al de la autorización cuya prórroga se solicita y al de sus prórrogas anteriores no podrá superar los nueve meses (art. 18). Por otro lado, en el caso de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo para actividades de temporada o campaña y durante la vigencia de la misma se podrá autorizar su modificación sin que se vea ampliada esta, es decir, se podrá autorizar el cambio de empleador y el ámbito geográfico, pero la autorización quedará referida siempre a la misma ocupación y sector de actividad. No obstante, todo esto se entenderá sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en la normativa laboral sobre modificaciones sustanciales del contrato de trabajo en aquellos supuestos en los que la modificación se solicite por el mismo empleador (art. 19).

## **5. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO DE PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS TITULARES DE UNA TARJETA AZUL-UE**

Podemos afirmar que el actual buque insignia de las vías legales de acceso a España para trabajar es la articulación de la vía de la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 38 LOEx. y 62 y ss. RELOEx.). Si uno se adentra en su interior verá que tiene un gran alcance, en el sentido de que puede ir dirigida a multitud de extranjeros y no limita el tipo de trabajo que deba ser encuadrado en la misma. También podemos señalar que de forma frívola se tiene una concepción errónea y estereotipada de que es una vía de acceso donde solo encajaría el

inmigrante pobre o económico<sup>574</sup>, como extranjero necesitado de trabajar y que sale de su país con esa finalidad con independencia del tipo de empleo que desarrollará en el país de destino.

La vía de acceso que aquí vamos a tratar tiene un trasfondo interesado: atraer a trabajadores extranjeros con una determinada cualificación, que además de ser necesarios para cubrir determinados puestos de trabajo también contribuirán al crecimiento económico y a cubrir déficits de capacitación, de ello que se facilita una vía de acceso para atraer a lo que se ha denominado como el talento. Este tipo de política de inmigración que se ha considerado como selectiva<sup>575</sup> es evidente que aporta una serie de beneficios a los países receptores, pero también tiene un efecto negativo sobre los países de origen: se produce una fuga de cerebros; se hace imposible recuperar los diferentes recursos públicos invertidos en estos profesionales; se deja de aportar valor al sistema productivo, a la economía o en definitiva, al desarrollo de sus países de origen en un mundo cada vez más competitivo. La Directiva (UE) 2021/1883, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, deroga, a partir del 19 de noviembre de 2023, a la Directiva 2009/50/CE. Esta nueva Directiva, que entró en vigor el día 17 de noviembre de 2021 y que tiene un plazo de transposición a más tardar hasta el 18 de noviembre de 2023, tiene como objeto atraer a trabajadores altamente cualificados y mantenerlos, de forma particular, en sectores con escasez de personal cualificado a través de una mayor armonización respecto las condiciones de entrada y residencia, estableciendo criterios de admisión más inclusivos, facilitando la movilidad y la reagrupación familiar dentro de la UE, simplificando los procedimientos para los empleadores, elevando su acceso al mercado laboral y ampliando el ámbito de aplicación por tal de incluir a los familiares extracomunitarios de ciudadanos de la UE y a los beneficiarios de protección internacional. Y si bien los Estados miembros pueden seguir manteniendo regímenes nacionales destinados a estos trabajadores paralelamente con el sistema de la tarjeta azul UE, la Directiva introduce una serie de normas que tienen el propósito de garantizar unas condiciones de competencia equitativas, para que los titulares de la tarjeta azul UE y sus familiares no se encuentren en

---

<sup>574</sup> FERNÁNDEZ AVÍLES, J. A. : “Artículo 38 ter. Residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados”, en la obra colectiva: *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. Dirección y Coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fenández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, Granada, 2012, p. 672. También el mismo autor en: “Los profesionales altamente cualificados en el derecho migratorio”. *Revista de Justicia Laboral*, núm. 55/2013, Ed. Lex. Nova, pp. 1 y ss.

<sup>575</sup> MONEREO, “Las políticas”, *op. cit.*, p. 31.

desventaja con respecto a los titulares de permisos nacionales<sup>576</sup>. La doctrina<sup>577</sup> ya manifestó en su momento que la tramitación de esta Directiva no sería nada fácil, ya que existía el temor de algunos Estados miembros de perder competencias en materias de control de la migración, de ahí que hayan transcurrido más de 5 años desde la propuesta de directiva en junio de 2016 hasta su aprobación en octubre de 2021.

Así, se establece una vía legal de acceso a España para trabajar en la que el legislador ha querido otorgarle un tratamiento especial. Es una vía destinada a empleos que requieren una cualificación determinada, y es esto lo que caracteriza al tipo de inmigrante al que quiere dirigirse y a la singularidad de su regulación. Es una vía de acceso específica que se estableció a través de la transposición de la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, y es la que tomaremos principalmente en consideración en esta investigación a falta de la transposición de la Directiva (UE) 2021/1883. España había tenido la tradición de dedicarse a una política de inmigración sin tener en cuenta el tipo de inmigrante que accedía para trabajar o las necesidades de las empresas, en realidad, el sector productivo español únicamente necesitaba una mano de obra poco o nada cualificada<sup>578</sup>. Sin embargo, en la UE, los cimientos de esta Directiva y la pretensión por atraer a este tipo de migrantes nace con anterioridad. En el año 2000 el Consejo Europeo de Lisboa acuerda un nuevo objetivo estratégico para el futuro de la UE, con la finalidad de convertirse en una economía basada en el conocimiento, más competitiva y dinámica, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social<sup>579</sup>. El motivo es que la UE se ha de enfrentar a la mundialización y a una nueva economía basada en el conocimiento. Para alcanzar este objetivo se plantea una estrategia global, llamada Estrategia de Lisboa, que tiene como finalidad principal desarrollar

---

<sup>576</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Migración legal: el Consejo adopta la Directiva sobre la tarjeta azul para atraer a trabajadores altamente cualificados*. Nota de prensa. Bruselas, 7 de octubre de 2021. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/10/07/legal-migration-council-adopts-blue-card-directive-to-attract-highly-qualified-workers/>

<sup>577</sup> ROJO TORRECILLA, E.: *UE. Inmigración. La búsqueda del talento extranjero. Sobre la Propuesta de Directiva de sustitución de la Directiva "blue card" (referencia de sus contenidos más relevantes)*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 11 de julio de 2016. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/07/ue-inmigracion-la-busqueda-del-talento.html>

<sup>578</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, "Los profesionales", op. cit., p. 6.

<sup>579</sup> PARLAMENTO EUROPEO: *Conclusiones de la presidencia*. Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000, p. 2. [https://www.eurparl.europa.eu/summits/lis1\\_es.htm](https://www.eurparl.europa.eu/summits/lis1_es.htm)

el plan aprobado en la reunión del Consejo Europeo en Lisboa, y que por lo que afecta a la materia aquí estudiada, se propone la eliminación de obstáculos a la movilidad de investigadores y atraer y retener al talento en Europa.

En España, previamente a la transposición de esta Directiva, se aprobó una Resolución de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 16 de febrero de 2007, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural. El objetivo de ello era la contratación de trabajadores extranjeros para cubrir determinados puestos de trabajo que exigen una alta cualificación, considerándose como un factor productivo clave, teniendo una repercusión relevante en el incremento de la competitividad, en el contexto de internacionalización y apertura experimentado por la economía española de principios del siglo XXI. Pero esta regulación tuvo un periodo corto de vida al transponerse por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 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, la Directiva/2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, y al entrar en vigor el nuevo Reglamento de Extranjería el 30 de junio de 2011. Asimismo, si la política de inmigración española partía –y parte en su mayor medida- de un visión a la defensiva<sup>580</sup>, en el sentido de tener prioridad por proteger al mercado de trabajo nacional, la necesidad de atraer a este tipo de inmigrantes hace surgir una vía de acceso a través de un régimen más flexible, el objetivo del legislador es establecer un régimen atractivo con tal de que determinados inmigrantes se sientan seducidos y convencidos por venir a trabajar, pero como se verá sigue perviviendo la esencia de un régimen restrictivo. Lo que se dice aquí no es una frivolidad, existe actualmente una competición para ver quién es el país que tiene mayor potencial para atraer al talento, la UE ya ha emprendido esta batalla, así se detalla en los propósitos de realizar una mejora de las

---

<sup>580</sup> CAMPO CABAL, J.M.; ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “El doble canal de autorizaciones de trabajo y residencia de los profesionales altamente cualificados y de investigadores”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. Ed. Aranzadi S.A.U., núm. 47/2018, p. 2.

vías legales a Europa cuyos objetivos es “atraer a Europa a trabajadores altamente cualificados”<sup>581</sup>, todo ello como consecuencia de que Europa no es principal lugar de destino en comparación con otros países no europeos de la OCDE<sup>582</sup>, fruto de la aplicación de una política de inmigración restrictiva, especialmente por las condiciones de admisión que preveía la propia Directiva/2009/50/CE<sup>583</sup>. De ahí que la Comisión Europea planteara la propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, relativa a la condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación<sup>584</sup>, con el objetivo de sustituir a la Directiva/2009/50/CE, evitar la fragmentación, al haber distintas normas y procedimientos que se aplican en los diferentes Estados miembros, y mejorar la capacidad de la UE en atraer y retener a nacionales de terceros países altamente capacitados, cuyo fin último es la mejora de la competitividad de la economía de la UE y hacer frente a las consecuencias del envejecimiento demográfico. Y si bien el resultado se ha plasmado en la Directiva (UE) 2021/1883, de 20 de octubre, como bien se ha señalado, la misma sigue manteniendo el principio de preferencia comunitaria para el acceso al empleo y las restricciones para ocupar determinados puestos de trabajo<sup>585</sup>.

Los principales retos a los que ha de enfrentarse Europa y esta nueva Directiva serían una doble transición, verde y digital, que está cambiando nuestra forma de vivir, trabajar e interactuar, donde se eliminarán y crearán nuevos puestos de trabajo que necesitarán más capacidades<sup>586</sup>. Por otro lado, Europa también se enfrenta al reto demográfico: una mayor esperanza de vida, menos nacimientos y el envejecimiento de la población que están afectando de forma importante a los mercados de trabajo. En los últimos 10 años la población

---

<sup>581</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Bruselas, 6/04/2016. COM(2016) 197 final, p. 18 y ss. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0197&from=ES>

<sup>582</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Fortalecer las vías*, op. cit., p. 4.

<sup>583</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Hacia una reforma*, op. cit., p. 19.

<sup>584</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, relativa a la condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. COM(2016) 378 final, Bruselas, 7/06/2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0378&from=ES>

<sup>585</sup> ROJO TORRECILLA, *UE. Inmigración*, op. cit.

<sup>586</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Bruselas, 1/07/2020, COM(2020) 274 final, p. 11. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1600416395466&uri=CELEX:52020DC0274>

de la EU-27 en edad laboral está descendiendo y según las proyecciones se habrá reducido un 18% en el año 2070<sup>587</sup>.

### 5.1. A quién va dirigida esta vía de acceso

Esta vía de acceso se dirige a profesionales altamente cualificados. La LOEx. señala que se considerarán como tal a quienes acrediten cualificaciones de enseñanza superior, que es aquella derivada de una formación de tal entidad, de duración mínima de tres años y que proporcione el nivel de cualificación necesario para ejercer una profesión que exija un alto nivel de capacitación o para ingresar en un programa de investigación avanzada. Pero también, porque son trabajadores que aportan una gran valor añadido a las empresas sin ostentar esta cualificación y pueden desarrollar igualmente este tipo de trabajos sin tener la titulación que pueda ser exigible, se extiende de forma excepcional a quienes acrediten un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable a una cualificación de enseñanza superior y esté relacionada con la actividad para cuyo desempeño se conceda la autorización (arts. 38.ter.1 LOEX. y 85 RELOEx.).

Tanto el LOEx. como el RELOEx. utilizan el término de profesionales, una expresión que es atribuible a la profesión: el que ejerce una profesión, pero carente de definición jurídica precisa en el ordenamiento<sup>588</sup>, y que el legislador parece que ha querido dotarle de cierta singularidad que puede confundir a que estos sean incluidos en una relación de carácter civil o mercantil, sin embargo, desde una concepción técnico-jurídica estos profesionales son trabajadores en el sentido del art. 1.1 LET<sup>589</sup>: se exigen que las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente y el convenio colectivo aplicable, que el empleador presente un contrato de trabajo<sup>590</sup>, que puedan verse sometidos a la situación nacional de empleo y en definitiva, a quedar protegidos por ciertas

---

<sup>587</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre los efectos del cambio demográfico*. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM/2020/241 final. Bruselas, 17/6/2020, pp. 15 y ss. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0241&from=ES>

<sup>588</sup> BENLLOCH SANZ, P.: “Comentario al artículo 38.ter de la Ley de Extranjería”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Ley de extranjería y su nuevo Reglamento*. Director: Faustino Cavas Martínez. Ed. Civitas, Pamplona, 2011, p. 686.

<sup>589</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, “Los profesionales”, *op. cit.*, p. 14.

<sup>590</sup> *Ibid.*, p. 15.



garantías y derechos que ampara el Derecho del trabajo. Por lo tanto, no estamos hablando de que la normativa de extranjería esté creando una nueva categoría de trabajador, aunque el legislador parezca querer singularizarlo.

La actividad laboral que se desempeñaría no sería cualquiera, sino aquella actividad para la que es necesaria una determinada capacidad acreditada por una cualificación de enseñanza superior o de forma excepcional por una experiencia profesional equiparable. La cuestión es determinar qué tipo de trabajos exigen ese nivel de cualificación. La doctrina ha considerado que está claro que tanto la LOEx. como el RELOEx. hacen un vacío al respecto, en el sentido de que no indican las profesiones de las que estamos hablando, y propia Directiva 2009/50/CE señala a la profesión regulada (art. 2.j) que para su definición remite a la Directiva 2005/36/CE, sin que con ello se pueda dar una solución, al menos precisa, y además, también se permite el trabajo en profesiones no reguladas (art. 5.c). Esta doctrina<sup>591</sup> ha considerado que por la débil armonización en esta materia, haciendo una interpretación del art. 5.5 de la Directiva 2009/50/CE, que señala a la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones elaborada por la OIT, y donde la versión Española es la CNO-11<sup>592</sup> que es una adaptación de la CIUO-08, se podría tener un parámetro de referencia, ya que es un sistema que se basa en unos criterios de clasificación en relación al tipo de trabajo realizado y a la competencia para llevar a cabo el mismo, sin excluir que puedan haber dificultades aplicativas. Otra cuestión, si la Directiva señala que para evaluar si el extranjero posee cualificaciones de enseñanza superior cabe remitirse –en aquel momento ya que ha sido actualizado-<sup>593</sup> a los niveles 5A y 6I de la Clasificación Internacional Normalizada de la Educación (CINE) de 1997 (Considerando 9), la normativa de extranjería indica que se entenderá por cualificación de enseñanza superior aquella derivada de una formación de enseñanza superior de duración mínima de tres años, que concuerda con la descripción del art. 2.h) de la Directiva y que es el punto de partida de aquella CINE de 1997 donde el nivel 5A correspondía al primer ciclo de la educación superior y cuya duración media era de 3 a menos de 5 años. Además de la duración, como criterio a tener en cuenta para considerar a la cualificación de enseñanza superior, también ha de determinarse la relevancia de la

---

<sup>591</sup> BENLLOCH, “Comentario”, *op. cit.*, p. 3; FERNÁNDEZ AVILÉS, “Los profesionales”, *op. cit.*, p. 16; FERNÁNDEZ AVILÉS, “Artículo 38 ter.”, *op. cit.*, p. 684.

<sup>592</sup> Real Decreto 1591/2010, de 26 de noviembre, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Ocupaciones 2011. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-19389](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-19389)

<sup>593</sup> Actualmente se regula por la Clasificación Internacional Normalizada de la Educación (CINE 2011).

cualificación que se señala, de ello que se deba avalar mediante cualquier diploma, certificado u otro título de formación expedido por una autoridad competente que certifique que se han cursado con éxito estudios de enseñanza superior, esto es, un conjunto de cursos impartidos por un centro de enseñanza superior reconocido como tal por el Estado en el que esté ubicado (art. 2.h). Un siguiente criterio alternativo que permite considerar a un profesional altamente cualificado, de forma excepcional, es el que admite una acreditación de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable a una cualificación de enseñanza superior. La Directiva señala a la experiencia profesional como el ejercicio efectivo y legal de la profesión de que se trate (art. 2.i), y que las cualificaciones adquiridas en un tercer país deben tenerse en cuenta de conformidad con la Directiva 2005/36/CE (Considerando 19), relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, pero cuando se acude a esta regulación no despeja ciertamente las dudas previas en cuanto a los criterios de acreditación y valoración de la experiencia profesional y además es una regulación limitada. Así, no se resuelven los problemas en la forma de acreditación de las competencias que se adquieren, más si son de carácter informal, a lo que se añade la falta de criterios comunes en el ámbito europeo que permitan una armonización en los procedimientos de reconocimiento de la práctica profesional, de ello que se haya propuesto que frente a esta laguna puede resultar útil acudir a modelos de acreditación en otros ámbitos, contar con la participación de organismos especializados, así como colaborar con los interlocutores sociales, con el objetivo de establecer criterios objetivos de evaluación de la equivalencia profesional<sup>594</sup>.

El camino hacia donde nos lleva todo esto es que la Administración va a actuar con cierto margen de discrecionalidad, y esto lleva a que se realice una valoración caso por caso, teniendo en cuenta el perfil del puesto de trabajo, la cualificación que posee el trabajador extranjero, su trayectoria profesional o la coherencia de las descripciones aportadas por la empresa con las condiciones laborales que permitan encajar en el supuesto que permite la autorización. Presupuestos estos donde los tribunales ya han considerado que, en el caso de los profesionales altamente cualificados regulados en la Ley 14/2013, para determinar si en el trabajador concurre o no la condición de profesional altamente cualificado, pueden servir de referencia a falta de un baremo o cualquier otro criterio normativo que permita que en función

---

<sup>594</sup> BENLLOCH, “Comentario”, *op. cit.*, p. 4; FERNÁNDEZ AVILÉS, “Artículo 38 ter.”, *op. cit.*, p. 684; FERNÁNDEZ AVILÉS, “Los profesionales”, *op. cit.*, p. 16.

del tipo de contratación o las retribuciones que puedan percibirse pueda dispensarse la condición de profesional altamente cualificado, así serían presupuestos a tener en cuenta para otorgar esta condición (STSJM-CA 45/2020, de 17 de enero)<sup>595</sup>. En cuanto a las retribuciones a percibir, si bien no es un único criterio a tener en consideración, se ha determinado que sí puede ser un indicio para asimilar el puesto de trabajo con el nivel retributivo de la categoría o grupo profesional según el convenio colectivo aplicable, en función de las tareas, funciones y responsabilidad que se van a realizar efectivamente (STSJM-CA 461/2019, de 16 de julio).

En último lugar, la Directiva 2009/50/CE, como la nueva Directiva (UE) 2021/1883, contiene varias normas detalladas y concretas que no dejan margen de apreciación a los Estados a la hora de transponerla. En este sentido, si bien ni la LOEx. ni el RELOEx. lo concretan, la Directiva 2009/50/CE detalla los casos en los que no resulta aplicable. Con esto se quiere decir que si bien la Directiva se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para mantener o crear nuevas vías legales con cualquier fin de empleo (Considerando 7), en aplicación de la misma y como ámbito de exclusión, no será aplicable, aún cuando un ciudadano extranjero sea considerado como profesional altamente cualificado, cuando este: esté autorizado a residir en un Estado miembro en virtud de una protección temporal o haya solicitado autorización para residir sobre la base de tal protección y esté a la espera de una decisión sobre su condición; goce de la protección internacional que le ofrece la Directiva 2004/83/CE, o que habiéndose solicitado tal protección esté a la espera de una decisión definitiva; goce de protección por un Estado miembro de conformidad con su Derecho nacional, las obligaciones internacionales o sus usos, o que habiéndose solicitado tal protección estén a la espera de una decisión definitiva; solicite residir como investigador de conformidad con la Directiva 2005/71/CE para realizar un proyecto de investigación; sea familiar de ciudadanos de la UE que hayan ejercido o estén ejerciendo su derecho a la libre circulación de conformidad con la directiva 2004/38/CE; sea residente de larga duración-CE de conformidad con la Directiva 2003/109/CE en un Estado miembro y ejerzan su derecho a residir en otro Estado miembro para ejercer una actividad económica por cuenta propia o ajena; entre en un Estado miembro de conformidad con los compromisos contraídos en un acuerdo internacional que facilite la entrada y estancia temporal de determinada categoría de personas físicas relacionadas con el comercio y la inversión; haya sido admitido como

---

<sup>595</sup> También en STSJM-CA 9/2020, de 10 de enero.

trabajador de temporada; se le haya suspendido su expulsión por motivos de hecho o de derecho; a los que se le aplique la Directiva 96/71/CE, y por último; sea nacional de un tercer país, incluidos los miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, y se hayan celebrado acuerdos entre la UE y sus Estados miembros y estos terceros países, y disfruten de derechos e libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la UE (art. 3.2).

#### 5.1.1. Requisitos para su activación

Para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados se han de cumplir una serie de requisitos que hacen relación a la residencia y a la actividad. Por lo que hace a la residencia: el extranjero no ha de encontrarse de forma irregular en territorio español; ha de carecer de antecedentes penales, tanto en España como en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años, pero por delitos previstos en el ordenamiento español, respecto a este caso los antecedentes han de ser penales, y aunque la Administración en algún caso ha denegado la solicitud de la autorización por contar el extranjero con antecedentes policiales en España por desobediencia/resistencia, aún existiendo Auto de sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones por el Juzgado de Instrucción competente, los antecedentes policiales no quedarían incluidos ni son motivo para denegar la solicitud de autorización (STSJM-CA 302/2019, de 16 de mayo). Por otro lado, el extranjero no ha de figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga un convenio firmado en tal sentido; y se haya abonado la tasa por la tramitación de la autorización de residencia temporal. En relación a la actividad: el empleador ha de presentar un contrato de trabajo que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización, en este caso, la autorización inicial tendrá una duración de un año, que es el periodo mínimo que se ha de garantizar; que las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se ajusten a la normativa vigente y al convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría o grupo profesional y localidad, y que el salario bruto anual especificado en el contrato de trabajo sea, como mínimo, de 1,5 veces del salario bruto anual medio, no obstante por lo que hace a esto último, siempre que el contrato se ajuste a la normativa vigente y al convenio colectivo aplicable, el umbral salarial podrá ser 1,2 veces el salario bruto anual medio establecido para aquellas profesiones en las que haya una necesidad particular de trabajadores nacionales de terceros países y que pertenezcan a grupos 1 y 2 de la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones. Es una norma que no olvida

la esencia de la prioridad por el mercado de trabajo nacional, en este sentido, la fijación de un salario mínimo tiene como finalidad que estos puestos de trabajo puedan ser ocupados, en primer lugar, por trabajadores nacionales, de la UE y por aquellos autorizados para trabajar ya que el salario puede ser un elemento esencial para que estos puedan decidirse por estos empleos y, por lo tanto, que se cubra la oferta antes de dirigirla a un extranjero<sup>596</sup>. La Directiva pretende evitar perjuicios entre Estados miembros y por ello establece un mínimo común denominador del umbral salarial nacional con el objetivo de garantizar un mínimo de armonización de las condiciones de admisión en el conjunto de la UE (Considerando 10), pero señalando que no tiene por objeto determinar salarios (Considerando 11). Pero este requisito se puede flexibilizar cuando existan determinadas profesiones en las que haya una necesidad particular por las consecuencias de que no se puedan cubrir por los que tienen prioridad.

Por otro lado, la Directiva 2009/50/CE señala que los Estados miembros o la propia UE pueden establecer acuerdos por el que se enumeren profesiones que no entren en el ámbito de su aplicación, con el objetivo de garantizar una contratación ética en sectores que sufran escasez de mano de obra (art. 3.3). Además, los Estados miembros pueden rechazar una solicitud de tarjeta azul UE con el objetivo de garantizar la contratación ética en sectores que sufran escasez de trabajadores altamente cualificados en el país de origen (art. 8.4), pero tales cuestiones se dejan a elección. En este sentido la LOEx. señala que “podrá tenerse en cuenta (...) la necesidad de proteger la suficiencia de recursos humanos en el país de origen del extranjero” (art. 38.ter.3) pero nada dice el RELOEx de su desarrollo. Por lo que esta importante cuestión es virtual, al dejarse en manos de los Estados miembros o de la UE la posibilidad de su cumplimiento, lo que evidencia en la realidad que es una inmigración estrictamente interesada sin valorarse los efectos que produce la huida de estos extranjeros en sus países de origen. A todo ello se le suma el rechazo a retornar, si los países desarrollados tienen potencial para establecer políticas atractivas de retorno de los emigrados, los países en desarrollo carecen de potencial suficiente para lo mismo, lo que produce una quiebra difícil de reparar si no se apuesta por una gestión equilibrada de la inmigración<sup>597</sup> o bien gestionada (meta 10.7 Agenda 2030), en el sentido de tener en cuenta las necesidades de los mercados de

---

<sup>596</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, “Artículo 38 ter.”, *op. cit.*, p. 691. También BENLLOCH SANZ, Comentario, *op. cit.*, p. 4.

<sup>597</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, “Artículo 38 ter.”, *op. cit.*, p. 673.

trabajo nacionales pero también las necesidades de los países de origen, que es lo que contribuye a reducir la desigualdad entre los países.

La reflexión que cabe hacerse sobre toda esta regulación es que no se tiene en cuenta que estamos en un mundo globalizado donde estos trabajadores van a ser esenciales como consecuencia de escasez de mano de obra producida por el impacto de la transformación tecnológica, el paso a una economía verde<sup>598</sup> y el reto demográfico, con lo hay que partir desde una perspectiva más amplia, menos restrictiva y menos a la defensiva, teniendo en consideración de que ya existe y existirá un déficit de estos perfiles. El punto de partida, y en estos momentos ya lo podemos confirmar, es preguntarse por la razón que mueve a estos extranjeros a dirigirse a otros países no UE, y indagar si en estos países existen salarios más altos, si existen medidas que facilitan su entrada y permanencia, y que permiten realmente su integración y la de sus familiares. Quizá haya que pensar y reflexionar sobre cuáles están siendo las consecuencias de todo ello.

Al margen de estas consideraciones otros requisitos que habrá que cumplir respecto a la actividad es que el empleador haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, que cuente con medios económicos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato de trabajo, que el extranjero tenga la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión, que se haya abonado la tasa respectiva y, por último, que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero de conformidad con el art. 65 RELOEx. Respecto a esto último, la Directiva reconoce a los Estados miembros la posibilidad de examinar, antes de adoptar una decisión sobre una solicitud de tarjeta azul UE y al considerar las renovaciones o autorizaciones durante los dos primeros años de empleo, la situación nacional de su mercado de trabajo (art. 8.2). Y la nueva Directiva (UE) 2021/1883 guarda la misma esencia al reconocer a los Estados miembros la posibilidad de denegar, antes de adoptar una decisión

---

<sup>598</sup> Antes de la pandemia de COVID-19 se preveía la creación de un millón de puestos de trabajo de aquí a 2030. De hecho se estima que estas tecnologías crearán sesenta millones de puestos de trabajo en todo el mundo en los próximos cinco años. COMISIÓN EUROPEA: *Agenda de capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Bruselas, 1/07/2020, COM (2020) 274 final, p. 1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1600416395466&uri=CELEX:52020DC0274>

sobre una solicitud de tarjeta azul UE, las solicitudes de tarjeta azul de la UE tras comprobar la situación del mercado laboral y concluyan que el puesto de trabajo vacante no puede cubrirse por los que tienen prioridad (art. 7.2). Así, el acceso a España para trabajar de estos extranjeros también se verá sometido a que la situación nacional de empleo lo permita y podrá permitirlo cuando la ocupación sea considerada como de difícil cobertura cuando se incluya en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, lo que posibilitaría tramitar la autorización, o cuando el empleador acredite la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno a través de una certificación negativa de la gestión. Pero no se tendrá en cuenta a la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a la cobertura de puestos de confianza y directivos de empresas, teniendo en cuenta lo que dispone la DA 15ª RELOEx. Otro supuesto que escaparía de la situación nacional de empleo es el que describe el art. 40.2.b) LOEx., donde parte de la doctrina ha considerado como contradictorio<sup>599</sup>. Se concreta en este precepto que quedan exceptuados de la situación nacional de empleo los profesionales altamente cualificados, entre los que se incluyen los técnicos y científicos contratados por entidades públicas, universidades o centros de investigación, desarrollo e innovación dependientes de empresas.

En último lugar, la Directiva 2009/50/CE reconoce la soberanía de los Estados de su derecho a determinar los volúmenes de admisión de nacionales de terceros países que entran en su territorio con fines de empleo altamente cualificado (art. 6), pero del literal de este precepto, en consonancia con la esencia del art. 79.5 TFUE, cabe concluir que solo se refiere al volumen y no a otras condiciones de acceso que sean incompatibles con la propia Directiva o con los tratados.

### 5.1.2. Procedimiento

Esta vía de acceso se activa a través de un empleador. Si bien la Directiva señala que para su impulso se ha de presentar un contrato de trabajo válido, también, de conformidad con el Derecho nacional, sería posible la presentación de una oferta firme de empleo (art. 5.1.a). Nuestro regulador se ha decantado por la presentación de un contrato de trabajo firmado, que

---

<sup>599</sup> BENLLOCH SANZ, “Comentario”, *op. cit.*, p. 5-6.

es la esencia de una exigencia para evitar posibles fraudes<sup>600</sup>, pero es un contrato de trabajo imaginario ya que la existencia del mismo queda condicionada a que se otorgue una autorización<sup>601</sup>. Tanto la presentación de un contrato de trabajo como la presentación de la oferta de trabajo se incardinan dentro de un sistema de demanda, que por el contrario a un sistema de oferta este posibilitaría al extranjero a entrar en un determinado país con el objetivo de buscar trabajo<sup>602</sup>.

En este sentido, el empleador por sí mismo, o a través de quién válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial, que tenga el objetivo de contratar a un trabajador extranjero ha de presentar la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados frente a la oficina de extranjería de la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral (art. 88.1 y DA 1ª RELOEx.).

Con la solicitud de la autorización ha de acompañarse: el NIF y, en el caso de que la empresa esté constituida como persona jurídica, documento público que otorgue su representación legal a favor de la persona que realice la solicitud; el contrato de trabajo en modelo oficial; la documentación que acredite la solvencia del empleador, señalando los medios económicos, materiales o personales de los que se dispone para el proyecto empresarial y para hacer frente a sus obligaciones, entre las que se encuentran las derivadas del contrato de trabajo, de conformidad con el art. 66 RELOEx., y para ser más precisos en la forma de acreditación hay que remitirse al art. 67.2.d) RELOEx.; copia del pasaporte completo, o documento de viaje, en vigor del trabajador extranjero; la acreditación de la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión; y si fuera el

---

<sup>600</sup> CAMAS RODA, “La adecuación”, *op. cit.* p. 21

<sup>601</sup> BALLESTER PASTOR, *El trabajo, op. cit.*, p. 109.

<sup>602</sup> USHAKOVA, TATSIANA.: “El régimen jurídico de los trabajadores altamente cualificados en la UE: entre la unidad y la diversidad”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Ed. Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT. University Press, núm. 1, 2019, p. 157. Citando a CHALOFF, J.; LEMAITRE, G.: *Gérer les migrations de travailleurs hautement qualifiés: une analyse comparative des politiques migratoires et des enjeux des migrations dans les pays de l’OCDE*. Document de travail de l’OCDE sur les Questions sociales, emploi et migration, núm. 79, París, 2019, p. 10. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/225488071868.pdf?expires=1602585230&id=id&accname=guest&checksum=0573B6600F3F9BC4212E694AD79BDC48>



caso la certificación negativa de la gestión expedida por el Servicio Público de Empleo competente.

Una vez presentada la solicitud con la documentación exigible el órgano competente la registrará y una vez admitida a trámite procederá a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación, se comprobará de oficio que el empleador cumple con sus obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social, y se recabarán los informes de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y del Registro Central de Penados. A la vista de la documentación presentada y de los informes obtenidos el órgano competente resolverá motivadamente en el plazo de cuarenta y cinco días desde la presentación de la solicitud, que como vemos es un plazo relativamente corto comparado con el plazo máximo de tres meses señalado para la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, donde transcurrido el plazo máximo para resolver se entenderá como desestimada (DA 1ª.1 LOEx. y DA 13ª RELOEx.). La resolución será debidamente notificada al empleador para que, en su caso, pueda presentar los recursos administrativos o judiciales que procedan, que es el sujeto legitimado según esta disposición al que corresponde plantearlos. Asimismo, esta resolución también será comunicada al trabajador extranjero.

Existen unas causas por las que se denegará la concesión de la autorización, en concreto: por el incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos para la concesión; cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, medie mala fe o los documentos presentados hayan sido obtenidos fraudulentamente; cuando el empleador haya sido sancionado mediante resolución firme en los últimos 12 meses por infracciones calificadas como graves o muy graves de conformidad con la LOEx., por lo tanto, estaríamos hablando de infracciones cometidas por el mismo empleador y que tengan esta entidad, con la excepción de la prevista en el art. 53.1.d) LOEx., o también cuando el empleador haya cometido infracciones graves o muy graves en materia de extranjería tipificadas en la LISOS; también se denegará la concesión de la autorización cuando el empleador haya sido condenado mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores o contra los extranjeros, es decir, en el primer caso se señalarían delitos donde se protegen derechos derivados tanto por la condición misma de trabajador como por la de inmigrante (arts. 311-318 CP), y en el segundo caso por delitos que solo se pueden cometer contra extranjeros (art. 318. bis. CP); también, pero en este caso bajo

valoración del órgano competente para resolver, cuando conste un informe policial desfavorable; y cuando la contratación afecte a los sectores que en el país de origen del trabajador sufren escasez de mano de obra de conformidad con lo establecido en un Acuerdo internacional sobre la materia.

Si se da uno de estos supuestos el órgano competente denegará la concesión de la autorización, esta denegación deberá ser motivada y tendrá un contenido mínimo que expresará los recursos que contra ella procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarlo y el plazo para interponerlos.

En el mejor de los casos la resolución podrá ser favorable, pero su eficacia quedará suspendida hasta la obtención del visado y posterior alta del trabajador por el empleador que solicitó la autorización en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, durante los tres meses posteriores a la entrada legal del extranjero en España.

En el plazo de un mes desde que se haya notificado la resolución al empleador o a la empresa solicitante, el trabajador deberá solicitar de forma personal el visado de residencia y trabajo en la Misión diplomática u Oficina consular en cuya demarcación resida. El procedimiento a seguir es el establecido en el art. 70 RELOEx. de la solicitud del visado de residencia y trabajo y entrada en España, para la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Otra particularidad que tiene este procedimiento, respecto al procedimiento general, es que la resolución por la que se resuelva la concesión del visado se ha de notificar en un plazo máximo de quince días desde la presentación de la solicitud, y es a partir de la fecha de la notificación y dentro del plazo de un mes cuando el trabajador ha de recogerlo personalmente. Si no se efectúa la recogida dentro de este plazo, se entiende que el interesado renuncia al visado concedido y se producirá el archivo del expediente.

En cuanto al contenido y efectos del visado se seguiría el mismo régimen del visado de residencia y trabajo y entrada en España (art. 70 RELOEx.), con la particularidad de que una vez se haya expedido la Tarjeta de Identidad de Extranjero en esta se hará constar la leyenda “Tarjeta azul-UE”.

### 5.1.2. Contenido y efectos de la autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados (la tarjeta azul-UE). El derecho limitado a la movilidad

Una vez obtenido el visado y se produzca la eficacia de la autorización esta habilitará al extranjero para iniciar la relación laboral para la que ha sido autorizado, cuya duración inicial, con la que ha de coincidir la duración del contrato de trabajo, es de un año (art. 86.1, 2 RELOEx.).

Esta autorización tiene una importante singularidad, de hecho es una de las esencias principales de su regulación por la Directiva 2009/50/CE y la Directiva 2021/1883, ya que no solo se pretende el establecimiento de una vía de acceso para trabajar a determinados extranjeros regulando sus condiciones de admisión, sino que también se pretende su movilidad entre los Estados miembros. En este sentido, los profesionales altamente cualificados obtendrán una autorización de residencia y trabajo documentada con una tarjeta azul de la UE (art. 38.ter.2 LOEx.), que será expedida en el formato uniforme establecido en el Reglamento (CE) n.º. 1030/2002, donde deberá indicarse las condiciones de acceso al mercado laboral y en relación al tipo de permiso del permiso de residencia se indicará “tarjeta azul UE” (art. 7.3 Directiva).

Esta tarjeta azul-UE, que identifica a esta autorización, permite la movilidad intraUE y se establece como fundamental en orden a prevenir la segmentación del mercado laboral de la UE y redistribuir de una forma eficiente la fuerza de trabajo, debido a la existencia de regímenes nacionales específicos que no ofrecían esta posibilidad de movilidad por motivos de empleo, teniendo en cuenta que nos encontramos igualmente sujetos a los criterios de admisión generales<sup>603</sup>. Pero también hay que reseñar que existen factores negativos al facilitar esta movilidad, es evidente que las condiciones salariales y de trabajo, de derechos laborales en sentido amplio, de protección social, de integración de los inmigrantes entre Estados miembros no es uniforme, a lo que se añade que puedan haber prácticas nacionales concretas y desleales con tal de atraer a este tipo de inmigrantes. Esto va a producir dos efectos negativos, en primer lugar, una distorsión de los flujos migratorios<sup>604</sup>, no solo hacia la Unión

---

<sup>603</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, “Artículo 38 ter.”, *op. cit.*, p. 704.

<sup>604</sup> VANHEULE, VAN SELM, BOSWELL, *Aplicación del artículo 80 del TFUE*, *op. cit.*, p. 34 y ss.

Europea, sino que además se va a producir entre Estados miembros, y en segundo lugar, la tarjeta Azul-UE va a favorecer esta movilidad, lo que originará efectos directos sobre el desarrollo y aumente la desigualdad entre los Estados miembros.

En otro orden de cosas, si nos fijamos en como está regulada esta vía de acceso en la normativa de extranjería, esta movilidad hay que mirarla desde dos perspectivas, desde la del extranjero que entra desde un tercer país a España para trabajar a través de la vía de la autorización aquí tratada, lo que le generará un derecho a una movilidad de salida, y desde la perspectiva del extranjero que ya es titular de una tarjeta azul-UE expedida en otro Estado miembro, lo que le posibilita una movilidad de entrada, en el sentido de que se le posibilita una vía de entrada a otro Estado miembro para trabajar a través del ejercicio de este derecho. El efecto que se desprende de la tarjeta azul-UE en los dos casos es el mismo, y se produce por aguante, en este sentido, la tarjeta azul-UE posibilita para que, tras 18 meses de residencia legal en un Estado miembro como titular de una tarjeta azul-UE, el extranjero pueda trasladarse a otro Estado miembro para fines de empleo altamente cualificado (art. 38.ter.4 LOEx. y 95 RELOEx.). Para ello, lo esencial, es que para la activación de esta movilidad es necesario contar con un empleador. Una vez esto, en cualquier momento anterior a la entrada en territorio español y, a más tardar, en el plazo de un mes desde que se efectúe la misma, tanto el empleador, como el extranjero, este último si lo hace con anterioridad podrá realizarlo ante el consulado o misión diplomática correspondiente, deberá presentar la solicitud de la autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados.

Pero esta movilidad no es automática, este derecho a la entrada en un Estado miembro se encuentra condicionada. En primer lugar, el art. 18.2 de la Directiva señala que se han de cumplir con las condiciones del art. 5, que hace referencia a las condiciones de admisión respecto al Estado donde se quiere dirigir el extranjero, de hecho, es lo que se desprende de la propia normativa de extranjería y como así queda corroborado por la Hoja informativa nº 24 sobre movilidad de titulares de una tarjeta azul-UE expedida en otro Estado miembro de la Unión Europea, de 1 de junio de 2011<sup>605</sup>, a lo que se añade que además de cumplir con los

---

<sup>605</sup> MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN: Hoja informativa nº 24 sobre movilidad de titulares de una tarjeta azul-UE expedida en otro Estado miembro de la Unión Europea, de 1 de junio de 2011. Subdirección General de gestión de la inmigración.  
<http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja024/index.html>

requisitos establecidos y presentar la documentación requerida para la concesión de la autorización de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados (art. 86 RELOEx.), el extranjero ha de haber residido 18 meses como titular de una tarjeta azul-UE en otro Estado miembro. Pero es que además, y aunque no se requiera la obtención de este, ha de cumplir con los requisitos de cara a la obtención del visado que han de acreditarse en el mismo marco del procedimiento de solicitud de la autorización. Otro condicionante es que, como facultad que otorga la Directiva (art. 6), los Estados miembros dentro del marco de esta movilidad, pueden seguir determinando el volumen de admisión de nacionales de terceros países que entren en su territorio para fines de empleo altamente cualificados (art. 18.7). Otro condicionante al que se encuentra sometida esta movilidad es que el segundo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con su Derecho nacional, que el extranjero no pueda comenzar a trabajar hasta que la autoridad competente haya adoptado una decisión estimatoria de la solicitud (art. 18.2), que es lo que hace la normativa de extranjería al determinar que para poder ejercer su actividad laboral es de exigencia una resolución favorable donde, no obstante, su eficacia queda suspendida hasta la posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación al sujeto legitimado que hubiera iniciado el procedimiento y por el empleador firmante del contrato de trabajo. Si transcurrido este plazo no existiera constancia de que esta se haya producido, en función del supuesto concreto que se dé, este quedará obligado a salir del territorio nacional, en caso contrario podría incurrir en una infracción grave por encontrarse irregularmente en España. Y el empleador será requerido para que alegue las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral y por las que no se ha cumplido con la obligación de comunicación (art. 38.4 LOEx.). Si no se recibiera contestación en el plazo de diez días o de considerarse insuficientes las razones alegadas por el empleador, se dará traslado del expediente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la posible concurrencia de una infracción grave del art. 53.2.a) LOEx. Asimismo, dándose tal infracción, se podrán denegar ulteriores solicitudes de autorización que se presenten por considerar que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores.

Por otro lado, si en el caso de que en el transcurso del procedimiento de la solicitud se extinguiera la vigencia de la tarjeta azul-UE que se haya concedido por el Estado miembro primero, con el objetivo de que pueda seguir permaneciendo en territorio español y seguir el

curso del procedimiento, se concederá una autorización de estancia, cuya vigencia se extenderá hasta el momento de la terminación del procedimiento, que coincidirá con la resolución expresa debidamente notificada (art. 95.3 RELOEx.), y que en todo caso ha de resolverse en el plazo de cuarenta y cinco días desde la presentación de la solicitud, que si no fuera así se entendería desestimada por silencio administrativo (DA 1ª.1 LOEx. y DA 13ª RELOEx.).

En el mejor de los casos, una vez producida el alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, se levanta la suspensión de la eficacia de la autorización pero el extranjero, en el plazo de un mes, deberá solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero que deberá contener la mención tarjeta azul-UE.

En este tipo de autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados, teniendo en cuenta que la autorización inicial tiene la duración de un año (art. 86.2 RELOEx.), esta se renueva por periodos bianuales, a no ser que corresponda una autorización de residencia de larga duración. Corresponderá la renovación desde el momento en que se cumplan los requisitos exigibles para la concesión de la autorización inicial con la excepción de la exigencia a que se someta a la situación nacional de empleo.

## **5.2. Los familiares de los profesionales altamente cualificados y su posibilidad de acceder al mercado de trabajo. Su movilidad.**

Otra característica de este tipo de autorización es que abre la posibilidad a activar una tercera vía de entrada. Esto es, en el mismo momento que se solicita la autorización inicial a favor del extranjero se puede solicitar una autorización de residencia temporal a favor de los miembros de la familia. Esta solicitud de agrupación, a favor de los familiares que el extranjero desee, podrá presentarse tanto por el empleador solicitante de la autorización principal como por el propio trabajador extranjero altamente cualificado, y será concedida cuando se cumplan los requisitos establecidos para la reagrupación familiar del Título IV, Capítulo II del RELOEx. La principal característica de esta autorización a efectos de esta investigación es que, al margen de que los familiares reagrupables de forma general han de incluirse dentro de los señalados en el art. 53 RELOEx., la autorización de residencia por reagrupación familiar

expedida a favor del cónyuge, la pareja de hecho y los hijos reagrupados en edad laboral les habilitará para trabajar sin necesidad de realizar ningún trámite administrativo. Esta autorización les posibilita para trabajar tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, en cualquier parte del territorio español, ocupación o sector de actividad (art. 58.4 RELOEx.). La duración de esta autorización a favor de los familiares reagrupados se extenderá hasta la misma fecha que la autorización de la que sea titular el reagrupante en el momento de la entrada del familiar en España (art. 58.3 RELOEx.). Así mismo, esta autorización también les va a ofrecer una movilidad de salida y de entrada, en el sentido de que los familiares reagrupados, cuando transcurran 18 meses de residencia legal del titular de la tarjeta azul-UE, van a poder acompañar a este a otro Estado miembro (art. 18.1 Directiva). El mismo efecto comprende a la vía o movilidad de entrada, en el sentido de que un extranjero titular de una tarjeta azul-UE expedida en otro Estado miembro, puede solicitar una autorización de residencia a favor de los miembros de su familia que ya se encontrase constituida en el anterior Estado miembro de residencia, a lo que hay que añadir que si el titular de la tarjeta azul-UE quisiera reagrupar a miembros de su familia que no formaran parte de la familia ya constituida en el anterior Estado miembro de residencia deberá sujetarse al procedimiento y requisitos establecidos en el art. 94 RELOEx.

## **6. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO EN EL MARCO DE PRESTACIONES TRANSNACIONALES DE SERVICIOS**

Si actualmente nos parásemos a pensar sobre los inevitables procesos de transformación que están viviendo nuestras sociedades y de los factores que están incidiendo sobre ello habría que direccionar nuestra atención y como punto de partida a la globalización<sup>606</sup>, que va acompañada de un sistema económico imperante sin el cual sería un proyecto irrealizable.

---

<sup>606</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*. Ed. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Madrid, núm. 132, 2017, p. 17.

La globalización<sup>607</sup> y las políticas empresariales, especialmente de las grandes multinacionales, por la necesidad de búsqueda de nuevos mercados y clientes<sup>608</sup> y por su procesos de deslocalización, tienen unas consecuencias directas en cómo y dónde se trabaja<sup>609</sup>, que va a repercutir en los movimientos migratorios cuyo efecto principal es el desplazamiento de trabajadores para la búsqueda de trabajo. Además, este complejo proceso también conlleva la existencia de otro tipo de repercusiones que se reflejan a través de una movilidad geográfica laboral y temporal, que conforman un nuevo paradigma de las relaciones laborales y de la organización de las empresas<sup>610</sup>, es el caso de las prestaciones transnacionales de servicios, que es una situación característica de un mundo globalizado, en el que se produce una movilidad de trabajadores que influye en la economía y en las políticas de inmigración de los Estados, todo ello va a comportar que sea un lugar donde va a intervenir el Derecho del trabajo. En resumen, si en el primer caso la inmigración tiene por objeto la búsqueda o movilidad para el empleo, en las prestaciones transnacionales de servicios no se dan estas características ya que estas se constituyen sobre la existencia previa de una relación contractual que va a perdurar durante el desplazamiento<sup>611</sup>, lo que se trata de una movilidad en el empleo<sup>612</sup>, en la que el trabajador presta un trabajo en ejecución de un contrato previo cuya relación laboral ha de perdurar mientras se presta este trabajo<sup>613</sup>. Estos desplazamientos pueden afectar a la competitividad de las empresas y a los derechos de las personas trabajadoras desplazadas, especialmente por una posible aspiración de esquivar el cumplimiento de las normas laborales y las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados, motivo por el que se produce la intervención del Estado con el objetivo de eliminar o reducir estos desajustes como consecuencia de esta movilidad animada por la globalización.

---

<sup>607</sup> MOLINA MARTÍN, M. A.: *La movilidad geográfica internacionales de trabajadores. Régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero*. Tesis doctoral, 2009, pp. 29-30

<sup>608</sup> MARTÍN SANZ, L. V.: *Movilidad*, *op. cit.*, p. 346.

<sup>609</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “La movilidad”, *op. cit.*, p. 17

<sup>610</sup> BURGOS GOYE, “Artículo 42”, *op. cit.*, p. 785.

<sup>611</sup> *Ibid.*, p. 785.

<sup>612</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “La movilidad”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>613</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: “Sección 4ª. Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. Artículo 63”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita. I. Ramos Quintana. Coordinadora: Gloria P. Rojas Rivero. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 418.



Por otro lado, otra cuestión básica es que estos desplazamientos no van a cambiar uno de los principios característicos de la política migratoria en España, que no es otro que el de la prioridad por el mercado de trabajo nacional. En las prestaciones transnacionales de servicios las necesidades e intereses de las empresas no son motivo de excepción a la esencia de la regulación general de extranjería, ya que de forma generalizada la situación nacional de empleo ha de permitir este desplazamiento transnacional.

Otra cuestión a señalar es que este tipo de desplazamientos o vías de acceso operan desde dos escenarios distintos, por un lado, el que regula la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que introduce el traslado intraempresarial, y que ha determinado por producir un efecto poco clarificador, al encontrarnos con una duplicidad normativa que no deja claro si las prestaciones transnacionales de servicios son exactamente lo mismo que los traslados intraempresariales<sup>614</sup>, objeto de estudio que se llevará a cabo más adelante. El otro escenario es el que opera desde la normativa de extranjería, que interviene desde la perspectiva de una vía de acceso a España para trabajar que hace relación a un trabajador extranjero que se desplaza a un centro de trabajo en España y dependa, a través de una relación laboral, de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo (art. 110 RELOEx.), ni tampoco a Suiza ya que goza de la libre prestación de servicios<sup>615</sup>. Tres son los rasgos que identifican a este trabajador extranjero: temporalidad, movilidad transnacional y pervivencia del vínculo laboral con el empresario que le desplaza<sup>616</sup>. Para determinar dónde está establecida esta empresa se configuraría a partir de la ley nacional del empresario o del país de constitución de la sociedad, en la que tenga su sede social, centro de actividad principal o administración central<sup>617</sup>. Por lo tanto, estos son los sujetos donde se delimita el campo de aplicación de la

---

<sup>614</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, “Régimen jurídico”, *op. cit.*, p. 354.

<sup>615</sup> Esto es así en virtud del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, de 21 de junio de 1999. Este Acuerdo tiene entre sus objetivos y a favor de sus nacionales: conceder un derecho de entrada, de residencia y de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, y facilitar la prestación de servicios en el territorio de las Partes contratantes (art. 1.a) y b)

<sup>616</sup> MARCHAL ESCALONA, N.: “Artículo 43. Trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Ley de extranjería y su nuevo Reglamento*. Director: Faustino Cavas. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 7.

<sup>617</sup> CASAS BAAMONDE, “Sección 4ª”, *op. cit.*, p. 416.

normativa de extranjería cuando se refiere al marco de prestaciones transnacionales de servicios.

Este desplazamiento del trabajador extranjero se ha de producir para una de las situaciones previstas. En primer lugar, para un contrato de servicios<sup>618</sup>, esto es, cuando dicho desplazamiento se produzca por cuenta y bajo la dirección de una empresa extranjera en ejecución de un contrato celebrado entre esta y el destinatario de la prestación de servicios que esté establecido o que ejerza su actividad en España en el supuesto establecido en la DA 4ª de la Ley 45/1999. Este remisión hace referencia a aquellas empresas que no están establecidas en un Estado miembro o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el EEE (art. 1.2), pero que pueden prestar servicios en España porque así viene establecido en un Convenio internacional. Un envío a esta norma que añade complejidad a la interpretación y estudio, y por otro lado, el regulador ha querido diferenciar entre posibilidad y libertad para prestar servicios en España, de posibilidad y libertad para que los trabajadores de estas empresas puedan desplazarse a España. Es decir, si el Convenio en cuestión no dice lo contrario, se le exige al trabajador desplazado una previa autorización de residencia temporal y trabajo para el desarrollo de esa actividad, lo que comportaría una restricción a esa prestación de servicios acordada. Es decir, que una empresa extranjera pueda prestar servicios en España, pero que a su vez, necesite una autorización administrativa para desplazar a sus trabajadores. La segunda vía de acceso contemplada hace referencia a una movilidad intraempresarial o intergrupala<sup>619</sup>, que operaría cuando el desplazamiento se produzca a centros de trabajo en España de la misma empresa o de otra empresa del grupo del que esta forme parte, dentro de este desplazamiento se incluiría también aquel que se realiza para el desarrollo de actividades formativas (art. 110.2 RELOEx.). En tercer lugar, para un contrato de cesión o puesta a disposición de trabajadores<sup>620</sup>, esto es, cuando dicho desplazamiento afecta a trabajadores altamente cualificados y el contrato entre las empresas tenga por objeto que este realice la supervisión o asesoramiento de obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior.

---

<sup>618</sup> *Ibid.*, p. 419

<sup>619</sup> *Ibid.*, p. 420.

<sup>620</sup> *Ibid.*, p. 420.

Como requisitos esenciales para la concesión de este tipo de autorización se concentran a que el trabajador extranjero no se encuentre irregularmente en territorio español; que carezca de antecedentes penales, tanto en España como en sus países anteriores de residencia durante los último cinco años, pero por delitos previstos en el ordenamiento español; que no figure como rechazable; haya transcurrido, en el caso de que se dé, el plazo de compromiso de no regreso a España asumido por este en el marco de su retorno voluntario al país de origen; que la residencia del trabajador extranjero en el país o países donde está establecida la empresa que le desplaza es estable y regular; y que se haya abonado la tasa por la tramitación de la autorización. Por otro lado, por lo que hace a los requisitos respecto a la actividad laboral a desarrollar por el extranjero que se pretende desplazar, la situación de empleo ha de permitirlo, a no ser que el empleador acredite que la actividad a desempeñar por el trabajador requiere de un conocimiento directo y fehaciente de la empresa, pero siempre y cuando nos encontremos con un desplazamiento que se produzca a centros de trabajo en España de la misma empresa o de otra empresa del grupo de que esta forme parte.

Asimismo, la actividad profesional del trabajador extranjero en el país o países en los que está establecida la empresa que le desplaza ha de tener carácter habitual, y que se haya dedicado a esta actividad como mínimo durante un año y haya estado al servicio de tal empresa, al menos, nueve meses. Que se haya abonado la tasa por tramitación, y después hay otros requisitos que tendrá que cumplir la propia empresa a la que se desplaza el trabajador y que hacen referencia a que esta esté al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Otros requisitos son los que hacen referencia a la empresa con la cual el trabajador extranjero mantiene el vínculo laboral; esta deberá garantizar a sus trabajadores desplazados los requisitos y condiciones de trabajo aplicables que están señalados en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, una norma que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, donde esta última se ha visto modificada recientemente por la Directiva 2018/957 cuyo plazo de transposición finalizó el 30 de julio de 2020 (art. 3.1) y que por lo que se refiere al Estado español el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, incluyó las modificaciones derivadas de su transposición<sup>621</sup>. Esta ley tiene un ámbito de aplicación que

---

<sup>621</sup> Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas

alcanza a aquellas empresas radicadas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación transnacional, desplacen a trabajadores al territorio de otro Estado miembro, y tiene por objeto establecer las condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato de trabajo. Como trabajadores desplazados se incluirían tanto a europeos como a extranjeros<sup>622</sup>, ya que estos últimos podrían verse desplazados a un Estado miembro distinto del que hayan sido autorizados para residir y trabajar, ya que la definición de trabajador desplazado que opera en la Directiva es amplia y sin distinción: “todo trabajador que, durante un periodo limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente” (art. 2.1), que es la misma definición que establece la Ley 45/1999 al señalar al trabajador extranjero con independencia de su nacionalidad (art. 2.1.2º). A lo que cabe añadir que estos trabajadores extranjeros que se vean desplazados desde un Estado miembro a España quedarían exentos de la obtención de una autorización de residencia y trabajo, si ya poseían la misma en el país desde donde se desplazan. En este sentido, la sentencia Vander Elst, que tenía por objeto determinar si un extranjero que había sido autorizado en Bélgica para trabajar debía de obtener una autorización previa para trabajar en Francia, país al cual había sido desplazado para la realización de un trabajo temporal, determinó que un Estado miembro que obliga a las empresas establecidas en otro Estado miembro empleando de modo regular y habitual a nacionales de terceros Estados a la obtención para estos trabajadores de un permiso de trabajo en el país donde van a prestar servicios, comporta una restricción a la libre prestación de servicios. Otra de las razones que se incluían en esta sentencia para determinar tal conclusión es que además, estos trabajadores que son enviados temporalmente a otro Estado miembro para realizar prestaciones de servicios, no pretenden en modo alguno acceder al mercado laboral de este segundo Estado (Asunto C-43/93)<sup>623</sup>. Cabe decir que esta Ley 45/1999 también sería de aplicación a empresas no establecidas en un Estado de la UE o en un Estado signatario del Acuerdo sobre EEE, cuando estas puedan prestar servicios en España en virtud de lo establecido en los Convenios

---

tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-6872](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-6872)

<sup>622</sup> AAVV; CAMAS RODA (Dir.), *Manual, op. cit.*, p. 241.

<sup>623</sup> STJUE, de 9 de agosto de 1994, Asunto C-43/93, Raymond Vander Elst y Office des migrations internationales (OMI). STJUE, de 25 de octubre de 2001, Asunto C-49/98, Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda y Urlaubs-un Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft. STJUE, de 18 de noviembre de 2010, Asunto C-458/08, Comisión Europea y República de Polonia contra República Portuguesa.

internacionales y desplacen temporalmente a sus trabajadores a España (DA 4ª), sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de extranjería sobre entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España (DA 5ª), estas Disposiciones Adicionales serían el punto de conexión con el art. 43.2 LOEx. Lo aquí dicho también es lo que viene a ratificar la Instrucción DGI/SGRJ/08/2008, de 14 de noviembre de 2008, relativa al régimen jurídico aplicable a los trabajadores no comunitarios desplazados a España en el marco de prestaciones transnacionales de servicios por empresas establecidas en otro Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo<sup>624</sup>.

Siguiendo con la regulación reglamentaria de extranjería, estas garantías a las que se refiere el art. 111.1.b).4º RELOEx, son mínimas, en el sentido de que el trabajador que ya viniera disfrutando de mejores condiciones de trabajo no debería ver limitadas o reducidas estas por motivo de su desplazamiento (art. 3.5 L 45/1999), hablamos de aquellas condiciones más favorables que vienen derivadas de la legislación aplicable, los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo<sup>625</sup>. En esta materia se hace referencia a obligaciones que los empresarios han de cumplir desde el momento que desplacen a trabajadores a España, y que se circunscriben, con independencia de cuál sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, a las condiciones de trabajo previstas en la legislación española relativas: al tiempo de trabajo, de conformidad con los arts. 34 a 38 LET, jornada, horas extraordinarias, trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo, descanso semanal, fiestas y permisos, y vacaciones anuales; a la cuantía del salario, en la que ha de quedar garantizado la cuantía mínima del salario prevista en las disposiciones legales o reglamentarias o en los convenios colectivos para el grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado (art. 4.1); a la igualdad de trato y la no discriminación directa o indirecta; al trabajo de menores de conformidad con el art. 6 LET; a la prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores; a la no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial; al respeto a la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendida la protección frente a

---

<sup>624</sup> MARTÍN SANZ, *Movilidad*, *op. cit.*, p. 347.

<sup>625</sup> CALVO GALLEGU, J.F.: "De las migraciones por el empleo a las migraciones en el empleo: las normas como ventaja competitiva entre Estados y el riesgo de dumping social". *RTSS, CEF*, núm. 416 (noviembre 2017), p. 25.

ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual; a la libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión. Lo que cabría considerar que en este campo juegan un papel de notable relevancia tanto los representantes de los trabajadores como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en orden a prevenir y vigilar por el cumplimiento de estas garantías mínimas, más cuando en algunos momentos nos podemos encontrar con trabajadores desplazados con diferentes culturas o prácticas empresariales que desde el lugar donde provienen pueden ser habituales, aceptadas socialmente y legales, pero que pueden ser contrarias a nuestro ordenamiento jurídico. De ello que se exijan unas obligaciones de comunicación del desplazamiento a la autoridad laboral para asegurar el cumplimiento de la ley (art. 5), de comparecencia y de conservación y aportación de documentación (art. 6). A lo que cabe añadir en paralelo aquellas otras facultades ya previstas para los órganos de representación en la empresa del art. 64 LET, como pueden ser los derechos de información, vigilancia y control, o para los delegados sindicales (art. 10.3 LOLS).

El procedimiento de tramitación de la autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios viene orientado por el procedimiento de solicitud de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 67 RELOEx.), al margen de algunas especialidades concretas como las referidas al lugar de presentación de la solicitud o la documentación necesaria que ha de acompañarse con esta. Como causas de denegación de la autorización serían el incumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la concesión de la misma, así como la concurrencia de alguna circunstancia prevista en el art. 69.1 RELOEx., que son aquellas mismas causas de denegación comprendidas para las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Esta autorización se limitará a una ocupación y ámbito territorial concretos y su duración coincidirá con el tiempo del desplazamiento del trabajador con el límite de un año, y puede ser prorrogada por el periodo previsto de continuidad de la actividad que motivó el desplazamiento, con el límite máximo de un año o el previsto en Convenios Internacionales firmados por España, siempre y cuando se acrediten idénticas condiciones a las exigidas para la concesión de la autorización inicial.

En último lugar, la prestación transnacional de servicios, como vía de acceso a España para trabajar, también se prevé de forma específica para la realización de trabajos de temporada o campaña. Es el supuesto de aquel trabajador extranjero que está en plantilla de una empresa,

que desarrolla su actividad en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo, y es desplazado de forma temporal a España para la misma empresa o del grupo, para la realización de una actividad de temporada o campaña (art. 42.6 LOEx.). Para ello, la residencia del trabajador extranjero en el país donde radica la empresa que le desplaza ha de ser estable y regular, lo mismo ocurre con la actividad profesional del trabajador extranjero que ha de tener carácter habitual, y que se ha dedicado a dicha actividad como mínimo durante un año y ha estado al servicio de esta empresa que le desplaza, al menos, nueve meses. Asimismo, la empresa que le desplaza ha de garantizar al trabajador desplazado las mismas condiciones de trabajo y requisitos señalados en la Ley 45/1999, y por último, la situación nacional de empleo ha de permitir la contratación, a no ser que el empleador acredite que la actividad a realizar por el trabajador en España requiere un conocimiento directo y fehaciente de la empresa.

## **7. TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS: MOVILIDAD LIMITADA O TRABAJO DE EXTRANJEROS EN ZONAS FRONTERIZAS ESPAÑOLAS**

Nos encontramos con una vía de acceso a España para trabajar peculiar. La normativa de extranjería hace relación a los trabajadores extranjeros que, residiendo en una zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente. Así nos encontramos con varios elementos definitorios. Por un lado, el trabajador ha de ser extranjero, esto es, carecer de nacionalidad española o que no goce de la libertad de circulación de los trabajadores o ciudadanos de la UE. Por lo tanto, puede hacer referencia a una persona que es nacional y que reside en un país que no es Estado miembro, por ejemplo nacional y residente en Marruecos, pero también, y aquí es donde se incluye un derecho a la movilidad<sup>626</sup> – limitada- dentro de la UE, una persona nacional de un tercer país que reside legalmente en un Estado miembro. Por otro lado, ha de residir en una zona aledaña, fronteriza, de un Estado limítrofe al territorio español. En tercer lugar, concurre un desplazamiento diario de ida, desde su lugar de residencia a territorio español, y de vuelta, de territorio español al lugar de

---

<sup>626</sup> Para ver de una forma más detallada qué ciudadanos de terceros países gozan de esta movilidad ver: RED EUROPEA DE MIGRACION: *Movilidad dentro de la Unión Europea de nacionales de terceros países*. 2012. [https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/redeuropeamigracion/estudios\\_monograficos/ficheros/EMN\\_Movilidad\\_dentro\\_de\\_la\\_UE\\_ES.pdf](https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/redeuropeamigracion/estudios_monograficos/ficheros/EMN_Movilidad_dentro_de_la_UE_ES.pdf)

residencia, pero se hace referencia a permitir un desplazamiento hacia una parte determinada del territorio español que se circunscribe únicamente a las zonas fronterizas. Y por último, el desplazamiento se ha de producir para la realización de una actividad lucrativa, laboral o profesional sea por cuenta ajena o propia (arts. 43.1 LOEx. y 182 RELOEx.).

Estos trabajadores transfronterizos van a obtener una autorización para realizar una actividad por cuenta ajena o propia en España, pero no una autorización de residencia. Y esto es una cuestión relevante si tenemos en consideración a lo que hace referencia el art. 43.1 LOEx. cuando dispone que a estos trabajadores, en cuanto a los derechos de seguridad social, les será de aplicación el art. 14.1 LOEx., que señala que “los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”, lo que la doctrina<sup>627</sup> a certificado como una regulación “errática y sesgada”, por ejemplo, al no excluirles de la cotización por desempleo según la DA 16ª RELOEx., como si lo estaban en la anterior regulación (DA 8ª RD 864/2001), pero que para obtenerla se les exige la residencia en España, que es de la que no gozan los trabajadores transfronterizos, así, con ello, las cotizaciones generadas pueden producir solo el acceso a la prestación por desempleo cuando estos puedan residir en España. No obstante, hay que tener en cuenta lo que prevé el Reglamento (CE) 883/2004, que tiene por cometido la coordinación de los sistemas de seguridad social, y que es aplicable a los nacionales de terceros países así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, en virtud del art. 1 del Reglamento (UE) 1231/2010, y también a los convenios bilaterales o multilaterales que suscriban el país de residencia y del empleo, o los acuerdos que suscriba la UE con terceros países, especialmente y por lo aquí tratado, por lo que hace al uso de cotizaciones en otro país para acceder a prestaciones por desempleo total en el país de residencia<sup>628</sup>.

En cuanto a los requisitos para la obtención de la autorización habrá que estar al tipo de trabajo que se prestará en España, por cuenta ajena o por cuenta propia, y a lo dispuesto en los artículos que establecen las condiciones para la concesión de la autorización de trabajo que proceda.

---

<sup>627</sup> BURGOS GOYE, M. C: “La falacia del derecho a la prestación por la contingencia de desempleo de los trabajadores transfronterizos no comunitarios extranjeros en España”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 44/2017, Ed. Aranzadi, p. 8 y ss.

<sup>628</sup> AAVV; CAMAS RODA (Dir.), *Manual, op. cit.*, p. 60.



Si es por cuenta ajena se han de carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento español, no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido, residir en la zona fronteriza con territorio español de que se trate, que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero, que el empleador presente un contrato de trabajo, con fecha de comienzo condicionada a la eficacia de la autorización, que garantice a la persona trabajadora una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización, que el empleador haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentre al corriente del cumplimiento tanto de sus obligaciones tributarias como de Seguridad Social. Por otro lado, que las condiciones establecidas en el contrato de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente y el convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría profesional y localidad, que el empleador cuente con medios económicos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador, y por último, que se tenga la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión.

En cuanto al trabajo por cuenta propia. La persona trabajadora ha de carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento español, no figurar rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido, residir en la zona fronteriza con territorio español de que se trate, cumplir con los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, tener la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión, así como la colegiación cuando se requiera, acreditar que la inversión prevista para la implantación del proyecto sea suficiente y la incidencia, en su caso, en la creación de empleo, y por último, la previsión de que el ejercicio de la actividad producirá desde el primer año recursos económicos suficientes al menos para la manutención del interesado, un vez deducido los necesarios para el mantenimiento de la actividad.

Cuando la competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena y propia corresponda a la respectiva Comunidad Autónoma en cuyo lugar se vaya a

desarrollar la actividad, como puede ser el caso de Cataluña (art. 138.2 EAC) o Andalucía (art. 62.1.b) EAA), en estos casos la Administración autonómica será la competente para la admisión, tramitación, resolución de solicitudes y, si fuera el caso, de los recursos administrativos, de conformidad con lo previsto en el RELOEx. para cada tipo de autorización (art. 183. 3 RELOEx).

Si se obtiene una resolución favorable respecto a la concesión de la autorización, en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación, el trabajador habrá de darse o ser dado de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, y solicitar y obtener la correspondiente TIE.

En cuanto a la duración de la autorización inicial esta coincidirá con la del contrato de trabajo, sin embargo tendrá unos límites, una duración mínima de tres meses y máximo de un año, y esto hay que ponerlo en consonancia con el art. 183.2.5º RELOEx., ya que el empleador ha de garantizar una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización, que vendrá condicionada por lo comentado anteriormente. Y los mismos criterios serán de aplicación en relación con la actividad proyectada, en el caso de trabajo por cuenta propia. Por otro lado, la validez de la autorización de trabajo estará limitada al ámbito territorial de la CCAA o Ciudad Autónoma en cuya zona limítrofe resida el trabajador, así como a una ocupación en el caso de trabajo por cuenta ajena o a un sector de actividad en el de trabajo por cuenta propia. La autorización se podrá prorrogar a su expiración, siempre que continúe la misma relación laboral o actividad por cuenta propia y subsistan las circunstancias que motivaron su concesión. Esta prórroga o las sucesivas, coincidirán con la del contrato de trabajo o de la actividad por cuenta propia, con el límite máximo de un año. De forma general, las autorizaciones se extinguirán cuando concurren las causas previstas para el resto de autorizaciones reguladas en el RELOEx., cuando sean aplicables, y de forma particular cuando se pierda la condición de trabajador transfronterizo. Por último, el hecho de haber sido titular de una autorización de este tipo no generará derecho para la obtención de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena, sin perjuicio de que sea tenido en cuenta para la valoración de las solicitudes que se pudieran presentar por el titular.

## **8. TRASLADOS INTRAEMPRESARIALES DE TRABAJADORES EXTRANJEROS. EL RÉGIMEN PRIVILEGIADO DE LA LEY DE EMPRENDEDORES**

Señalábamos anteriormente que el RELOEx. regula, dentro de lo que cabe identificar como prestación transnacional de servicios, aquella situación en la que se produce una movilidad intraempresarial o intragrupal<sup>629</sup>, es decir, operaría esta vía de acceso cuando el desplazamiento del trabajador extranjero se produzca desde el extranjero hacia centros de trabajo en España de la misma empresa o de otra empresa del grupo de la que esta forme parte. Pero en estas situaciones también existe una regulación paralela, fuera del marco de lo que cabría considerar como núcleo básico de la normativa de extranjería, que es la que se da por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, siendo de aplicación supletoria en relación con la movilidad internacional (Sección 2ª, Capítulo IV, Título V LE) la LOEx. (DF 13ª).

Esta ley introduce, dentro de la regulación de distintas materias, una autorización o vía de acceso a España por traslado intraempresarial (art. 73 LE). Es una vía de acceso enfocada para aquellos extranjeros que han de desplazarse a España en el marco de una relación laboral, profesional o por motivos de formación profesional, con una empresa o grupo de empresas establecida en España o en otro país. Esta autorización tiene una regulación específica en dicha Ley y por ello ha de sujetarse a una serie de requisitos que tienden a facilitar el acceso a España respecto el marco general de la normativa de extranjería. Es decir, la Ley 14/2013 introduce una regulación con un procedimiento más ágil y rápido que bordea las restricciones que vienen establecidas en la normativa de extranjería, con el objetivo de favorecer los desplazamientos intraempresariales de trabajadores a España<sup>630</sup>. Por otro lado, esta normativa fue pionera a nivel Europeo, fruto de ello que la Directiva 2014/66/UE relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales acogiera parte de su regulación, de ello que España fuera el primer Estado miembro de la Unión Europea en trasponerla a través de la Ley 25/2015, de 28

---

<sup>629</sup> CASAS BAAMONDE, “Sección 4ª”, *op. cit.*, p. 420.

<sup>630</sup> CAMAS RODA, F.: “Análisis del régimen especial de traslados intraempresariales a España de trabajadores extranjeros extracomunitarios.” *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 431/2019, p. 20.

de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social<sup>631</sup>.

### **8.1. Requisitos generales para la estancia o residencia aplicable al traslado intraempresarial y a todas las vías de acceso favorecidas por razones de interés económico**

Como requisitos básicos que están establecidos para el traslado intraempresarial se parte de que el extranjero que se desplace a España ha de estar provisto de visado, de acuerdo con la duración del traslado, y de una autorización de residencia por traslado intraempresarial, cuya validez se extenderá a todo el territorio nacional sin limitación.

Pero además, para la activación de esta vía de acceso es necesario cumplir con los requisitos generales del art. 62 LE, que son extensibles a todos los supuestos que se encuadran en la movilidad internacional -o por razones de interés económico- y que se complementan con los requisitos concretos que dependen de cada tipo de vía de acceso.

Como requisitos generales, si la estancia no es superior a tres meses, se ha de cumplir con las condiciones de entrada que se describen en el Reglamento (CE) 562/2006, de 15 de marzo, derogado y sustituido por el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). Que por lo que aquí afecta, establece normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión (art. 1). Asimismo, en el caso de ser necesario un visado de estancia se han de acreditar además los requisitos previstos en el Reglamento (CE) 810/2009, de 13 de julio, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), que tiene por objeto establecer los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados para las estancias previstas en el territorio de los Estados miembros no superiores a noventa días en cualquier periodo de 180 días, y cuyo ámbito de aplicación se extiende a nacionales de terceros países sometidos a la obligación de visado para cruzar las

---

<sup>631</sup> *Ibid.*, p. 18. También MOLINA NAVARRETE, C.: “Pasión reformadora sociolaboral y estés de cierre legislativo (I): más autoempleo y emprendimiento social”. *RTSS. CEF*, núm. 391, 2015, p. 155.

fronteras exteriores de los Estados miembros, de conformidad con el Reglamento (CE) 539/2001, derogado por el Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

Por otro lado, en el caso de ser necesario un visado de residencia de los previstos en el Reglamento (UE) 265/2010, del Parlamento y del Consejo de 25 de marzo de 2010 por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) 562/2006 por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración, que se circunscribe a los visados para una estancia superior a tres meses y no superior a un año, así como para las autorizaciones de residencia, el extranjero ha de acreditar: no encontrarse irregularmente en territorio español, ser mayor de 18 años, carecer de antecedentes penales en España y en los países donde haya residido durante los últimos cinco años, pero por delitos previstos en el ordenamiento jurídico español. No figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido, contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España, contar con recursos económicos suficientes para sí y para los miembros de su familia durante su periodo de residencia en España, y abonar la tasa por tramitación de la autorización de visado. En cuanto a estos recursos económicos, según el criterio de aplicación de la LE, en el caso de los titulares de las autorizaciones para emprendedores estos han de acreditar una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM. En el caso de los titulares de visados o autorizaciones de residencia para inversores han de acreditar que cuentan con recursos económicos suficientes para su sostenimiento en España con una cantidad que represente de forma mensual el 400% del IPREM. Por lo que hace a los familiares que estén a su cargo, en el caso de emprendedores, altamente cualificados, investigadores y trabajadores que realicen traslados intraempresariales, en las unidades familiares que incluyan dos personas contando al titular y a la persona reagrupada, al menos el 150% del IPREM. En las unidades familiares que incluyan al titular ya más de dos personas, una cantidad que represente mensualmente el 50%

del IPREM por cada miembro adicional. Y en el caso de inversores, por cada uno de los familiares a su cargo, el 100% del IPREM<sup>632</sup>.

Otra norma general que afecta a los visados es la que hace referencia el art. 75 LE. En este se insertan una serie de disposiciones que vienen presididas por el Derecho de la Unión, al derivarse un conjunto de normas que dirigen la actuación de los Estados miembros en esta materia. Como se puede apreciar, se desprende un cuerpo común legislativo donde se originan una serie de Reglamentos con el objetivo de construir y consolidar el espacio de libertad, seguridad y justicia al que hace referencia el art. 67 TFUE y dar cumplimiento al mandato de una política que garantice la ausencia total de controles de las personas, con independencia de su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores, garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores e instaurar de forma progresiva un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores, que comporta, por lo que hace a la cuestión aquí tratada, una política común de visados y otros permisos de corta duración (art. 77 TFUE), donde también viene a desarrollarse con estas normas el acervo Schengen.

En primer lugar, los visados de estancia y residencia serán expedidos por las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España de conformidad con lo que dispone el Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 (Código de Visados), y en el Reglamento (UE) 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de marzo de 2010, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) 562/2006 por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración.

En segundo lugar, por lo que hace a los tipos de visados, tenemos al visado uniforme, que hace referencia al visado válido para todo el territorio de los Estados miembros y que permite una estancia de hasta 90 días en cualquier periodo de 180 días y que se expide para una, dos o múltiples entradas, donde su periodo de validez no podrá ser superior a cinco años.

---

<sup>632</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Criterios de aplicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, p. 2-3. <http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/UnidadGrandesEmpresas/documentos/2019/CriteriosAplicacionLey14-2013Sellado.pdf>

Prestándose atención, tanto para decidir sobre la extensión del periodo de validez del visado como para la duración de la estancia autorizada, a las exigencias señaladas en el art. 21 del Reglamento (CE) 810/2009 (Código de visados), donde este, especialmente, además de otras cuestiones, señala que durante el examen de la solicitud del visado uniforme se estudiará con la debida atención si el solicitante presenta un riesgo de inmigración ilegal o un riesgo para la seguridad de los Estados miembros, y si el solicitante se propone abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la fecha de expiración del visado solicitado.

En tercer lugar, también señala el art. 75 LE en su apartado tercero que es posible otorgar un visado de validez territorial limitada, que es un visado válido para el territorio de uno o más Estados miembros, pero no todos (art. 2.4 Código de visados) y con la misma duración que el anterior, que se concederá cuando concurren circunstancias de interés nacional de conformidad con lo señalado en el art. 25 del Código de visados.

Y por último, se hace referencia al visado de residencia, que se expedirá de conformidad con lo señalado en el Reglamento (UE) 265/2010, de 25 de marzo, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) 562/2006 por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración. La duración de este tipo de visado es de un año o será la misma que la duración de la autorización de residencia cuando esta sea de duración inferior, donde se autoriza la residencia en España del titular sin necesidad de tramitar la tarjeta de identidad de extranjero.

Otra particularidad de esta LE, que tiende a flexibilizar el procedimiento y los trámites en comparación con la mayoría de procedimientos del régimen de extranjería, es que las solicitudes de visado se resolverán en el plazo de 10 hábiles, con la excepción de que se tenga que realizar una consulta previa a otros Estados miembros, de conformidad con el art. 22 del Código de visados.

Dejando por un lado esta materia, otra cuestión más que facilita la LE en estas autorizaciones es que sus tramitaciones se realizarán en un procedimiento único de solicitud (DA 4ª LE), que si bien busca conseguir la eficacia al simplificarse el procedimiento, también plantea problemas de competencias que han sido transferidas a distintas Comunidades Autónomas,

como Cataluña o Andalucía<sup>633</sup>. En este sentido, las tramitaciones se efectuarán de conformidad con la Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre de 2011, cuyo objeto es establecer un procedimiento único de solicitud para la expedición de un procedimiento único que autorice a los nacionales de terceros países a residir con el fin de trabajar en el territorio de un Estado miembro, con el objetivo de simplificar los procedimientos de admisión de estas personas y de facilitar el control de su estatuto. El legislador introduce un procedimiento que cambia totalmente de perspectiva la lenta y compleja tramitación de las autorizaciones y visados previstos en la normativa de extranjería, introduciendo un nuevo espíritu con un técnica rupturista hacia una regulación liberalizadora de la inmigración que posee recursos económicos o de conocimiento<sup>634</sup>. Por ello, las solicitudes de expedición, modificación o renovación de estos permisos únicos se presentarán mediante un procedimiento único, y las decisiones sobre estas solicitudes constituirán un único acto administrativo, sin perjuicio del procedimiento de expedición del visado que corresponda.

Además, el legislador ha considerado que estos extranjeros son considerados dentro de lo que cabe llamar como sectores estratégicos y está sería la principal razón por la que las autorizaciones reguladas en la Sección 2º del Título V de la LE quedan exentas de sometimiento a la situación nacional de empleo (DA 5ª).

También hay que señalar que esta Directiva establece un conjunto de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, con independencia de los fines de su admisión inicial en el territorio de dicho Estado miembro, basado en la igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado miembro.

## **8.2. Vía de acceso para familiares que se acompaña a cada tipo de autorización**

Por otro lado, para todos los supuestos comprendidos en esta movilidad internacional (art. 61.1 LE), desde el momento que el principal sujeto se dispone a entrar o residir en España,

---

<sup>633</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “La dimensión socio-laboral del pretendido -¿o pretencioso?- nuevo “estatuto promocional del emprendedor”. *RTSS. CEF*, núm. 369 (diciembre 2013), p. 75.

<sup>634</sup> MIÑARRO YANINI, M.: “La inmigración codiciada: el cauce de entrada y permanencia por interés económico”. *Revista Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 31, 32/2017. Ed. La Ley, p. 52-73.



tanto el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, los hijos menores o mayores que dependan económicamente del titular, y que no hayan constituido por sí mismos una unidad familiar y los ascendientes a cargo, pueden solicitar de forma conjunta y simultánea o sucesivamente la autorización y, en su caso, el visado. Esto será así cuando se cumplan con los requisitos generales establecidos en el art. 62.3 LE. Lo que comporta que se otorgue una autorización de este tipo es que ello conlleve la posibilidad de trabajar en España. Esto será así de conformidad con la DA 4ª LE, por el que las autorizaciones de residencia se tramitarán de conformidad con la Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro.

### **8.3. Requisitos de la autorización de residencia por traslado intraempresarial**

Por otro lado, además de estos requisitos generales (art. 62 LE), han de cumplirse y acreditarse otros que se refieren concretamente a la de autorización de residencia por traslado intraempresarial. Estos requisitos hacen referencia: a la existencia de una actividad empresarial real y, en su caso, la del grupo empresarial, que busca evitar que nos encontremos con una empresa fantasma<sup>635</sup>. Por otro lado, el extranjero desplazado ha de contar con una titulación superior o equivalente o, en su caso, experiencia profesional mínima de 3 años, la existencia de una relación laboral o profesional, previa y continuada, de 3 meses con una o varias de las empresas del grupo, y la documentación de la empresa que acredite el traslado. Como vemos en este tipo de autorización no se contempla el sometimiento previo a la situación nacional de empleo.

Otra característica de esta autorización es que tiene dos modalidades: la autorización de residencia por traslado intraempresarial ICT UE y la autorización nacional de residencia por traslado intraempresarial.

---

<sup>635</sup> CAMAS RODA, F., “Análisis”, *op. cit.*, p. 25.

La autorización de residencia por traslado intraempresarial ICT UE se referencia a un desplazamiento temporal para trabajar en unos puestos determinados de la empresa. Sin embargo, si uno se adentra en la regulación solo al directivo es al que se referencia en el desarrollo de una función específica en la dirección de la empresa o de un departamento o subdivisión de la misma, ya que en el caso del especialista o del trabajador en formación, se señala que este ha de poseer unos determinados conocimientos relacionados con las actividades, técnicas o la gestión de la entidad, en el primer caso, o a la posesión de una titulación universitaria para que este obtenga una formación en las técnicas o métodos de la entidad y que por ello perciba una retribución. Se ha concretado que para la definición de directivo, especialista y trabajador en formación se ha de estar a lo que dispone el art. 73.3.a) LE, sin perjuicio de que si fuera necesario para la adecuada valoración de la solicitud se pueda acudir a las definiciones que para los mismos sujetos se recogen en la Directiva 2014/66/UE, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales<sup>636</sup>, que establece unas definiciones más extensas.

Esta modalidad ICT UE permite una duración máxima del traslado de 3 años en el caso de directivos o especialistas y de 1 año en el caso de trabajadores en formación, pero sin exigirse una duración mínima, que para la aplicación y efectos de la Directiva 2014/66/UE, sería necesario que este tipo de autorización pueda ser otorgada para estancias superiores a 90 días, sin que la normativa española lo haya especificado de una forma concreta, lo que urge a una adaptación conveniente a la normativa europea<sup>637</sup>.

Asimismo, este tipo de autorización expedida por España favorece otra vía de acceso a través de la movilidad, en el sentido de que permite entrar, residir y trabajar en uno o varios Estados miembros previa comunicación o solicitud de autorización, en su caso, a las autoridades de dichos Estados de conformidad con su normativa en aplicación de la Directiva 2014/66/UE del Parlamento y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales, que tiene como objeto establecer las condiciones de entrada y residencia por más de 90 días en el

---

<sup>636</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, *Criterios de aplicación de la Ley 14/2013, op. cit.*, p. 14-15.

<sup>637</sup> *Ibid.*, p. 28.

territorio de los Estados miembros y los derechos de nacionales de terceros países y de los miembros de sus familias en el marco de un traslado intraempresarial, y para estos mismos sujetos, las condiciones de entrada y residencia y los derechos en Estados miembros distintos del primer Estado miembro que les concede un permiso por traslado intraempresarial sobre la base de esta Directiva. Mismo efecto tiene esa movilidad o vía de acceso cuando se activa desde otro Estado miembro hacia España (art. 73.3.a).3º LE).

Finalmente, en aplicación de la Directiva 2014/66/UE se permite que los Estados miembros puedan expedir permisos de residencia distintos a los del traslado intraempresarial regulados en la Directiva, orientados a cualquier empleo de nacionales de un tercer país que no entren dentro de su ámbito de aplicación (art. 2.3). Y esto es lo que se ha hecho en España al regular otro tipo de modalidad o vía de acceso que viene a recoger aquellos otros supuestos que no quedan comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la ICT UE, o para aquellos que hayan visto transcurrido la duración máxima del traslado previsto en la ICT UE, en cuyos casos podrán obtener una autorización nacional de residencia por traslado intraempresarial, donde su duración coincidiría con el tiempo del traslado o por un periodo máximo de dos años.

No agota aquí la LE su regulación respecto al traslado intraempresarial, sino que también regula los supuestos en los que se quiere activar esta vía de acceso pero de forma colectiva. Es decir, es una vía de acceso que permite una tramitación colectiva de autorizaciones y que pueden solicitar aquellas empresas o grupos de empresas que reúnan alguna de las características que vienen reguladas en el art. 71.1.a) LE. Esta tramitación colectiva vendrá basada en la gestión planificada de un cupo temporal de autorizaciones presentadas por la empresa o grupos de empresas. Por último, no podrán acogerse a este tipo de tramitación colectiva aquellas empresas o grupos de empresas que en los tres años inmediatamente anteriores a la solicitud de autorización hayan sido sancionadas por infracción grave o muy grave en materia de extranjería e inmigración, o no hayan acreditado el cumplimiento de los requisitos en las comprobaciones de oficio efectuadas por la Administración.

## 9. AUTORIZACIÓN PARA EMPRENDEDORES. VÍA DE ACCESO A ESPAÑA POR RAZÓN DE INTERÉS ECONÓMICO

Si existe algún motivo en materia de extranjería para eliminar trabas burocráticas<sup>638</sup>, con el objetivo de facilitar la entrada y permanencia en España de determinados extranjeros, es el económico<sup>639</sup>. No es un extremismo lo que aquí se está expresando, una ley especial aprobada en un momento de “grave y larga crisis económica con agudas consecuencias sociales” derivada de la crisis financiera global de 2008 y por la respuesta económica y social que se dio por parte de algunos países, introduce una regulación de gran alcance cambiando la esencia de la política de inmigración en España conformada por una política a la defensiva y restrictiva enfocada sobre la prioridad por el mercado de trabajo nacional hacia un nuevo paradigma que tiene como eje prioritario el crecimiento económico del país, teniendo en cuenta que la política de inmigración es un elemento de competitividad<sup>640</sup>, con lo que se busca atraer a determinados extranjeros facilitando su entrada y permanencia en España, y con ello “cazar a nuevos talentos extranjeros”<sup>641</sup>.

Son vías de acceso que tienen como principal fundamento “razones de interés económico”, y se dirige a determinados extranjeros privilegiados que ven facilitada su entrada y permanencia en territorio español por este motivo. Estos extranjeros a los que nos estamos refiriendo son: inversores, emprendedores, profesionales altamente cualificados, investigadores y trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales dentro de la misma empresa o grupo de empresas (art. 61 LE), y que configuran una nueva clase social migratoria<sup>642</sup>. Donde los dos primeros aportarían estrictamente recursos económicos<sup>643</sup> o que son vistos desde un

---

<sup>638</sup> Así se señala en el folleto informativo del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/OTTAWA/Documents/Folleto%20ley%20emprendedores%20Traslado%20intraempresarial.pdf>

<sup>639</sup> La Sección 2ª, Capítulo IV, Título V, Preámbulo de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. “-«Movilidad internacional»- regula determinados supuestos en los que, por razones de interés económico, se facilita y agiliza la concesión de visados y autorizaciones de residencia, al objeto de atraer inversión y talento a España”.

<sup>640</sup> CAMPO CABAL; ROLDÁN MARTÍNEZ, “El doble canal”, *op. cit.*, p. 6-7.

<sup>641</sup> MOLINA NAVARRETE, “La dimensión”, *op. cit.*, p. 52.

<sup>642</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>643</sup> MIÑARRO YANINI, “La inmigración”, *op. cit.*, p. 2.

punto de vista “económico-empresarial”<sup>644</sup> y los segundos una aportación sobre la base de su formación y conocimiento, o desde un punto de vista “profesional”, que aportan ese valor añadido al país.

La vía de acceso que aquí vamos a tratar tiene una dimensión laboral, en el sentido de que su finalidad es el desarrollo de una actividad emprendedora. Es decir, se facilita una vía de acceso a España con una finalidad concreta, llevar a cabo una actividad empresarial que va dirigida a una persona física y extranjera. Esta vía de acceso se consideró que era “absolutamente necesaria”, ya que tal y como había señalado la OCDE, los inmigrantes tienen un fuerte potencial emprendedor y resulta imprescindible favorecer aquellas actividades emprendedoras que generen valor añadido y competitividad a nuestro país<sup>645</sup>. De esta exposición se desprende el carácter interesado por ciertos inmigrantes codiciados, y además recoge una cierta hipocresía cuando a su vez se permite la fuga de españoles al extranjero que se ven imposibilitados por llevar a cabo una actividad emprendedora en nuestro país, a los que de hecho se les promueve su salida<sup>646</sup>.

Por actividad emprendedora ha de entenderse aquella que tenga un carácter innovador con especial interés económico para España, donde se deja un amplio margen de discrecionalidad a la Administración para su determinación y en el que se deberá contar con un informe favorable de la Oficina Económica y Comercial del ámbito de demarcación geográfica o por la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones. El principal motivo que ha de tenerse en cuenta para su valoración, de forma especial y con carácter prioritario, es la creación de puestos de trabajo en España, pero sin que determine la norma la cantidad de puestos de trabajo a crear, en la que se puede considerar que se refiere a más de un puesto de trabajo<sup>647</sup>. Otras cuestiones a tener en cuenta para la valoración, sin que se concrete el grado de relevancia, sería el perfil profesional del solicitante, su formación y experiencia profesional

---

<sup>644</sup> MOLINA NAVARRETE, “Pasión reformadora”, *op. cit.*, p. 154.

<sup>645</sup> MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Informe sobre la aplicación de la Sección de Movilidad Internacional de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización*. p. 27.  
[http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/UnidadGrandesEmpresas/ley\\_14\\_2013/documentacion/Informe\\_anual\\_de\\_la\\_Seccion\\_de\\_Movilidad\\_de\\_la\\_ley\\_14\\_2013.pdf](http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/UnidadGrandesEmpresas/ley_14_2013/documentacion/Informe_anual_de_la_Seccion_de_Movilidad_de_la_ley_14_2013.pdf)

<sup>646</sup> MOLINA NAVARRETE, “La dimensión”, *op. cit.*, p. 53.

<sup>647</sup> MIÑARRO YANINI, “La inmigración”, *op. cit.*, p. 59.

así como su implicación en el proyecto. Por otro lado, se tendrá en cuenta el plan de negocio, que deberá incluir la descripción del proyecto empresarial, la descripción del producto o servicio, un análisis de mercado y su financiación. Y por último, se tendrá en cuenta el valor añadido para la economía española, la innovación u oportunidades de inversión.

Son cuestiones a tener en cuenta para la valoración que como hemos dicho dejan un amplio margen de discrecionalidad a la Administración. La duda que cabe plantearse es qué sucedería si no se crearan puestos de trabajo cuando si se cumplieran con el resto de criterios a tener en cuenta para la valoración. Cabría entender que de forma general y por sí solo no sería un criterio excluyente para considerar rechazada la posibilidad del desarrollo de la actividad emprendedora, sin embargo, en la práctica sería una condición a tener en cuenta de notable relevancia cuando de los otros aspectos a tener en consideración no se cumplen unos mínimos que podrían ser exigibles, en este caso podría ser aceptada la posibilidad de llevar a cabo tal actividad emprendedora, y por el contrario, cuando no se cumplan con estos mínimos exigibles y además no se cumpliera con la creación de puestos de trabajo en España podría ser motivo suficiente para ver rechazada tal pretensión.

Esta vía de acceso prevé varias posibilidades que priorizan la actividad dejando en un segundo término a las formalidades<sup>648</sup>, por un lado, la de aquel extranjero que solo tenga como finalidad entrar y permanecer en España con el fin único o principal de llevar a cabo los trámites previos para poder desarrollar la actividad emprendedora. En este caso podrá solicitar un visado para tales gestiones cuya duración será de un año (art. 68.1 LE). En otras palabras, una *start-up visa* que tiene como finalidad facilitar la instalación de emprendedores y fomentar la creación de empresas tecnológicas<sup>649</sup>. Estando en posesión de este visado se podría acceder a la situación de residencia para emprendedores, sin necesidad de solicitar visado y sin que se requiera un periodo previo mínimo de permanencia, que quiere decir que no es exigible agotar la duración del visado previo otorgado para tramitar la solicitud. Eso sí, será imprescindible justificar que se ha producido previamente el inicio de la actividad empresarial para la que solicitó el visado (art. 68 LE).

---

<sup>648</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>649</sup> MOLINA NAVARRETE, “La dimensión”, *op. cit.*, p. 60.

Vista la finalidad y posible vía de acceso a través de este visado, la otra vía de acceso posible sería a través de la solicitud de residencia, en este sentido, se solicita la autorización de forma directa por aquel el extranjero que desee entrar a España, también podría activar esta vía de acceso aquel extranjero que ya sea titular de una autorización de estancia o residencia o de un visado y pretenda iniciar, desarrollar o dirigir una actividad económica como emprendedor. En estos casos se podrá solicitar una autorización de residencia para actividad empresarial, que tendrá validez en todo el territorio nacional. Para solicitar la autorización de residencia para emprendedores previamente se han de cumplir con una serie de requisitos generales previstos en el art. 62 LE, y los legales y necesarios para el inicio de la actividad de conformidad con su normativa sectorial.

Como cuestiones generales a tener en cuenta hay que señalar que, fruto de la esencia de esta regulación, las solicitudes de visado se resolverán y notificarán en un plazo de 10 días hábiles (art. 75.5 LE), por otro lado, en la autorización de residencia el plazo máximo de resolución será de veinte días desde la presentación electrónica de la solicitud en el órgano competente para su tramitación, a lo que cabe añadir que si no resuelve en este plazo el efecto del silencio es positivo, en el sentido de que la autorización se entenderá estimada (art. 76.1 LE). Asimismo, las solicitudes de expedición, modificación o renovación de estas autorizaciones se presentan mediante un procedimiento único de solicitud, y las decisiones sobre estas solicitudes constituyen un único acto administrativo, sin perjuicio del visado que corresponda (DA 4ª).

En cuanto a la duración de la autorización esta se establecería en dos años, sin embargo ya podemos destacar que esto es a lo que nos lleva una interpretación por analogía que se detallará más concretamente en el siguiente apartado. Los titulares de esta autorización podrán solicitar su renovación por dos años, pero siempre y cuando se mantengan las condiciones que generaron el derecho a la autorización inicial (art. 76.3 LE).

## **10. VÍAS DE ACCESO PARA PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS**

Regula también la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores varias vías de acceso destinadas a profesionales altamente cualificados. Son vías de acceso que la podrán activar aquellas empresas que requieran la incorporación en territorio español de profesionales extranjeros para el desarrollo de una relación laboral o profesional, pero siempre que sea para el desarrollo de una actividad que podríamos determinar que se referencia a ser cubierta por un colectivo que ocupará puestos de trabajo medios o altos en la escala de mandos de una empresa. En primer lugar, para personal directivo o altamente cualificado, cuando la empresa o grupo de empresas reúna alguna de las características comprendidas en la norma, que hace relación a singularidades que cumplirían medianas y grandes empresas, como un determinado promedio de la plantilla, volumen de la cifra neta anual de negocios o volumen de fondos propios o patrimonio neto en España, o inversión bruta media anual procedente del exterior, o con un determinado valor de stock inversor o posición, y por último, que es donde podría encajar una pequeña empresa, que pertenezca a un sector considerado como estratégico acreditado a través de informe de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones.

Otra vía de acceso que hace referencia a este colectivo de personal directivo o altamente cualificado, es cuando este forme parte de un proyecto empresarial y esto comporte una o varias de las siguientes condiciones: un incremento significativo en la creación de puestos de trabajo directos por parte de la empresa que solicita la contratación; el mantenimiento del empleo; un incremento significativo en la creación de puestos de trabajo en el sector de actividad o ámbito geográfico en el que se vaya a desarrollar la actividad laboral; una inversión extraordinaria con impacto socioeconómico de relevancia en el ámbito geográfico en el que se vaya a desarrollar la actividad laboral; la concurrencia de razones de interés para la política comercial y de inversión en España; una aportación relevante a la innovación científica y/o tecnológica. Cualquiera de estas condiciones alegadas ha de ser considerada y acreditada como de interés general por la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones.



Y por último, dentro de este colectivo se incluye una tercera vía de acceso dirigida a determinados extranjeros que poseen una determinada formación en enseñanzas superiores como pueden ser graduados, postgraduados de universidades y escuelas de negocios de reconocido prestigio, sin que se tenga en consideración el tamaño de la empresa, el sector o la actividad a desarrollar.

### **10.1. La duración de la autorización: lagunas normativas (una más), soluciones similares.**

Igual que en la autorización nacional por traslado intraempresarial (art. 73.3.b LE) y en la autorización para emprendedores (art. 69 LE), la autorización de residencia para profesionales altamente cualificados presenta una laguna normativa, una más de las que se muestran en la LE, al no especificarse concretamente su duración.

La doctrina ha determinado, por ejemplo, en el supuesto de la autorización nacional por traslado intraempresarial, que por analogía podría acogerse a lo dispuesto en el art. 76.3 LE, que detalla la posibilidad de renovar la autorización por periodo de 2 años<sup>650</sup> siempre y cuando se mantengan las condiciones que generaron el derecho. De hecho, estos dos años son la duración general que contempla la práctica administrativa<sup>651</sup>. Así, por lógica, cuando la regulación habla de la renovación contempla este periodo en determinados casos (72.3 LE) y, además, se prevé en la norma general para la renovación de la autorización del art. 76.3 LE.

Sin embargo, con la modificación desplegada por la Ley 25/2015, no todas las autorizaciones van a ser renovadas ya por el mismo periodo inicial ya que, por ejemplo, en la autorización de residencia para inversores esta renovación se ha ampliado por periodos sucesivos de 5 años (art. 67.2 LE). Por ello, también cabría la posibilidad de otra interpretación analógica, en este sentido, podría considerarse que en otros supuestos que también regula esta ley, como es el

---

<sup>650</sup> CAMAS RODA, F., “Análisis”, *op. cit.*, p. 32.

<sup>651</sup> MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: *Preguntas frecuentes sobre la Ley 14/2013*. Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos, p. 7. [http://extranjeros.inclusion.gob.es/es/UnidadGrandesEmpresas/ley14\\_2013/documentacion/preguntas\\_frecuentes\\_30\\_09\\_2016.pdf](http://extranjeros.inclusion.gob.es/es/UnidadGrandesEmpresas/ley14_2013/documentacion/preguntas_frecuentes_30_09_2016.pdf)

caso de la autorización de residencia para inversores o de la autorización para investigación, la duración inicial que se establece en las mismas es de dos años (arts. 67.1 y 72.3 LE), y esto podría indicarnos que nos encontramos con diversos supuestos que coinciden en ese aspecto esencial y que por ello podría ser otra posible solución para tratar de determinar la duración inicial permitida en los supuestos en los que no queda concretada: autorización para emprendedores (art. 69 LE), autorización nacional por traslado intraempresarial (art. 73.3.b) LE) y autorización para profesionales altamente cualificados (art. 71 LE). Sin embargo, este razonamiento tampoco resulta del todo satisfactorio, lo que hace necesario y conveniente que el legislador, o un futuro reglamento que despliegue esta ley (DF 10ª LE) que a día de hoy no se ha llevado a cabo, por respeto al principio de seguridad jurídica, concretara la duración de cada tipo de autorización así como la de sus posibles renovaciones.

Como vemos, en el caso que analizamos, hablamos de duración máxima de la autorización, ya que la norma tampoco especifica que el contrato tenga que garantizar una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización, como sí lo hace el supuesto regulado por la normativa de extranjería (arts. 86.2 y 87.2.a) RELOEx.). La normativa de extranjería trata con ello evitar situaciones en las que el trabajador pudiera encontrarse residiendo en nuestro país sin desarrollar efectivamente la actividad para la que había sido autorizado<sup>652</sup>, además es una medida garantista, ya que se asegura que se desarrolle la actividad durante un período determinado de tiempo, lo que le daría una mínima garantía de continuidad, que contribuiría a su integración y evitaría que se produjeran ofertas de empleo fraudulentas<sup>653</sup>. No sabemos si el legislador no pensó en ello o si su decisión fue intencionada, lo que está claro es que se escaparía de la garantía que ofrece la normativa de extranjería, ya que se podría aceptar sin más que la duración de la autorización coincidiera con la del contrato y este no esté sujeto a asegurar una duración mínima, pero sí máxima de 2 años, al margen de que se pueda renovar por periodos de dos años siempre y cuando se mantengan las condiciones que generaron el derecho (art. 76.3 LE).

---

<sup>652</sup> FERNÁNDEZ AVILES, “Los profesionales”, *op. cit.*, pp. 24-25.

<sup>653</sup> MORENO VIDA, “Artículo 36”, *op. cit.*, pp. 624-625.

Por último, una vez que el profesional altamente cualificado disponga de la autorización deberá solicitar el correspondiente visado de conformidad con las normas previstas en los arts. 62 y 75 LE.

## **10.2. Criterios de aplicación de la Ley 14/2013: discrecionalidad administrativa e inseguridad jurídica**

Teniendo en consideración todo lo anterior se puede considerar que este supuesto no escapa del amplio margen de discrecionalidad que deja la norma a la Administración, y ello provoca una alta inseguridad jurídica, con lo que se siguen manteniendo los mismos o más defectos de los que adolece la normativa de extranjería, de ello que se hayan tenido que dictar criterios de aplicación de la Ley 14/2013<sup>654</sup>. En concreto, en cuanto al perfil del trabajador altamente cualificado se valorarán las funciones que desempeñará el trabajador, su carácter altamente cualificado, la remuneración y demás condiciones de trabajo acordadas, y cuantos documentos contribuyan a acreditar la experiencia o capacitación del trabajador. En cuanto a la interpretación del concepto relación profesional del art. 71.1 se ha considerado que también se entenderá que está sujeto a esta relación aquel trabajador considerado como autónomo dependiente en los términos establecidos en el Capítulo III, del Título II de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. Por lo tanto, se deja margen para facilitar la entrada no solo de los genuinos autónomos (art. 1.1 LETA), sino también de aquellos otros autónomos económicamente dependientes (art. 1.2.d) LETA). Para determinar que realmente nos encontramos con un trabajador altamente cualificado se valorará el puesto de trabajo que ocupará y de sus funciones, que se pueden asimilar a los Grupos 1 y 2 de la Clasificación Nacional de Ocupaciones 2011 (CNO-11). Esto se pondrá en relación con el perfil del puesto de trabajo, el contrato de trabajo, la clasificación profesional y el Convenio Colectivo de aplicación. Además, profesionales de puestos de trabajo no incluidos en el Catálogo pueden ser susceptibles de ver facilitada su entrada en España cuando se realice una valoración del resto de la información como, entre otros aspectos, la remuneración, el sector productivo o la cualificación. De forma general, en cuanto a la remuneración y teniendo en cuenta a las ocupaciones indicadas en el Catálogo, se valorará que el salario especificado en el contrato de

---

<sup>654</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, *Criterios de aplicación de la Ley 14/2013*, op. cit., p. 7-11. <http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/UnidadGrandesEmpresas/documentos/2019/CriteriosAplicacionLey14-2013Sellado.pdf>

trabajo o la oferta firme de empleo sea al menos el salario medio anual por grupos de ocupación, tomando los datos del Instituto Nacional de Estadística. Pero cuando nos encontramos con solicitudes realizadas por pymes pertenecientes a un sector considerado estratégico y acreditado, o solicitudes para profesionales altamente cualificados de hasta 30 años, se permite que a las cuantías anteriores se les aplique un coeficiente reductor de 0,75, es decir, que su remuneración pueda verse minorada respecto al resto. En cuanto a los criterios de formación de este colectivo se exige una formación de educación superior, o la acreditación de experiencia equiparable a la titulación de al menos 3 años y se valorará la trayectoria profesional en iguales o similares puestos de trabajo.

Por otro lado, se prevén otras cuestiones que afectan a circunstancias sobrevenidas, sean por cambio de empleador, donde el interesado tendrá que comunicar tal cambio a la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos, y que si este desea seguir siendo titular de la autorización deberá presentar una nueva solicitud, sobre la que, cumpliendo con los requisitos para ser considerado altamente cualificado, se otorgará una autorización inicial con la duración completa. También procederá la expedición de una nueva autorización inicial cuando exista un cambio de empresa cuando ambas pertenezcan al mismo grupo. Y en último lugar, cuando el trabajador es despedido y este comunica tal circunstancia a la Unidad de Grandes Empresas y tuviera derecho a la prestación por desempleo, se procederá a la renovación de la autorización de conformidad con el art. 71 RELOEx.

## **11. ACCESO Y RESIDENCIA EN ESPAÑA PARA TRABAJAR POR CUENTA PROPIA**

La LOEx. establece una vía de acceso a España para trabajar por cuenta propia, una vía que se enmarca dentro de la regulación restrictiva de la inmigración, que choca con la regulación dada por la LE que parte desde un punto de vista favorecedor de la actividad emprendedora realizada por extranjeros. Chocan también los términos: actividades económicas o lucrativas versus actividad económica como emprendedor, el primero con la utilización de una expresión tradicional, el segundo con un vocablo incorporado por un nuevo lenguaje que busca caracterizar al emprendedor o al emprendimiento cuya aspiración es el sueño o tratar de generar una motivación, además este figura del emprendedor tiene un gran alcance ya que

tiene un poder de atracción que se puede dirigir a un empleado, a un desempleado, a un joven, adulto, sin importar su nacionalidad. Lo importante de ello es que con la figura del emprendedor cualquiera se pueda sentir identificado. Quizá esta es la razón por la que el legislador considere que esta vía de acceso regulada en la normativa de extranjería deje de tener relevancia, sus requisitos ya la hacen poco atractiva respecto a la regulación dada por la LE, el trabajador por cuenta propia de la LOEx. es un trabajador del siglo pasado, y se introduce una vía de acceso que según el pensamiento del legislador se adecúa más a la noción del trabajador por cuenta propia del siglo XXI: el emprendedor.

La normativa de extranjería delimita a quién va dirigida esta vía de acceso y por lo tanto posibilita su acceso a España cuando se encuentra dentro de su definición: a aquellos extranjeros mayores de 18 años que desean ejercer una actividad lucrativa por cuenta propia (art. 103 RELOEx.). Por lo tanto, la actividad a desarrollar en España ha de ser lucrativa y ha de ser llevada a cabo por cuenta propia, para ello que tenga que relacionarse con el concepto jurídico de trabajador autónomo que viene establecido por su propia normativa<sup>655</sup>: personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena (art. 1 LETA), a lo que cabría también añadir a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (art. 11 LETA).

Los requisitos que estable la norma reglamentaria para la obtención de la autorización se circunscriben tanto a la residencia como a la actividad. En el primer caso, se han de cumplir con los requisitos que la legislación exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, para ello, además de incluir la copia del pasaporte completo, o documento de viaje en vigor, deberá aportar en el procedimiento la relación de autorizaciones o licencias que se exijan para la instalación, apertura o funcionamiento de la actividad proyectada o para el ejercicio profesional, que indique la situación en la que se encuentren los trámites para su consecución, incluyendo, en su caso, las certificaciones de solicitud ante los organismos correspondientes. Otro requisito es que ha de poseer la cualificación profesional legalmente exigida o experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional, así como en su caso la colegiación cuando así se requiera, que deberá acreditarlo

---

<sup>655</sup> PUERTA VÍLCHEZ, “Capítulo 7”, *op. cit.*, p. 122.

en el procedimiento. Asimismo, deberá acreditar que la inversión prevista para la implantación del proyecto sea suficiente y la incidencia, en su caso, en la creación de empleo, para ello deberá incluir en el procedimiento la documentación relativa al proyecto de establecimiento o actividad a realizar, con indicación de la inversión prevista, su rentabilidad esperada y, en su caso, puestos de trabajo cuya creación se prevea, así como la documentación acreditativa de que cuenta con la inversión económica necesaria para la implantación del proyecto, o bien con compromiso de apoyo suficiente por parte de instituciones financieras o de otro tipo. También deberá señalar que cuenta con recursos económicos suficientes para su manutención y alojamiento, y si estos derivan de la actividad por cuenta propia, su valoración se realizará una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad, y por último deberá abonar la tasa relativa a la autorización de trabajo por cuenta propia. Por lo tanto, se puede determinar que no existe una posición de igualdad entre extranjeros y nacionales, ya que a los segundos no se les impone los mismos requisitos y condicionantes previos cuando desean llevar a cabo una actividad por cuenta propia<sup>656</sup>.

En relación a los requisitos que se circunscriben a la residencia se ciñen a que no se encuentre irregularmente en territorio español, carecer de antecedentes penales, tanto en España como en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento español. Que no figure como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido, que haya transcurrido, en su caso, el plazo de compromiso de no regreso a España asumido por este en el marco de su retorno voluntario al país de origen, y que se haya abonado la tasa por la tramitación de la residencia temporal.

El procedimiento de solicitud de la autorización se inicia por parte del interesado, en documento oficial, frente a la oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia. Acompañado a la solicitud deberá incluirse la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para la concesión de la autorización, de no acompañarse la documentación exigida en el art. 106.2 RELOEx., la misión diplomática u oficina consular le requerirá y advertirá de forma expresa que de no aportarlos en el plazo de diez días o no proceder al pago de las tasas por la tramitación del procedimiento se le tendrá

---

<sup>656</sup> MORENO VIDA, “Artículo 36”, *op. cit.*, p. 634.

por desistido de la petición y se procederá al archivo del expediente. El órgano competente de la AGE resolverá sobre la concesión o denegación de la autorización. En este segundo caso podrá ser denegada por no cumplir con los requisitos exigidos que se detallan para la residencia y el trabajo (art. 105.2 y 3 RELOEX.), excepto el relativo a los antecedentes penales que será valorado por la oficina consular en relación con el visado. Asimismo, será motivo de denegación, haber presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, o medie mala fe, para fundamentar la petición. También se denegará en caso de que conste un informe policial desfavorable y así lo valore el órgano competente para resolver, y en último lugar, cuando concurra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud.

El plazo para notificar la resolución de la solicitud de la autorización es de tres meses, donde transcurrido este plazo el silencio que se desplegaría sería negativo, viéndose desestimada la solicitud (DA 1ª.1 LOEx. y DA 12ª.1 y 13ª RELOEx.). En el mejor de los casos la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia será concedida, esta tendrá una duración de un año y se limitará a un ámbito geográfico autonómico y a un sector de actividad, pero cuando una Comunidad Autónoma tenga atribuida competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta propia podrá fijar el ámbito geográfico de la autorización dentro de su territorio. No obstante, la autorización inicial quedará condicionada a la solicitud y expedición del visado y posterior alta del trabajador, durante los tres meses posteriores a su entrada legal en España, en el régimen correspondiente de Seguridad Social (art. 106.6 RELOEx.).

Una vez notificada la concesión de la autorización, el interesado ha de presentar personalmente en el plazo de un mes la solicitud de visado frente a la misión diplomática u oficina consular, acompañada del pasaporte o título de viaje, un certificado de antecedentes penales y un certificado médico. Una vez cumplidos los requisitos para la expedición del visado este se expedirá en el plazo de un mes, donde el interesado deberá recogerlo de forma personal dentro del mismo plazo desde la fecha de notificación de la concesión. El visado tendrá una duración de tres meses y le habilitará para la entrada y la permanencia en España. Desde la entrada legal en España y en el plazo de tres meses deberá producirse su afiliación, alta y posterior cotización en el régimen correspondiente de Seguridad Social, dicha alta es la que dotará de eficacia a la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta

propia. Si se produjera la entrada legal en España, pero transcurrido el plazo de tres meses no existiera constancia de que el trabajador se ha dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo en caso contrario en una infracción grave por encontrarse irregularmente en España (art. 108.7 RELOEx.). Producida el alta y en el plazo de un mes, se deberá solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero, de forma personal ante la Oficina de Extranjería o la Comisaría correspondiente, que será expedida por el plazo de validez de la autorización.

La autorización inicial podrá ser renovada a su expiración por periodos de dos años, sin que la autorización renovada esté sujeta a limitación geográfica ni a un concreto sector de actividad<sup>657</sup>, pero siempre y cuando se acredite la continuidad en la actividad que dio lugar a la autorización que se renueva, donde se comprobarán de oficio el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, siendo los descubiertos de estas últimas un elemento que no impedirá la renovación, siempre que se acredite la realización habitual de la actividad, sin perjuicio de que se ponga en conocimiento a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la situación de descubierto, para que se lleven las actuaciones que procedan (art. 109.1.a) RELOEx.). También se renovará cuando el cónyuge, incluida una relación de análoga afectividad, cumpliera con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador. Y por último, también cabría la renovación cuando se hubiera reconocido al extranjero trabajador autónomo la protección por cese de actividad. Una vez valorada la documentación aportada, y se comprueba de oficio que está al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social y sus antecedentes penales, añadida a la valoración de su esfuerzo de integración (art. 109.3-6 RELOEx.) se concederá la renovación, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración. Si la Administración no resolviera expresamente sobre la solicitud en el plazo de tres meses se entenderá como favorable, y el órgano competente para conceder la autorización vendrá obligado a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo.

---

<sup>657</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, “Régimen jurídico”, *op. cit.*, p. 344.





### **III. VÍAS DE MIGRACIÓN REGULAR A ESPAÑA DE EXTRANJEROS SIN OBJETIVO DE TRABAJAR, PERO CUYA SITUACIÓN IMPLICA LA POSIBILIDAD DE TRABAJAR**

Si el objeto de esta investigación es el estudio de las vías legales de acceso a España para trabajar, es decir, que un extranjero se desplace a España con el objetivo único o principal de desarrollar una actividad laboral en España, la normativa española también contempla otra serie de vías de acceso que no tienen esa finalidad principal pero que ofrecen, o directamente ya llevan incorporada a la autorización, la posibilidad de trabajar. Unas vías ofrecerán esta posibilidad por razones económicas y otras por ser una de las posibilidades de integración de los extranjeros; el trabajo, ya que desarrollar una actividad laboral no deja de ser una forma de poder desarrollar la personalidad y de socializar. Otras vías ofrecerán la posibilidad de desarrollar una actividad laboral porque el trabajo, para la gran mayoría de las personas, es una necesidad, sin trabajo no hay capacidad de ingresos y sin ingresos y una mínima capacidad económica no existe una vida digna. Además, la posibilidad de desarrollar una actividad laboral es una facultad para acceder al sistema de protección social, y también, se contribuye a la riqueza y a los ingresos que serán necesarios para el gasto público social, con el objetivo principal de mejorar el bienestar social y la calidad de vida de la población<sup>658</sup>.

#### **1. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA NO LUCRATIVA**

La LOEx. regula una vía de acceso para aquellos extranjeros que deseen residir en España sin desarrollar una actividad lucrativa. Es aquella situación por la que se autoriza a permanecer en España por un periodo de 90 días e inferior a cinco años (art. 31.1 LOEX). Para ello, de forma sucinta, se ha disponer de medios suficientes para sí y, si fuera el caso, para los de su familia (art. 31.2 LOEx.) Como en el resto de vías de acceso, es el RELOEx. el que desarrolla de una forma más extensa esta previsión. En primer lugar, atenderemos a la propia vía de acceso para

---

<sup>658</sup> NAVARRO, V.: *El Estado del Bienestar en España*. Libro basado en las ponencias presentadas en el Seminario “El Estado de Bienestar en España”, realizadas en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Barcelona, los días 18 y 19 de diciembre de 2003, p. 1-28.

residir, para después pasar a desarrollar la posibilidad de trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia.

### **1.1. Requisitos para la concesión de una autorización de residencia temporal no lucrativa**

Para encontrarse en esta situación es necesaria la concesión de una autorización de residencia temporal sin realizar actividades laborales ni profesionales y para ello, como para el correspondiente visado, se han de cumplir una serie de requisitos por parte del extranjero solicitante (art. 46 RELOEx.): no encontrarse irregularmente en territorio español; si fuera mayor de edad penal, carecer de antecedentes penales en España y en los países anteriores donde haya residido durante los últimos cinco años, por delitos graves previstos en el ordenamiento español; no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido; contar con un seguro público o privado de enfermedad concertado por una Entidad aseguradora autorizada para operar en España; no encontrarse, si fuera el caso, dentro del plazo de compromiso de no retorno a España que el extranjero haya asumido al retornar voluntariamente a su país de origen; no padecer ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud públicas graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005; haber abonado la tasa por tramitación de los procedimientos; y contar con medios suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, si fuera el caso, los de su familia, durante el periodo de tiempo por el que se desee residir en España, y sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral o profesional.

El RELOEx., en atención en cumplimiento de la remisión que hace la LOEx., determina los criterios para determinar la suficiencia de los medios económicos que se han de acreditar para la obtención de la autorización. En este sentido, se da la posibilidad a que se cuente con estos medios económicos de forma personal o que se acredite una fuente de percepción periódica de ingresos, para sí mismo y, si fuera el caso, para su familia. No obstante, se determinan una serie de cuantías mínimas que se tienen que referir al momento de la solicitud del visado o de la renovación de la autorización y que se han de mantener durante su residencia en España. En primer lugar, para el sostenimiento propio del extranjero, una cantidad que represente mensualmente en euros una cifra que se eleva al 400% del Indicador Público de Renta de

Efectos Múltiples (IPREM), o equivalente en moneda extranjera. En el año 2020 el IPREM, en cómputo anual, ascendía a 7.519,59 e que aplicando el multiplicador al que se refiere la norma la cifra total sería de 30.078,36 e<sup>659</sup>.

En segundo lugar, además, para el sostenimiento de cada uno de los familiares a su cargo ha de contar o acreditar una cantidad que represente mensualmente en euros el 100% del IPREM, o su equivalente legal en moneda extranjera.

Esta disponibilidad de medios económicos suficientes se ha de acreditar a través de la presentación de la documentación que permita verificar la percepción de ingresos periódicos y suficientes o la tenencia de un patrimonio que garantice dicha percepción de ingresos. Es decir, “justificar la procedencia y la disponibilidad” y que trata de dar mayor seguridad jurídica frente al vacío que presentaba la anterior legislación<sup>660</sup>, se podrá acreditar mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluyendo la aportación de títulos de propiedad, cheques certificados o tarjetas de crédito, acompañadas de un certificación bancaria que acredite la cantidad disponible como crédito de la citada tarjeta. Asimismo, si los medios económicos proceden de acciones o participaciones en empresas españolas, mixtas o extranjeras radicadas en España, se acreditará, mediante certificación de las mismas, que no ejerce actividad laboral en dichas empresas, y presentará una declaración jurada en tal sentido.

Se encuentra a faltar alguna disposición que mencione la posibilidad de llevar a comprobación que estos ingresos o el patrimonio que garantiza la percepción de los mismos no son o han sido generados por actividades delictivas y del cumplimiento de las previsiones establecidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, al margen del informe que deba emitir la Dirección General de

---

<sup>659</sup> Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2019, por el que se establecen los criterios de aplicación de la prórroga para 2020 de los Presupuestos Generales del Estado vigentes en el año 2019.

<sup>660</sup> RUIZ SUTIL, C.: “Comentario al artículo 31 de la Ley de Extranjería”, en la obra colectiva: *Comentario a la ley d extranjería y su nuevo reglamento*. Director: F. Cavas. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 3.

Policía y la Guardia Civil en materia de seguridad y orden público, para la valoración de la solicitud de la autorización (art. 48.4 RELOEx.)<sup>661</sup>.

Como vemos, la esencia de esta vía de acceso es que el extranjero tenga la intención de residir en España sin realizar actividades laborales o profesionales, que se puede dirigir a extranjeros que se encuentren en edad laboral para trabajar, pero también a jubilados, rentistas o pensionistas, pero siempre y cuando no vayan a realizar una actividad laboral en España, es decir, aquellos extranjeros que cuenten con ingresos suficientes para residir en España sin trabajar<sup>662</sup>. El principal requisito es contar con medios económicos para el periodo de residencia que se solicita o se acredite una fuente de percepción periódica de ingresos, donde la norma no ofrece la posibilidad a la Administración para aceptar o denegar una solicitud de autorización, ya que solo es necesario que concurra solo una de ellas para que el solicitante, reuniendo el resto de requisitos, obtenga el visado. Esta cuestión fue debatida en el caso de un ciudadano extranjero que presentó en la Embajada de España en Teherán un certificado bancario por el que se expresaba que el titular disponía de un determinado saldo, que era suficiente para cumplir con las exigencias establecidas en el RELOEx., tal solicitud de visado fue denegada “por carecer de fundamento la solicitud, al estar sustanciada en un motivo artificial, promovido o inducido sin base real alguna”. El tribunal concluyó que de conformidad con la norma el certificado bancario determinando un saldo bastante era acreditativo de contar con medios suficientes, aunque no puedan considerarse sus rendimientos por trabajo y no conste que fuese a seguir percibiéndolos pese a no trabajar, basta con que se cuente con capacidad económica suficiente (STSJM-CA 758/2019, de 3 de diciembre)<sup>663</sup>. Por otro lado, si el extranjero certifica que recibe unos ingresos, pero en la declaración del pago de impuestos consta una cantidad muy inferior y la Administración denegara la solicitud del visado de residencia no lucrativa por considerar que no se acreditan de forma fehaciente dichos ingresos, no sería ajustado a Derecho, ya que lo realmente importante, según lo que declara la norma, es que cuente con los medios económicos exigidos, y por sí solo, si no se da cuenta de razones o concretas circunstancias que justifiquen

---

<sup>661</sup> Idea que parte del comentario al art. 62.5 LE, respecto a los requisitos generales para la estancia o residencia, que realiza el profesor MOLINA NAVARRETE, “La dimensión” *op. cit.*, p. 62-63.

<sup>662</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Artículo 35. Procedimiento y requisitos”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 247.

<sup>663</sup> También en: STSJM-CA 421/2019, de 8 de julio; STSJM-CA 135/2019, de 28 de febrero.

el rechazo, más allá de la disfunción entre ingresos declarados e impuestos satisfechos, la denegación es improcedente (STSJM-CA 808/2019, de 19 de diciembre). También es importante señalar a qué periodo nos estamos refiriendo cuando se señala “Contar con medios económicos suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el periodo de tiempo por el que se desee residir en España” (art. 46.d) RELOEx.). El Tribunal Supremo ha determinado que el art. 49 RELOEx. señala que el visado ha de incorporar la autorización inicial de residencia, y que la autorización inicial de residencia temporal tendrá la duración de un año. Y es este periodo anual al que hay que referir los requisitos del art. 46 RELOEx. Así por “tiempo en que se desee residir en España”, ha de entenderse limitado en todo caso por el plazo máximo que el propio Reglamento impone a las autorizaciones iniciales de residencia, que sería de un año. Y esto será así con independencia del propósito del solicitante de residir en España de forma permanente, es decir, lo relevante es que se solicita el visado para obtener una autorización inicial de residencia temporal no lucrativa, cuyo periodo máximo de validez es de un año (STS-CA 1280/2014, de 7 de abril)<sup>664</sup>.

## **1.2. Procedimiento de solicitud del visado que conlleva a la autorización**

Señala la norma reglamentaria que el extranjero que desee residir temporalmente en España sin realizar actividades laborales o profesionales ha de solicitar de forma personal el correspondiente visado, en modelo oficial ante la misión diplomática u oficina consular española ante su demarcación de residente.

Lo verdaderamente relevante de esta autorización es que la solicitud del visado conllevará la de la autorización de residencia temporal no lucrativa (art. 48.1 RELOEx.). Sin embargo, es el otorgamiento de la autorización la que hará depender la expedición del visado (art. 48.6 RELOEx.). En este sentido, el procedimiento comienza a solicitud del interesado, con la solicitud del visado deberá acompañar el pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de un año; un certificado de antecedentes penales, o documento equivalente, en el caso de solicitante mayor de edad penal, expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los

---

<sup>664</sup> También en: STS 1726/2014, de 5 de mayo de 2014.

últimos cinco años, y que acredite carecer de antecedentes penales en estos y en España, por delitos previstos en el ordenamiento español; la documentación que acredite cumplir con medios económicos suficientes y que cuenta con un seguro de enfermedad; y por último, un certificado médico que acredite no padecer ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves.

Una vez se presenta la solicitud es la Delegación o Subdelegación del Gobierno en cuya demarcación solicite la residencia el extranjero, y en el plazo de un mes desde la recepción de la solicitud, la que resolverá la concesión o denegación de la autorización de residencia. Si la resolución fuera desfavorable, o no se comunicará la decisión sobre la misma en el plazo de un mes, cuyo efecto es desestimatorio, la misión diplomática u oficina consular notificará al interesado la resolución. En este caso, por el que se deniega la autorización, además comporta que se archive el procedimiento relativo al visado.

En el mejor de los casos la autorización será concedida, pero quedará supeditada a la expedición del visado y a la entrada efectiva del extranjero en territorio nacional. Y es a partir de la concesión de la autorización cuando la misión diplomática u oficina consular resolverá y expedirá el visado, previa valoración de que se cumplen la gran mayoría de los requisitos del art. 46 RELOEx. Con esto se quiere decir que si entrada la solicitud del visado no interviniera la Delegación o Subdelegación del Gobierno para resolver previamente sobre la autorización, y la misión diplomática resolviera sobre el visado, por ejemplo denegándolo, nos encontraríamos con un vicio de nulidad por haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido (STSJM-CA 12/2018, de 12 de enero)<sup>665</sup>. El visado podrá ser denegado: cuando no se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 46 RELOEx. cuya valoración corresponda a la misión diplomática u oficina consular; cuando para fundamentar la petición de visado, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, o medie mala fe; cuando concurra una causa prevista legalmente para la inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud.

Si el visado fuera concedido, el mismo solicitante deberá recogerlo de forma personal en el plazo de un mes, de no realizarse, se entiende que el interesado renuncia al mismo y se

---

<sup>665</sup> También en: STSJM-CA 794/2017, de 8 de noviembre.

producirá el archivo del expediente. Recogido el visado, el solicitante deberá entrar en territorio español en el plazo de vigencia del visado, que no será superior a tres meses, y de conformidad con el régimen de entrada y salida de territorio español establecido en el Título I RELOEx. Este visado incorpora la autorización inicial de residencia, cuya duración es de un año, y desde la fecha de entrada del extranjero en España es cuando comienza su vigencia, donde la misma deberá constar en el pasaporte o el título de viaje. Una vez efectuada la entrada y en el plazo de un mes deberá solicitar de forma personal la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

La autorización de residencia temporal puede ser renovada por periodo de dos años, salvo que corresponda obtener una autorización de residencia de larga duración o de larga duración-UE (art. 51.7 RELOEx.).

### **1.3. Cambio de la situación de residencia a la situación de residencia con posibilidad de trabajar**

Una de las cuestiones más interesantes, y objeto de estudio de esta investigación, es que la normativa de extranjería permite que un extranjero que se encuentre en situación de residencia cambie a una situación de residencia y trabajo. Es una vía de acceso a España para trabajar en su vertiente de permanencia, quiere decir esto que los extranjeros que se encuentren en España durante al menos un año en situación de residencia pueden acceder a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, o a la situación de residencia con excepción a la autorización de trabajo, de residencia y trabajo para investigación o de residencia y trabajo para profesionales altamente cualificados (art. 200.1, 4 RELOEx.). Además esta posibilidad de cambio de situación también se hace extensible a aquellos extranjeros titulares de un certificado de registro como ciudadano comunitario o de una Tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la UE, cuando hayan cesado en tal condición (art. 200.3 RELOEx.).

Si hacemos referencia al acceso a una situación de residencia y trabajo por cuenta ajena será necesario que exista un empleador, el cual será el sujeto legitimado para presentar la solicitud de autorización. Es decir, para el cambio de situación es necesario contar con un empleador y



este será al que corresponderá tramitar la solicitud, de hecho si no fuera así y lo hiciera el extranjero por sí mismo sería una causa de inadmisión a trámite de la solicitud por falta de legitimación del solicitante (DA 4ª LOEx.), (STSJLR-CA 321/2014, de 18 de diciembre). Además, este proceso no será automático ya que para ello se han de cumplir los requisitos de carácter laboral que se exigen en el art. 64, para la concesión de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, en concreto: que el empleador presente un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por él mismo y que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización; que las condiciones establecidas en el contrato de trabajo se ajusten a las señaladas por la normativa vigente y el convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría profesional y localidad, y en el caso de que la contratación fuera a tiempo parcial, la retribución será igual o superior al salario mínimo interprofesional para jornada completa y en cómputo anual; que el empleador haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social; y el empleador, además, ha de contar con medios económicos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador; y que el trabajador tenga la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión. La única excepción a los requisitos exigidos de la que se salva este cambio de situación es que se exime del cumplimiento de someterse a la situación nacional de empleo. Sin embargo, como vemos, los requisitos que hay que cumplir para que se pueda otorgar la autorización de trabajo, y por tanto se permita la contratación, comportan que el acceso al trabajo de los extranjeros, todavía con autorización de residencia y habiendo residido durante un año en España, no sea en condiciones de igualdad, lo que hace difícil su acceso al trabajo, y por lo tanto, que puedan marcarse una perspectiva de vida ni siquiera a corto plazo en España.

Sí se permite para el cambio de situación una cierta flexibilización respecto a la exigencia de la residencia mínima de un año, cuando el extranjero acredite una necesidad de trabajar por circunstancias sobrevenidas para garantizar su subsistencia. Pero estaríamos hablando de casos muy concretos y excepcionales, y de circunstancias que surgen con posterioridad a su situación inicial, teniendo en cuenta que el extranjero que accede a España por la vía de la residencia temporal no lucrativa previamente ha tenido que acreditar que cuenta con medios económicos suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, si

fuera el caso, los de su familia (art. 46.d RELOEx.) y que estamos hablando de una cifra significativa ya que representa el 400% del IPREM (art. 47.1.a) RELOEx.). Pero solo estaríamos hablando de flexibilización respecto a la exigencia de la residencia mínima de un año y de no someterse a la situación nacional de empleo, no de flexibilización de su acceso al trabajo aún teniendo la necesidad de trabajar para garantizar su subsistencia, a lo que se suma que cada solicitud será examinada de forma individualizada, comprobándose la razón de la pérdida de los ingresos y averiguando su veracidad, con el objetivo de verificar la existencia de fraude<sup>666</sup>.

Por otro lado, no se establece de forma explícita la duración de la autorización otorgada como si se dispone en otros casos (art. 202.3 RELOEx.), no obstante cabe determinar que si la norma nos exige que “se cumplan los requisitos laborales del artículo 64, excepto el previsto en el apartado 3.a)”, y uno de los requisitos necesarios es que “El empleador presente un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por él mismo y que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena” (art. 64.3.b) RELOEx.) y que “La autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena tendrá una duración de un año” (art. 63.5 RELOEx.), cabría considerar que lo que se otorga realmente con esta modificación de situación es una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena cuya duración es de un año.

De lo que adolece también esta regulación es que no se sabe, cuando el regulador señala que “se cumplan los requisitos laborales del artículo 64 RELOEx.”, si para acceder a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena se está refiriendo únicamente a los requisitos señalados en el apartado 3 de dicho artículo, que se refiere a los que tienen relación con la actividad laboral a desarrollar, o por el contrario, se refiere a todos los requisitos señalados en el artículo 64, los referidos a la actividad laboral y a la residencia. Se dice esto porque puede darse el caso de que se incumpla alguno de los requisitos descritos en el apartado 2, por ejemplo, carecer de antecedentes penales, es decir, que se aprecie que durante este año de residencia en España el extranjero los haya adquirido y en el momento de tramitar la solicitud

---

<sup>666</sup> POLO SÁNCHEZ, M.C.: “Artículo 96. De la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena”, en la obra colectiva *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 590.

le sea denegada por incumplimiento de este requisito. De un estudio del reglamento de extranjería anterior, RD 2393/2004, se puede considerar que cuando el RELOEx. indica que se cumplan los requisitos laborales del art. 64, se está refiriendo a todos los requisitos, tanto a los de la actividad laboral como a la residencia. Esto es así porque el anterior reglamento tenía la misma previsión y como excepciones a estos requisitos indicaba carecer de antecedentes penales y que la situación nacional de empleo permita la contratación (art. 96.1 RD 2393/2004), excepción, la primera, que ahora ya no se contempla, ya que solo se prevé la excepción de someterse a la situación nacional de empleo. Por ello cabe considerar que si el extranjero solicitante tiene en el momento de tramitar la solicitud antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento español, la solicitud será denegada por no cumplirse uno de los requisitos señalados en el artículo 64 RELOEx. (art. 69.1.a) RELOEx.). Una cuestión importante es que el supuesto al que hacemos relación es al de una solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, ya que si fuera el caso de una renovación se permitirá la valoración de la condena en función de las circunstancias del supuesto concreto (art. 31.7.a) LOEx.), cuestión que no es posible en el caso de solicitud de la autorización ya que la tenencia de antecedentes penales determina que se deniegue la autorización (STSJM-CA 712/2018, de 23 de noviembre)<sup>667</sup>.

Asimismo, es importante reseñar que, en aplicación de lo que señala el art. 64.3.c) RELOEx., si el contrato que se presenta adjunto a la solicitud es a tiempo parcial, la retribución ha de ser igual o superior al salario mínimo interprofesional para jornada completa y en cómputo anual. Según los tribunales cuando el contrato es a tiempo parcial pero no se asegura una retribución igual o superior al salario mínimo interprofesional para jornada completa y en cómputo anual, la solicitud será denegada (STSJCL-CA 67/2015, de 27 de marzo).

En el mejor de los casos si la autorización es concedida su eficacia quedará condicionada al posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de la concesión, en cuanto a su vigencia, la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena se retrotraerá al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior.

---

<sup>667</sup> También en STSJA-CA 512/2017, de 1 de diciembre.

## 2. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA POR REAGRUPACIÓN FAMILIAR

El acceso a España de extranjeros comportaría bajo un estricto régimen restrictivo de la entrada, la residencia o el trabajo, que sus familiares no tengan la posibilidad de acompañarles. La emigración es un proceso que se lleva a cabo de forma solitaria<sup>668</sup> y la reagrupación familiar se sitúa principalmente en el fenómeno migratorio<sup>669</sup>, de ello que la normativa de extranjería subraya que los extranjeros residentes, aquellos que tienen autorización para residir, tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, sin embargo esto será así de conformidad con lo establecido en la LOEx. y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España. Por lo tanto, el art. 16 LOEx. detalla dos derechos, pero no se consagra acompañado de ellos el derecho a la reagrupación familiar. Sin embargo, el apartado segundo señala que los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a determinados familiares, así, tal y como esta recogido, parece ser que es la reagrupación familiar es la que va a facilitar el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar<sup>670</sup>. Considerándose que una manifestación directa de la vida en familia y la intimidad familiar es el derecho a la reagrupación familiar<sup>671</sup>. La reagrupación persigue al mantenimiento de la unidad familiar, lo que comporta que la familia se pueda reunir, y en definitiva, salvaguardar el derecho humano a una vida en familia<sup>672</sup>. Asimismo, la reagrupación facilita la integración de los extranjeros<sup>673</sup>, es un elemento clave de las políticas migratorias de integración<sup>674</sup> y logra a contribuir a la creación de su estabilidad

---

<sup>668</sup> MARTÍN VILLEGAS, A.: “El derecho de reagrupación familiar en España. Retos y perspectivas”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 38/2015, Ed. Aranzadi, S.A.U., p. 3.

<sup>669</sup> MONTILLA MARTOS, J.A.: “El derecho a la reagrupación familiar”, en la obra colectiva: *Los derechos de los inmigrantes en España*. Coordinador: Eliseo Aja. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 161.

<sup>670</sup> CEINOS SUÁREZ, A.: “Artículo 15. Derecho a la intimidad familiar”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social*. Dirección y Coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fernández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, Granada, 2012, p. 281.

<sup>671</sup> AAVV.: *Nacionalidad y extranjería*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, p. 122.

<sup>672</sup> SOTO MOYA, M.: “Capítulo 6. Autorización de residencia por reagrupación familiar”, en la obra colectiva: *Memento Experto de Extranjería*. Coordinadores: Blas Jesús Imbroda, Carmen Ruiz. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 69.

<sup>673</sup> *Ibid.*, p. 282. También en AAVV.: *Nacionalidad y extranjería*, op. cit., p. 121. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.; “Residencia temporal en virtud de reagrupación familiar”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos Quintana. Coordinadora: Gloria P. Rojas Rivero. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 255. MONTILLA MARTOS, “El derecho”, op. cit., p. 161.

sociocultural<sup>675</sup>. Estar alejado del vínculo familiar puede comportar problemas de adaptación que acabarán repercutiendo en el ámbito laboral<sup>676</sup>, además, la integración también alcanza a los familiares que se desea reagrupar ya que se les brindará la posibilidad de trabajar, y el trabajo no deja de ser un mecanismo de integración de los inmigrantes.

Sin embargo, cuando uno relaciona vida familiar, intimidad y reagrupación con la interpretación que hay que hacer respecto a nuestra Constitución, el TC ya dejó constatado en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, respecto a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra, que nuestra Constitución no reconoce un derecho a la vida familiar en los mismos términos que el TEDH, y tampoco reconoce un derecho fundamental a la reagrupación familiar, al señalar que ninguno de estos derechos forman parte del derecho a la intimidad que garantiza la Constitución en el art. 18.1, ya sea de la propia intimidad personal, como en su dimensión adicional sobre la intimidad familiar, ya que de lo que protege este precepto es de resguardarse de un ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. La doctrina ha considerado que nuestra Constitución si no menciona a la reagrupación familiar es por el “soslayo” del fenómeno migratorio en un país en que en la época del constituyente era una sociedad de origen de inmigrantes, pero no de acogida<sup>677</sup>. Sin embargo el TEDH, que es una argumentación que utiliza el TC en esta anterior sentencia, sí ha considerado que del derecho a la vida familiar garantizada en el art. 8.1 CEDH se deduce un derecho a la vida familiar “que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía” (STEDH, Caso Johansen)<sup>678</sup>, pero que sin embargo no ha llegado a reconocer de forma explícita un auténtico derecho a la reagrupación familiar derivado del art. 8 CEDH. Este mismo argumento fue repetido por el TC en la STC 186/2013, de 4 de noviembre, donde una ciudadana argentina se encontraba en situación irregular y cumpliendo una pena privativa de libertad superior a un año, a lo que se le dictó resolución que le ordenaba la expulsión del territorio español. Esta ciudadana tenía una hija en común con un ciudadano español, motivo por el que invocaba el derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE para evitar la expulsión ya que si la niña se

---

<sup>674</sup> MARTÍN VILLEGAS, “El derecho”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>675</sup> SOTO MOYA, “Capítulo 6”, *op. cit.*, p. 69.

<sup>676</sup> MARTÍN VILLEGAS, “El derecho”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>677</sup> MONTILLA MARTOS, “El derecho”, *op. cit.*, p. 160.

<sup>678</sup> STEDH caso Johansen, de 27 de junio de 1996.

desplazaba con la madre, se estaría privando a hija y padre, ambos españoles de origen, del derecho de relacionarse entre sí, impidiendo el desarrollo del derecho de disfrutar de la intimidad familiar. El TC inadmitió el recurso de amparo ya que tanto la vida familiar y las relaciones paterno-filiares no aparecía protegida por ningún precepto constitucional exigible en amparo en correspondencia con su doctrina, un planteamiento formalista<sup>679</sup> lejos de una interpretación conforme con la doctrina del TEDH. También señaló que en modo alguno suponía que el espacio vital protegido por ese derecho a la vida familiar derivado de los arts. 8 CEDH y 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) carezca de protección dentro de la Constitución. Su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, quedaba recogida por los principios que garantizan el libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE), cuya efectividad no puede exigirse a través del recurso de amparo (art. 53.2 CE), pero que su reconocimiento, respeto y protección informará a la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que comporta que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx., de la expulsión del territorio español, verificando si dadas las circunstancias del caso concreto, el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar la expulsión es proporcional al fin que dicha medida persigue, como es la de asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE. Sin embargo, esta sentencia que ya tuvo dos votos particulares, frente a este pronunciamiento la ciudadana argentina presentó demanda ante el TEDH y el Gobierno de España finalmente se allanó, reconociendo la vulneración de los derechos de la demandante que resultan del art. 8 y 13 del CEDH, y se comprometió a dejar sin efecto la expulsión y al pago de una cantidad en concepto de satisfacción equitativa<sup>680</sup>. El Gobierno de España se comprometió a que en el futuro la interpretación del art. 57.2 LOEx. se realizará puesta en consonancia con el art. 8 CEDH y se tutelaría de forma efectiva por la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la doctrina más reciente del TEDH, STEDH, Caso S. y B. contra España, de 18 de diciembre de 2018, ha considerado que no todos los inmigrantes establecidos tienen

---

<sup>679</sup> JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y derecho internacional privado”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Ed. Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, núm. 35, junio 2018, p. 46-47.

<sup>680</sup> TEDH, Decisión del 17 de marzo de 2015, Demanda nº 35765/14. G.V.A. c. ESPAÑA.

necesariamente una vida familiar en el sentido del art. 8 CEDH, independientemente de la existencia o no de una vida familiar. Este artículo protege tanto el derecho a establecer y mantener vínculos con sus semejantes como con el mundo exterior y que a veces incluye aspectos de la identidad social de la persona, y que por tanto se acepta que el conjunto de vínculos sociales entre los inmigrantes establecidos y la comunidad donde viven es una parte integrante del concepto de vida privada en el sentido del art. 8 CEDH, por lo tanto la expulsión de un inmigrante establecido puede analizarse como una violación de su derecho al respeto de su vida privada. Sin embargo, también se ha considerado que las relaciones entre padres e hijos adultos, o entre hermanos adultos no gozan de la protección del art. 8 CEDH en su vertiente de vida familiar sin que se demuestre la existencia de elementos adicionales de dependencia distintos de los afectivos normales, admitiéndose que los adultos jóvenes que todavía no habían fundado su propia familia las relaciones con sus padres y otros miembros de su familia se analizaban como una vida familiar, pero que los vínculos entre adultos y padres u otros parientes pueden tenerse en consideración bajo el aspecto de vida privada del art. 8 CEDH. Además, para no dejar ningún margen de dudas por los precedentes de nuestro Tribunal Constitucional, señala el TEDH que todos los criterios a utilizar para determinar una expulsión o prohibición de entrada en el territorio teniendo en cuenta si son necesarios en una sociedad democrática y proporcional al objetivo legítimo perseguido a los efectos del art. 8.2 CEDH y con independencia de la edad adulta o temprana del extranjero, deben ser considerados y deben guiar a las autoridades nacionales en todos los asuntos referentes a personas inmigrantes establecidas en espera de expulsión o prohibición de entrada en el territorio tras una condena penal, en relación al aspecto vida familiar o vida privada en función de las circunstancias de cada caso. De ello que frente a los argumentos del Gobierno español señale que la naturaleza y gravedad del delito cometido por el extranjero solo es uno de los criterios que han de ser considerados por las autoridades en orden a la expulsión en relación con los derechos protegidos por el art. 8 CEDH. En esta sentencia se consideró que las autoridades españolas violaron el art. 8 CEDH, ya que si bien los demandantes habían sido condenados por tráfico de estupefacientes y la conducta tras la comisión de los delitos no abogaban a su favor, las autoridades nacionales no se fijaron en la naturaleza y la gravedad de los delitos cometidos ni en otros criterios establecidos por la jurisprudencia para apreciar la necesidad de las medidas de expulsión y prohibición de entrada, como por ejemplo, no tuvo en cuenta la duración de estancia de los demandantes en España, la situación familiar, y la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y de destino.

La normativa de extranjería concreta que tipo de familiares son los que se podrán reagrupar, pero condicionándolo al concepto de familia del modelo familiar del Estado de recepción, rechazando aquellas otras concepciones familiares aceptadas en los países de origen del extranjero<sup>681</sup>. Concretamente, se podrá reagrupar el cónyuge del residente, pero siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y cuando el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. Una cuestión controvertida es que no podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta posibilidad matrimonial. Por otro lado, si el extranjero que desea reagrupar a sus familiares se encuentra casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios solo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge, acreditando que la disolución ha tenido lugar a través de un procedimiento jurídico. Pero este procedimiento jurídico, que no se exige que sea de una determinada forma sino que sea considerado como tal, ha de contener un contenido mínimo fijando la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los hijos menores o mayores dependientes. Asimismo, si fuera el caso de disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso (arts. 17.1.a) LOEx. y 53.a) RELOEx.).

También podrán ser reagrupables sus hijos o los del cónyuge o pareja, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. En el caso de que los familiares reagrupables sean hijos de uno solo de los cónyuges o miembros de la pareja se requerirá que este ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. Si fuera el caso de hijos adoptivos se deberá acreditar que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España (arts. 17.1.b) LOEx. y 53.c) RELOEx.).

Si el extranjero es representante legal de menores de dieciocho años en el momento de la tramitar la solicitud de la autorización de residencia a su favor o de mayor edad cuando estos no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, también podrá

---

<sup>681</sup> MARÍN CONSARNAU, D.: “El derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países que residen en España”, en la obra colectiva: *Nacionalidad y extranjería*. Directores: Carmen Parra, Marc Giménez. Ed. Huygens. Barcelona, 2016, p. 228.



reagruparlos cuando el acto jurídico del que surgen dichas facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español (arts. 17.1.c) LOEx. y 53.d) RELOEx.).

Y por último, también serán reagrupables los ascendientes en primer grado del reagrupante o los de su cónyuge o pareja cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. De forma excepcional es posible reagrupar a los ascendientes de menos de sesenta y cinco años, cuando concurren razones de carácter humanitario, cuando se cumplan las demás condiciones previstas (arts. 17.1.d) LOEx. y 53.e) RELOEx.).

La normativa de extranjería (arts. 17.4 LOEx. y 53.b) RELOEx.) también prevé que las parejas de hecho también puedan reagruparse, de hecho se les equipara al cónyuge a todos los efectos previstos para la reagrupación familiar, pero siempre que esta relación esté debidamente acreditada y reúna todos los requisitos necesarios para producir efectos en España. En concreto, la relación ha de encontrarse inscrita en un registro público establecido a estos efectos, y que no se haya cancelado la misma, o se acredite la vigencia de una relación no registrada, constituida previamente al inicio de la residencia del reagrupante en España. Para su acreditación, sin perjuicio de la posible utilización de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, tendrán prevalencia los documentos emitidos por una autoridad pública. Eso sí, las situaciones de matrimonio y de análoga relación de afectividad se considerarán incompatibles entre sí, como por ejemplo, que se puedan dar ambas situaciones conjuntas en una misma persona. Por otro lado, no podrá reagruparse a más de una persona con análoga relación de afectividad aunque la ley personal del extranjero admita tal posibilidad.

## **2.1. Requisitos para la activación de la vía de acceso a través de la reagrupación familiar**

Para accionar esta vía de acceso hay que diferenciar dos cuestiones básicas, una, cuándo se puede ejercer el derecho, y la otra, cuándo se puede presentar la solicitud de reagrupación.

La primera cuestión, es que el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar solo se podrá realizar cuando se haya obtenido la renovación de la autorización de residencia inicial, por lo tanto, para ejercer este derecho es necesario un periodo mínimo de permanencia en España, y

haber obtenido una resolución administrativa concediendo la renovación, con independencia de que el proyecto de vida del reagrupante sea residir por un largo periodo de tiempo en España, o incluso teniendo garantizado el trabajo a largo tiempo, es una posibilidad de poder reagrupar por aguante (art. 18.1 LOEx.). Además, por lo que hace a los ascendientes (art. 17.1d) LOEx.) solo podrán ser reagrupados desde el momento en que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración.

La segunda cuestión, y de forma general, la solicitud para poder ejercer el derecho se podrá presentar cuando se haya solicitado la renovación (art. 56.1 RELOEx.), permitiendo el art. 18.bis.1 LOEx. que se pueda solicitar de forma simultánea la renovación de la autorización de residencia y la solicitud de reagrupación familiar.

Los requisitos básicos que deben quedar acreditados por el reagrupante son: que disponga de una vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada, pero esto hay que complementarlo con la norma reglamentaria que es la que fija detalladamente estos aspectos (arts. 54 y 55 RELOEx.). Lo que hay que tener en consideración es que la acreditación de los medios económicos suficientes, en la gran mayoría de casos, será acreditado por la vía de la realización de una actividad laboral en España, que a su vez es la vía de acceso principal de extranjeros a nuestro país. En relación a los aspectos económicos se puede considerar que tiene una doble finalidad, por un lado, que el extranjero reagrupado pueda convivir dentro del seno de una familia donde esta pueda garantizarle un mínimo de condiciones de vida, lo que la norma reglamentaria concreta como contar con medios económicos suficientes para atender las necesidades de la familia. Por otro lado, se asegura de que el reagrupado no comporte una carga económica para el Estado de acogida<sup>682</sup> y, como veremos a continuación, este parece ser el espíritu de la norma de conformidad con la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Asimismo, hablamos de que se establecen unas cuantías mínimas, que si bien pueden facilitar una vía de acceso a España por el canal de la reagrupación familiar, también hay que considerar que eso va a suponer un peso importante en la capacidad económica de la familia, lo que a la vez compele a que el Estado también tenga que abrir la puerta a que el extranjero reagrupado tenga la posibilidad de trabajar (art. 58.4 RELOEx.).

---

<sup>682</sup> MARÍN CONSARNAU, “El derecho”, *op. cit.*, p. 227.

Una cuestión controvertida es que “las autorizaciones no serán concedidas si se determina indubitadamente que no existe una perspectiva de mantenimiento de los medios económicos durante el año posterior a la fecha de presentación de la solicitud” (art. 54.2 RELOEx.). Esta cuestión, que traspasa a la acreditación de contar con medios económicos en el momento de presentar la solicitud, fue motivo de cuestión prejudicial ante el TJUE por parte del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Asunto C-558/14<sup>683</sup>. El TSJPV solicitaba la interpretación del art. 7.1.c) de la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, que señala que al presentarse la solicitud de reagrupación familiar el Estado miembro podrá requerir al solicitante que aporte la prueba de que el reagrupante dispone, entre otros, de “recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia”. La cuestión es que un extranjero titular de una autorización de residencia de larga duración solicitó a las autoridades españolas una autorización de residencia temporal por reagrupación familiar a favor de su cónyuge, que fue denegada por la Subdelegación del Gobierno, ya que se consideraba que no había acreditado disponer de recursos económicos suficientes para atender a las necesidades de la familia una vez reagrupada. El ciudadano extranjero en el momento de tramitar la solicitud tenía un contrato de trabajo de duración determinada, pero en el momento de consultar el Sistema de información Laboral de la Seguridad Social había causado baja, de lo que se desprendía que la denegación venía motivada por no realizar ninguna actividad laboral, no acreditar disponer de medios económicos suficientes para cubrir las necesidades de la familia una vez reagrupada, ni existir una perspectiva de contar con dichos medios económicos durante el año posterior a la fecha de presentación de la solicitud de reagrupación. El TJUE señaló que el art. 7.1.c) de la Directiva debe interpretarse de forma estricta, y que el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede utilizarse en contra del objetivo de la Directiva ni de su efecto útil, al margen de que la interpretación de este precepto ha de realizarse de conformidad con el art. 7 CDFUE. Sin embargo, los términos “fijos y regulares”, que hacen relación a los recursos, han de presentar cierta permanencia y continuidad, lo que permite que los Estados evalúen los recursos

---

<sup>683</sup> STJUE, de 21 de abril de 2016, Asunto C-558/14, Mimoun Khachab y Subdelegación del Gobierno en Álava.

especialmente por su regularidad lo que exige un examen periódico de su evolución, lo que comporta que el Estado pueda examinar si se cumple con el requisito relativo a los recursos del reagrupante teniendo en cuenta una evaluación sobre el mantenimiento de los recursos más allá de la fecha de presentación de la solicitud. Y que el periodo de un año durante el cual debe ser probable que el reagrupante disponga de recursos suficientes es razonable y no va más allá de lo necesario para poder evaluar, de modo individual, el riesgo potencial de que el reagrupante se vea obligado a recurrir al sistema de asistencia social de dicho Estado después de que se haya producido la reagrupación.

## **2.2. Procedimiento de solicitud para la reagrupación familiar**

El procedimiento se inicia a solicitud del interesado. Hay que reseñar que este procedimiento para la autorización de residencia por reagrupación familiar, como el relativo al visado y la posible renovación de la autorización, son objeto de tramitación preferente (art. 56.7 RELOEx.), lo que comporta que tengan preferencia sobre los demás asuntos que estén tratando los órganos administrativos que intervienen por razones de competencia en la tramitación de estos procedimientos. Así, el extranjero reagrupante, de forma personal ante la Oficina de Extranjería competente para su tramitación, solicitará una autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar. En cambio, para la reagrupación de los familiares de extranjeros residentes de larga duración-UE en otro Estado miembro de la UE, la solicitud podrá ser presentada por los propios familiares, aportando prueba de residencia como miembro de la familia del residente de larga duración-UE en el primer Estado miembro.

La solicitud de autorización será cumplimentada en modelo oficial y con ella se deberá acompañar, en relación al reagrupante, la copia del pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante en vigor cuando nos encontramos con un extranjero que no puede ser documentado por las autoridades de ningún país, previa exhibición del documento original. También se tendrá que aportar copia compulsada de la documentación que acredite que cuenta con empleo, sin concretar que tipo de modalidad contractual o sus características, o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social. Además, tendrá que adjuntar la documentación original que acredite la disponibilidad, por parte del

reagrupante, de una vivienda adecuada para atender las necesidades del reagrupante y la familia, y que habrá de ser vivienda habitual. Si fuera el caso de reagrupación de cónyuge o pareja, se deberá presentar declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge o pareja. En relación a los requisitos que ha de reunir el familiar a reagrupar: se ha de adjuntar a la solicitud copia completa del pasaporte o título de viaje, en vigor; y copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares o de parentesco o de la existencia de la unión de hecho y, en su caso, de la dependencia legal y económica.

Una vez presentada la solicitud en forma con la documentación necesaria y subsanados los posibles defectos, el órgano competente la tramitará y resolverá, no sin antes recabar de oficio el informe de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil en materia de seguridad y orden público, así como el del Registro Central de Penados. En el mejor de los casos, si se concede la autorización de residencia por reagrupación quedará suspendida su eficacia hasta la expedición del visado, y durante su vigencia, a la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional. Si fuera el caso de familiares de residentes de larga duración-UE, titulares de una Tarjeta azul-UE o beneficiarios del régimen especial de investigadores en otro Estado miembro de la UE en el que la familia ya esté constituida, la eficacia de la autorización queda condicionada a la efectiva entrada del familiar en territorio nacional, que deberá producirse en el plazo máximo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización.

En el plazo de dos meses desde que se notifica al reagrupante la concesión de la autorización, el familiar que vaya a ser reagrupado debe solicitar de forma personal el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida. Con la solicitud del visado, con independencia de que el interesado pueda añadir otros documentos que considere oportunos, deberá añadir: el pasaporte o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses; certificado de antecedentes penales o documento equivalente, en caso de ser mayor de edad penal, expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en los que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deberán constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español; la documentación original que acredite el vínculo con el reagrupante; y un certificado médico que permita acreditar que no padece ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento

Sanitario Internacional de 2005. Si se concede el visado este será notificado en el plazo máximo de dos meses y deberá ser recogido por el solicitante de forma personal, con la excepción de los menores, que podrá ser recogido por su representante.

Una vez recogido el visado, el solicitante ha de entrar en territorio español durante el plazo de vigencia de este que en ningún caso será superior a tres meses, y en el plazo de un mes desde la entrada en España o, en su caso, desde la notificación de la concesión de la autorización, se deberá solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero. En cuanto a la duración de la autorización de residencia por reagrupación familiar esta se encuentra subordinada a la autorización de residencia temporal que posea el reagrupante (art. 58.3 RELOEx.), pero en caso de que este último tenga la condición de residente de larga duración o de larga duración-UE en España, la vigencia de la primera autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la fecha de validez de la TIE de que sea titular el reagrupante en el momento de la entrada del familiar en España y la posterior autorización de residencia del reagrupado será de larga duración.

### **2.3. Posibilidades de trabajar del familiar reagrupado**

El acceso al mercado de trabajo del familiar reagrupado es un factor esencial o fundamental en el proceso de integración de los inmigrantes<sup>684</sup>. La reagrupación, también, no deja de ser una forma de acceso a España para trabajar que va a colisionar con el principio de la prioridad del mercado de trabajo nacional. De ello que nos encontremos con una política restrictiva y de recelo<sup>685</sup>. Además, el acceso al mercado de trabajo también va a comportar que el Estado, en ese término de carga económica a soportar, no tenga que verse compelido a intervenir en el peor de los casos, que nos lleva a la reflexión de si esa supuesta carga siempre comprende a todos los ciudadanos, extranjeros y nacionales, solo a los primeros, o si no es verdaderamente una responsabilidad y una obligación que viene sustentada sobre el Estado Social en el que nos constituimos (art. 1.1 CE), y que ello comprende obligaciones para los extranjeros, de la misma forma que a los españoles, pero también derechos para todos, y que al Estado le comprende garantizar una vida digna para todos los ciudadanos.

---

<sup>684</sup> CAMAS RODA, *Trabajo decente*, *op. cit.*, p. 98 y ss.

<sup>685</sup> MONTILLA MARTOS, “El derecho”, *op. cit.*, p. 162.

Así, una de las cuestiones más interesantes de vía de acceso es que el cónyuge, la pareja de hecho o el hijo del reagrupado mayor de edad laboral que estén en posesión de una autorización de residencia por reagrupación familiar les habilitará para trabajar sin necesidad de realizar ningún trámite administrativo. La posibilidad de trabajar se abre tanto para un trabajo por cuenta ajena como por cuenta propia y en cualquier parte del territorio español, ocupación o sector de actividad (art. 58.4 RELOEx.). La automaticidad de la posibilidad de trabajar del familiar reagrupado comporta que no exista un filtro previo de someterse a la situación nacional de empleo, cuestión obvia si lo que se persigue con la reagrupación es la vida en familia y su integración. Pero también hay que decir que la Directiva 2003/86/CE permite a los Estados miembros que puedan estudiar la situación de sus mercados laborales antes de autorizar a los miembros de la familia a ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, en definitiva, que puedan tener en cuenta a la situación nacional de empleo antes de permitirles trabajar y durante un tiempo determinado, que un ningún caso puede ser superior a 12 meses (art. 14.2). Asimismo, esta posibilidad de trabajar, como decíamos anteriormente, se va a ver limitada en el tiempo ya que si el reagrupante es titular de una autorización de residencia temporal, la posibilidad de trabajar se extenderá hasta la misma fecha que la autorización de que sea titular el reagrupante en el momento de la entrada del familiar en España (art. 58.3 RELOEx.), o si el reagrupante está en situación de larga duración o de residencia de larga duración-UE en España, la posibilidad de trabajar se verá reducida hasta la fecha de validez de la TIE de que sea titular el reagrupante, donde sin embargo la posterior autorización de residencia del reagrupado será de larga duración (art. 58.3, párr.2 RELOEx.), que es la excepción a la dependencia documental del familiar reagrupante. Así, lo que comporta finalmente es que el familiar reagrupado no solo se coloque en el momento de acceder a España en una situación de dependencia económica respecto al familiar reagrupante, sino que la dependencia va a ser también documental por esa correspondencia en relación a la vigencia de la autorización<sup>686</sup>, pero la posibilidad de trabajar comporta que el reagrupado obtenga un determinado número de ingresos por la vía del trabajo lo que le facilitará el acceso a una autorización de residencia independiente<sup>687</sup>.

---

<sup>686</sup> CEINOS SUÁREZ, “Artículo 15”, *op. cit.*, p. 310-311.

<sup>687</sup> *Ibid.*, p. 311.

## **2.4. Autorización de residencia independiente de la del reagrupante y derecho a su propia reagrupación familiar**

El cónyuge o pareja de hecho reagrupado puede obtener una autorización independiente cumpliéndose alguno de los requisitos siguientes y cuando no tenga deudas pendientes con la Administración tributaria o de Seguridad Social: en primer lugar, para acceder a una autorización de residencia no lucrativa, este ha de contar con medios económicos suficientes para la concesión de una autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo, que vienen definidos en el art. 47 RELOEx., o; en el caso de acceder a una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, han de contar con uno o varios contratos de trabajo, de duración mínima, desde el momento de la solicitud, de un año, y de los que se derive una retribución no inferior al Salario Mínimo Interprofesional mensual, a tiempo completo, por catorce pagas, o; en el caso de acceder a una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, cumplir con los requisitos exigibles de cara a la concesión de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia del art. 105 RELOEx. En el caso del acceso a la autorización de residencia y trabajo independiente a través del trabajo, sea por cuenta ajena o por cuenta propia, la eficacia de la autorización quedará condicionada a que se produzca, en caso de que no se hubiera ya producido con anterioridad, el alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la resolución de concesión de la autorización. Cuando se cumpla esta condición, la vigencia de la autorización se retrotraerá al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior.

También tienen posibilidad de acceder a una autorización independiente los hijos y menores sobre los que el reagrupante ostente la representación legal cuando estos alcancen la mayoría de edad y acrediten encontrarse en alguna de las situaciones señaladas en el art. 59.1 RELOEx. que posibilitan el acceso a distintas autorizaciones. También podrán acceder a una autorización independiente cuando estos mismos sujetos hayan alcanzado la mayoría de edad y residido en España durante cinco años.

Como veíamos anteriormente, el efecto de la reagrupación familiar en relación al cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral, es que la autorización de residencia por reagrupación familiar les habilita para trabajar de forma automática (art. 19.1 LOEx.), pero en



el caso de los ascendientes reagrupados solo tendrán acceso a una autorización independiente cuando hayan obtenido una autorización para trabajar (art. 59.5 RELOEx.).

Así, la mayoría de todos estos supuestos anteriores por los que se permite obtener una autorización independiente tienen un elemento en común: es necesaria la independencia económica del reagrupante, sea por la vía del trabajo, sea por la vía de su patrimonio o por la percepción periódica de ingresos, en definitiva, disponer de medios económicos<sup>688</sup>. Es decir, para dejar de tener dependencia administrativa del reagrupante es necesaria la obtención de una autorización independiente, pero que esta no será concedida hasta que exista una independencia económica respecto a este. La doctrina ha señalado que esto, “sin lugar a dudas”, es una señal evidente y fruto de que la esencia jurídica de la regulación en España de la reagrupación familiar está más conectada con la política de control de los flujos migratorios que con la de la integración de los inmigrantes<sup>689</sup>.

Otras posibilidades, ya de carácter excepcional y que no se sujetan al régimen anterior, de acceder a una autorización de residencia y trabajo independiente sería por causa de muerte del reagrupante (art. 59.2.c) RELOEx.). Esto viene a regular la disposición del art. 19.5 LOEx. por la que en caso de muerte del reagrupante, los familiares reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente en las condiciones que se determinen, pero que la norma reglamentaria solo hace relación a un derecho del cónyuge o pareja del reagrupado, ya que no menciona ningún otro supuesto por esta causa.

Otra de las posibilidades abiertas para el cónyuge o pareja de hecho del reagrupado de acceder a una autorización de residencia y trabajo independiente es la que se abre cuando se rompa el vínculo conyugal que dio origen a la situación de residencia, por separación de derecho, divorcio o por cancelación de la inscripción, o finalización de la vida en pareja, siempre y cuando se acredite la convivencia en España con el cónyuge o pareja reagrupante durante al menos dos años (art. 59.2.a) RELOEx.). La rotura del vínculo conyugal podría producir que nos encontráramos con una causa por la cual desaparecen las circunstancias que sirvieron de base para la concesión de la autorización, lo que conllevaría que la autorización

---

<sup>688</sup> En este sentido, SOTO MOYA, “Capítulo 6”, *op. cit.*, p. 80., señala que los tres supuestos que señala el art. 59.1 RELOEx. es condición “sine qua non” disponer de medios económicos.

<sup>689</sup> CEINOS SUÁREZ, “Artículo 15”, *op. cit.*, p. 312.

se pueda extinguir (art. 162.2.b) RELOEx.), sin embargo, si la convivencia no se puede acreditar durante el periodo de tiempo exigible de dos años, si sería posible que se produjera la extinción. En definitiva, y de forma general, la rotura del vínculo conyugal no conlleva a la extinción de la autorización obtenida previamente por medio de la reagrupación, lo que se abre la posibilidad a que se pueda obtener una autorización independiente (art. 16.3 LOEx.).

Por último, otra forma excepcional de acceder a una autorización independiente de residencia temporal y trabajo es cuando el cónyuge o pareja reagrupada fuera víctima de violencia de género cuando exista a su favor una orden judicial de protección o, en su defecto, exista un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Por otro lado, esta vía de acceso por medio de la permanencia también sería de aplicación cuando el reagrupado fuera víctima de un delito por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, cuando, de la misma forma que en el supuesto anterior, exista una orden judicial de protección a favor de la víctima o, en su defecto, exista un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de conducta violenta ejercida en el entorno familiar. En el caso de la violencia de género (art. 19.2 LOEx.), se ha señalado que se rompe con la situación de aislamiento en la que se encontraban muchas mujeres migrantes víctimas de violencia de género, que sufrían el “síndrome de aislamiento” al encontrarse en soledad, con desconocimiento de la sociedad de acogida y fuera de su entorno social y familiar, y con grandes dificultades para acceder a trabajar ya que no es hasta el año 2009 cuando el legislador otorga de forma conjunta con la autorización de residencia la autorización para trabajar<sup>690</sup>. Siguiendo con su regulación, en todos estos supuestos las solicitudes de autorización independiente tienen una tramitación preferente y la duración de la autorización independiente otorgada será de cinco años. En estos casos, cuando, además del cónyuge o pareja, se haya reagrupado a otros familiares, estos conservarán la autorización de residencia concedida y dependerán, a efectos de la renovación de la autorización de residencia por reagrupación familiar, del miembro de la familia con el que convivan (art. 59.3 RELOEx.).

En cuanto a la duración de la autorización independiente está será la que corresponda teniendo en consideración el tiempo previo de vigencia de la situación de residencia por

---

<sup>690</sup> SOTO MOYA, “Capítulo 6”, *op. cit.*, p. 81.

reagrupación familiar, pero en todo caso, la autorización independiente tendrá una vigencia mínima de un año (art. 59.6 RELOEx.).

En consonancia con el espíritu de la institución de la reagrupación familiar, los extranjeros que hubieran adquirido la residencia temporal en virtud de una previa reagrupación familiar, siempre que hayan obtenido una autorización de residencia y trabajo independiente de la autorización del reagrupante, podrán ejercer el derecho de reagrupación respecto de sus propios familiares reuniendo los requisitos establecidos para el ejercicio del derecho de la reagrupación familiar (art. 60.1 RELOEx.). La autorización de residencia y trabajo independiente es título jurídico válido para considerar que el extranjero tiene derecho a la reagrupación familiar de sus familiares, como previamente, en un estado inicial, y en la mayoría de los casos, el trabajo es el elemento principal de acceso a España por esta vía. Esto quiere decir que se produce una “reagrupación en cadena”, que solo podrá ser ejercida por aquel extranjero que no dependa administrativamente de quien lo ha reagrupado<sup>691</sup> y sobre todo trabaje, sea por cuenta ajena o por cuenta propia.

En el caso de los ascendientes reagrupados solo podrán ejercer esta reagrupación tras haber obtenido la condición de residente de larga duración y, a su vez, acrediten solvencia económica para atender las necesidades de los miembros de su familia que pretendan reagrupar. Sin embargo, y de forma excepcional, sí podrá ejercer el derecho a la reagrupación familiar el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo uno o más hijos menores de edad o que tengan un discapacidad y no sean capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Este derecho a la reagrupación lo podrán ejercer de conformidad con el art. 60.1 RELOEx., que básicamente exige que hayan obtenido una autorización de residencia y trabajo independiente, y que para ello habrá sido necesario haber obtenido previamente una autorización para trabajar (art. 59.5 RELOEx.).

## **2.5. Renovación de la autorización de residencia en la reagrupación familiar**

Ciñéndonos a los requisitos establecidos para la renovación de la autorización de residencia por reagrupación familiar, estos hacen relación a dos aspectos diferenciados, por un lado,

---

<sup>691</sup> CEINOS SUÁREZ, “Artículo 15”, *op. cit.*, p. 313.

requisitos que ha de cumplir el reagrupado, y por otro lado, requisitos que ha de cumplir el reagrupante.

Por lo que hace a los requisitos que ha de cumplir el primero: ha de se titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar en vigor o se encuentre dentro del plazo de los noventa días naturales posteriores a su caducidad; que se mantenga el vínculo familiar o de parentesco o la existencia de la unión de hecho en que se fundamentó la concesión de la autorización para renovar; tener escolarizados a los menores a su cargo de edad de escolarización obligatoria durante la permanencia de estos en España, y por último; que se haya abonado la tasa por la tramitación del procedimiento.

En relación a los requisitos del reagrupante, que sea titular de una autorización de residencia en vigor o se encuentre dentro del plazo de noventa días posteriores a su caducidad; que cuente con empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria de no estar cubierta por el sistema de la Seguridad Social, por lo tanto la fuente de ingresos puede ser del trabajo o de otros recursos al margen de este, pero los ingresos que perciba han de comportar una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM. Los ingresos que provengan del sistema de asistencia social serán computables y la exigencia de la cuantía podrá ser minorada cuando el familiar al que se le renueve la autorización sea menor de edad o concurran circunstancias que excepcionales acreditadas que aconsejen dicha minoración en base al principio del interés superior del menor (art. 54.3 RELOEx.), también podrá ser minorada esta cantidad respecto a otros familiares por razones humanitarias apreciadas en relación con supuestos individualizados y previo informe de la Dirección General de Inmigración. Otro requisito que deberá cumplir el reagrupante es que disponga de una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de su familia, y esta tendrá que ser su vivienda habitual (art. 61.3.b.3º RELOEx.).

Con el objetivo de acreditar que se cumplen con los requisitos anteriores, junto con la solicitud en modelo oficial se ha de acompañar: copia del pasaporte completo en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, del reagrupado y del reagrupante; si fuera el caso, documentación acreditativa de la vigencia del matrimonio o de la relación de análoga afectividad a la conyugal; documentación que acredite que el reagrupante cumple con los

requisitos relativos a la disposición de recursos económicos suficientes y relativo a la vivienda (arts. 61.3.b).2º, 3º RELOEx.); y por último, si fuera el caso, informe emitido por las autoridades autonómicas competentes que acredite la escolarización de los menores de edad de escolarización obligatoria que estén a su cargo.

Hay dos cuestiones que serán primordiales de cara a la valoración de la renovación de la autorización y es que la administración, previa solicitud de oficio de los informes correspondientes, valorará la posibilidad de renovar la autorización a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que hubieran sido indultados o se hallasen en situación de remisión condicional de la pena o se suspensión de la pena. Y del incumplimiento de las obligaciones del solicitante en materia tributaria y de Seguridad Social. Habría que entender de ello que en relación a la primera posibilidad sería una cuestión en positivo para valorar la renovación, y en la segunda posibilidad se estaría refiriendo a una cuestión en negativo para valorar la renovación de la autorización. Sin embargo, estas circunstancias que pueden ser determinantes también han de ser valoradas de forma conjunta con el esfuerzo de integración del extranjero que será acreditado mediante el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia. Además, el informe positivo del esfuerzo de integración del extranjero puede ser determinante cuando no se acredite el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización (art. 61.7 RELOEx.).

El silencio que se despliega después de que hayan transcurrido tres meses y la Administración no resuelva de forma expresa es positivo, con independencia de que la resolución tenga que ser notificada finalmente al interesado. En cuanto a la duración de la autorización de residencia por reagrupación familiar renovada hay que señalar que su concesión no produce efectos en la dependencia a la que el reagrupado quedaba sometido desde inicio, ya que la duración de la autorización renovada queda supeditada, esto es, se extenderá hasta la misma fecha que la autorización de que sea titular el reagrupante en el momento de la renovación.

### **3. AUTORIZACIONES POR ESTUDIOS U OTRAS ACTIVIDADES ANÁLOGAS**

El art. 33 LOEx. incluye un régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado. Son supuestos donde los extranjeros son autorizados a acceder a España para realizar una serie de actividades que tienen como característica principal: cursar o ampliar estudios en un centro de enseñanza autorizado en España, en un programa de tiempo completo, que conduzca a la obtención de un título o certificado de estudios; realizar actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen establecido en la LE; participar en programas de intercambios de alumnos en cualquier centro docente o científico, público o privado, reconocido oficialmente; realizar prácticas o, por último; realizar servicios de voluntariado (art. 37 RELOEx.). Por lo tanto, hablamos de un régimen de admisión con cuatro categorías diferenciadas<sup>692</sup>, donde el objeto de su estancia es diferenciado uno de los otros, pero se regula de forma conjunta y se caracteriza por ser actividades de carácter no laboral. Esta diferenciación de categorías ya venía referenciada por la propia Directiva 2004/114/CE, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, derogada por la Directiva 2016/801, de 11 de mayo e 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair, que sigue diferenciando a las distintas singularidades de cada una de estas situaciones en su art. 3.

#### **3.1. Estancia especial y posibilidad de ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia**

La situación de estos extranjeros en España es de una estancia especial<sup>693</sup>, su régimen en España es el de la estancia, y se les autoriza a permanecer en España por un periodo de

---

<sup>692</sup> RUEDA VALDIVIA, R.: “Comentario al Artículo 33. Régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado”, en la obra colectiva: *Comentarios a la ley d extranjería y su nuevo reglamento*. Director: F. Cavas. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 2.

<sup>693</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, “Régimen jurídico”, *op. cit.*, p. 412. También en VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “El régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España”, en la obra

tiempo superior a noventa días. Pero es una estancia excepcional, podríamos decir que es un régimen intermedio entre la estancia y la residencia, que rompe con la situación general de la estancia comprendida en el art. 30 LOEx., donde esencialmente se fija un periodo máximo de permanencia en España por un periodo no superior a 90 días. Este estatus por el que se les reconoce su situación como de estancia y no de residencia parecería ser que viene fundamentado porque es relativamente fácil la obtención de un visado de estudios, y porque la residencia legal sería una de las formas más relevantes de la adquisición de la nacionalidad<sup>694</sup>, que en algunos casos sería de dos años como es el caso de los nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes (art. 22.1 CC), y que como hemos señalado en el Capítulo II, apartado I, atendiendo a la normativa de extranjería esta diferencia de forma clara la residencia legal de la mera estancia en general y de la autorización de estudios en particular. Por ello, la estancia no puede considerarse por igual a efectos de entender cumplido el requisito de residencia legal<sup>695</sup>.

La posibilidad del acceso a España se vehicula a través de un visado de estudios el cual lleva incorporado la autorización de estancia, y este habilitará a permanecer en España en esta situación para la realización de la actividad que fundamenta su concesión. La duración de la estancia, en principio, será igual a la de la actividad respecto a la que se concedió la autorización, pero tendrá un límite máximo de un año, o de dos años cuando se cursen estudios de educación superior, es decir, cuando el programa de estudios se desarrolle en una institución de enseñanza superior autorizada y conduzca a la obtención de un título de educación superior reconocido, a lo que puede incluirse un curso preparatorio a dicha educación superior o unas prácticas de formación obligatoria (art. 37 RELOEx.), todo ello sin perjuicio de que la autorización pueda prorrogarse anualmente de conformidad con el art. 40 RELOEx., que parte de que se sigan reuniendo las condiciones y requisitos que han sido exigidos para la expedición de la autorización inicial.

---

colectiva: *El extranjero en el Derecho español*. Editado: Belén Alonso-Olea, Juan Manuel Lacruz, Isidoro Martín, Marina Vargas. Dykinson, Madrid, 2019, p. 79.

<sup>694</sup> VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *El régimen*, op. cit., p. 79.

<sup>695</sup> Cuestión también señalada en VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *El régimen*, op. cit., p. 79. Y en ESPINAR; GUZMÁN, *La nacionalidad y extranjería*, op. cit., p. 169.

Si bien se autoriza a permanecer en España durante un tiempo determinado para la realización de una actividad concreta que es la que posibilita la vía de acceso con un fin principal caracterizado de forma general con su enseñanza, también se tiene la posibilidad de ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios o la actividad asimilada, en los términos que se determinen de forma reglamentaria (art. 33.4 RELOEx.). Esto es así derivado de que esta vía de acceso, al menos de forma inicial, no es para realizar una actividad lucrativa<sup>696</sup>. La normativa española ha tratado de concretar que la actividad principal no sea de carácter laboral (art. 33.1 LOEx.), que para obtener la autorización se exija tener garantizados unos determinados medios económicos (art. 38.1.a).2º RELOEx.), donde la Directiva 2016/801, por lo que respecta a la admisión, permitiría tener en cuenta los recursos procedentes de un contrato válido o de una oferta de empleo firme (art. 7.e), sin embargo, cuando hablamos de cursar estudios, la decisión en España ha sido que solo puedan recurrir a este último recurso los estudiantes que cursen en España estudios de educación superior<sup>697</sup>, que son los que entran en la definición de estudiante de la Directiva, sin perjuicio de lo previsto de forma general en el art. 42 RELOEx. del trabajo de los titulares de una autorización de estancia, donde sí podrán acceder al trabajo una vez hayan sido admitidos (art. 33.4 LOEx.), y que será extensible a otro tipo de estudios distintos a los de educación superior. Pero las limitaciones son muchas, la realidad es otra y las posibilidades de acceso son mínimas, de ello que se haya tenido que abrir la posibilidad del acceso al trabajo por tal de que se puedan generar unos ingresos mínimos, ya que como bien puede desprenderse de su regulación, esta vía de acceso no estaría al alcance de todas las personas extranjeras.

La norma reglamentaria es la que regula de forma más detallada el acceso al trabajo de los titulares de una autorización de estancia por estudios, investigación o formación, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, que podrán ser autorizados a realizar actividades por cuenta ajena en instituciones públicas o entidades privadas. También podrán ser autorizados a

---

<sup>696</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Artículo 33. Régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado”, en la obra colectiva: *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social*. Dirección y Coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fernández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares. Granada, 2012, p. 563.

<sup>697</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Instrucciones DGM 2/2018 sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2016/801/UE: estudiantes*. Dirección General de Migraciones. 21 de diciembre de 2018, p. 7.  
[http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones\\_sgie/documentos/2018/estudiantes.pdf](http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2018/estudiantes.pdf)



realizar actividades por cuenta propia, y que hay que señalar que la norma reglamentaria amplía las posibilidades de los sujetos que pueden trabajar de los establecidos en la LOEx. que los delimita a los que realizan estudios, prácticas no laborales o voluntariado. Sin embargo, se sigue exceptuando de esta posibilidad de trabajar a los extranjeros que tienen edad laboral y participan en un programa de movilidad de alumnos<sup>698</sup>. También hay que reconocer que el legislador y regulador español han ampliado los sujetos que tienen derecho al trabajo, en el sentido de acceder a un puesto de trabajo, ya que la propia Directiva 2016/801 solo viene a reconocérselo a los estudiantes y señala que los Estados tendrán, de forma imperativa, en cuenta a la situación del mercado laboral (art. 24), sin embargo, también existe la excepción de ello en la misma Directiva al señalar que la misma no afectará a la facultad de los Estados miembros de adoptar o mantener disposiciones más favorables para las personas a las cuales es aplicable (art. 4.2).

Se detalla la necesaria compatibilidad del trabajo con la actividad por la que de forma inicial fue autorizado el extranjero para acceder a España y que los ingresos que se obtengan de la realización del trabajo no tengan el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia, ni serán considerados, si fuera el caso, para el procedimiento de prórroga de la estancia (art. 42.1 RELOEx.). Lo que se ha considerado que el ejercicio de la actividad laboral es *extra-job*<sup>699</sup>, en el sentido de que aporta unos ingresos, puede comportar poner en práctica sus conocimientos, pero no serán los ingresos principales de los que disponga el extranjero para su sustento o estancia.

Para el caso de realización actividades por cuenta ajena el sujeto legitimado para presentar la solicitud de autorización de trabajo es un empleador, cumpliéndose los requisitos del art. 64 RELOEx., para la concesión de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, excepto el de los apartados 2.b) y 3.a), que hacen relación, el primero, a carecer de antecedentes penales, y el segundo, más relevante, que no ha de someterse a que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero.

---

<sup>698</sup> RUEDA VALDIVIA, “Artículo 33”, *op. cit.*, p. 25

<sup>699</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, “Régimen jurídico”, *op. cit.*, p. 363.

Para el caso de realización de actividades por cuenta propia se han de cumplir con los requisitos el art. 105 RELOEx., para la concesión de una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, excepto el de los apartados 2.b) y 3.d), que hacen relación, el primero, a carecer de antecedentes penales, y el segundo, también, más relevante, que el extranjero no ha de cumplir con la condición de contar con recursos económicos suficientes para su manutención y alojamiento.

En el caso de la realización de un trabajo por cuenta ajena han de cumplirse una serie de formalidades o garantías que se circunscriben al momento de la celebración del contrato, en primer lugar, el contrato ha de celebrarse por escrito, y la interpretación que ha de hacerse de conformidad con el art. 42.2 RELOEx. es que esto será en cualquier tipo de modalidad contractual, que ha diferencia del art. 8 LET este permitiría, de forma general, que el contrato de trabajo pueda celebrarse por escrito o de palabra, con las excepciones señaladas en su apartado 2. En segundo lugar, el contrato ha de ajustarse a la modalidad de contrato de trabajo a tiempo parcial, por el hecho de que ha de ser compatible con la actividad principal para la que fue autorizado el extranjero a acceder a España, pero también se permite que pueda ser a jornada completa donde su duración no podrá ser superior a los tres meses ni coincidir con los periodos en que se realicen los estudios, la investigación, las prácticas no laborales o el servicio de voluntariado. Por lo tanto, nos encontramos que el regulador fija una preferencia por la contratación a tiempo parcial y que permite que sea a jornada completa pero con una fuerte intervención administrativa que va a limitar las posibilidades del libre ejercicio del trabajo del extranjero en España.

La autorización de trabajo concedida tendrá limitaciones geográficas, con el espíritu de salvaguardar la compatibilidad con la actividad principal, cuando coincida con los periodos en que se realicen los estudios, la investigación, las prácticas no laborales o el servicio de voluntariado. Sin embargo, también en este caso, no existirá limitación geográfica cuando se acredite que la forma de organización de la actividad temporal permitirá su compatibilidad con la consecución de aquélla por no requerir desplazamiento continuos. Y podrá excepcionarse la coincidencia del ámbito geográfico de las autorizaciones siempre que la localización del centro de trabajo o del centro en que se desarrolle la actividad por cuenta propia no impliquen desplazamientos continuos que supongan la ruptura del requisito de compatibilidad con la finalidad principal para la que se concedió la autorización de estancia.

En cuanto a la limitación del ámbito geográfico de la autorización para trabajar, si se estableciera, coincidirá con carácter general con el ámbito territorial de estancia de su titular. Como se ve, el regulador ha considerado al desplazamiento continuo como el eje central de ruptura del requisito de la compatibilidad con la actividad principal para limitar el ámbito geográfico de la autorización de trabajo.

El art. 38.1.4º RELOEx. señala, como uno de los requisitos generales para obtención del visado y/o autorización de estancia, contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España. Este seguro ha de incluir todos los riesgos cubiertos normalmente para los nacionales y se han de mantener durante toda la vigencia de la autorización y que han de coincidir con el catálogo de prestaciones del Sistema nacional de Salud, que son los que se incluyen en los arts. 7 y ss. de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Esto quiere decir, según la Instrucción DGM 2/2018 sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la directiva 2016/801/UE: estudiantes<sup>700</sup>, que “debido a la exigencia del seguro médico como requisito para la admisión, no podrán ser beneficiarios del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria”. Que sin embargo habría que matizar, si bien el RDL 16/2012, de 20 de abril vino a limitar el derecho a la asistencia sanitaria de todos los extranjeros para solo permitir su acceso en situaciones especiales; en casos de urgencia por enfermedad grave o accidente, o de asistencia al embarazo, parto y postparto. El RDL 7/2018, de 27 de julio, hizo extensivo de forma general para todos los extranjeros, incluidos los no registrados ni autorizados como residentes en España, el derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española (art. 1º).

Al margen de esta puntualización, no menor, cuando el estudiante suscriba un contrato de trabajo y sea afiliado y dado de alta en la Seguridad Social la asistencia sanitaria formará parte de su acción protectora de conformidad con el art. 7.1.a) y 42.1ª) del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que dentro de la extensión del campo de aplicación y de la acción protectora del sistema de la

---

<sup>700</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL, *Instrucciones DGM 2/2018*, op. cit., pp. 7-8.

Seguridad Social incluye a la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo.

A efectos prácticos y teniendo en consideración todas las apreciaciones anteriores esto quiere decir que una vez se incorpora el estudiante en el sistema de seguridad social a través del contrato de trabajo y mientras este se mantenga podría excluir el seguro, al que viene obligado a suscribir para acceder y permanecer en España la cobertura de la asistencia sanitaria.

### **3.2. La relación peculiar *au pair***

Otra posibilidad de acceder al trabajo -sin embargo como veremos más adelante no será así- que el legislador señala como mecanismo para compensar la estancia y mantenimiento de la misma (art. 33.5 LOEx.), sería a través de la colocación *au pair*. La LOEx. incluye una vía de acceso a través del régimen aquí tratado para la realización de un trabajo mientras se mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales y que se regulará de conformidad con lo dispuesto en los acuerdos internacionales sobre colocación *au pair*. Tales acuerdos vendrían referenciados básicamente por el Acuerdo Europeo sobre la Colocación *au pair*, de 24 de noviembre de 1969, aprobado y ratificado por España el 24 de junio de 1988, y por la Directiva 2016/801, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*. Es una vía de acceso que posibilita la acogida temporal en una familia a cambio de determinados servicios. Para su acceso a España han de reunir los requisitos generales de admisión de un nacional de un país tercero (art. 16.1 Directiva). Se destina a jóvenes de países extranjeros que desean mejorar sus conocimientos lingüísticos y tal vez profesionales (art. 2.1 Acuerdo), a cambio de la realización de tareas domésticas ligeras y cuidado de niños (art. 3.8 Directiva 2016/801). Los derechos y obligaciones de las partes se formalizan a través de un acuerdo escrito (art. 6 Acuerdo y 16.1.a) Directiva). En líneas generales, este joven recibirá alojamiento y comida de la familia de acogida, dispondrá de tiempo suficiente para asistir a cursos de lengua y para perfeccionar su formación, dispondrá como mínimo de un día libre completo a la semana, donde la Directiva señala que la dedicación a las tareas *au pair* no superará el máximo de 25 horas semanales (art. 16.5) y recibirá de forma mensual una cantidad determinada en concepto de dinero de bolsillo (art. 8), donde los Estados miembros

pueden fijar una cantidad de dinero mínima (art. 16.6 Directiva). Pero atención, y esto es lo más relevante respecto a la situación jurídica que subyace de esta relación, como decíamos anteriormente es un acceso al trabajo peculiar ya que verdaderamente lo que se constituye no es una relación de trabajo. Nos encontramos con una categoría particular, ya que las personas que se colocan *au pair* no son consideradas ni como estudiantes ni como trabajadores por cuenta ajena<sup>701</sup>, si bien se participa en ambas categorías. Tampoco se sitúa en una relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, ya que la propia norma la expulsa de su ámbito de regulación por el art. 2.2, al considerarlas, salvo prueba en contrario, relaciones de colaboración y convivencia familiar, mediante las que se prestan algunos servicios como cuidado de niños, la enseñanza de idiomas u otros, siempre y cuando estos últimos tengan carácter marginal, a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos. Se ha señalado que es una “relación invisible” y la ambigüedad de su relación nace de la exigencia en algunos casos del visado de estudiantes, sin serlo, de las actividades que pueden desempeñar que pueden ser consideradas como trabajo, pero sin ser trabajadores, ni empleados domésticos aunque sus tareas confluyan, y no son miembros de las familias pero deben ser tratados como tales<sup>702</sup>. Asimismo, se ha mostrado que en estas relaciones a la par, que no siempre se producen en condiciones de igualdad o a la par, las grandes protagonistas suelen ser mujeres jóvenes de entre 16 y 30 años, que frente a las dificultades de acceder al trabajo, deciden migrar a otros países. Pero que su situación es alarmante, ante la falta de interés en su regulación jurídica que ha favorecido su precariedad laboral, el abuso y el nulo reconocimiento de sus derechos fundamentales<sup>703</sup>.

### **3.3. Pérdida de la autorización de estancia y efectos sobre el contrato de trabajo. Limitaciones en la normativa de extranjería y efectos sobre la contratación**

La vigencia de la duración de la autorización para trabajar concedida coincidirá con la duración del contrato de trabajo o, en el caso de trabajar por cuenta propia, con la proyectada

---

<sup>701</sup> QUESADA SEGURA, R.: “La distinción entre “au pair” y la relación laboral al servicio del hogar familiar. Dos relaciones marginadas (Comentario a la STSJ de Castilla y León /Burgos de 18 de febrero de 1999”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 1999, vol. I, paraf. 12, p. 3.

<sup>702</sup> BAVIERA PUIG, I.: “La experiencia <<au pair>>: entre el intercambio cultural y el trabajo doméstico. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216/2019. Ed. Aranzadi, S.A.U., pp. 2-3.

<sup>703</sup> LÓPEZ INSUA, B. M.: “La complejidad jurídica de las relaciones *au pair* en los países de nuestro entorno: ¿abuso u oportunidad? en tiempos de crisis. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, Ed. Iustel, 2018, p.1 y ss.

para la actividad. Pero en ningún caso la vigencia podrá ser superior a la duración de la autorización de estancia.

Asimismo, la pérdida de la autorización de estancia será causa de extinción de la autorización para trabajar (art. 42.4 LOEx.) lo que comportará con la actual doctrina del Tribunal Supremo una causa objetiva por ineptitud sobrevenida que posibilitará la extinción del contrato de trabajo (art. 52.a) LET), que conlleva una indemnización de veinte días por año de servicio (art. 53.1.b) LET). Pero frente a esto cabría ir un poco más allá de conformidad con la casuística, en primer lugar, cabe plantearse si la falta de renovación o pérdida de la autorización para trabajar justificaría un despido de conformidad con el art. 49.1.b) LET, esto es, que el contrato pueda extinguirse “Por las causas consignadas válidamente en el contrato de trabajo salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”. En este caso estamos ante una causa de despido que es fruto del mutuo acuerdo, donde de forma general se anticipa en el momento de la celebración del contrato la futura extinción contractual, que puede ser por llegar a una determinada fecha, cumplimiento de un término o condición contractual<sup>704</sup>. El Tribunal Supremo en la STS 955/2016, de 16 de noviembre, señaló que la utilización de esta causa para poner fin al contrato de trabajo no resulta ajustada a derecho. Las partes no pueden prever como causa válida de extinción del contrato el acaecimiento sobrevenido de una circunstancia atinente a la propia capacidad negocial de la parte trabajadora la cual puede encajar en el art. 49.1) LET, que el precepto legal solo permite pactar causas de resolución del contrato distintas a las previstas por la ley, y que una cláusula que se apoyara en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador sería abusiva.

Así, el art. 52.a) LET indica que el contrato de trabajo podrá extinguirse por causas objetivas, entre otras, “Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa”. Es una decisión empresarial en función de unas causas que responden a motivos estrictamente empresariales o de interés para el buen funcionamiento de la empresa<sup>705</sup>. La ineptitud del trabajador consiste “en cualquier tipo de carencia del trabajador que determina una incapacidad para efectuar con suficiencia los

---

<sup>704</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p. 373.

<sup>705</sup> AAVV; CAMAS RODA (Dir.), *Manual, op. cit.*, p. 151.

deberes laborales asumidos a través del contrato”<sup>706</sup>. Algunas causas que encajarían en la ineptitud sobrevenida serían: la imposibilidad física y/o psíquica o intelectual, que producen un impedimento físico del trabajador y que afecta a las funciones que le han sido atribuidas; la falta de titulación habilitante, que le imposibilita para el ejercicio de la profesión o la actividad contratada; la privación del permiso de conducción, teniendo en consideración las funciones que desempeña el trabajador en la empresa; y otras situaciones como pudiera ser la edad, cuando se exijan unas determinadas condiciones físicas, o el cumplimiento de una orden de alejamiento, que en determinadas ocasiones puede ocasionar la imposibilidad de la continuación del vínculo laboral<sup>707</sup>. Para que sea encuadrable en la ineptitud sobrevenida se ha señalado también que solo podría invocarse en los supuestos en los que existe una resolución de la Administración por la que se deniega la solicitud de la renovación, resultando dudosa la misma solución para aquellos trabajadores que devienen en situación irregular pero porque estos no han presentado la solicitud de renovación en el plazo establecido, ya que la ineptitud es producida por voluntad del trabajador y no es ajena a esta, casos en los que constituiría causa de despido disciplinario cuando la conducta obtenga la relevancia necesaria para considerarlo como tal<sup>708</sup>. También hay que señalar que la ocultación a la empresa de la denegación de la renovación tampoco sería una causa de despido disciplinario sobre la base del art. 54.2.d) LET de la transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza en el desempeño del trabajo. La STSJCV 1517/2016, de 5 de julio, determinó que es al empresario al que le corresponde velar porque sus trabajadores hayan obtenido y conserven la necesaria autorización para trabajar, más si el empresario sabe de antemano cuando se extingue la autorización, a lo que ha de interesarse desde ese momento por ser una obligación suya que está sancionada en la ley.

En cuanto a la prórroga de la autorización para trabajar será posible si permanecen las circunstancias que motivaron la concesión de la autorización para trabajar anterior, siempre y cuando se haya obtenido la prórroga de la autorización de estancia. Por lo tanto, haber

---

<sup>706</sup> CRUZ VILLALÓN, Compendio, *op. cit.*, p. 406.

<sup>707</sup> ASQUERINO LAMPARERO, M. J.: “El tratamiento del despido objetivo por ineptitud sobrevenida”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216/2019. Ed. Aranzadi, S.A.U., pp. 16 y ss.

<sup>708</sup> MONTOYA MEDINA, D.: “El despido del trabajador extranjero en situación irregular”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184/2016. Ed. Aranzadi, S.A.U., p. 13.

obtenido la prórroga de la autorización de estancia es la que condicionará la posibilidad de seguir trabajando.

Las limitaciones que establece la normativa de extranjería van a suponer en la práctica que el tipo de trabajo que vayan a desempeñar sea mayoritariamente precario y que las mismas limitaciones pueden generar una errónea práctica empresarial que dirija a decantarse por una contratación por duración determinada. La doctrina judicial ya ha considerado que la normativa de extranjería no crea nuevas formas de contratación y que en algunos casos esto puede comportar una discriminación. Sobre ello se pronuncia la STSJG 541/2017, de 30 de enero, que trató el caso de varias personas extranjeras de nacionalidad cubana con autorización de estancia en España por estudios y con autorización para trabajar por cuenta ajena, desempeñando su trabajo como captadores de socios para una organización no gubernamental con un contrato de trabajo de duración determinada para obra o servicio a tiempo parcial, cuyo trabajo era compatible con sus estudios, y que con anterioridad a la autorización para trabajar ya habían prestado ese mismo trabajo de forma irregular. El caso es que la empresa convierte los contratos de duración determinada celebrados con varios captadores de la delegación de Santiago de Compostela en contratos indefinidos, con la excepción de estos extranjeros, ya que entendía que el contrato debía ser temporal como lo era la autorización de estancia, de ello que entendiera, y así sucedió, que sí era posible la conversión en indefinido de otros trabajadores extranjeros con autorización de residencia permanente. El tribunal señaló que de conformidad con el art. 42.4 RELOEx. la duración del contrato de trabajo determina la duración de la autorización para trabajar, pero no a la inversa, y que la vigencia de la autorización para trabajar no puede superar la duración de la autorización de estancia. Pero ni la autorización de estancia ni la autorización para trabajar condicionan la duración del contrato de trabajo. Así, si bien las autorizaciones son temporales, de ello no puede derivarse la naturaleza temporal de la contratación, ya que si no se acreditan las causas justificadoras de la contratación temporal, el trabajador tiene inicialmente la consideración de trabajador indefinido. Por otro lado, en cuanto a la discriminación producida, el criterio de la empresa por el que interpreta el art. 42.4 RELOEx. en el sentido de que la duración de los contratos debe coincidir con la duración de la autorización de estancia comporta una discriminación directa por razón de su condición de extranjeros. Así, se desprende que la interpretación de la empresa constituye un indicio claro de discriminación, no siendo la interpretación acorde con el tenor literal del precepto reglamentario,



comportando con ello un trato diferenciado y perjudicial para los trabajadores por su condición de extranjeros y de forma general para todos los trabajadores extranjeros con una autorización temporal que determine su estancia o permanencia en España, una circunstancia que nunca se daría en los nacionales, así es un hecho que produce una discriminación directa que solo puede afectar negativamente a los trabajadores extranjeros, ya que los nacionales no precisan de una autorización previa para trabajar, lo que constituye un tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente desfavorable hacia los extranjeros respecto a los nacionales, que establece un requisito adicional, fruto de un criterio empresarial no previsto en el ordenamiento jurídico, que afecta a los extranjeros para acceder a la condición de contratados indefinidos.

#### **3.4. Finalización de estudios, de la investigación o formación o de la realización de prácticas no laborales y acceso a una autorización de residencia y trabajo**

Por último, el acceso al trabajo también va a ser una forma por la que la persona extranjera pueda cambiar su situación inicial a una situación de residencia y trabajo. Así, los extranjeros que han desarrollado una actividad que comprenda la realización o ampliación de estudios, la realización de actividades de investigación o formación, o la realización de prácticas no laborales (art. 37.1.a), b), d) RELOEx.) sin necesidad de solicitar visado, contando con un empleador, que será el sujeto legitimado para presentar la solicitud de autorización, pero cumpliéndose los requisitos del art. 64, excepto someterse a la situación nacional de empleo (art. 64.3.a) RELOEx.), podrán solicitar una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, siempre que puedan acreditar: haber permanecido en España durante al menos tres años como titular de una autorización de estancia; haber superado los estudios o finalizado el trabajo de investigación, la formación o las prácticas con aprovechamiento; y que no ha sido becado o subvencionado por organismos públicos o privados dentro de programas de cooperación o de desarrollo españoles o del país de origen (art. 199 RELOEx.).

El requisito de haber superado o no los estudios, o concluido el trabajo de investigación, la formación o la prácticas con aprovechamiento (art. 199.1.b) RELOEX.) ha sido una cuestión controvertida. Se debate en la STSJV 580/2020, de 30 de junio, donde la Delegación del Gobierno denegó a un ciudadano extranjero la modificación a la situación de residencia temporal y trabajo inicial por cuenta ajena por entender que no había finalizado los estudios

que cursó con el aprovechamiento que se exige, ya que tratándose de un título de grado que se debe acabar en cuatro años este tardó el doble de tiempo para finalizarlos con éxito. El tribunal se acoge a lo que ha de acreditarse para la renovación de la autorización de estancia por estudios (art. 40 RELOEx.), dando un notable peso a la información aportada por profesores y autoridades académicas, además que la Administración ya había ido prorrogando su situación sin discusión. En tal sentido, concreta que la Administración no tiene margen de apreciación para discutir el grado de aprovechamiento con que el estudiante había superado sus estudios cuando son las propias autoridades académicas del centro de enseñanza donde obtuvo la graduación, las que afirman y certifican con fundamento que el grado de rendimiento académico ha sido plenamente satisfactorio para acabar obteniendo la titulación que le permite acceder al mercado de trabajo. Señalando el tribunal el indiscutible esfuerzo y los méritos propios sobre la base del esfuerzo y el sacrificio que la persona extranjera invirtió para la consecución de sus estudios, una realidad que no puede ser desconocida por la Administración para denegar la solicitud de modificación de su situación.

Por último, si bien se detalla como la primera posibilidad el acceso a la situación de residencia y trabajo, también podrán acceder a una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, de residencia y trabajo para investigación o de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados, para cuyo acceso deberá cumplir con los requisitos laborales y someterse al procedimiento establecido para la obtención del correspondiente tipo de autorización (art. 199.2 RELOEx.).

#### 3.4.1. Finalización de estudios y posibilidad de buscar trabajo o emprender

La Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores regula en la DA 17ª una vía de acceso en su vertiente de permanencia en España destinada a los estudiantes. Esto es, exclusivamente para aquellos extranjeros que previamente hayan obtenido una autorización de estancia por estudios<sup>709</sup> (art. 33 LOEx y 37 y ss. RELOEx.) y una vez hayan finalizado los mismos en una

---

<sup>709</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Instrucciones DGM 1/2018 sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2016/801: autorización de residencia al estudiante para la búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial*. Dirección General de Migraciones. 21 de diciembre de 2018, p. 3-4. [http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones\\_sgie/documentos/2018/busqueda\\_de\\_empleo.pdf](http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2018/busqueda_de_empleo.pdf)

institución de educación superior alcanzando como mínimo el Nivel 6 de conformidad al Marco Europeo de Cualificaciones (MEC) podrán permanecer en España durante un periodo máximo e improrrogable de doce meses con la finalidad de buscar un empleo adecuado en relación con el nivel de los estudios finalizados o para emprender un proyecto empresarial, sin ser exigible la correspondencia entre empleo y estudios. Sería una alternativa para aquellos estudiantes que no encajen -no cumplan los requisitos- en la posibilidad comentada en el apartado anterior. El MEC incluye unos descriptores que indican los resultados del aprendizaje para una cualificación dentro de un determinado nivel, y el RD 1027/2011, de 15 de julio, por el que se establece el Marco Español de cualificaciones para la Educación Superior, señala la correspondencia de los cuatro niveles del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior con el MEC, que con el nivel 6 del MEC correspondería la enseñanza de Grado (art. 4). La Directiva 2016/801 ofrece esta posibilidad de permanecer en el territorio de un Estado miembro a la finalización de los estudios para buscar un empleo o crear una empresa (art. 25.1) y da potestad a los Estados para decidir el nivel mínimo de grado que deberán alcanzar los estudiantes para acogerse a esta vía de acceso, donde únicamente establece la limitación en el nivel, que no podrá ser superior al nivel 7 del MEC. Eso sí, quedarían descartados<sup>710</sup> de esta posibilidad los empleos que no sean adecuados o para categorías inferiores en relación con el nivel de los estudios finalizados.

La LE establece una serie de facilidades que hace más atractiva esta vía de acceso al mercado de trabajo, en primer lugar, la solicitud de la autorización de residencia para la búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial se realiza por medios electrónicos, en segundo lugar, la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia en la que vaya a residir solo comprobará que se ha obtenido el título o certificado de educación superior u otra prueba de cualificación oficial. Si bien el solicitante ha de contar con seguro médico y el mantenimiento de recursos suficientes, para la acreditación de estos últimos ha de presentar una declaración responsable en la que detallará los medios con los acredite la suficiencia de recursos. La solicitud presentada durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de la autorización de estancia por estudios o durante los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado su vigencia, prorroga la validez de la autorización de forma automática hasta la resolución del procedimiento. El plazo para

---

<sup>710</sup> FÉRNANDEZ COLLADOS, “Régimen de entrada”, *op. cit.*, p. 366.

resolver por la administración es de 20 días y transcurridos estos sin que se haya resuelto sobre la solicitud el silencio que se despliega es positivo, en el sentido de que se entenderá concedida la autorización. Otra cuestión a reseñar es que durante la vigencia de la autorización el extranjero podrá estar acompañado por los familiares que ya le hubieran acompañado durante su estancia por estudios, donde la permanencia de estos estará siempre subordinada a la situación del extranjero autorizado para la búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial.

Si en el mejor de los casos, y durante la vigencia de la autorización otorgada, el extranjero encuentra un empleo adecuado en relación con el nivel de los estudios finalizados o ha emprendido un proyecto empresarial, deberá solicitar la autorización correspondiente de entre las reguladas en la normativa de extranjería o en la LE, dependiendo de la autorización que proceda. Pero también podría ser que una vez finalizados los estudios el extranjero contara con la posibilidad de trabajar por cuenta ajena o propia, lo que posibilitaría que de forma directa pudiera solicitar la autorización respectiva de conformidad con la normativa correspondiente, sin tener que solicitar previamente la autorización de residencia para búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial, que tiene carácter potestativo<sup>711</sup>.

Una cuestión importante es que la obtención de esta autorización no ofrece la posibilidad de trabajar, lo que ofrece la misma es la posibilidad de búsqueda de un empleo o para emprender un proyecto empresarial. Por otro lado, si se solicita una autorización de las contempladas en la normativa de extranjería, deberá darse cumplimiento a lo previsto en el art. 200 RELOEx. que establece el cambio de situación de residencia a la situación de residencia y trabajo, y que exige, para el acceso a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena, cumplir con los requisitos laborales exigidos en el art. 64 RELOEx., excepto someterse a la situación nacional de empleo, pero siempre y cuando se haya permanecido en España durante al menos un año en situación de residencia, donde no hay que olvidar no que venimos de una previa autorización de estancia y que esta no puede considerarse a efectos de entender cumplido el requisito de residencia legal, pero se permitiría una flexibilización en el tiempo de forma excepcional si la persona extranjera acredita una necesidad de trabajar por circunstancias

---

<sup>711</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL, *Instrucciones DGM 1/2018*, op. cit., p. 8.

sobrevenidas para garantizar su subsistencia (art. 200.1 RELOEx.). Otra cuestión es que se solicite una autorización de las contempladas en la LE donde no resultará de aplicación la situación nacional de empleo. Por último, si durante la vigencia de la autorización o transcurridos los doce meses sin haber encontrado trabajo se podría solicitar una nueva autorización de estudios, pero siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos para ello<sup>712</sup>.

#### 3.4.2. Finalización de estudios y posibilidad de acceder al trabajo en prácticas

La Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores en su DA 18ª señala que los extranjeros que hayan obtenido un título de educación superior en los dos años anteriores a la fecha de la solicitud o que ya estén realizando estudios que conduzcan a la obtención de un título de educación superior en España o en el extranjero, puedan participar en un programa de prácticas mediante la firma de un convenio de prácticas o un contrato de trabajo en prácticas con el fin de mejorar sus conocimientos, su práctica y su experiencia en un entorno profesional.

La obtención del título como la realización de los estudios puede ser en España o en otro Estado. Una cuestión a subrayar es que para acceder a esta autorización, si se hace por la vía de la realización de unos estudios en España, es necesario que se posea una previa autorización de estancia por estudios (art. 37.1.a) RELOEx.)<sup>713</sup>.

La posibilidad de permanecer o acceder a España se produce obteniendo una autorización de residencia para prácticas, en el caso de que el extranjero ya se encontrara en territorio español, y del correspondiente visado en el caso de que la persona extranjera no se encuentre o resida en territorio español, y se vehicula el acceso al trabajo mediante la suscripción de un contrato de trabajo en prácticas cuando pueda realizarse el mismo de conformidad con la normativa laboral, teniendo en cuenta que la vía de acceso está regulada en la DA 18ª LE. Otra cuestión a destacar es que las otras autorizaciones previstas para fines de prácticas se mantienen con

---

<sup>712</sup> *Ibid.*, p. 9-11.

<sup>713</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Instrucciones DGM 4/2018 sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la directiva 2016/801/UE: prácticas*. Dirección General de Migraciones. 21 de diciembre de 2018, p. 3.

[http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones\\_sgie/documentos/2018/practicas.pdf](http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2018/practicas.pdf)

carácter residual. En este sentido, la regulada en el art. 37.1.d) RELOEx. para el caso de la autorización de estancia para la realización de prácticas no laborales, o la regulada en el art. 97 y ss. RELOEx. para el caso de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada para una actividad de formación y realización de prácticas profesionales a través de un contrato de trabajo en prácticas<sup>714</sup>.

La Directiva 2016/801 define a la persona en prácticas como un extranjero que posea un título de educación superior o que curse estudios en un país tercero que conduzcan a la obtención de un título de educación superior y que sea admitido en el territorio de un Estado miembro para participar en un programa de prácticas con el fin de mejorar sus conocimientos, su práctica y su experiencia en un entorno profesional (art. 3. 5) Directiva). Sin embargo, la directiva no recoge una definición de lo que ha de entenderse como convenio de prácticas, ni si las prácticas en su conjunto son o no remuneradas o tienen o no carácter laboral<sup>715</sup>, de hecho el considerando 37 señala que el objetivo de la directiva no es regular la admisión y la residencia de nacionales de terceros países a efectos de empleo. Se ha señalado que ha de entenderse como convenio de prácticas, a efectos de la DA 18ª LE, aquellos documentos suscritos entre, al menos, la persona en prácticas y la entidad de acogida que deberán contemplar, en cualquier caso, una formación teórica y práctica, debiendo quedar acreditado que se recibirá una formación real y no serán empleados como el resto de trabajadores, sin perjuicio de que se tenga que respetar el contenido mínimo del convenio de prácticas que señala la DA 18ª.4.a) LE).

Pero el acceso al trabajo, como tal, se produce mediante la suscripción del contrato de prácticas, donde nos encontramos con una dualidad reguladora que añade una cierta complejidad a su entendimiento. En primer lugar, nuestra legislación obliga que se suscriba un contrato de trabajo en prácticas cuando se hayan superado los estudios<sup>716</sup>, esto es, por aquellos que estuviesen en posesión de un título, y que la actividad permita la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados (art. 11.1.a) LET). Por otro lado,

---

<sup>714</sup> *Ibid.*, p. 3-4.

<sup>715</sup> *Ibid.*, p. 2 y 5

<sup>716</sup> CAMPO CABAL, J. M.; ARÁNZAZU, R. M.: “A vueltas con la inmigración selectiva por razón de talento: comentario de urgencia al real decreto-ley 11/2018”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. Aranzadi, S. A. U., núm. 49/2018, p. 19.

si acudimos a la normativa laboral, el art. 11 LET abarca un ámbito subjetivo más amplio que el definido por la DA 18ª LE; posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, pero la LE reduce la posibilidad de acceder a España por esta vía solo a aquellos extranjeros que hayan obtenido un título de educación superior. La pregunta es: ¿qué ha de entenderse por un título de educación superior? Según la Instrucción 4/2018, ha de atenderse a la definición establecida en la normativa española que de conformidad con el art. 3.5 LO 2/2006, de 3 de mayo de Educación, señala como tal a la enseñanza universitaria, las enseñanzas artísticas superiores, la formación superior de grado superior, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado superior y las enseñanzas deportivas de grado superior. Asimismo, no se podrá suscribir un contrato laboral en prácticas ni acceder a esta vía de acceso con cualquier persona extranjera<sup>717</sup>, a diferencia de la regulación establecida por la LET, solo podrá activarse esta vía de acceso cuando este título se haya obtenido en los dos años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud (DA 18ª.1 LE). Una cuestión importante, fruto de la flexibilidad que el legislador ha querido otorgar a esta norma, es que en los supuestos donde se suscribe un contrato de prácticas no se aplicará la situación nacional de empleo. El contenido del contrato de trabajo en prácticas ha de regirse por la regulación establecida en la normativa laboral y ha de incluir el contenido previsto en la DA.4ª para el convenio de prácticas, incluyendo una descripción del programa de prácticas, lo que se ha considerado que con ello se introducen nuevas especialidades no previstas para el contrato de prácticas, y que además son contradictorias: aprender versus puesta en práctica, de ello que la normativa laboral no obligue a pactar un programa de prácticas ya que la finalidad del contrato de prácticas es poner en práctica lo que ya se ha aprendido<sup>718</sup>. Las prácticas se han de efectuar en el mismo campo académico y al mismo nivel de cualificación que el título de educación superior o el programa de estudios de educación superior que se esté cursando<sup>719</sup>.

En cuanto a la duración de la autorización de residencia para prácticas será de seis meses o igual a la duración del convenio de prácticas si esta es inferior, y podrá ser renovada por una

---

<sup>717</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Instrucciones DGM 4/2018*, op. cit., p. 5-6.

<sup>718</sup> CAMPO CABAL; ARÁNZAZU, “A vueltas”, op. cit., p. 19.

<sup>719</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Instrucciones DGM 4/2018*, op. cit., p. 8.

sola vez no pudiendo exceder de un año el periodo total de la autorización inicial y su prórroga. Sin embargo, cuando nos situamos en el contrato de trabajo en prácticas, la duración es la prevista en la legislación laboral aplicable en cada momento, que de conformidad con el art. 11.1.b) LET, la duración del contrato no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de dos años, donde se permite que los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o en su defecto de ámbito inferior, y dentro de estos límites, puedan determinar la duración del contrato, teniendo en consideración las características del sector y de las prácticas a realizar.

Como cuestiones básicas en cuanto al procedimiento de solicitud de la autorización es que la entidad de acogida es la legitimada para presentarla. La autoridad competente resolverá en el plazo de 30 días y si no se resolviera en plazo la autorización se entenderá estimada por silencio administrativo positivo<sup>720</sup>.

#### **4. AUTORIZACIÓN PARA INVESTIGACIÓN O FORMACIÓN. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA LEY 14/2013 DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES**

En último lugar, dentro del mismo Capítulo IV, de los profesionales altamente cualificados, pero al margen de la regulación concreta de los profesionales altamente cualificados del art. 71 LE, encontramos otra vía de acceso que hace referencia a aquellos extranjeros que pretendan acceder a España para realizar actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación en entidades públicas o privadas. Asimismo, es una vía de acceso que también se puede producir a través de la vertiente de la permanencia en España, en el sentido de que podrán acceder a esta situación aquellos extranjeros que ya sean titulares de una autorización de estancia o residencia. Por donde se ubica su regulación, art. 72, dentro del Capítulo IV, habría que entender que a las personas a las que se dirige esta vía de acceso son profesionales altamente cualificados, por lo que debería concurrir esta condición, no obstante la doctrina ha considerado que no se menciona en la norma qué debe concurrir en un investigador para que se le considere altamente cualificado<sup>721</sup>. Dudas sobre los estudiantes que están realizando un doctorado las introdujo la Instrucción DGM 3/2018 sobre la transposición al ordenamiento

---

<sup>720</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>721</sup> CAMPO CABAL; ARÁNZAZU: “A vueltas”, *op. cit.*, p. 9.



jurídico español de la Directiva 2016/801/UE: investigadores, que señaló que las personas que se encuentran realizando un doctorado no podrían acceder a esta autorización ya que estos no tienen la condición de investigador de conformidad con el art. 11.1 RD 1393/2007, de 29 de octubre, por la que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales. Pero se les podría admitir tal condición tras un análisis individualizado del caso concreto y se dé cumplimiento a lo previsto en el art. 72 LE<sup>722</sup>. Y podríamos decir que se cerró el asunto, dando cumplimiento al Considerando 12 de la Directiva 2016/801 que establece que “Cuando proceda, debería alentarse a los Estados miembros a que otorguen a los doctorandos la consideración de investigadores a los efectos de la Directiva”, con la posterior aprobación de los Criterios de aplicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que señala en el criterio 5.3 que “Los doctorandos tendrán la consideración de investigador a los efectos de la Ley 14/2013”<sup>723</sup>. Por lo tanto, hay que señalar que con independencia de lo que se considere por estudiante de doctorado en la ordenación de las enseñanzas universitarias, a efectos de aplicación de la Ley 14/2013 el estudiante de doctorado podría acceder a esta vía de acceso. Y que la norma, al margen de la interpretación que realizó la Dirección General de Migraciones en la Instrucción DGM 3/2018, podríamos decir que ya incluía tal previsión cuando hacía referencia a poseer una cualificación de educación superior adecuada que le permita acceder a programas de doctorado, y por la propia remisión que hace el apartado 2 al apartado 1 del art. 72 LE, donde se incluye la actividad de formación, siempre y cuando la vinculación con la entidad se realice a través de un convenio de acogida o de un contrato de trabajo<sup>724</sup>.

Se podrá acceder a través de la solicitud de un visado, para ello hay que remitirse al art. 62 LE, o de una autorización de residencia para formación o investigación, y siempre que se encuentre dentro de uno de los casos comprendidos en la norma: personal investigador de

---

<sup>722</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Instrucciones DGM 3/2018 sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2016/801/UE: investigadores*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Dirección General de Migraciones. 21 de diciembre de 2018, p. 4-5. [http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones\\_sgje/documentos/2018/investigadores.pdf](http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgje/documentos/2018/investigadores.pdf)

<sup>723</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, *Criterios de aplicación de la Ley 14/2013*, *op. cit.*, p. 11. <http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/UnidadGrandesEmpresas/documentos/2019/CriteriosAplicacionLey14-2013Sellado.pdf>

<sup>724</sup> CAMPO CABAL; ARÁNZAZU, “A vueltas”, *op. cit.*, p. 12.

conformidad con el art. 13 y DA 1ª de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI); personal científico y técnico que lleve a cabo trabajos de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica, en entidades empresariales o centros de I+D+i establecidos en España. En estos dos casos y de conformidad con el art. 13.2 de la LCTI las vinculaciones podrían ser de carácter laboral o funcional, sin embargo, como nos encontramos con extranjeros, la única vinculación posible sería la laboral<sup>725</sup>, y así se desprende del art. 56.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto del Empleado Público (en adelante EBEP), ya que el primero de los requisitos para participar en los procesos selectivos es tener la nacionalidad española, sin perjuicio de lo que dispone el art. 57 EBEP para los ciudadanos europeos, al margen de que los extranjeros con residencia legal en España puedan acceder a las Administraciones públicas como personal laboral (art. 57.4 EBEP). También podrán acceder a esta vía de acceso los investigadores acogidos en el marco de un convenio por organismos de investigación públicos o privados; profesores contratados por universidades, órganos o centros de educación superior e investigación, o escuelas de negocios establecidos en España. El vínculo del investigador con la entidad de acogida puede materializarse a través de: un contrato de trabajo, convenio de acogida o carta de invitación aceptada por el investigador<sup>726</sup>.

La autorización de residencia para investigación tendrá dos modalidades. La primera modalidad es la autorización de residencia para investigación UE. Destinada para aquellos que pueden acceder a este tipo de autorización (art. 72.1 LE) que sean titulares de un doctorado o de una cualificación de educación superior adecuada que le permita acceder a programas de doctorado y hayan sido seleccionados por la entidad de investigación con la finalidad de realizar una actividad investigadora.

El otro tipo de autorización de residencia para investigación es la denominada nacional, y procederá en el resto de casos que no encajen en la autorización anterior, es decir, es una autorización residual a la precedente que encajen con aquellos extranjeros que no entran en el

---

<sup>725</sup> *Ibid.*, p. 9. También en MOLINA NAVARRETE, “La dimensión”, *op. cit.*, p. 73.

<sup>726</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, *Criterios de aplicación de la Ley 14/2013*, *op. cit.*, p. 11.

ámbito subjetivo de la Directiva 2016/801<sup>727</sup>, al no entrar dentro de la definición de investigador; nacional de un país tercero titular de un doctorado o de una cualificación de educación superior adecuada que le permita acceder a programas de doctorado, seleccionado por un organismo de investigación y admitido en el territorio de un Estado miembro para llevar a cabo un proyecto de investigación para el que normalmente se requiere dicha cualificación (art. 3.2) y Considerando 29) Directiva). Es decir, no parece exigirse en esta autorización por la LE que se deba estar en posesión de doctorado o de una cualificación de educación superior adecuada que le permita acceder a programas de doctorado<sup>728</sup>.

El periodo de validez de una autorización de residencia para investigación será de dos años o igual a la duración del convenio de acogida o contrato, cuando esta sea inferior. Y se podrá renovar por periodos sucesivos de dos años cuando se mantengan las condiciones que generaron el derecho. De forma general, la diferencia esencial entre la autorización de residencia para investigación UE respecto a la autorización de residencia para investigación nacional radica en que los titulares de la primera tienen un derecho a la movilidad, en el sentido de que podrán entrar, residir y desarrollar una investigación en uno o varios Estados miembros y ser acompañados por los familiares (art. 72.5 LE).

#### **4.1. Posibilidad de acceder al trabajo finalizada la actividad investigadora**

Otras de las facilidades que se incluyen dentro de esta regulación es que una vez se finaliza la actividad investigadora se ofrece la posibilidad de permanecer en España durante un plazo máximo de doce meses con la finalidad de buscar un empleo adecuado, pero este empleo tendrá que tener relación con el campo de la investigación realizada. Asimismo, esta posibilidad de acceder al trabajo también se posibilita a través de poder permanecer por el mismo tiempo, una vez finalizada la actividad investigadora, para emprender un proyecto empresarial (art. 72.9 LE), donde aquí no se exigiría correspondencia entre la actividad emprendedora y el campo de la investigación realizada<sup>729</sup>.

---

<sup>727</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, M<sup>a</sup>. B.: “Régimen jurídico”, *op. cit.*, p. 333.

<sup>728</sup> CAMPO CABAL; ARÁNZAZU, “A vueltas”, *op. cit.*, p. 14.

<sup>729</sup> *Ibid.*, p. 16

El investigador ha de comunicar por medios electrónicos este deseo a la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de la autorización de residencia y durante los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la misma.

La Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos comprobará con la entidad dedicada a la investigación, que se ha producido la finalización de la actividad investigadora, que dispone de un seguro de enfermedad y el mantenimiento de recursos suficientes. Respecto a esto último, el solicitante deberá presentar una declaración responsable en la que detallará los medios con los que acredite la suficiencia de recursos.

La comunicación prorroga la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento y la UGE resolverá en el plazo de 20 días, donde transcurridos los mismos se entiende estimada por silencio administrativo.

Lo que se produce con la concesión es una prórroga de la autorización de residencia que tiene como finalidad permitir permanecer en España por periodo máximo de tiempo de doce meses para la búsqueda de un empleo adecuado o para emprender un proyecto empresarial, y tomará la forma de renovación<sup>730</sup>. En caso de encontrar un empleo adecuado en relación con el campo de la investigación realizada o de haber emprendido un proyecto empresarial, se deberá solicitar la autorización correspondiente de entre las reguladas en la normativa de extranjería o en la LE. Que en el primer caso comportaría dar cumplimiento a lo previsto en el art. 200 RELOEx., que establece el cambio de situación de residencia a la situación de residencia y trabajo.

## **5. AUTORIZACIÓN PARA INVERSORES**

Nos encontramos con la piedra angular del significado de esta ley que tiene por objeto atraer a determinados extranjeros con un objetivo económico; la autorización dirigida a inversores. Podríamos decir, sin tapujos, que es la otra cara de la moneda de la política de extranjería en España, facilitar el acceso a determinados extranjeros privilegiados que configuran una nueva

---

<sup>730</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, *Criterios de aplicación de la Ley 14/2013*, op. cit., p. 12.

clase social migratoria<sup>731</sup>. Estamos hablando de aquel extranjero que solo va a tener que aportar medios económicos para poder acceder España, realizan una inversión significativa de capital, o que son vistos desde un punto de vista “económico-empresarial”<sup>732</sup>, es decir, es suficiente acreditar un determinado estatus socioeconómico cualitativo por el que se le dará un trato de favor para acceder a España<sup>733</sup>.

Así, estos inversores han de tener el propósito de entrar en territorio español para realizar una inversión significativa de capital. Cuando esto sea así podrán obtener un visado de estancia, o en su caso, de residencia para inversores cuya duración será de un año. Este visado ya sería título suficiente para residir y trabajar en España durante su vigencia (art. 65 LE). La realización de una inversión significativa de capital es el motivo esencial por el que se puede activar esta vía de acceso, el art. 63 LE señala tres formas de cumplirse con ello: una inversión inicial, realizada sobre una determinada cantidad mínima de dos millones de euros en títulos de deuda pública o española, o de un millón de euros en acciones o participaciones sociales de sociedades de capital españolas con una actividad real de negocio, o en fondos de inversión, fondos de inversión de carácter cerrado o fondos de capital de riesgo constituidos en España, o en depósitos bancarios en entidades financieras españolas. Otra forma de entenderse realizada dicha inversión sería a través de la adquisición, por una inversión mínima de 500.000 e., de bienes inmuebles en España. Y por último, otra posibilidad sería la realización de un proyecto empresarial que vaya a ser desarrollado en España y que sea considerado y acreditado como de interés general. Para que sea considerado como de interés general tendría que crear puestos de trabajo, donde tampoco, como en el caso de los emprendedores art. 70.2 LE, se determina una determinada cifra de puestos de trabajo a crear, por lo que cabría deducir que se refiere a más de un puesto de trabajo, que la doctrina ha considerado que podrían ser dos puestos de trabajo por la utilización en plural, así, es probable que fuera suficiente la creación de un empleo adicional al del emprendedor<sup>734</sup>. Otra de las condiciones es que, sin determinar una determinada cuantía, se realice una inversión con impacto socioeconómico de relevancia en el ámbito geográfico en que se vaya a

---

<sup>731</sup> MOLINA NAVARRETE, “La dimensión”, *op. cit.*, p. 55.

<sup>732</sup> MOLINA NAVARRETE, “Pasión reformadora”, *op. cit.*, p. 154.

<sup>733</sup> MOLINA NAVARRETE, “La dimensión”, *op. cit.*, p. 62.

<sup>734</sup> *Ibid.*, p. 64.

desarrollar la actividad, y por último, o realizar una aportación relevante a la innovación científica y/o tecnológica.

Esta vía de acceso también se extiende a los casos en que la inversión significativa de capital se lleva a cabo por una persona jurídica, y el extranjero solicitante del visado posea, directa o indirectamente, la mayoría de sus derechos de voto y tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de su órgano de administración.

El visado de residencia para inversores, que tiene una duración de un año, permite durante la misma residir y trabajar en España. Los efectos del visado de residencia para inversores sufrieron una modificación a través de la DF 11.4 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, ya que en su inicial redacción y de forma expresa los efectos del visado permitían únicamente residir en España durante, al menos, un año.

No obstante, también existe la posibilidad de que la duración se extienda más allá de este año, en cuyo caso se podrá solicitar una autorización inicial de residencia para inversores con validez en todo el territorio nacional (art. 66.1 LE), que se podrá realizar estando en posesión de un visado de residencia para inversores (art. 66.2 LE) o sin ser titular del mismo encontrándose legalmente en España (art. 66.3 LE). Esta autorización inicial tendrá una duración de dos años y podrá ser renovada por periodos sucesivos de cinco años, siempre y cuando se mantengan las condiciones que generaron el derecho (art. 67 LE), y sin señalarse expresamente sus efectos, por correspondencia con los del visado de residencia para inversores, habría que entender que permite residir y trabajar en España.

## **6. REGÍMENES ESPECIALES DE ASILO, PROTECCIÓN SUBSIDIARIA Y ESTATUTO DE APÁTRIDA**

Nos encontramos con unas instituciones que tienen por esencia la protección y salvaguarda de los derechos humanos más básicos. Además, el factor trabajo, va a tener una incidencia notable en las mismas, estamos hablando de los regímenes especiales del asilo, la protección subsidiaria y el estatuto de apátrida. Son situaciones distintas donde el legislador ha tratado de

regularlas de forma diferenciada<sup>735</sup>, siendo su ámbito de aplicación limitado al excluir otras formas de protección humanitaria<sup>736</sup>, pero que de alguna u otra forma las tres tienen un punto en común, son situaciones excepcionales donde su protección va a quedar garantizada por los instrumentos más básicos de protección de los derechos humanos.

De los últimos datos<sup>737</sup> publicados por la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior se constata que de las 84.705 solicitudes presentadas desde el 1 de enero al 30 de noviembre de 2020, 5.067 fueron con resultado favorable: 3.834 sobre la condición de refugiado y 1.233 sobre el estatuto de protección subsidiaria. Por país de origen la mayoría de estas solicitudes fueron presentadas por ciudadanos de origen venezolano: 27.351 y 26.568 de origen colombiano. Un elevado número de estas: 62.351 solicitudes fueron resueltas como desfavorables, pero 40.592 fueron favorables por razones de índole humanitaria. En comparativa, a esta fecha las solicitudes presentadas son ligeramente inferiores respecto a las del año 2019<sup>738</sup>. En este año fueron presentadas 118.446 solicitudes de protección internacional, cifra que dobló a la del año 2018 y multiplicó por cuatro las solicitudes presentadas en el año 2017. La gran mayoría de las solicitudes presentadas en estos últimos cuatro años provienen del continente americano, especialmente las personas solicitantes tienen como país de origen Venezuela o Colombia. De las solicitudes presentadas en el año 2019, 108.837 se realizaron en territorio nacional, que tiene correspondencia con años anteriores, siendo el territorio nacional el lugar predominante de presentación de las solicitudes de protección internacional.

---

<sup>735</sup>LARA AGUADO, A.: “Artículo 34. Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados”, en la obra colectiva: *Comentarios a la ley de extranjería y su reglamento*. Director: Faustino Cavas. Ed. Aranzadi, Madrid, 2011, p. 1.

<sup>736</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, “Artículo 33”, *op. cit.*, p. 571.

<sup>737</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR: *Avance de solicitudes y propuestas de resolución de protección internacional. Datos provisionales acumulados entre el 1 de enero y 30 de noviembre de 2020*. Dirección General de Política Interior. Subsecretaría del Interior. [http://www.interior.gob.es/documents/642012/11504833/Nota\\_avance\\_mensual\\_datos\\_proteccion\\_internacional\\_2020\\_11\\_30.pdf/2add4803-e4ff-4545-9376-b4e38ff3d751](http://www.interior.gob.es/documents/642012/11504833/Nota_avance_mensual_datos_proteccion_internacional_2020_11_30.pdf/2add4803-e4ff-4545-9376-b4e38ff3d751)

<sup>738</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR: OAR. Oficina de Asilo y refugio. *Asilo en cifras 2019*. Subsecretaría del Interior, Dirección General de Política Interior, Subdirección General de Protección Internacional, Oficina de Asilo y Refugio. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, 2020. [http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201562/Asilo\\_en\\_cifras\\_2019\\_126150899.pdf/15f04b97-06e9-4ab0-ba20-7d90ebec1f13](http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201562/Asilo_en_cifras_2019_126150899.pdf/15f04b97-06e9-4ab0-ba20-7d90ebec1f13)

## 6.1. Régimen especial del asilo

Señala el art. 34.3 LOEx. una cuestión determinante para activar esta vía de acceso, la petición de asilo. Esta petición comportará una resolución de la administración que en el mejor de los casos reconocerá una condición; la de persona refugiada, y con ello el reconocimiento del derecho de asilo. No obstante, pensar así nos haría situarnos en un planteamiento estrictamente formalista, un refugiado no ha de esperar a obtener una resolución administrativa para que sea reconocido como tal, la administración no convierte a una persona en refugiada<sup>739</sup>, si esto fuera así correríamos el riesgo de vulnerar una protección básica del derecho de asilo como el principio de no devolución, que queda también integrado en el propio derecho de asilo<sup>740</sup>, como veremos a continuación.

El reconocimiento de esa condición y del derecho de asilo comporta a su vez el derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles. Como se puede percibir, los beneficios que comporta el reconocimiento de la condición de persona refugiada en la LOEx. no deja de ser un recordatorio de lo que expresa la Convención de Ginebra y la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (en adelante LAPS), pero hay que señalar que estas incluyen un amplio reconocimiento de los derechos más básicos de lo que expresa el art. 34.3 LOEx. De ello que se haya considerado que este artículo de la LOEx. no deja de ser solo una norma de remisión<sup>741</sup>.

De forma general, se establecen un conjunto de derechos asociados al estatuto de persona refugiada de acorde con el orden internacional que conforman un mínimo de “civilización jurídico-democrática”. Son derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales<sup>742</sup>. Así, en el derecho español, el derecho de asilo no deja de ser un régimen de derechos y obligaciones que se puede conceder a las personas que son consideradas como

---

<sup>739</sup> ACNUR: *Guía práctica para parlamentarios. Guía sobre el derecho internacional de los refugiados*, núm. 2, 2001, p. 48. También en ESTEBAN DE LA ROSA, “Artículo 33”, *op. cit.*, p. 579.

<sup>740</sup> NODAR MONTES, “El derecho de asilo”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>741</sup> LARA AGUADO, “Artículo 34”, *op. cit.*, p. 8-9.

<sup>742</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Refugiados”, *op. cit.*, p. 19.



refugiadas<sup>743</sup>. Bajo este punto de vista y haciendo una secuencia en el tiempo, si bien inicialmente el tratamiento que se hace de la persona refugiada es de carácter asistencial, el objetivo final, con el reconocimiento de este conjunto de derechos, es que la acogida esté orientada a la integración social que se alcanzará cuando estos pueden participar en la sociedad de acogida en condiciones de igualdad en relación a los nacionales<sup>744</sup>

La condición de persona refugiada supondrá su no devolución ni expulsión en los términos del art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Sin embargo, esta disposición tal y como está desarrollada entraría en contradicción con el propio principio de no devolución que garantiza la Convención de Ginebra de 1951. Con esto queremos decir que una persona que reúna los criterios del art. art. 1. A de la Convención es refugiada, y que la determinación de la condición de refugiado por parte de una administración es declarativa, no convirtiéndose una persona en refugiada por esa resolución, sino que se le reconoce tal condición porque es refugiada. De ello que el principio de no devolución no solo se aplique a los refugiados que han sido declarados como tal, sino que también a los que no han sido declarados formalmente su estatuto<sup>745</sup>.

El art. 34.3 LOEx. señala los efectos de la resolución favorable sobre la petición de asilo en España. Como vemos, no existe un desarrollo expreso de esta protección en la normativa de extranjería ya que se hace una remisión a la derogada Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Su regulación está expresamente definida en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (LAPS), que es la norma básica que tiene por objeto establecer los términos en que las personas extranjeras y las apátridas puedan gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de esta protección internacional (art. 1 LAPS). Asimismo, es el RD 203/1995 el reglamento de aplicación de esta LAPS. Si bien la Ley 12/2009 incluye en su DF 3ª que se autoriza al

---

<sup>743</sup> M. SÁNCHEZ V.: “Refugiados, asilo, protección subsidiaria y temporal (I)”, en la obra colectiva: *Nacionalidad y extranjería*. Directores: Carmen Parra, Marc Giménez. Ed. Huygens, Barcelona, 2016, p. 99-100.

<sup>744</sup> MIÑARRO YANINI, M.: *La dimensión social del Derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio-laboral de los “refugiados”*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2018, p. 100.

<sup>745</sup> ACNUR: *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, Ginebra, 2007, p. 3. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf>

Gobierno para dictar, en el plazo de seis meses, cuantas disposiciones de carácter reglamentario exija el desarrollo de la misma, a día de hoy sigue estando vigente el antiguo Real Decreto 2013/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (RALACD). Ley de 1984 derogada por la entrada en vigor de la LAPS. No obstante, el reglamento de desarrollo de la LAPS será de aplicación en cuanto no se oponga a lo establecido en esta última (DDU LAPS).

La LAPS establece la protección del asilo respecto aquellas personas nacionales no comunitarias o a los apátridas que se le reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el art. 3 LAPS y en la Convención de Ginebra añadiendo el Protocolo de 1967.

En cuanto a la definición de la condición de refugiado establecida en el art. 3 LAPS podemos considerar que la conforman distintas características de carácter inclusivo, esto es acumuladas todas y cada una de ellas la persona reuniría la condición de refugiada, y otras características que en sentido negativo excluyen, deniegan o revocan a la persona de tal condición (art. 8 y 9 LAPS).

Para reconocer a una persona la condición de refugiada se tiene que dar una situación que como consecuencia de fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, y encontrándose fuera del país de su nacionalidad, no pueda, o a causa de esos temores, no quiera acogerse a la protección de ese país. La doctrina ha considerado que la interpretación de lo que ha de entenderse por temores fundados de ser perseguido si se le devuelve al país de origen ha de estudiarse desde una valoración amplia teniendo en consideración el posible riesgo que anteponga la protección de la persona afectada<sup>746</sup>.

En cuanto al apátrida que carece de nacionalidad se le reconocerá la condición de persona refugiada cuando se encuentre fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, y que por los mismos motivos anteriores no pueda o, a causa de esos temores, no quiera regresar a él.

---

<sup>746</sup> MONEREO PÉREZ, "Refugiados", *op. cit.*, p. 51-52.

La jurisprudencia ha señalado que la exigencia de una persecución y un temor fundado y racional por parte del perseguido conforman el elemento objetivo y subjetivo de la institución del asilo, y que deberán darse estos elementos para que la persona pueda encuadrar en la condición de refugiado (STS-CA 124/2016, de 25 de enero).

El art. 6 LAPS define que los actos en que se basen los fundados temores a ser objeto de persecución han de reunir unas determinadas características. El Tribunal Supremo (STS-CA 2194/2016, de 11 de octubre)<sup>747</sup> ha determinado que lo que pretende este precepto es objetivar la clase de actos de persecución que son necesarios para que los fundados temores de persecución sean fundados, donde se excluiría cualquier otro acto que tenga una relevancia menor. Y que es un gran problema acreditar, por su dificultad, los extremos relativos a una persecución real y efectiva, debido a que una persona que sale de su país por motivos de persecución, hostigamiento o violencia no suele estar en condiciones de obtener medios probatorios que puedan acreditar de forma directa estas conductas. De ello que se haya aceptado que en materia de asilo es aceptable una prueba semiplena o indiciaria, un intento serio tendente a justificar en la medida de lo racionalmente posible las alegaciones, es decir, en esta materia se infiere un criterio de atenuación de la carga de la prueba, pero no una exoneración total de la misma, bastando unos indicios suficientes que han de existir y es carga del solicitante aportarlos (STS-CA 3708/2012, de 31 de mayo)<sup>748</sup>. Por otro lado, de su evaluación por parte de los Tribunales ha de extraerse la presencia de un temor fundado a padecer persecución en su país de origen, por lo motivos señalados en la LAPS y que provenga por la acción o por omisión probada de agentes gubernamentales, en un sentido amplio de la expresión, sin que el derecho de asilo sea el instrumento jurídico idóneo para conjurar las supuestas amenazas para la vida, integridad física o libertad del peticionario cuando procede de personas o grupos ajenos al Estado, de delincuentes comunes o del crimen organizado, a no ser que no haya podido obtenerse la tutela o protección del Estado, o porque no haya podido o no haya querido dispensarla. Pero también hay que señalar que la naturaleza fundamental del derecho de asilo determina que el examen y la apreciación de las circunstancias que lo determinan no se realice con criterio restrictivo, siendo suficiente

---

<sup>747</sup> También en STS-CA 2458/2016, de 17 de noviembre; STS-CA 1495/2014, de 15 de abril; STS-CA 303/2014, de 6 de febrero; STS-CA 2112/2013, de 6 de mayo, entre otras.

<sup>748</sup> También en STS-CA 3826/2012, de 21 de mayo; STS-CA 3441/2005, de 30 de mayo; STS-CA 2067/2005, de 6 de abril, entre otras.

alcanzar una convicción racional de su realidad para acordar la declaración pretendida, es decir, lo que se desprende del art. 26.2 LAPS al señalar la expresión “indicios suficientes” (STS 1495/2014, de 15 de abril). Los actos han de ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos fundamentales, de forma particular los derechos que no pueden ser objeto de excepciones al amparo del 15.2 CEDH, como son el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, prohibición de esclavitud o servidumbre, y el derecho a no ser condenado sin ley. Además, los actos deberán ser una acumulación lo suficientemente grave de varias medidas, incluidas las violaciones de derechos humanos, como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada anteriormente. Estos actos de persecución pueden ser definidos, entre otras formas, como actos de violencia física o psíquica, incluidos los de violencia sexual; medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de forma discriminatoria; procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios; denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias; procesamientos o penas por la negativa a prestar servicio militar en el que el cumplimiento de dicho servicio conllevaría delitos o actos comprendidos en las cláusulas de exclusión del art. 8.2 LAPS; y actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños. No obstante, estos actos de persecución definidos anteriormente deberán estar relacionados con los motivos de persecución definidos en el art. 7 LAPS, que señala de forma particular los elementos a tener en cuenta al valorar los motivos de persecución.

Las herramientas que puede utilizar la administración para la comprobación de los hechos aducidos por el solicitante en algunos casos pueden entrar en colisión con derechos fundamentales. Es el caso tratado en la STSJUE Asunto C-473/16<sup>749</sup>, en la que un ciudadano de origen nigeriano presentó una solicitud de asilo en Hungría la cual fue rechazada. El motivo que esgrimía la Oficina de Inmigración y Nacionalidad de Hungría es que las declaraciones del solicitante no eran creíbles sobre la base de un informe pericial psicológico. La Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección

---

<sup>749</sup> STSJUE asunto C-473/16, de 25 de enero de 2018, F y Bevándorlasi és Állampolgársági Hivatal.

contenida, señala en el considerando número 30 que a efectos de definir un determinado grupo social, se tendrá debidamente en cuenta, en la medida en que estén relacionadas con los temores fundados del solicitante a ser perseguido, las cuestiones relacionadas con el sexo del solicitante, incluida la identidad de género y la orientación sexual, que pueden estar vinculadas a ciertas tradiciones jurídicas y costumbres de las que puede derivarse, por ejemplo, la mutilación genital, la esterilización forzada o el aborto forzado. Sobre la base de esta posibilidad de acceder a la protección del asilo, el ciudadano de origen nigeriano solicitó a las autoridades húngaras esta protección sobre la base de que tenía fundados temores de ser perseguido en su país de origen por razón de su homosexualidad. Si bien la administración húngara consideró que las declaraciones del solicitante no adolecían de contradicciones sustanciales, denegó la solicitud sobre la base de un informe pericial de un psicólogo que consistía en un examen exploratorio, un examen de personalidad y varios test de personalidad que resultaron suficientes para que el psicólogo concluyera que estos exámenes no corroboraban las afirmaciones del solicitante relativas a su orientación sexual. El solicitante impugnó la decisión al órgano jurisdiccional competente alegando que los tests psicológicos a los que se le había sometido vulneraban de forma grave sus derechos fundamentales y no eran adecuados para acreditar su orientación sexual. Este órgano decidió plantear varias cuestiones prejudiciales centradas en el examen pericial de un psicólogo forense basado en tests de personalidad proyectivos. El Tribunal señaló que las declaraciones del solicitante que solicita la protección son el punto de partida en el proceso de examen de los hechos y circunstancias previstos en el art. 4 de la Directiva 2011/95, así aún correspondiendo al solicitante identificar tal orientación, que constituye un factor importante de su ámbito personal, las solicitudes motivadas por un temor a ser perseguido por dicha orientación, al igual que las solicitudes basadas en otros motivos de persecución, pueden ser objeto de un proceso de valoración, que no significa que sea necesario siempre evaluar la credibilidad de la orientación sexual del solicitante en el marco de la valoración de hechos y circunstancias para pronunciarse sobre una solicitud. Los medios de los que pueden valerse las autoridades no son limitados, ni excluyen recurrir a informes periciales, pero los métodos de un posible informe pericial deben respetar el resto de disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión Europea, en especial, los derechos fundamentales garantizados por la CDFUE, como el derecho a la dignidad humana (art. 1 CDFUE) o el respeto a la vida privada y familiar (art. 7 CDFUE). Así, el tribunal señaló que el art. 4 de la Directiva no se opone a que la autoridad responsable de examinar las solicitudes o los órganos jurisdiccionales que conozcan de un recurso contra una

resolución de dicha autoridad ordenen un examen pericial para la valoración de los hechos y las circunstancias relativas a la orientación sexual alegada por el solicitante, pero siempre y cuando los métodos empleados en este informe pericial respeten sus derechos fundamentales y que la autoridad decisoria y los mismos órganos jurisdiccionales no fundamenten su decisión solo en las conclusiones de dicho informe. En cuanto a la realización de los test psicológicos a los que fue sometido el solicitante, el Tribunal señaló que incluso cuando estos están subordinados a la expresión del consentimiento por parte del solicitante, este consentimiento no se presta con libertad dado que viene impuesto por la presión de las circunstancias en las que se encuentran los solicitantes de protección internacional, por lo que realizar y utilizar exámenes psicológicos, como a los que fue sometido el solicitante, constituye una injerencia en el derecho de esta persona al respeto de su vida privada. Así, la incidencia de un examen de este tipo sobre la vida privada del solicitante parece desproporcionada en relación con el objetivo perseguido, ya que la gravedad de la injerencia, en este caso de especial gravedad, sobre el derecho al respeto de la vida privada, no se puede considerar proporcional a la utilidad que se podría derivar de ella para la valoración de hechos y circunstancias. Concluyendo que de la interpretación conjunta de todos los elementos se deduce que la gravedad de la injerencia en la vida privada que resulta de la realización y utilización de un dictamen pericial de este tipo, que tiene como finalidad proporcionar una imagen la orientación sexual del solicitante, va más allá de la que supondría evaluar las declaraciones del solicitante de protección internacional sobre el temor de ser perseguido por su orientación sexual o recurrir a un informe pericial que tenga un objeto distinto de determinar la orientación sexual del solicitante.

Siguiendo con la LAPS, en sentido negativo, quedarán excluidas de ser consideradas en la condición de personas refugiadas aquellas que estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la sección D del artículo 1 de la Convención de Ginebra por lo que hace a la protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Sin embargo, cuando esta protección o asistencia haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente de conformidad con las Resoluciones aprobadas sobre el particular por la Asamblea General de las Naciones Unidas, estas personas tendrán, “ipso facto”, derecho a los beneficios del asilo regulados en la LAPS. Asimismo, quedarán excluidas las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia les hayan

reconocido los derechos y obligaciones que son inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país, o derechos obligaciones inherentes a ellos. Por otro lado, quedarán excluidas las personas extranjeras sobre las que existan motivos fundados para considerar que han cometido un delito, incluyendo las personas que inciten a la comisión de los delitos o actos o bien participen en su comisión, contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales que establecen disposiciones relativas a tales delitos. Y también, las que hayan cometido fuera del país de refugio antes de ser admitidas como refugiadas, un delito grave de conformidad con el Código Penal español y que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de delincuencia organizada, incluida la señalada en el art. 282.bis.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.). Quedarían también excluidas de la condición de persona refugiada cuando existan motivos fundados para considerar que son culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas establecidos en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas (art. 8 LAPS).

Y con el mismo sentido negativo se denegará el derecho de asilo a las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, y las personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave, constituyan una amenaza para la comunidad (art. 9 LAPS).

## **6.2. Régimen especial de la protección subsidiaria**

Otra forma de protección o vía legal de acceso a España es a través del régimen especial de la protección subsidiaria. Con la entrada en vigor de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se introduce una vía legal de acceso que configura una nueva figura de protección al margen del asilo, donde anteriormente no estaba dotada de entidad propia. Si bien se unifican en una misma ley y con las mismas pautas, el derecho de asilo y la protección subsidiaria son instituciones distintas, con un ámbito subjetivo de aplicación diferenciados, el asilo se dirige a los refugiados, los segundos no encajarían en esta definición, pero cabría la posibilidad de otorgarse una protección sobre la base de que el solicitante reúna unas características determinadas establecidas en el art. 4 LAPS. Esta

diferenciación asilo-refugio nace a través de la promulgación de la LAPS al considerar el legislador que son figuras opuestas y que se creaban situaciones de confusión y abuso, en especial, con el objetivo de impedir su utilización fraudulenta con fines de inmigración económica<sup>750</sup>, pero se siguen utilizando en su regulación las mismas pautas que con el derecho de asilo y tiene el objetivo de seguir con el propósito de que las personas beneficiarias de tal protección reciban amparo frente a los riesgos para su vida, integridad física o libertad<sup>751</sup>.

El derecho a la protección subsidiaria se dispensa a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir algún daño grave de los previstos en el art. 10 LAPS, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate. De forma general podemos considerar que son casos en los que existe una guerra civil, una ruptura generalizada del orden público o la ocupación por un país extranjero<sup>752</sup>. Como daños graves se define: la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante; o las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno. No quedarían incluidas dentro de esta protección, aunque se hace una apreciación respecto la posibilidad de una evolución en su interpretación, las personas que huyen de catástrofes humanitarias o de la pobreza extrema<sup>753</sup>. Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con el asilo, donde el relato personal de persecución adquiere una relevancia primordial para su concesión, en la protección subsidiaria habrá que ponderar no tanto la credibilidad del relato sino la actuación de su país de origen y el riesgo de sufrir alguno de los daños graves señalados en el art. 10 LAPS, es decir, un análisis de la situación del país de origen y del modo en que este afecta a

---

<sup>750</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “*Algunas notas*”, *op. cit.*, p. 310.

<sup>751</sup> PALOMAR OLMEDA, A; VÁZQUEZ GARRANZO, J.: “El Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria”, en la obra colectiva: *Tratado de Derecho de Extranjería. Aspectos Civiles, Penales, Administrativos y Sociales*. Coordinador: Alberto Palomar. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, p. 727.

<sup>752</sup> TORRES RODRÍGUEZ, A.M.: ”Capítulo 20. Derecho de asilo y condición de refugiado. Protección subsidiaria”, en la obra colectiva: *Memento experto extranjería*. Coordinadores: Blas Jesús Imbroda, Carmen Ruiz. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 287.

<sup>753</sup> M. SÁNCHEZ, “Refugiados”, *op. cit.*, p. 102.



la persona (STS-CA 4608/2015, de 4 de noviembre)<sup>754</sup>, de ello que sea necesario en numerosas ocasiones de disponer de informes para valorar la situación existente en el país de origen.

Asimismo, en la persona solicitante de la protección subsidiaria no han de concurrir alguna de las causas de exclusión definidas en el art. 11 LAPS, cuando existan fundados motivos para considerar que: han cometido un delito contra la paz, un delito contra la guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales que establecen disposiciones relativas a tales delitos; han cometido fuera del país de protección y antes de ser admitidas como beneficiarias de la protección subsidiaria, un delito grave de conformidad con el Código Penal español y que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas así como en los casos de delincuencia organizada, incluida la definición de la misma que se da por el art. 282.bis.4 de la LECrim., en relación con los delitos enumerados. También son causas de exclusión cuando existan fundados motivos para considerar que las personas solicitantes: son culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas establecidos en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas; o que constituyen un peligro para la seguridad interior o exterior de España o para el orden público. Esto también se aplicará a quienes inciten a la comisión de los delitos o actos mencionados anteriormente o bien participen en su comisión. Y por otro lado, existirían unas causas tasadas de denegación de la protección subsidiaria a: las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España; las personas que habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad (art. 12 LAPS).

### **6.3. Aspectos en común del derecho de asilo y la protección subsidiaria**

En cuanto a quiénes pueden ser los agentes de persecución o los causantes de estos daños graves la LAPS (art. 13) señala, entre otros, por lo que no es una lista cerrada, al Estado, donde podrían incluirse las distintas instituciones que lo conforman y que pueden ejercer el monopolio de la coacción legítima. En segundo lugar, donde se podrían incluir diversas

---

<sup>754</sup> También en STS-CA 5908/2012, de 21 de septiembre; STS-CA 303/2014, de 6 de febrero; STS-CA 1987/2016, de 26 de julio.

formas de constitución de un Estado, los partidos u organizaciones, siempre y cuando tengan un control sobre el Estado o una parte considerable de su territorio. Y en último lugar, los agentes no estatales, cuando los agentes mencionados anteriormente, incluidas las organizaciones internacionales, no puedan o no quieran proporcionar protección efectiva contra la persecución o los daños graves.

En cuanto a los agentes que pueden proporcionar la protección se incluirían el Estado, o los partidos u organizaciones, incluidas las organizaciones internacionales, que controlen el Estado o una parte considerable de su territorio (art. 14 LAPS).

Asimismo, los fundados temores de ser perseguido o el riesgo real de sufrir daños graves no han de darse solo cuando la persona se encuentra en su país de origen, sino que pueden fundamentarse en acontecimientos sucedidos o actividades en que haya participado la persona solicitante con posterioridad al abandono del país de origen o, en el caso de apátridas, el de residencia habitual, especialmente si se demuestra que estos acontecimientos o actividades constituyen la expresión de convicciones u orientaciones mantenidas en el país de origen o de residencia habitual (art. 15.1 LAPS). Es lo que se denomina por la LAPS como necesidades de protección internacional surgidas “in situ”. Pero habrá que tener en consideración que si el riesgo de persecución está basado en circunstancias expresamente creadas por el solicitante posteriormente al abandonar su país de origen o, en el caso de apátridas, el de su residencia habitual, se ponderará a los efectos de no reconocer la condición de refugiado.

### 6.3.1 Aspectos en común respecto a la solicitud de protección internacional

El art. 34.3 LOEx. no indica en qué situación se encuentra el solicitante de asilo mientras se resuelve la solicitud, tampoco señala la LOEx. la del solicitante de la protección subsidiaria. Mientras no se haya evaluado de forma imparcial la solicitud el solicitante de asilo no puede ser expulsado ya que el principio de no devolución también le es aplicable a los refugiados que no se les ha declarado formalmente su estatuto<sup>755</sup>. Es una garantía señalada en el art.19

---

<sup>755</sup> ACNUR: *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, Ginebra, 26 de enero de 2007, p. 3. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf>

LAPS para los solicitantes de protección internacional en la que no podrán ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud o esta no sea admitida. Al margen de que los efectos de la presentación de una solicitud se pueden anticipar, con esto se quiere decir que hay que diferenciar entre formulación y formalización de la solicitud<sup>756</sup>. La Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, incluye el deseo de solicitar protección, esto es, manifestar la necesidad de protección internacional (art. 6), y se garantiza que la persona que haya formulado una solicitud de protección tenga efectivamente la oportunidad de presentarla lo antes posible, así, los efectos de esta manifestación serán los mismos que los de la solicitud presentada en forma respecto los derechos de los solicitantes. Por otro lado, la situación administrativa ha de determinarse de conformidad con los arts. 17 a 19 LAPS<sup>757</sup>. En primer lugar, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional (art. 17.2 LAPS), lo que para el Tribunal Supremo también significa que dicha irregularidad no resulta determinante a efectos de la situación del solicitante (STS 118/2020, de 29 de julio). Las personas solicitantes de protección internacional, siempre que carezcan de recursos económicos, se les proporcionará los servicios sociales y de acogida necesarios con la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de extranjería (art. 30 LAPS). Toda solicitud de asilo presentada en territorio español comportará la autorización de permanencia provisional en España, cualquiera que sea la situación jurídica del solicitante según la legislación de extranjería o la documentación de que disponga, sin perjuicio de las medidas cautelares que sean de aplicación en los casos que señala en el art. 14 RALACD o en los casos de inadmisión a trámite (art. 11.1 RALACD). Es decir, y de conformidad también con los arts. 17 a 19 LAPS, la mera presentación de la solicitud en España comporta estos efectos<sup>758</sup>. Cuando la solicitud se presenta en un puesto fronterizo y se admite a trámite, o transcurre el plazo fijado de cuatro días para acordar la inadmisión, o el plazo para la denegación de la solicitud en frontera, la petición de reexamen, o del previsto para resolver el recurso de reposición sin que se haya notificado la resolución de forma expresa, determinará su

---

<sup>756</sup> TORRES RODRÍGUEZ, A.M.: “Capítulo 21. Procedimiento para solicitud y reconocimiento de protección internacional”, en la obra colectiva: *Memento Experto Extranjería*. Coordinadores: Blas Jesús Imbroda, Carmen Ruiz. Ed. Francis Lefebvre, 2019, Madrid, p. 291.

<sup>757</sup> LARA AGUADO, “Artículo 34”, *op. cit.*, p. 9.

<sup>758</sup> *Ibid.*, p. 9.

tramitación por el procedimiento ordinario, así como la autorización de entrada y permanencia provisional en España de la persona solicitante (art. 21.5 LAPS). Todo ello es lo que se desprende también de la Directiva 2013/32/UE al señalar que los solicitantes de protección internacional estarán autorizados a permanecer en el territorio del Estado miembro hasta que la autoridad decisoria haya dictado una resolución (art. 9.1).

Por otro lado, las personas solicitantes de protección internacional serán autorizadas para trabajar en España (art. 32 LAPS), pero se hace una remisión a la norma reglamentaria. Como vemos podría parecer que esto sería absoluto “serán autorizadas para trabajar”, pero si nos introducimos en su regulación esto quedará muy condicionado. En primer lugar, el art. 15.2 RALACD lo señala como una potestad: “el solicitante de asilo podrá ser autorizado a trabajar por la autoridad competente”, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente de extranjería, y lo condiciona en función de las circunstancias del expediente y a la situación del interesado. En segundo lugar, el RELOEx. en su DA 21ª indica que los solicitantes de protección internacional estarán autorizados para trabajar en España una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que esta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado, en este sentido, hay que recordar que transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud sin que se haya notificado la correspondiente resolución la misma podrá entenderse desestimada (art. 24.3 LAPS), pero que el art. 23 LPACAP permite la ampliación del plazo máximo para resolver y notificar<sup>759</sup>. Por lo tanto, existe una potestad discrecional de la administración y un condicionante básico, el periodo de aguante de seis meses, que dificultan la posibilidad de trabajar del solicitante de asilo. Si bien, podría realizarse otra interpretación más favorable con tal de evitar esa espera, el legislador y regulador de la protección internacional ha diluido las expectativas remitiéndose a la restrictiva normativa de extranjería, de ello que la doctrina<sup>760</sup> haya considerado que es un plazo necesario que el solicitante ha de aguardar para tener derecho al trabajo.

---

<sup>759</sup> PALOMAR OLMEDA; VÁZQUEZ GARRANZO, “El Derecho de Asilo”, *op. cit.*, p. 737.

<sup>760</sup> AAVV; CAMAS RODA (Dir.), *Manual, op. cit.*, p. 263-264. También SAGARRA TRÍAS, E.: “Disposición adicional decimoséptima. Autorización de trabajo de los extranjeros solicitantes de asilo”, *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 1003-1005.

Lo que sí podrá el solicitante es acudir a los servicios sociales y de acogida respetando los términos establecidos en el art. 30 LAPS. Por otro lado, los solicitantes de protección internacional gozarán de libertad de circulación por España, que a su vez comportará la libertad de trabajar en cualquier parte del territorio nacional cuando tenga esa posibilidad. Así lo ha determinado la STS 1128/2020, de 29 de julio. El caso trata sobre una persona extranjera que solicitó protección internacional en la ciudad de Ceuta y donde la administración admitió a trámite la solicitud, le documentó como solicitante de protección internacional, pero limitando su validez solo en Ceuta, en el sentido de limitar la libre circulación sin poder desplazarse por el resto del territorio nacional. El Tribunal Supremo señaló que la LAPS no señala particularidades o limitación alguna en relación con los solicitudes realizadas en Ceuta o Melilla, refiriéndose en todo momento y de manera reiterada al territorio nacional, sin excepciones al respecto, de manera que los solicitantes de protección internacional en Ceuta y Melilla quedan en la misma situación y con los mismos derechos que todos los solicitantes en España. La admisión a trámite de la solicitud de protección internacional comporta para el solicitante la autorización, aunque sea de carácter provisional, para la permanencia en territorio español, sin distinción de lugar o limitación a una parte del territorio nacional, pudiendo obtener autorización para trabajar.

#### 6.3.1. Los derechos garantizados con el asilo y la protección subsidiaria

En primer lugar, señala el art. 5 LAPS que la protección concedida con el derecho de asilo y la protección subsidiaria consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a las que se les haya reconocido, sin embargo la protección no se agotaría con este derecho esencial, sino que se ha de ir más allá, como bien señala el art. 14.2 LAPS, de forma general, se entenderá que existe protección cuando los agentes de protección adopten medidas razonables y efectivas para impedir la persecución o el padecimiento de daños graves, tales como el establecimiento de un sistema jurídico eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución o de daños graves, siempre que el solicitante tenga acceso efectivo a la protección.

Por otro lado, la protección también lleva aparejada la adopción de una serie de medidas configuradas por la propia LAPS y en las normas que la desarrollen, en la normativa de la UE y en los Convenios internacionales ratificados por España. Así, el art. 36 LAPS señala que la

concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la UE, y, en todo caso: la protección contra la devolución de conformidad con los tratados internacionales firmados por España; el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones relacionados con el contenido de la protección internacional concedida en una lengua que sea comprensible a la persona objeto de protección; la expedición de documentos de identidad y viaje a quienes les sea reconocida la condición de refugiado y, cuando sea necesario, para quienes se beneficien de la protección subsidiaria; el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales, a los derechos reconocidos respecto a la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de género y a los programas de integración en las mismas condiciones que los españoles; el mantenimiento de la unidad familiar en los términos previstos en la LAPS y acceso a los programas de apoyo que a tal efecto puedan establecerse.

### 6.3.2. Derecho del trabajo (derechos particulares) en la concesión del asilo o de la protección subsidiaria

De los derechos antes enunciados hemos ubicado de forma separada a aquellos derechos que tienen conexión directa o indirecta con el derecho del trabajo. La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria no solo provoca que se otorguen una serie de derechos básicos con tal de que la persona objeto de protección tenga un normal desenvolvimiento de su vida personal y familiar y se favorezca, en parte, su integración. Existen otros derechos que van a ser el punto fundamental de su integración y con estos se les ofrece una oportunidad de alcanzar una vida digna, hablamos de los derechos que afectan al trabajo de las personas objeto de esta protección. El derecho al trabajo es un requisito previo con el que se asegura un medio de vida que hace que se disminuya la vulnerabilidad, aumenta la capacidad de recuperación y permite acceder a una vida digna<sup>761</sup>. El trabajo es tan necesario para los refugiados y otras personas desplazadas de forma forzosa que ACNUR y la OIT firmaron en 2016 un memorando para ayudar a estos a buscar trabajo. El acuerdo incluye diversas acciones a largo plazo que se centran en la búsqueda de trabajo, la protección de sus derechos,

---

<sup>761</sup> ZETTER R.; RUAUDEL, H.: “El derecho de los refugiados al trabajo y al acceso a los mercados laborales: limitaciones, retos y caminos a seguir”. *Revista migraciones forzadas*, núm. 58, 2018, p. 4.

medidas a favor de su inclusión, y igualdad de trato en el acceso al trabajo y a los medios de vida, así como a la protección social<sup>762</sup>.

El derecho a un empleo remunerado ya viene señalado en la Convención de Ginebra de 1951, señalando el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de países extranjeros, considerándose de forma general que, en relación a la interpretación de estas disposiciones, el derecho a un empleo remunerado, en definitiva, debe ser atribuido con el trato más favorable posible<sup>763</sup>. Y por lo que hace a las medidas restrictivas que se imponen para proteger el mercado de trabajo nacional, para que no se apliquen a los refugiados, se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos, sin perjuicio que de forma general se oriente a la asimilación de derechos, en lo que concierne a la ocupación de empleos remunerados, respecto a los nacionales (art. 17). Aún pudiéndose interpretar que la Convención podría ser laxa en este aspecto, en lo que concierne al acceso al trabajo, lo que favorecería la adhesión por parte de los Estados a la Convención, la realidad es que de los 145 Estados parte que la firmaron casi la mitad afirman que tienen sus reservas en este asunto y los que conceden el derecho al trabajo suelen imponer condiciones<sup>764</sup>. Sí que detalla la CER que a los refugiados reconocidos se les concederá el mismo trato que a los nacionales por lo que respecta a la remuneración, incluidos los subsidios familiares cuando formen parte de la remuneración, horas de trabajo, horas extraordinarias, vacaciones remuneradas, restricciones al trabajo a domicilio, edad mínima de empleo, aprendizaje y formación profesional, trabajo de mujeres y de adolescentes y disfrute de los beneficios de los contratos colectivos de trabajo, en la medida en que estas materias estén regidas por leyes o reglamentos, o dependan de las autoridades administrativas. El mismo trato corresponderá respecto a la protección sobre accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, invalidez, vejez, fallecimiento, desempleo, responsabilidades familiares y cualquier otra contingencia que, de conformidad con las leyes o reglamentos nacionales, esté prevista en un plan de seguro social. En cuanto a la indemnización por la muerte de un refugiado como consecuencia

---

<sup>762</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: “Nuevo acuerdo entre el ACNUR y la OIT para ayudar a las personas desplazadas a encontrar trabajo”. 1/07/2016. [https://www.ilo.org/pardev/news/WCMS\\_495748/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/pardev/news/WCMS_495748/lang--en/index.htm)

<sup>763</sup> AAVV; CAMAS RODA (Dir.), *Manual, op. cit.*, p. 261.

<sup>764</sup> ZETTER, RUAUDEL, “El derecho”, *op. cit.*, p. 4.

de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, no sufrirá menoscabo por el hecho de que el derecho-habiente resida fuera del territorio del Estado que lo acogía (art. 24 CER).

Al margen de los derechos enunciados en el apartado anterior, los reconocidos en la Convención de Ginebra y en la normativa de extranjería e inmigración o en la normativa de la UE, tendrán, en todo caso, el derecho: a la autorización de residencia y trabajo permanente, de conformidad con los términos establecidos en la LOEx., lo que comporta que se les autorice a residir y trabajar en España indefinidamente y en las mismas condiciones que los españoles (art. 36.1.c) LAPS, art. 32.3.bis. LOEx. y 148.3.f) RELOEx.), de acceso a los servicios públicos de empleo; en su caso, al sistema de la seguridad social, de acceso a la formación continua u ocupacional y al trabajo en prácticas, así como a los procedimientos de reconocimiento de diplomas y certificados académicos y profesionales y otras pruebas de calificaciones oficiales expedidas en el extranjero, en las mismas condiciones que los españoles, y por último; a la libertad de circulación (art. 36.1 LAPS).

Se ha concretado que a nivel mundial la integración de los refugiados en los mercados laborales en los países sigue siendo un reto, y que estos tienen una tasa de empleo más baja en comparación con la población nativa y otros migrantes, lo que comporta que sean uno de los grupos más vulnerables del mercado laboral<sup>765</sup>. En la mayoría de los países existe un enfoque restrictivo del derecho al trabajo de los refugiados, con independencia de que sean economías con ingresos bajos o altos, encontrándose en estos últimos países como el Reino Unido<sup>766</sup>. Por ejemplo, en Alemania en el tercer trimestre de 2019 solo alrededor del 40% de la población de refugiados en edad de trabajar tenía empleo, pero según se indica, la integración de los refugiados en el mercado laboral está progresando más de lo previsto en comparativa con anteriores llegadas de refugiados. Noruega sigue esta misma tendencia en relación al empleo de los refugiados, en 2018 el 51% de estos estaban empleados, pero sigue siendo una cifra inferior al resto de migrantes, 64%, y del conjunto de la población, del 73%, reflejándose además que los refugiados tardan en integrarse en el mundo laboral, siendo el empleo de los refugiados que tienen una estancia más larga casi tres veces mayor en comparativa con los

---

<sup>765</sup> UNHCR, ACNUR: *Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2019*. 2020, p. 53. <https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf>

<sup>766</sup> ZETTER, RUAUDEL, “El derecho”, *op. cit.*, p. 5.



grupos llegados recientemente que se sitúan en la franja de 0 a 4 años<sup>767</sup>. En Europa, y más concretamente en España, en la región de Murcia, ya se están llevando a cabo proyectos que favorecen el acceso al empleo de personas refugiadas, en concreto, el proyecto de Integración laboral e inclusión social de los refugiados, este tiene por objeto dar una planificación personal y ayuda con el objetivo último de que estas personas puedan encontrar empleo e instalarse en la comunidad local. Tal y como ha señalado ACNUR de la mayoría de las personas refugiadas que tienen la posibilidad de trabajar un 57%, están sobre cualificadas para ese empleo<sup>768</sup>. La pandemia de COVID-19 no ha sido una excepción, ha afectado a todas las personas trabajadoras, pero en mayor medida y por lo que respecta a las personas refugiadas, estas han debido de afrontar retos adicionales que están directamente vinculados con su situación legal precaria, las limitaciones de su libertad de movimiento, y el sufrimiento físico y mental derivado del desplazamiento forzoso. Para estas es más difícil obtener y mantener un empleo que sea decente y beneficiarse de protección social, ocupan, en gran medida, empleos de la economía informal, debido también a que no se les reconocen sus competencias, calificaciones, etc. obtenidos en sus países de origen, más si la persona refugiada es mujer, donde corre mayor riesgo de sufrir discriminación múltiple en relación al salario, al acceso al trabajo, obtención de medios de subsistencia, a la formación profesional, etc. Las dificultades en el acceso al trabajo comporta que la personas refugiadas estén ocupadas en empleos irregulares. A esto se les suma que cuando ocupan un empleo las personas refugiadas son las que especialmente se han visto afectadas por los despidos derivados por el impacto socioeconómico de la COVID-19. De esto que la OIT<sup>769</sup> haya formulado una serie de recomendaciones en política y prácticas, con el objetivo de que se integren a los trabajadores refugiados en las estrategias de recuperación y desarrollo como participantes de pleno derecho, básicamente velando para que las normas internacionales del trabajo estén en el centro de las respuestas a la crisis, identificando las necesidades concretas de los refugiados y hacer un seguimiento de las mismas. Por otro lado, facilitar los procedimientos para obtener o renovar permisos de trabajo, asegurar un salario justo y el acceso a la justicia, permitiendo

---

<sup>767</sup> UNHCR, ACNUR: *Tendencias, op. cit.*, p. 55.

<sup>768</sup> UNHCR, ACNUR: *Los retos de la inclusión para los refugiados que llegan a Europa*. 2018. [https://eacnur.org/blog/la-inclusion-retos-para-los-refugiados-que-llegan-a-europa-tc\\_alt45664n\\_o\\_pstn\\_o\\_pst/](https://eacnur.org/blog/la-inclusion-retos-para-los-refugiados-que-llegan-a-europa-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/)

<sup>769</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Proteger los derechos en el trabajo de los refugiados y otras personas desplazadas por la fuerza durante la pandemia de la COVID-19. Recomendaciones a formuladores de políticas y constituyentes*. 2020. Ginebra. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms\\_750385.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_750385.pdf)

que los trabajadores refugiados tengan una voz y una representación, en el sentido de que se les garantice sus derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva, proporcionando los medios necesarios e información accesible para aplicar medidas de seguridad y salud en el mercado de trabajo, adoptando medidas para luchar contra la discriminación, la violencia y el acoso en el trabajo. Asimismo, reconociendo las competencias de los refugiados y su contribución positiva a la recuperación, asegurando el acceso de los refugiados a las medidas de protección social, permitiendo que los refugiados con discapacidad participen plenamente en el mundo del trabajo, incluyendo a los trabajadores y empresarios refugiados en las medidas de estímulo económico, y fomentando la cohesión social a través de programas equilibrados de generación de empleo orientados tanto a las comunidades de acogida como a los refugiados.

#### **6.4. Estatuto de apátrida**

Señalábamos anteriormente que la apatridia es la consecuencia de la falta de nacionalidad, puede surgir porque nunca se adquirió, por la pérdida o privación de la nacionalidad, y se puede producir en situaciones migratorias o también, en la mayoría de los casos, en personas que nunca se han desplazado más allá de sus fronteras<sup>770</sup>. En esta situación lo que se produce es una descoordinación normativa que tiene lugar por una falta de atribución de la nacionalidad a una persona por parte de algún Estado, es lo que se denomina conflicto negativo de nacionalidad, y la apatridia lo que trata es de prevenir y evitar esta situación<sup>771</sup>.

El art. 34 LOEx. señala una vía de acceso a España para los apátridas, por la cual, el Ministerio del Interior reconocerá esta condición a los extranjeros que manifestando que carecen de nacionalidad reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas (CEA), hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, y les expedirá la documentación prevista en el art. 27 de esta Convención.

---

<sup>770</sup> ACNUR: *Manual sobre la protección de las personas apátridas*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). 2014, pp. 3 y 10. <https://www.refworld.org/es/docid/55e94c964.html>

<sup>771</sup> PALAO MORENO, G: “Nacionalidad y Derecho Internacional Privado: los conflictos de nacionalidad”, en la obra colectiva: *Nacionalidad y Extranjería*. Director: Enrique Fernández. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 69-71.

Tal y como señala el Preámbulo de la CEA, se adopta en el seno de las Naciones Unidas con el objetivo de asegurar a los apátridas el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. La apatridia no deja de ser una situación en la que las personas no tienen derecho a tener derechos; no tener derecho a la educación, a la salud, al trabajo<sup>772</sup>. La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados comprende solo a los apátridas que son también refugiados, pero no incluye a muchos apátridas, es por ello que se adopta este acuerdo internacional por tal de regularizar y mejorar la condición de los apátridas.

El art. 34 LOEx. hace una remisión a la CEA señalando previamente una condición indispensable, el extranjero ha de carecer de nacionalidad, y por otro lado ha de reunir los requisitos señalados en la CEA. La ejecución de esta previsión fue motivo para que se adoptara el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, de reconocimiento del estatuto de apátrida (en adelante RDREA). El objetivo era establecer un procedimiento para determinar este estatuto. El art. 1 RDREA indica que se reconocerá el estatuto de apátrida conforme a lo dispuesto en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación, y manifieste carecer de nacionalidad. Por lo tanto, dos son los requisitos imprescindibles para el reconocimiento de esta condición o vía de acceso. Sin embargo, en negativo, no se concederá este estatuto a quienes se encuentren comprendidos en los supuestos previstos en el art. 1.2 CEA, que son aquellas personas que reciban en la actualidad protección o asistencia de un órgano u organismo de las NNUU distinto del Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, mientras estén recibiendo tal protección o asistencia; también a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país; a las personas respecto de las cuales haya razones fundadas para considerar que han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, definido en los instrumentos internacionales referentes a dichos delitos; que han cometido un delito grave de índole no política fuera del país de su residencia, antes de su admisión en dicho país; o que son culpables de actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

---

<sup>772</sup> NACIONES UNIDAS: *Apátridas: sin derecho a tener derechos*. Noticias ONU. 13/11/2018. <https://news.un.org/es/story/2018/11/1445531>

#### 6.4.1. La jurisprudencia frente a las interpretaciones restrictivas de la administración

La forma de activar esta vía de acceso son dos, de oficio o a instancia del interesado. En el primer caso, la Oficina de Asilo y Refugio ha de tener conocimiento de hechos, datos o información que indiquen la posible concurrencia de las circunstancias determinantes del estatuto de apátrida. La otra posibilidad es a solicitud del interesado, cuando se dirija a la Oficina de Asilo y Refugio, y se presentará, sin perjuicio de lo previsto en el art. 38.4 de la Ley 30/1992 (hoy día art.16.4 de la Ley 39/2015), ante cualquiera de las siguientes dependencias: oficinas de extranjeros, comisarías de policía, oficina de asilo y refugio. La administración, hasta el momento, ha realizado una interpretación muy restrictiva respecto este precepto, aplicando un criterio restrictivo en relación al lugar y la ocasión de tramitar la solicitud. Pero la STS-CA 1091/2020, de 23 de julio, ha dado un giro muy importante a esta práctica administrativa. Con interés casacional para la formación de jurisprudencia se trata de determinar si la iniciación del procedimiento para el reconocimiento del estatuto de apátrida exige que el interesado se encuentre en territorio nacional o es suficiente que se encuentre en un puesto fronterizo. El caso trata sobre una persona residente en el campamento de refugiados de El Aiún, en la provincia de Tinduf, Argelia, pero que había residido en Cuba como estudiante. El día 18 de octubre de 2017 llega desde un vuelo procedente de la Habana al actual aeropuerto Madrid-Barajas Adolfo Suárez donde solicita protección internacional. El Ministerio del Interior deniega el reconocimiento de asilo y protección subsidiaria sobre la base del art. 21.2.a) LAPS en relación con el art. 25.1.c) por cuanto el relato del solicitante planteaba cuestiones que no guardaban relación con el examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado o la concesión de la protección subsidiaria. Los informes de ACNUR también son desfavorables a la concesión de la protección internacional, pero indican que se recomienda que dados los indicios que se desprenden del formulario de la solicitud de protección internacional se valore la remisión del solicitante al procedimiento de apatridia, recogido en el RD 865/2001, en aplicación de su art. 2.2. El caso es que se presenta recurso contencioso administrativo frente a la sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional (SAN-CA 798/2019, de 18 de marzo) contra las Resoluciones del Ministerio del Interior que denegaban la solicitud inicial y la petición de reexamen donde se solicitaba de forma subsidiaria el reconocimiento de la condición de apátrida, esta última cuestión por formularse la petición en un lugar no habilitado para ello, el puesto fronterizo, y a través de un procedimiento de protección internacional que tiene otra finalidad. Así, se pide que se admita

a trámite la solicitud de protección internacional, el reconocimiento de la condición de apátrida o de forma subsidiaria la remisión de oficio al procedimiento de apatridia, o de manera subsidiaria se reconozca una autorización de residencia por razones humanitarias. Se determina que no se le reconoce la condición de refugiado ya que en aplicación del art. 21 LAPS la solicitud es infundada, por otro lado, tampoco se le reconoce el derecho a la protección subsidiaria ya que no existen elementos objetivos de los que se deduzcan que el recurrente se viera en alguno de los riesgos señalados en la norma en caso de volver a su país, y por último, respecto a la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, tampoco procede ya que no existen datos por los que se deduzcan que la persona se encuentre en una situación de vulnerabilidad que impidan desenvolverse tanto en los campos de Tinduf como en otro lugar donde pueda residir. Sin embargo, en cuanto a la petición de ACNUR de iniciar un procedimiento de apatridia, procede su estimación sobre la base de que el actor es nacional del Sáhara (no reconocido por España), y no consta que ostente nacionalidad alguna, así, anula la Resolución por considerarla no ajustada a Derecho sobre la base de no iniciar de oficio el procedimiento de apatridia, ordenando el inicio del expediente. Insatisfecha con esta decisión la administración interpone recurso contra la misma solicitando anular la sentencia impugnada, desestimando la pretensión de la demandante en la instancia y confirme la legalidad de la denegación en frontera, sosteniendo que la iniciación del procedimiento para el reconocimiento del estatuto de apátrida, sea de oficio o a instancia del interesado, exige que este se encuentre en territorio español por lo que no es suficiente su presencia en puestos fronterizos. El Tribunal Supremo (STS-CA 2660/2020, de 23 de julio) señala que el procedimiento para reconocer el estatuto de apátrida, distinto del de reconocimiento de protección internacional, permite que se pueda iniciar a instancia del solicitante y de oficio. Los términos por los que “(S)e iniciará de oficio cuando la Oficina de Asilo y Refugio tenga conocimiento de hechos, datos o información que indiquen la posible concurrencia de las circunstancias determinantes del estatuto de apátrida” son imperativos y obligan a dicha oficina a iniciar de oficio el procedimiento cuando tenga información de la que se derive la posible concurrencia de una circunstancia de apatridia, además, nada dice este precepto sobre el lugar o ocasión en los que ha de producirse este conocimiento. Lo que cabe concluir que si durante la tramitación de las solicitudes de protección internacional en frontera estas oficinas tienen conocimiento de la posible consideración como apátrida del solicitante, deben iniciar de oficio el procedimiento del reconocimiento de tal condición, mientras el solicitante se encuentra en el puesto fronterizo. De ello que si la iniciación de oficio es posible, “obligada”

en estas circunstancias mientras el interesado se encuentra en el puesto fronterizo, “*a fortiori*” se ha de concluir que podrá igualmente iniciarse el procedimiento a solicitud de aquel, sin que tal posibilidad se encuentre impedida por el art. 2.3 RD 865/2001. El Tribunal señala que otra interpretación que impidiera la iniciación en frontera del procedimiento no tendría en cuenta en toda su dimensión la singularidad de la situación particularmente precaria de los apátridas, aunque no tengan la condición de refugiados, fundamentalmente en lo atinente a sus dificultades de documentación en sus desplazamientos, restringiéndolo a los que, a pesar de estas dificultades, hubieran podido entrar en España o a los supuestos de apatridia sobrevenida, además que no se correspondería con el profundo interés de las Naciones Unidas por los apátridas y que se han esforzado por asegurarles el ejercicio más amplio posible de derechos y libertades fundamentales, como señala el Preámbulo de la CEA, ni tampoco como se refleja en el preámbulo del RD 865/2001, que se refiere a los apátridas como personas que la Comunidad Internacional ha prestado su atención por entender que es deseable regularizar y mejorar su condición.

Los saharauis que malviven en los campos de refugiados de Tinduf, Argelia, no lo han pasado nada bien desde que en 1975, posteriormente a la firma de los Acuerdos Tripartitos de Madrid, España se retirara del Sáhara Occidental y tuvieran que huir a una zona más segura en medio del desierto argelino, donde siguen en esta situación desde hace más de 45 años. Se estima que un 60% de los habitantes de los campos de refugiados son jóvenes de menos de 30 años<sup>773</sup>. ACNUR<sup>774</sup> ha señalado que la crisis de los refugiados saharauis es la más larga y prolongada de la historia. En los campamentos se subsiste por la ayuda humanitaria, el 50% de los niños sufren anemia, se enfrentan cada día a unas difíciles condiciones climáticas, entre otras penurias, todo ello ha comportado que muchos saharauis hayan querido buscar la oportunidad de tener una vida mejor, poder estudiar, alimentarse, trabajar, en definitiva, tener una vida digna.

---

<sup>773</sup> UNHCR, ACNUR: *Refugiados saharauis: 40 años de vida en los campos*. La agencia de la ONU para los Refugiados. <https://eacnur.org/blog/refugiados-saharauis-40-anos-de-vida-en-los-campos/>

<sup>774</sup> UNHCR, ACNUR: *La crisis de los refugiados saharauis es la más larga y prolongada de la Historia*. La agencia de la ONU para los Refugiados. <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/emergencias/refugiados-saharauis-campamentos-tinduf>

Una vía de acceso a la que han podido acceder a España ha sido por la vía del reconocimiento del estatuto de apátrida, aunque no ha sido un camino fácil. La administración ha sido siempre restrictiva y reacia a reconocerles este estatuto, pero la jurisprudencia también ha dado un giro radical a esta actuación. Lo podemos ver, por ejemplo, en la STS-CA 2824/2012, de 27 de abril. El caso trata sobre una persona nacida en el antiguo Sahara español en el año 1975, después refugiado en los campos de refugiados saharauis de Tinduf, y que solicitó la concesión del estatuto de apátrida en España en el año 2010. La Subdirección General de Asilo del Ministerio de Interior acordó la denegación de tal reconocimiento señalando que el art. 34.1 LOEx. dispone que se reconocerá la condición de apátrida a los extranjeros que manifestando que carecen de nacionalidad, reúnan los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, y que la CEA, ratificada por España, establece en su art. 1.1 que a los efectos de la presentación de la Convención el término apátrida designará a toda personas que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación. Así, consideró la administración que los saharauis residentes o procedentes de los campamentos de refugiados en territorio argelino disfrutaban de los elementos esenciales de la protección internacional recogidos en la CER, como son la garantía de no devolución, la asistencia material y la expedición de documentos como el pasaporte, que los identifican y les permiten viajar fuera de Argelia y regresar. Asimismo, Argelia, como país de asilo, otorga la correspondiente protección a los refugiados saharauis, así la protección recibida en territorio argelino determina que no se necesite, y en consecuencia no se solicite, el reconocimiento como apátrida en Argelia, país que es también parte de la CEA. Por lo tanto, se determinó que no se daban las condiciones para que se pueda aplicar la CEA ni el art. 34.1 LOEx. Se presentó recurso contencioso-administrativo que fue estimado por la instancia y ratificado por la Audiencia Nacional, donde se decide recurrir en casación. La Sala de instancia manifestó que, sin que suponga exigir al solicitante del estatuto de apátrida una cumplida acreditación de que el país de su nacionalidad no le reconoce la misma, no cabe ignorar que la consideración de apátrida solo procede respecto de la persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación. Así, más allá de la mera manifestación del solicitante de que carece de nacionalidad, debe existir algún dato que indique la concurrencia de la circunstancia señalada en la noma que implica el reconocimiento del estatuto de apátrida. La cuestión es que Argelia, por razones humanitarias, documenta a los refugiados saharauis con la finalidad de poder salir por vía aérea a países que como España que no tienen reconocido como país a la República Árabe Saharaui

Democrática. La documentación consiste en expedir un pasaporte al que el Consulado Español en Argel acompaña del correspondiente visado. Este sería uno de los pretextos utilizados por la Administración para considerar que los saharauis tienen nacionalidad argelina, pero el Tribunal Supremo consideró, asentada en una consolidada jurisprudencia<sup>775</sup>, que con esta actuación no se está procediendo al reconocimiento de la nacionalidad argelina por los saharauis, de hecho no se solicita por estos, se trata de una mera actuación de documentación de un indocumentado con una finalidad humanitaria de poder desplazarse. En cuanto a la carga de la prueba, también se alega por parte de la administración que aún cuando la normativa de aplicación no exige al solicitante del estatuto de apátrida una prueba plena y acaba de que su país de origen no le reconoce su nacionalidad, eso no significa que la mera declaración en tal sentido del propio solicitante sirva por sí sola para tener por cierta su afirmación, pues debe de existir algún dato a partir del cual puede colegirse que efectivamente las cosas son como el solicitante expone. El Tribunal Supremo consideró que el solicitante del estatuto de apátrida aportó todos los datos y documentos que permiten su lugar de nacimiento, filiación, así como el de sus ascendientes y documentación actual, que concuerdan con sus manifestaciones expresadas en su solicitud y en un relato que ha sido contrastado por datos aportados por las autoridades argelinas y españolas valorado finalmente por el Tribunal sentenciador.

En cuanto a esta cuestión sobre la aportación de documentación acreditativa, que se hace indispensable para acceder a esta vía de acceso, hay que señalar que es de enorme dificultad para los saharauis, especialmente por cómo tuvieron que abandonar, huir del territorio donde residían, hacerse con la misma. No obstante, el Ministerio del Interior, a través de la Secretaría General Técnica, elaboró una Guía de documentos para saharauis por la cantidad significativa de solicitudes que se estaban presentado por personas procedentes del Sáhara Occidental requiriendo documentos acreditativos de datos relevantes para la obtención de la nacionalidad española, derechos pasivos o necesarios para la tramitación de otros procedimiento. La dispersión de los fondos documentales sobre el Sáhara que dificultaba el conocimiento sobre cómo y dónde buscar esta información comportó la elaboración de esta

---

<sup>775</sup> Entre otras, STS-CA 1330/2014, de 4 de abril; STS-CA 4098/2011, de 20 de junio; STS-CA 6398/2009, de 30 de octubre; ; STS-CA 4083/2008, de 18 de julio; STS-CA 8948/2007, de 20 de noviembre.



Guía para orientar y guiar en la búsqueda de esta documentación conservada en los archivos del Ministerio del Interior<sup>776</sup>.

Otra cuestión controvertida que ha sido objeto de múltiples fallos es si los nacidos en el Sáhara español son, de conformidad con el art. 17.1 del Código Civil, españoles de origen. Como veremos a continuación no podemos decir que esté el asunto cerrado y tampoco de que estemos hablando de una materia nueva. En primer lugar, la STS-C 6268/1998, de 28 de octubre, ya detalló un argumento relevante a efectos de esta cuestión, los saharauis, durante el plazo de la tutela del Estado español sobre el territorio del Sahara Occidental, tenían nacionalidad española. Se señalaba que conforme a las reglas generales del derecho de la nacionalidad los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia. La STS-C 207/2020, de 29 de mayo, en pleno, pero con un voto particular, resuelve la cuestión inicial. El caso trata sobre una persona nacida en el Sahara Occidental en 1973, sus padres eran también naturales del Sahara, que solicita ante el Registro Civil de Eivissa la declaración de su nacionalidad española con valor de simple presunción por haber nacido en territorio del Sahara Occidental antes de 1976 y ser hija de españoles y de conformidad con la jurisprudencia del TS. Se deniega tal petición por no concurrir los requisitos previstos en el art. 18 CC para la consolidación de la nacionalidad española ni con la jurisprudencia del TS. Contra dicha resolución se interpone recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), señalando la imposibilidad para cualquier saharauí, en las condiciones de aquel momento, ejercer el derecho de opción contemplado en el RD 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara (RD 2258/1976). Este Real Decreto se dicta en el momento de descolonización del territorio no autónomo del Sahara, donde se concede la facultad de optar por la nacionalidad española de aquellas personas pertenecientes a la población autóctona del Sahara, reuniendo las condiciones necesarias y ejerciéndola dentro de un determinado periodo de tiempo de cómo máximo de un año, donde el transcurso del mismo comportaba entenderse por anulados y sin valor alguno los pasaportes y documentos de la identificación personal que se habían

---

<sup>776</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DEL INTERIOR: *Guía de documentos para saharauis*. Colección archivo general serie guías de fuentes. Ed. Secretaría General Técnica. 2013. [http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201237/Guia\\_de\\_documentos\\_para\\_saharauis\\_126130633.pdf/e9c5887f-4e62-456a-9718-a893cf3879e2](http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201237/Guia_de_documentos_para_saharauis_126130633.pdf/e9c5887f-4e62-456a-9718-a893cf3879e2)

concedido con anterioridad a los naturales del Sahara (arts. 2 y 3 RD 2258/1976). La doctrina ha señalado que la medida establecida en este RD no fue efectiva por distintos motivos: dejaba fuera de su ámbito de aplicación a la gran mayoría de la población, especialmente a los que residen en los campamentos de refugiados; el plazo era excesivamente breve y en su momento no tuvo ninguna publicidad; no era verdaderamente un derecho de opción, ya que no existía otra nacionalidad sustitutoria. Lo que ha comportado que en la actualidad la mayoría de los saharauis se encuentren indocumentados<sup>777</sup>. Siguiendo con el caso, la DGRN desestima el recurso, donde se decide interponer demanda de juicio ordinario contra aquella solicitando que se declarase que tenía la nacionalidad española de origen desde su nacimiento. La sentencia de primera instancia desestima la demanda, contra la misma se interpone recurso de apelación que estima el recurso y declara la nacionalidad española de origen de la demandante desde el día de su nacimiento. Contra la misma se interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial del TS. El primero es desestimado. El segundo se estima y casa la sentencia recurrida basándose en los siguientes argumentos. En primer lugar, se señala que el Sahara Occidental no formaba parte de España a los efectos del art. 17.1.c) CC, para ello el Tribunal trae a colación diversos fallos tanto de la Sala de lo Civil como de lo Contencioso, señalando que existen argumentos normativos y jurisprudenciales a favor de una u otra tesis, lo mismo que respetables opiniones doctrinales en uno u otro sentido, pero que para llegar a la interpretación más correcta es atenerse a la normativa española más específica sobre la materia formada por la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sahara (Ley 40/1975), y el RD 2258/1976. El artículo único de la Ley 40/1975 autorizaba al gobierno para que realizara los actos y adoptara las medidas que sean precisas para llevar a cabo la descolonización del territorio no autónomo del Sahara, salvaguardando los intereses españoles y que la ley entraría en vigor el mismo día de su publicación en el BOE, quedando derogadas las normas dictadas por la administración del Sahara en cuanto lo exija la finalidad de la norma, declarando su preámbulo que el Sahara nunca había formado parte del territorio nacional. Y el RD 2258/1976 arbitraba el sistema para que los naturales del Sahara que cumplieran determinados requisitos pudieran optar por la nacionalidad española en el plazo máximo de una año. La Sala considera que, con independencia de la opinión que merezca esa normativa específica y cualquiera que sea la

---

<sup>777</sup> TORRES RODRÍGUEZ, A.M.: “Capítulo 24. Reconocimiento del estatuto de apátrida, especial referencia a los saharauis”, en la obra colectiva: *Memento Experto Extranjería*. Coordinadores: Blas Jesús Imbroda, Carmen Ruiz. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 313.

opinión sobre la actuación de España como potencia colonizadora, lo indiscutible es que se reconoce la condición colonial del Sahara y que por ello el Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen señalada en el art. 17.1.c) CC. Finalizando la sala que ello es una interpretación armónica con la jurisprudencia de la Sala Tercera<sup>778</sup> que reconoce la condición de apátridas a las personas nacidas en el Sahara Occidental antes de su descolonización.

Sin embargo, podríamos decir que la cuestión, aún siendo la doctrina mayoritaria en la Sala de lo civil, todavía no está cerrada. El voto particular, al que se adhieren dos magistrados, ya subraya desde buen principio que su interpretación supondría una innovación jurisprudencial y que el recurso de casación debió ser desestimado. El voto particular señala que una cosa es que, por exigencias del orden internacional, el territorio de las colonias sea un espacio diferenciado del propiamente nacional y que la asimilación colectiva e independiente de la voluntad de sus habitantes sea contraria a los intereses de los pueblos de estos territorios y a la Carta de Naciones Unidas, y otra bien diferente es que pueda privarse de los derechos reconocidos individualmente a sus ciudadanos que estos voluntariamente han adquirido, que es lo que pretendió el RD 2258/1976. El derecho de opción que se otorgó, no solo no fue efectivo por las condiciones reales de ejercicio que concurrieron, sino que presuponía una sucesión de Estados, que en el caso no ha tenido lugar. El RD 2258/1976 quiso poner fin a la asimilación a los españoles de la condición personal de la población saharauí, a los que se le habían garantizado el derecho de representación en Cortes, poseían documentación como el documento nacional de identidad y podían acceder a la condición de funcionarios de la administración pública española, reservado a los nacionales españoles. Con esto se quiere decir que solo desde una lectura *ex post* de la legislación que reconocía estos derechos, se puede negar que la misma se basaba en la atribución de la nacionalidad española. El resultado de la aplicación del RD 2258/1976 sería la privación de la nacionalidad española a quienes eran españoles, como quedaba acreditado por la documentación española que poseían, y si bien puede considerarse que la posesión del documento nacional de identidad no atribuye la nacionalidad, su expedición a la población saharauí que lo solicitaba se basaba en el reconocimiento por el Estado de su condición personal, de conformidad con una política de asimilación. Es por ello que señala el voto particular que a la vista de los hechos probados, la demandante era española porque nació de padres españoles, saharauis nacionales a su vez en

---

<sup>778</sup> STS 8948/2007, de 20 de noviembre; STS 4083/2008, de 18 de julio y STS 2824/2012, de 27 de abril.

el Sahara Occidental y a quienes el Estado español había dotado de la documentación que solo otorgaba a los españoles como pueden ser el documento nacional de identidad o el libro de familia. Por otro lado, la demandante perdió su nacionalidad española por aplicación del RD 2258/1976, ya que su aplicación comportaba la aplicación de una causa de privación de la nacionalidad no prevista en el Código civil vigente en ese momento, pero además, la aplicación de esta norma sería contraria al art. 11.2 CE, que destaca que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. Tampoco habría problemas en la aplicación inmediata de la Constitución a la demandante ya que la situación que crea el RD 2258/1976 sobre la demandante, que la convierte en apátrida con una situación prolongada en el tiempo provocada por esa misma norma, no agota sus efectos más allá después de la promulgación de la CE. Y que en definitiva, la norma suprema impide privar de nacionalidad a quien era española por ser hija de españoles, por lo que la demandante no perdió su nacionalidad.

En el segundo caso, el voto particular señala que existen razones, aun pensando que la demandante no era hija de españoles, para declarar su nacionalidad española. Se trae a colación las diversas resoluciones de la Sala Tercera del TS que han venido corrigiendo las resoluciones del Ministerio de Justicia que denegaban las solicitudes de reconocimiento de nacionalidad española por residencia de un año por haber nacido en territorio español a quienes habían nacido en el Sahara cuando este se encontraba bajo autoridad española. El Ministerio basaba sus argumentos en que el Sahara nunca había formado parte del territorio español. Se indica que la Sala Tercera ha venido señalando que, respecto al supuesto recogido en el art. 22.2.a) CC, los nacidos en el Sahara Occidental cuando este se encontraba bajo autoridad española deben considerarse nacidos en territorio español<sup>779</sup>, señalando que esta jurisprudencia excluye la eficacia vinculante directa de los preámbulos o exposiciones de motivos de las normas y destaca que resulta indiferente que se previera un régimen de opción en el RD 2258/1976 y que el régimen de nacionalidad del Código civil en el que se amparaba el interesado fuera posterior al agotamiento de la opción de aquel Real Decreto, resultando irrelevante que se hubiera ejercido o no la opción prevista en el RD 2258/1976. Siguiendo con el caso, el voto particular señala que, aún situándose la Sala tercera en el art. 22.2.a) CC, donde el caso era dilucidar si un saharauí podía solicitar la nacionalidad por residencia y si

---

<sup>779</sup> STS-CA 7011/1999, de 7 de noviembre; STS-CA 6065/2009, de 13 de octubre; STS-CA 1067/2010, de 9 de marzo.

podía acogerse a la regla excepcional de un año de residencia contemplada en el art. 22.2.a) CC. No olvidemos que la residencia ha de ser legal, amparada por una autorización administrativa<sup>780</sup>, continuada, donde es necesario que no se interrumpa en ningún momento, e inmediatamente anterior a la petición, en el sentido de que debe ser simultánea al momento de la solicitud no admitiéndose periodos realizados con anterioridad<sup>781</sup> (art. 22.3 CC). Señala el voto particular que la interpretación que se hace de este caso es igualmente adaptable al art. 17.1.c) CC, que es el precepto que resulta de empleo en este caso: donde ambos progenitores son apátridas o para aquellas situaciones en las que las leyes personales de los progenitores no permitan atribuir nacionalidad alguna a los hijos<sup>782</sup>. Así concurren una serie de circunstancias en el momento de su nacimiento para su aplicación: haber nacido en el Sahara Occidental, en una época en la que ese territorio se encontraba bajo la autoridad española, no reconocerse su nacionalidad española, y carecer de otra nacionalidad.

Por otro lado, -que viene a señalar una consecuencia de una interpretación restrictiva de las normas realizada por la administración-, realza el voto particular que las razones que mueven a solicitar el estatuto de apátrida están asociadas a la negativa generalizada de la administración a reconocer la nacionalidad española de los saharauis y a no reconocer la República Árabe Saharaui Democrática.

#### 6.4.2. Derecho al trabajo de los apátridas

Aquellas personas a las que se les reconoce dicho estatuto tendrán una serie de derechos entre los que se encuentra el derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con la normativa de extranjería. La autoridad competente expedirá la tarjeta acreditativa del reconocimiento de apátrida que le habilitará para ello (art. 13.1 y 2 RDREA).

---

<sup>780</sup> FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Adquisición de la nacionalidad española”, en la obra colectiva: *Nacionalidad y Extranjería*. Director: Enrique Fernández. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 48-49.

<sup>781</sup> PARRA RODRÍGUEZ, C. “Adquisición de la nacionalidad española”, en la obra colectiva: *Nacionalidad y extranjería*. Directores: Carmen Parra, Marc Giménez. Ed. Huygens, Barcelona, 2016, p. 60.

<sup>782</sup> FERNÁNDEZ MASIÁ, “Adquisición”, *op. cit.*, p. 40.

La CEA garantiza a los apátridas reconocidos el derecho al trabajo con el trato más favorable como sea posible y no menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general. Asimismo, los Estados han de tender a la asimilación, en relación a la ocupación de empleos remunerados, de los derechos de todos los apátridas respecto los derechos de los nacionales (art. 17.1 y 2 CEA). Todo esto quiere decir que en el primer caso, en el acceso a un puesto de trabajo, los apátridas han de tener un trato lo más favorable posible y nunca podrá ser menos favorable que el otorgado a los extranjeros en general en las mismas circunstancias. En el segundo caso, cuando el apátrida ya ocupa un puesto de trabajo, sus derechos han de orientarse a la asimilación respecto a los derechos de los nacionales. Sin embargo, cuando esta disposición expresa “examinarán con benevolencia la asimilación”, parecería ser que es una orientación que se da a los Estados hacia la asimilación y que especialmente hace hincapié sobre los apátridas que hayan entrado en el territorio de los Estados en virtud de programas de contratación de mano de obra o planes de inmigración.

Lo que sí expresa la CEA es que por lo que hace a otras materias los Estados sí que han de ofrecer el mismo trato a los apátridas que a los nacionales. Hablamos de la remuneración, incluidos subsidios familiares cuando formen parte de la remuneración, horas de trabajo, horas extraordinarias, vacaciones remuneradas, restricciones al trabajo a domicilio, edad mínima de empleo, aprendizaje y formación profesional, trabajo de mujeres y de adolescentes y disfrute de los beneficios de los contratos colectivos de trabajo, en la medida en que estas materias estén reguladas por leyes o reglamentos, o dependan de las autoridades administrativas. También regirá el mismo trato que a los nacionales respecto a los accidentes de trabajo, incluido el derecho a indemnización por la muerte de un apátrida como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que no afectará el hecho de que el derechohabiente resida fuera del territorio del Estado. También regirá el mismo trato que a los nacionales respecto a las enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, invalidez, vejez, fallecimiento, desempleo, responsabilidades familiares y cualquier otra contingencia que, conforme a las leyes o reglamentos nacionales, estén previstas en un plan de seguro social (art. 24 CEA).

Sobre la remisión que hace el art. 13.1 RDREA a la normativa de extranjería cabe decir que el art. 34.1 LOEX. señala que el estatuto de apátrida comportará el régimen específico que reglamentariamente se determine. Otra cuestión que detalla la LOEX. es que no se va a tener

en cuenta a la situación nacional de empleo cuando se contrate a una persona que haya sido reconocida como apátrida, que será extensible respecto aquellos apátridas que hayan perdido esta condición durante el año siguiente a la terminación de dicho estatuto (art. 40.1.e) LOEx.). El art. 148.3.f) RELOEx. señala que se concederá una autorización de residencia de larga duración a los extranjeros que acrediten que han sido reconocidos como apátridas que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España. Como cláusula de cierre, la autorización de residencia de larga duración permite residir y trabajar en España de forma indefinida y en las mismas condiciones que los españoles.

## **7. EL REASENTAMIENTO Y REUBICACIÓN DE PERSONAS MIGRANTES**

Reubicar o reasentar no son sinónimos. En el contexto de la UE la reubicación parte de ser un mecanismo de solidaridad, así lo señala la Comisión en la Comunicación relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y asilo<sup>783</sup> que, reconociendo un problema de responsabilidad y solidaridad entre Estados miembros, especialmente porque hay determinados países que debido a su situación geográfica son lugar de entrada de personas migrantes y que se ven desbordados para dar una respuesta adecuada a los solicitantes de asilo o refugiados, introduce un nuevo mecanismo de solidaridad centrado principalmente en la reubicación o el patrocinio de retornos. En la terminología europea<sup>784</sup> la reubicación es un mecanismo de distribución, una transferencia de personas necesitadas o que ya se benefician de alguna forma de protección internacional desde un país de la UE a otro país de la UE en el que se les concederá una protección similar. Por otro lado, el reasentamiento es definido como una vía legal hacia Europa<sup>785</sup>, es un programa a través del cual la UE concede protección internacional y una solución duradera en sus territorios a los refugiados y personas desplazadas<sup>786</sup>. Así, es un proceso a través del cual, a propuesta de ACNUR, las personas

---

<sup>783</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación relativa al Nuevo Pacto*, op. cit., p. 6.

<sup>784</sup> COMISIÓN EUROPEA: Programa Europeo para el reasentamiento de refugiados. Síntesis del documento: Recomendación (UE) 2015/914 sobre un programa europeo de reasentamiento. Bruselas, 18/08/2016. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:23010501\\_1&from=RO](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:23010501_1&from=RO)

<sup>785</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación relativa al Nuevo Pacto*, op. cit., p. 26.

<sup>786</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Programa europeo*, op. cit.

desplazadas necesitadas de protección internacional se transfieren de un país de fuera de la UE y se domicilian en un país de la UE con una forma de protección legal<sup>787</sup>.

El reasentamiento no es algo novedoso, países como Dinamarca, Noruega, Suecia o Finlandia desarrollaron en los años setenta programas permanentes de reasentamiento<sup>788</sup>. España también tienen experiencia en esta materia desde principios de los años 80, pero se consuma en el año 2009 a través de la previsión legal prevista en la disposición adicional primera la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Pero en la mayoría de países de Europa es algo que se ha consolidado de forma reciente, inducido por la UE a través de diversas iniciativas iniciadas en el año 2000, sobre la base, especialmente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, del art. 78.2.g) TFUE, al permitir la asociación y cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal<sup>789</sup>. Pero a partir del año 2015, debido a la gran afluencia de refugiados con destino a Europa, cambia la situación, triplicándose el número de reasentamientos anuales en los Estados miembros, pasando la cuota de la UE en el reasentamiento a nivel mundial del 9% al 41%<sup>790</sup>. Así, en abril de 2015, el Consejo Europeo, reunido de forma extraordinaria, se compromete a establecer un primer proyecto piloto voluntario de reasentamiento en toda la UE ofreciendo plazas a las personas que tengan derecho a protección<sup>791</sup>. Por otro lado, el Parlamento Europeo insta<sup>792</sup> a los Estados miembros a hacer mayores contribuciones a los programas de reasentamiento existentes y la necesidad de garantizar un acceso seguro y legal al sistema de asilo de la

---

<sup>787</sup> *Ibid.*

<sup>788</sup> ROMANO, A.: “Los programas de reasentamiento de refugiados en la UE. Tendencias actuales y repercusiones en España”, en la obra *Inmigración y asilo, en el centro de la arena política*. Directores: Joaquín Arango, Ramón Mahía, David Moya, Elena Sánchez-Montijano. Ed. CIDOB. Barcelona, Centre for international affairs, Barcelona, 2018, p. 267.

<sup>789</sup> ROMANO, A, Los programas, *op. cit.*, p. 267.

<sup>790</sup> COMISIÓN EUROPEA: Recomendación (UE) 2020/1364 de la Comisión de 23 de septiembre de 2020 sobre las vías legales para obtener protección en la UE: promoción del reasentamiento, la admisión humanitaria y otras vías complementarias, p. 2. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32020H1364>

<sup>791</sup> CONSEJO EUROPEO: Comunicado de prensa. Reunión Extraordinaria del Consejo Europeo, 23 de abril de 2015- declaración, p. 2. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/04/23/special-euco-statement/>

<sup>792</sup> PARLAMENTO EUROPEO: Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de abril de 2015, sobre las recientes tragedias en el Mediterráneo y las políticas de inmigración y asilo de la UE (2015/2660(RSP), p. 3. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015IP0176>



Unión. Posteriormente, en junio de 2015 se lanza una Recomendación<sup>793</sup> por parte de la Comisión Europea, considerada como el primer programa de reasentamiento en la UE<sup>794</sup> con una duración de dos años, instando a los Estados miembros a reasentar a 20.000 personas necesitadas de protección internacional, asignándose las plazas a los Estados miembros de forma distribuida. El 22 de julio de 2015, los Estados miembros, tomando nota de esta recomendación, acuerdan el reasentamiento mediante programas multilaterales y nacionales. Finalmente fueron reasentadas el 86% de las personas contempladas en el compromiso inicial<sup>795</sup>. En el año 2016, se une la Declaración de UE-Turquía, de 18 de marzo, donde se incluye un acuerdo por el que todos los migrantes que pasen de Turquía a Grecia serían retornados a Turquía, y por el que por cada sirio retornado a Turquía desde Grecia se reasentaría a otro sirio procedente de Turquía en la UE, dando prioridad a los migrantes que no hubiesen entrado o intentado entrar previamente de forma irregular a la UE. Este mecanismo se llevaría a cabo mediante el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados miembros en la reunión del Consejo de 20 de julio de 2015, donde quedaban 18.000 plazas de reasentamiento y donde toda necesidad adicional se abordaría a través de un mecanismo voluntario similar hasta alcanzar un límite máximo de 54.000 personas más<sup>796</sup>. En septiembre de 2020 se habían reasentado casi a 27.000 personas<sup>797</sup>. En el año 2017 se aprueba otra recomendación por parte de la Comisión que consolida el programa anterior y eleva a 50.000 las personas que se pueden ver beneficiadas y que busca como objetivo mejorar las vías legales para las personas que necesitan protección internacional<sup>798</sup>. Finalmente fueron reasentadas el 88% personas establecidas en el compromiso inicial. Finalmente la Comisión invitó los Estados miembros a presentar compromisos de reasentamiento para 2020 en el 9º Foro de Reasentamiento, donde estos se han comprometido a reasentar a 29.500 personas<sup>799</sup>.

---

<sup>793</sup> COMISIÓN EUROPEA: Recomendación (UE) 2015/914 de la Comisión de 8 de junio de 2015 sobre un programa de reasentamiento. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32015H0914>

<sup>794</sup> COMISIÓN EUROPEA, Recomendación (UE) 2020/1364, *op. cit.*, p. 2.

<sup>795</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>796</sup> CONSEJO EUROPEO: Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016. Comunicado de prensa. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>

<sup>797</sup> COMISIÓN EUROPEA, Recomendación (UE) 2020/1364, *op. cit.* p. 2.

<sup>798</sup> COMISIÓN EUROPEA: Recomendación (UE) 2017/1803 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 relativa a la mejora de las vías legales para las personas que necesitan protección internacional. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32017H1803>

<sup>799</sup> COMISIÓN EUROPEA, Recomendación (UE) 2020/1364, *op. cit.* p. 3.

Pero lo aquí expuesto se circunscribe a programas de reasentamiento específicos, de ahí que la Comisión propusiera ya en 2016 un Reglamento para establecer un Marco de Reasentamiento de la Unión para la admisión de nacionales de terceros países y apátridas en el territorio de los Estados miembros con el objetivo de concederles protección internacional (art. 1)<sup>800</sup>, donde recientemente ha instado al Parlamento Europeo y al Consejo a concluir rápidamente las negociaciones sobre ello<sup>801</sup>.

En última estancia, la Recomendación (UE) 2020/1364 de la Comisión de 23 de septiembre de 2020<sup>802</sup>, trata de promover la figura del reasentamiento entre los Estados miembros<sup>803</sup>, entre otras acciones, tratando de aumentar el número de Estados miembros que participan en el reasentamiento y en la admisión humanitaria e intensificando los esfuerzos de ejecución en el contexto de la pandemia y ampliando el reasentamiento a medio plazo, con el objetivo de proporcionar vías legales para obtener protección en la Unión Europea.

El aspecto básico, por lo que hace a esta investigación, es que a la persona reasentada se le concederá el estatuto de protección internacional o de protección nacional y deberá de disfrutar de los derechos que garantiza la Directiva 2011/95/UE<sup>804</sup>, en especial, de la protección contra la devolución y del permiso de residencia con una duración como mínimo de tres años y renovable (art. 24.1), además de la autorización para realizar actividades económicas por cuenta ajena o por cuenta propia (art. 26).

En España, a través de la previsión legal prevista en la disposición adicional primera la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se

---

<sup>800</sup> COMISIÓN EUROPEA: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Marco de Reasentamiento de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) n.º. 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo. Bruselas, 13/07/2017. COM(2016) 468 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0468>

<sup>801</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación relativa al Nuevo Pacto*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>802</sup> COMISIÓN EUROPEA, Recomendación (UE) 2020/1364, *op. cit.*

<sup>803</sup> El Diario de Ferran Camas. *Octubre: repaso a 20 normativas, iniciativas políticas y resoluciones judiciales en materia social publicadas durante el mes*. 1/11/2020. <https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/octubre-normativas/ia452>

<sup>804</sup> COMISIÓN EUROPEA, Recomendación (UE) 2015/914, *op. cit.*, p. 3.

introduce el reasentamiento por medio de programas anuales de carácter permanente<sup>805</sup>. En los últimos años se han venido aprobando diversos programas nacionales en virtud de esta disposición legal donde, para el acuerdo del número de personas que pueden ser objeto de reasentamiento en España, se ha subordinado a que se haya determinado previamente por la UE el número de personas que deben ser reasentadas<sup>806</sup>. Como aspecto esencial, el reasentamiento incluye el marco de protección y estatuto que ofrece la Ley 12/2009, en el que se encuadra el derecho a la autorización de residencia y trabajo permanente (DA 1ª y art. 36.1.c) LA). La cuestión sobre el estatuto que se le ha de conceder a las personas reasentadas ha sido cuestión controvertida al concederse en determinados casos la protección subsidiaria. La reciente STS-CA 1773/2020, de 17 de diciembre, con interés casacional para la formación de jurisprudencia, ha tenido que determinar el alcance del párrafo segundo de la DA 1ª LA, que establece que “Los refugiados reasentados en España tendrán el mismo estatuto que los refugiados reconocidos en virtud de las disposiciones de la presente Ley”. La cuestión trataba de determinar si cuatro ciudadanos sirios, que habían sido acogidos en el Programa Nacional de Reasentamiento para el año 2015, debían ser beneficiarios del otorgamiento del estatuto de refugiado o cabía la protección subsidiaria. Los recurrentes sostenían que, en aplicación de la DA 1ª LA, el mero hecho de ser beneficiario de un programa de reasentamiento comporta la concesión del estatuto de refugiado, cuestión a la que se oponía la Abogacía del Estado al considerar que ser beneficiario de un programa de reasentamiento comporta la plena vigencia del régimen establecido en la LA y en función de las condiciones se procedería a la concesión del estatuto de refugiado o la protección subsidiaria. El Tribunal Supremo determinó que una interpretación como la que defiende la Abogacía del Estado y la sentencia recurrida comportaría que una persona incluida dentro de un programa de reasentamiento, por sus circunstancias personales, pueda verse impedida a acceder a los grados de protección que ha establecido el Legislador. Así, con una interpretación gramatical y sistemática de la norma, se está diciendo que los beneficiarios de los programas de reasentamiento queden asimilados a los que tienen derecho a la condición de refugiados, conforme a lo establecido en el art. 3 LA.

---

<sup>805</sup> RED EUROPEA DE MIGRACIÓN: Programas de reasentamiento y admisión humanitaria en Europa ¿Qué funciona?. España 2016, p. 4. [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european\\_migration\\_network/reports/docs/emn-studies/emn-studies-26b\\_spain\\_resettlement\\_study\\_final\\_es\\_version.pdf&ved=2ahUKEwjvh-yB\\_KXyAhUGDxQKHR8fD4sQFnoECAMQAQ&usq=AOvVaw2rhayR5eCoyoKBgPTAoxu5](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/emn-studies-26b_spain_resettlement_study_final_es_version.pdf&ved=2ahUKEwjvh-yB_KXyAhUGDxQKHR8fD4sQFnoECAMQAQ&usq=AOvVaw2rhayR5eCoyoKBgPTAoxu5)

<sup>806</sup> Por ejemplo: GOBIERNO DE ESPAÑA: Programa nacional de reasentamiento de refugiados 2019. Consejo de Ministros. 20/12/2019. [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/201219-enlace\\_refugiados.aspx](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/201219-enlace_refugiados.aspx)

La finalidad del párrafo segundo de la DA 1ª es establecer la equiparación a la condición de refugiados, aun cuando en estas personas beneficiadas por un programa de reasentamiento no concurren las condiciones que para esta condición se establecen en el art. 3 LA. En definitiva, “los beneficiados de un Programa de reasentamiento aprobado por el Gobierno, en aplicación de la DA 1ª LA, párrafo segundo, deben ser beneficiados, en todo caso, de la condición de refugiado en nuestro País y someterse al régimen de dicha condición”.



## **IV. EL PACTO MUNDIAL PARA UNA MIGRACIÓN SEGURA, ORDENADA Y REGULAR**

### **1. ANTECEDENTES DEL PACTO**

Según los datos mundiales sobre la migración cada año se producen en el mundo millones de desplazamientos de personas por diferentes causas. Gestionar las migraciones no es algo novedoso, sí lo es que se pretenda hacer de forma global, a través de la cooperación y que se pretenda conseguir con el máximo consenso posible. Si bien existían y existen textos internacionales que pretendían alguna de estas cuestiones, no había un consenso generalizado, de ello que la mayoría de instrumentos jurídicos no conseguían una adhesión universal.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible marca un antes y un después, reconoce los efectos positivos de la migración e introduce los elementos básicos de lo que después sería un gran Pacto mundial para la migración. Le sigue la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, donde se examina de forma concreta la cuestión de los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes, y se asumen una serie de compromisos, entre otros, ir hacia un Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular.

#### **1.1. Datos mundiales sobre la migración**

Según el Portal de Datos Mundiales sobre la Migración<sup>807</sup>, a nivel mundial el número de migrantes internacionales, que incluyen a todos los residentes de un país nacidos en el extranjero, ha ido evolucionando desde el año 1990 hasta la actualidad. En el año 2020 los países del continente Europeo con los valores más altos de población migrante han sido Alemania, la Federación Rusa, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Francia y

---

<sup>807</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Portal de datos mundiales sobre la migración. Una perspectiva global*. Financiada por los Estados Miembros de la OIM, el Gobierno de Alemania, el Gobierno de Suiza.

[https://migrationdataportal.org/es?%3F%3F%3F%3Fi=stock\\_abs&t=2020&i=stock\\_abs](https://migrationdataportal.org/es?%3F%3F%3F%3Fi=stock_abs&t=2020&i=stock_abs)

España, alcanzando la cifra de 86 millones de migrantes internacionales. A nivel mundial, en el año 2020 Estados Unidos de América era el país con los valores más altos de población migrante con más de 50 millones de personas, le siguen a gran distancia Alemania con más de 15 millones, Arabia Saudita con más 13 millones, la Federación Rusa con más de 11 millones y Reino Unido con más de 9 millones de personas. Como decíamos, la tendencia mundial desde 1990 es al alza, en este año se cifraba en 150 millones la población de migrantes internacionales y es en el año 2005 cuando se observa un aumento sustancial respecto a los años anteriores, a mediados del año 2020 habían más de 280 millones de personas migrantes internacionales en el mundo. Podríamos pensar que hablamos de cifras elevadas, sin embargo, el porcentaje de población migrante respecto al porcentaje de la población total mundial es del 3,6%. Existe un cierto equilibrio entre mujeres migrantes internacionales respecto a los hombres, en la actualidad un 48,1 %. Y la franja de edad mayoritaria de migrantes internacionales se sitúa entre los 19 años y los 65 años. Sin embargo, en el año 2020, aunque Estados Unidos encabece la lista mundial, la población de migrantes internacionales en este país respecto al porcentaje de la población total supone un 15,3%. Lo mismo sucede con Alemania, la población de migrantes respecto al porcentaje de la población total supone un 18,8 %. Cuestión distinta es lo que se aprecia en otros países, en los Emiratos Árabes Unidos la población de migrantes respecto al porcentaje de la población total supone un 88,1%, igual que en Qatar que asciende al 77,3%, donde también encontramos a países como Liechtenstein, 67,9%, o Mónaco 67,8 %.

En España, a mediados del año 2020, el número de población migrante era de 6,8 millones de personas, suponiendo un porcentaje del 14,6% sobre el total de la población. Un dato a destacar es que un 52,2% de los migrantes que se encuentran en España son mujeres. El mayor incremento de población migrante se produjo a partir del año 2000, siendo la tendencia al alza, principalmente desde el año 2000, con 1,7 millones, al año 2010, en este año se alcanzó la cifra de 6,3 millones de población migrante. Después la tendencia fue a la baja llegando a la cifra de 5,9 millones en el año 2015 donde volvió a girarse la tendencia incrementándose hasta llegar a la cifra actual de 6,8 millones.

Otros datos importantes son los relativos a los flujos migratorios internacionales, que indican el número de migrantes que entran o salen de un determinado país en un momento determinado. Si nos fijamos en las entradas de migrantes ya sea de forma temporal o

permanente, aunque es difícil su evaluación por la falta de datos comparables entre países, en los que se dispone de datos y hasta el último año evaluado, 2017, la tendencia desde el año 2015 ha sido a la baja. Si en el año 2005 se mantuvo un incremento sostenido para bajar ligeramente entre los años 2008 y 2009, en el año 2010 se vuelven a incrementar las entradas hasta el año 2015, con una cifra de 10,6 millones de entradas de migrantes, pero en el año 2016 se reducen las entradas a 8,1 millones y el año 2017 a 7,8 millones. En este contexto, en el año 2017 Alemania es el país que lidera la entrada de migrantes en el mundo, comenzando esta tendencia en el año 2009 con 606 mil entradas, hasta el pico de entradas que tuvo en el año 2015, con 2 millones, en los años 2016 y 2017 se redujo el número de entradas hasta llegar a la cifra de 1,4 millones. Le sigue Estados Unidos, que si bien la entrada de migrantes ha sido sostenida desde el año 2005 hasta el año 2015 con cifras que oscilan entre los 2 millones y 2,5 millones de entradas cada año, en el año 2016 empieza a disminuir la entrada de migrantes que con la llegada de Donald Trump en el año 2017 la cifra a la baja se acentúa de forma notable hasta 1,1 millones, nunca se había alcanzado tal suma desde que se dispone de datos desde el año 2005. Sobre los flujos de inmigración los datos que se disponen en la actualidad son hasta el año 2013, un poco alejado en el tiempo teniendo en cuenta el momento donde nos situamos actualmente, primer trimestre del año 2021. Sin embargo, sí existen datos más recientes de los flujos de trabajadores migrantes, datos que van desde el año 1995 hasta el año 2017. Desde el año 1995 Estados Unidos y Canadá han sido normalmente los principales países de destino de la mayoría de trabajadores migrantes. En cuanto a las cifras, desde el año 1995 hasta el año 1999 la cifra era sostenida entre 135 mil y 175 mil de desplazamientos, sin embargo en el año 2000 comienza a incrementarse esta cifra hasta el año 2006 llegando a los 429 mil desplazamientos, donde el año 2007 es España la que encabeza el número de desplazamientos de trabajadores migrantes con la cifra de 180 mil, sobre el total de 734 mil, motivado seguramente por la burbuja en el sector de la construcción que se vivía en aquel momento y la falta de mano de obra, motivo por el que muchos trabajadores extranjeros fijaban su destino a España. Llegando al pico, desde que se disponen de estos datos, en el año 2011, con más de 830 mil trabajadores migrantes, encabezando la lista de países de destino la Federación de Rusia, reduciéndose otra vez esta cifra al siguiente año a 487 mil, que en los posteriores y hasta 2017 no ha tenido ninguna oscilación relevante. En el año 2017 volvían a ser Canadá y Estados Unidos, incorporándose Alemania, los que encabezaban la lista de países del mundo como principal destino de trabajadores migrantes donde la cifra total llegaría a los 504 mil.



Por lo que hace a las personas refugiadas, desde 1990, año desde el que se disponen de cifras, de los 19 millones de refugiados que se vieron obligados a buscar protección, 3,5 millones se dirigieron a Irán y 3,3 millones a Pakistán. Desde el año 1990 hasta el año 2005 las cifras han ido a la baja, oscilando desde los 17 millones hasta llegar a los 13,8 millones en este último año. Sin embargo, en el año 2005 se produce un cambio de tendencia al alza, que desde el año 2010 hasta el año 2020 es mucho más notable, llegando a una cifra en este último año de 33,8 millones de refugiados que se vieron obligados a buscar protección, principalmente a países como Turquía y Jordania. En el año 2020, 3,9 millones de refugiados se desplazaron hacia Turquía, y 3 millones a Jordania. En el año 2019 habían 3,6 millones de refugiados en Turquía, 1,4 millones en Pakistán y en cuarto lugar aparece Alemania con 1,1 millones de refugiados. En el año 2019 habían 20,4 millones de refugiados residiendo en un país distinto del que huyeron. Desde el año 2014 hasta 2019 la mayoría de refugiados son personas que provienen de Siria, llegando este último año a la cifra de 6,6 millones de personas.

En este estado de cosas solo cabe una conclusión, las migraciones son una cuestión global, existen múltiples factores que son decisivos para que una persona decida migrar a un lugar determinado del mundo, sea de forma forzada, por cuestiones políticas, guerras o por necesidades como la búsqueda de una vida digna a través del trabajo. La migración es una cuestión universal, puede afectar, y de hecho afecta, a todos los países, sea porque unos países son lugares preferentes de destino, sea porque en unos países son necesarias las personas migrantes, sea porque son lugares preferibles de entrada, por los efectos que comporta la emigración, o por su situación geográfica próxima a un lugar donde acontece un conflicto bélico, etc.

Los países tratan de subrayar su soberanía y son reticentes a cederla, sin embargo no hay reticencia en algunas cuestiones donde para su justificación se llega a reconocer que es irremediable por ser una consecuencia de la globalización. Aunque solo sea por apariencia, sí se muestra e impone el poder soberano a través de la construcción de muros y barreras por tal de impedir la entrada de personas migrantes. Es una de las formas más visibles de demostrar hacia el exterior el poder soberano de un Estado y esa fue una de las grandes promesas del expresidente Donald Trump. Pero las migraciones son una cuestión global, y eso es lo que ha pretendido el reciente Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, los países no pueden gestionar por sí solos a la migración. Mientras exista desigualdad en el

mundo, pobreza, hambre, guerras, sequías, miseria, etc. las personas nos veremos obligadas a desplazarnos, a huir, y para eso no existen muros que puedan frenarlo. No existen suficientes barreras artificiales ni naturales como para detener el sueño de muchas personas por alcanzar una vida digna, ni que supongan un impedimento para huir lejos de la persecución, de la muerte o de la miseria.

## **1.2. La gestión de las migraciones no es una novedad: sí que se realice de forma global e integral**

Uno de los significados de gestionar, según la Real Academia de la Lengua, es manejar o conducir una situación problemática, pero también, muchas veces, es una forma de conducir una situación a una finalidad concreta sin que exista inicialmente un problema, o al menos que esté relacionado principalmente con lo que se quiere gestionar. Esto quiere decir que se puede gestionar la migración hacia un interés concreto sin que la migración comporte un problema existente, es decir, puede existir un interés particular, como puede ser la economía o la falta de mano de obra, donde interese gestionar la migración. En este caso el objetivo es regular, gestionar, la migración desde el punto de vista de un interés concreto para conseguir una finalidad determinada, pero desde una perspectiva positiva de la migración. Además, en la mayoría de estos supuestos, el interés es particular y singular, afecta a un sector señalado, a un grupo concreto de personas migrantes, a un país determinado, etc.

Pero el Pacto a la hora de gestionar la migración va más allá, ofrece una gestión de la migración de forma global, se gestiona desde un marco global, anteriormente inaudito, y además de forma integral, los precedentes habían gestionado la migración en el interés de conjuntos específicos de personas, el Pacto abarca a toda la migración internacional<sup>808</sup>.

Algunos ejemplos de ello puede ser lo que sucedió en Alemania en los años 60 y 70 con su reconstrucción y expansión económica. La República Federal Alemana firma con Italia un

---

<sup>808</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Fortalecimiento de la cooperación internacional y la gobernanza de la migración con miras a la adopción de un Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular*. No. 27. Diálogo Internacional sobre la migración. Ginebra, 2017, pp. 13-15.

[https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/ICP/IDM/2017\\_IDM/IOM%20IDM%202017%20Spanish\\_14Nov17.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/ICP/IDM/2017_IDM/IOM%20IDM%202017%20Spanish_14Nov17.pdf)

acuerdo de emigración en 1955, el objetivo es que miles de trabajadores italianos se trasladen a Alemania por la necesidad de mano de obra. España también intenta firmar un acuerdo de emigración pero no lo consigue, como forma de presión se ofrece a las empresas alemanas para que puedan contratar en España, le resulta satisfactorio, 15 empresas contestan favorablemente a la propuesta. Frente a esta tesitura el gobierno Alemán debía decidir entre anular la acción española o regular la demanda necesaria de las empresas alemanas que comportaba acordar con España un acuerdo sobre migración. Finalmente el peso de la economía se antepone a la política y soberanía alemana, el 29 de marzo de 1960, en la ciudad de Bonn, se suscribe el primer Acuerdo entre el Gobierno del Estado Español y el Gobierno de la República Federal de Alemania sobre migración, contratación y colocación de trabajadores españoles en la República Federal de Alemania<sup>809</sup>. En el año 2020 residían 167.151 españoles en Alemania, llegándose a considerar que el país germano es la 46ª provincia española por número de habitantes<sup>810</sup>.

Comentábamos anteriormente que la Unión Europea fue constituida sobre la necesidad de la inmigración laboral<sup>811</sup>. Una forma de gestionar la migración, en el sentido de gestionar los flujos migratorios laborales, se establece en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (TCCEE). Los principios establecidos en la Primera parte del TCCEE disponían del establecimiento de un mercado común de forma gradual y una progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, con diversos fines económicos, del nivel de vida y de unas relaciones más estrechas entre los Estados integrantes (art. 2 TCCEE). Para alcanzarlos se debían adoptar una serie de acciones, entre otras, la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales (art. 3, c) TCCEE). Una libertad de circulación que se aseguraba únicamente a trabajadores y dentro de la Comunidad. Es una forma de gestionar la migración al abrir vías de acceso legales con una finalidad laboral, lo que comportaba el derecho a responder a ofertas efectivas de trabajo y a la posibilidad de desplazarse libremente

---

<sup>809</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, A.: “Una introducción a la historia de la emigración española en la República Federal de Alemania (1960-1980)”. *Revista iberoamericana. América Latina, España, Portugal*, núm. 46/2012, pp. 24-25.

<sup>810</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: *60 aniversario del primer acuerdo sobre emigración firmado por España con la RFA*. [https://www.inclusion.gob.es/cartaespana/es/noticias/Noticia\\_0575.htm](https://www.inclusion.gob.es/cartaespana/es/noticias/Noticia_0575.htm)

<sup>811</sup> GUILD, E., *Security, op. cit.*, p. 140. Citado en: SOBOTOVICOVA, S.: “¿Quién es quién?”, *op. cit.*, p. 2.

con este fin a otro Estado miembro, residir en uno de estos para trabajar y permanecer en ese mismo territorio después de haber trabajado (art. 48 TCCEE). Era con ello una libertad que se centraba en los operadores económicos a la que podían unirse sus familias con el objetivo de facilitar su movilidad. Una libertad supeditada al Mercado común pero donde se prima el componente económico sobre el personal<sup>812</sup>. Posteriormente con el Tratado de Maastricht de 1992 se instaura una Unión Europea, se crea una ciudadanía común a los nacionales de los países miembros y se modifica el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Los objetivos establecidos en el Tratado de Maastricht son promover un progreso económico y social, equilibrado y sostenible, principalmente, entre otros, mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, y en el que se pretendía reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de los Estados miembros a través de la creación de una ciudadanía de la Unión. Con ello se gestiona a la migración desde un punto de vista interno, se levantan las fronteras interiores, y ahora sí, todos los ciudadanos de la UE tienen el derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros<sup>813</sup>. Se reconocen estas libertades y se elevan a la máxima de tal forma que el Tratado de Lisboa alza a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al mismo valor jurídico que los Tratados, donde se garantiza la libertad de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 45 CDFUE), y se asegura la libertad de todo ciudadano de la Unión a buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro (art. 15.2 CDFUE).

Así, hemos pasado de gestionar la migración desde un Estado y de forma unilateral o bilateral a hacerlo desde varios y de forma multilateral, pero desde un punto de vista de necesidades particulares, que pueden coincidir por varios sujetos a la vez, pero motivadas principalmente por razones económicas.

Otra forma de gestionar la migración con una vocación global pero orientada a determinados migrantes se origina con la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990. Es una Convención que parte desde otro punto de vista de lo que hemos visto anteriormente, su

---

<sup>812</sup> ELVIRA PERALES, *Libertad de circulación*, op. cit., p. 19 y ss.

<sup>813</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *La libre circulación de personas*, op. cit.

finalidad es la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores migratorios, donde se le reconocen derechos a estos, a sus familias y alcanzan a aquellos que se encuentran en situación irregular<sup>814</sup>. Es un Convenio con ambición, plasmar en un texto los derechos más básicos de los trabajadores migrantes, que no afecta al derecho de cada Estado parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familias (art. 79). Era el momento para actuar de forma organizada a nivel global, se reconocía que la migración laboral no podía ser dejada en manos de intereses nacionales y mecanismos de mercado<sup>815</sup>, pero desde su entrada en vigor, el 1 de julio de 2003, ningún país de los que reciben la mayor cantidad de inmigrantes lo ha ratificado, a principios del año 2021 solo había sido firmado por 12 y 56 eran Estados parte, en sentido opuesto, en 130 países no se aplica dicha Convención<sup>816</sup>.

### **1.3. La declaración del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo**

Los días 3 y 4 de octubre de 2013 se celebra una reunión en Nueva York por los representantes de los Estados y Gobiernos con ocasión del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo. Es un primer paso que parte desde un enfoque global de la migración internacional, reconociendo la importante contribución de los migrantes y la migración al desarrollo de los países de origen, tránsito y destino y la compleja interrelación entre la migración y el desarrollo. El programa tiene ocho puntos: protección de los derechos humanos de todos los migrantes; reducir los costes de la migración laboral; eliminar la explotación de los migrantes, incluida la trata de personas; la difícil situación de las crisis humanitarias; mejorar la percepción pública de los migrantes; integrar a la migración en la

---

<sup>814</sup> CAMÓS VICTORIA, “La convención”, op. cit., p. 11 y ss.

<sup>815</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Entra en vigor, op. cit.* [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS\\_075353/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_075353/lang-es/index.htm)

<sup>816</sup> UNITED NATIONS: *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their families*. Status of ratification interactive dashboard. Office of the high Commissioner <https://indicators.ohchr.org/>

agenda de desarrollo; fortalecer las bases de datos sobre la migración; y mejorar la asociación y cooperación en materia de migración<sup>817</sup>.

Así, se decide trabajar en un programa eficaz e inclusivo sobre la migración internacional que integre el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y a favor de una colaboración regional y mundial de la migración internacional. Se plantea la necesidad de cooperar internacionalmente para hacer frente a los desafíos de la migración irregular con el objetivo de que la migración sea segura, ordenada y regular con pleno respeto de los derechos humanos. Podríamos considerar que en este punto se está partiendo desde un enfoque a la defensiva, se declara que para que la migración sea segura, ordenada y regular, con pleno respeto a los derechos humanos, se ha de hacer frente a la migración irregular y de forma global, sin establecer otras alternativas como podrían ser crear vías de acceso legales o mejorar las actuales. Sí se pone de relieve a la migración laboral donde se hacen una serie de reconocimientos a favor de la adopción de medidas adecuadas para la protección de las trabajadoras migrantes en todos los sectores, incluidas las que trabajan en tareas domésticas, poniendo de relieve la necesidad de respetar y promover las normas internacionales del trabajo y de respetar los derechos de los migrantes en sus lugares de trabajo. También se declara la positiva contribución de los convenios y convenciones internacionales aplicables al sistema internacional para la protección de los migrantes, de forma particular la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Se anima a los Estados Miembros a que cooperen con los programas de movilidad que facilitan la migración segura, ordenada y regular, entre otras cosas mediante la movilidad de la mano de obra.

En fin, la Declaración del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo fija su horizonte en vistas al futuro más inmediato, pide el respeto a los derechos humanos y a las normas internacionales del trabajo, reitera el compromiso contra la trata de

---

<sup>817</sup> UNITED NATIONS: *High-level Dialogue on International Migration and Development. 4-4 october 2013. Making migration work: an eight-point agenda for action.* From the Report of the Secretary General. A/68/190. [https://www.un.org/en/ga/68/meetings/migration/pdf/migration\\_8points\\_en.pdf](https://www.un.org/en/ga/68/meetings/migration/pdf/migration_8points_en.pdf)

personas y condena las manifestaciones de racismo e intolerancia<sup>818</sup>. Se incita a que el conjunto del sistema de Naciones Unidas y otras organizaciones fortalezcan su colaboración y cooperación para abordar mejor la cuestión de la migración internacional y el desarrollo, y que se examinen las cuestiones relativas a la migración en sus contribuciones al proceso preparatorio que establecerá la agenda para el desarrollo después de 2015.

#### **1.4. La Agenda 2030 y la migración**

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible<sup>819</sup> también trata abordar la migración, introduce elementos para gestionarla. En septiembre de 2015 la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la Agenda 2030, sus 17 objetivos alcanzan a una gran variedad de materias relativas al desarrollo sostenible, entre las que se encuentran poner fin a la pobreza y al hambre, la salud, la educación, la igualdad de género, el cambio climático. La Agenda reconoce a la migración como fundamental en el desarrollo y es la primera vez que la migración se integra de forma explícita en la agenda mundial del desarrollo<sup>820</sup>. Se reconoce la positiva contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible, además de que la migración internacional es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino que exige respuestas coherentes e integrales. Así, se señala que se cooperará en el plano internacional para garantizar la seguridad, el orden y la regularidad de las migraciones, respetando plenamente los derechos humanos y dispensando un trato humanitario a los migrantes, sea cual sea su estatus migratorio, y a los refugiados y los desplazados. Con esta declaración se está plasmando una cuestión primordial, la migración ha de ser abordada de forma global a través de la cooperación, la gestión ha de garantizar la seguridad, el orden y la regularidad de las migraciones, pero esta forma de gestionar la migración ha de tener en cuenta otro aspecto fundamental, se ha de respetar plenamente los derechos humanos y dispensar un trato humanitario a los migrantes. Aquí es donde se da un paso hacia delante, no solo se ha de

---

<sup>818</sup> NACIONES UNIDAS: *Reuniones de alto nivel del 68º período de sesiones de la Asamblea General. 3 y 4 de octubre de 2013- Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo: "Conseguir que la migración funcione"*. <https://www.un.org/es/ga/68/meetings/migration/>

<sup>819</sup> NACIONES UNIDAS: *Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. 21 de octubre de 2015. A/RES/70/1. <https://undocs.org/es/A/RES/70/1>

<sup>820</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *La migración, op. cit.*, pp. 12-13.

gestionar globalmente a la migración, se ha de gestionar teniendo en cuenta el pleno respeto de los derechos humanos de los migrantes. Podríamos subrayar como máxima que la migración no ha de ser tratada como una mercancía y el respeto a los derechos humanos de los migrantes es el eje vertebrador que debe acompañar la gestión de la migración. La referencia específica a la migración se encuentra en la Meta 10.7 y dentro del Objetivo 10: “Reducir la desigualdad en los países y entre ellos”, donde se urge a: “Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas”.

En el reciente “Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020”, señala el Secretario General de las Naciones Unidas que antes de la pandemia de COVID-19 los progresos continuaban siendo desiguales y que no era el camino para cumplir con los Objetivos para el año 2030. Concretamente, por lo que hace al objetivo 10 y en lo que afecta a la migración, se indica que la mayoría de las regiones tienen un largo camino por recorrer para establecer políticas migratorias adecuadas. En la actualidad solo el 54% de los países de todo el mundo cuentan con un conjunto integral de normativas para facilitar la migración y la movilidad ordenada, segura, regular y responsable de las personas, la mayoría localizados en Asia central y meridional, América Latina y el Caribe, donde a continuación encontraríamos a Europa y América del Norte. De los seis ámbitos que sirven para indicar el seguimiento y evaluación de los gobiernos en relación con la meta 10.7: avance del bienestar socioeconómico de los migrantes y la sociedad; cumplimiento de las normas internacionales y cumplimiento de los derechos de los migrantes; enfoque de todo el gobierno en las políticas de migración; acción efectiva sobre las dimensiones de movilidad de las crisis; compromiso con los socios para abordar cuestiones relacionadas con la migración; y garantía de que la migración se lleva a cabo de manera segura, ordenada y digna. En los dos últimos serían donde las normativas serían más extendidas ya que más de las tres cuartas partes de los gobiernos informan que cumplen o cumplen plenamente con los criterios. Sin embargo, los dos primeros ámbitos serían los que presentan proporciones más bajas de los gobiernos que informan sobre una amplia abanico de normativas<sup>821</sup>.

---

<sup>821</sup> NACIONES UNIDAS: *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020*. p. 46. [https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020\\_Spanish.pdf](https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020_Spanish.pdf)



## **1.5. La Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Hacia un gran Pacto Mundial**

En este estado de cosas, el 19 de septiembre de 2016 se aprueba en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en una reunión plenaria de alto nivel sobre la respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes, la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes<sup>822</sup>.

Esta reconoce en primer lugar las diferentes causas que hacen que las personas se desplacen: económicas, nuevos horizontes, conflictos armados, pobreza, inseguridad alimentaria, persecución, terrorismo, violaciones y abusos de los derechos humanos, efectos del cambio climático o desastres naturales u otros factores ambientales. También se señala que al aprobar la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible se reconoció la contribución positiva de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible y que la migración segura, ordenada y regular aporta beneficios y oportunidades que a veces son subestimados, sin embargo, el desplazamiento forzoso y la migración irregular en grandes movimientos suelen plantear problemas complejos. La Declaración subraya que todos los migrantes y refugiados, independientemente de su condición, son titulares de derechos que los Estados han de proteger de forma plena. Frente a la complejidad de los grandes desplazamientos que hace referencia al número de personas que llegan a un determinado lugar; el contexto económico, social y geográfico; la capacidad de respuesta del Estado receptor; y las repercusiones de un desplazamiento de forma repentina o prolongada hace que estemos ante un fenómeno mundial que exigen enfoques y soluciones mundiales<sup>823</sup>.

Frente a esta tesitura se adoptan una serie de compromisos dirigidos por igual y otros de forma independiente respecto a los refugiados y a los migrantes, teniendo en cuenta las distintas realidades, capacidades y niveles de desarrollo nacionales y respetando las políticas y prioridades de cada país, sobre esto último y en otras palabras: respetando la soberanía de los Estados. También se deja margen de maniobra a los Estados para que, si algunos

---

<sup>822</sup> NACIONES UNIDAS: *Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. 3 de octubre de 2016. A/res/71/1. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10793.pdf>

<sup>823</sup> *Ibid.*, p. 1-5.

compromisos se aplican particularmente a un grupo, también pueden ser aplicables al otro grupo, y que si bien todos los compromisos se sitúan dentro del marco de los grandes desplazamientos, muchos pueden aplicarse a la migración regular. Por último, la Declaración contiene dos Anexos, el primero de ellos hace referencia a un marco de respuesta integral para los refugiados y los pasos necesarios para concertar en el año 2018 un pacto mundial sobre la cuestión de los refugiados, y en el segundo Anexo se establecen las medidas para acordar en 2018 un Pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular.

Así, el Anexo II inicia el camino hacia un Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular. El proceso de negociaciones intergubernamentales se iniciaría ese mismo año, la apuesta era arriesgada en aquel momento, ya que se señala que estas negociaciones culminarían con la aprobación de un Pacto. Este debería establecer una serie de principios, compromisos y entendimiento entre los Estados miembros sobre la migración internacional en todas sus dimensiones.

Por lo tanto quedaba camino por recorrer pero también se indicaban ya los elementos que podrían incluirse en el pacto mundial. Entre otros, facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras regulares y responsables de las personas –esto último ya no se encontraría en el futuro pacto mundial-, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas, y un paso importante, no solo se hace una apuesta por el sistema de vías de acceso establecidas que podrían ser mejoradas, sino que se indica que esto puede incluir la creación y la ampliación de vías migratorias seguras y regulares. Esta apuesta reflejaba que la única migración beneficiosa era la que se realiza a través de vías legales, como también se podía desprender del compromiso adquirido a favor de cooperar “para facilitar y garantizar la migración segura, ordenada y regular, incluidos el retorno y la readmisión, teniendo en cuenta la legislación nacional”<sup>824</sup>.

También se añadía la cuestión laboral, la protección de los derechos laborales y de un entorno de trabajo seguro para los trabajadores migrantes y las personas con empleos precarios, la protección de las trabajadoras migratorias en todos los sectores y la promoción de la movilidad de la mano de obra, incluida la migración circular. En último lugar, se traza el

---

<sup>824</sup> CAMAS RODA, “El tratamiento”, op. cit., p. 442.

camino a seguir hacia el pacto mundial. Se haría a través de un proceso de negociaciones intergubernamentales que comenzarían a principios de 2017 y culminarían en una conferencia intergubernamental sobre migración internacional en 2018, en la que se presentaría el pacto mundial para su aprobación. El hecho de poner una fecha final podría traer consecuencias negativas, por ejemplo, que la presión de un calendario y el objetivo de que se adhirieran el máximo países al documento final rebajara las expectativas finales, pero también reafirma el compromiso de sacar adelante un gran pacto mundial con una fecha concreta. En segundo lugar, el Tercer Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo que se celebraría a más tardar en 2019, debería jugar su papel en el proceso. Por otro lado, se disponía de las aportaciones del Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo y el Grupo Mundial sobre Migración al proceso de Migración, y también de la contribución de la Organización Internacional del Trabajo, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y, desde un punto de vista amplio, otras entidades con mandatos y conocimientos importantes relacionados con la migración, invitando a la sociedad civil, el sector privado, las comunidades de la diáspora y las organizaciones de migrantes a contribuir al proceso de preparación del pacto mundial.

#### **1.6. Desde el proceso de elaboración hasta la aprobación del Pacto Mundial**

El proceso de elaboración del pacto comienza en el mes abril del año 2017. La resolución aprobada por la Asamblea General el 6 de abril de 2017<sup>825</sup> establece las modalidades para las negociaciones intergubernamentales del pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular. En primer lugar, se decide que la conferencia intergubernamental para aprobar el pacto mundial se celebraría en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, antes de la apertura del debate general del septuagésimo tercer periodo de sesiones de la Asamblea General, pero dejando margen para que se pudiera establecer otra cosa. Esta celebración debería realizarse al nivel político más alto posible, incluidos los Jefes de Estado o de

---

<sup>825</sup> NACIONES UNIDAS: *Resolución aprobada por la Asamblea General el 6 de abril de 2017. Modalidades para las negociaciones intergubernamentales del pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular.* Asamblea General de las Naciones Unidas. A/RES/71/280. 17 de abril de 2017. <https://undocs.org/sp/A/RES/71/280>

Gobierno. De ello resultaría la aprobación de un documento final negociado y convenido a nivel intergubernamental cuyo título sería “Pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular”. En la conferencia intergubernamental y su proceso preparatorio podrían participar todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, todos los miembros de los organismos especializados que participen en calidad de observadores en la Asamblea General, invitando a las organizaciones intergubernamentales y a otras entidades en calidad de observadores, así como a los órganos y organizaciones de las Naciones Unidas. Por otro lado, se abriría la posibilidad a que participaran también otros actores provenientes de la sociedad civil, el sector privado, el mundo académico y organizaciones de migrantes, entre otros.

Por último, se decide que el proceso preparatorio que conduzca a la aprobación del pacto mundial se estructuraría en diferentes fases y dentro de un calendario previsto. La primera fase se desarrollaría desde el mes de abril a noviembre de 2017. Esta fase llamada de consultas se organizaría a través de sesiones temáticas oficiosas sobre la facilitación de la migración segura, ordenada y regular en las que se abordarían, entre otras cuestiones, aquellos elementos señalados en el Anexo II, párrafo 8, de la resolución 71/1, que hace relación al contenido que podría incluir el pacto, observando los derechos humanos de todos los migrantes, la inclusión social, la cohesión y todas las formas de discriminación, incluidos el racismo, la xenofobia y la intolerancia. La migración irregular y por vías regulares, incluido el trabajo decente, la movilidad laboral, el reconocimiento de las aptitudes y cualificaciones y otras medidas pertinentes, la cooperación internacional y la gobernanza de la migración en todas sus dimensiones. Las contribuciones de los migrantes y las diásporas a todas las dimensiones del desarrollo sostenible. La respuesta a los factores que impulsan la migración, incluidos los efectos del cambio climático, los desastres naturales y las crisis creadas por el ser humano, mediante la protección y la asistencia, el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza, y la prevención y resolución de conflictos, así como el tráfico de migrantes, la trata de personas y las formas contemporáneas de la esclavitud.

La segunda fase sería la del balance. A principios de diciembre de 2017, se celebraría una reunión preparatoria en la que se debería hacer un balance de las aportaciones recibidas, básicamente para debatir y analizar las contribuciones recibidas relacionadas con la facilitación de una migración segura, ordenada y regular examinando posibles medios de aplicación, así como de mecanismos de seguimiento y examen de un pacto mundial.

Una tercera y última fase sería la de las negociaciones intergubernamentales, de febrero a julio de 2018. A partir de un borrador preliminar del pacto, sobre la base de las opiniones, los resúmenes y las recomendaciones de los Estados Miembros y teniendo en cuenta las aportaciones y las deliberaciones de las fases I y II, que se presentaría a los Estados Miembros en febrero de 2018 para las negociaciones intergubernamentales.

Finalmente, el día 13 de julio de 2018 llegaría el texto del documento final<sup>826</sup> resultado de las negociaciones intergubernamentales que sería transmitido a la Conferencia Intergubernamental para que fuera aprobado posteriormente en la ciudad de Marrakech, Marruecos, los días 10 y 11 de diciembre de 2018, un acontecimiento bajo la denominación de “Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular”<sup>827</sup>.

Pero hasta la llegada de la Conferencia Intergubernamental de Marrakech no todo fue un camino de rosas. Si bien había muchos partidarios de sacar adelante este pacto global para la migración, a nivel europeo el Parlamento Europeo también pedía a los Estados miembros de la Unión que se sumaran en el marco de una posición única de la Unión y que defendieran activamente e impulsaran las negociaciones sobre el Pacto Mundial<sup>828</sup>. Se estaba empezando a reflejar la posición de determinados países contrarios a adherirse al pacto como Hungría, que bajo un argumentario ultraderechista y antiinmigración de su primer ministro, Viktor Orbán, señalaba la amenaza, como después sucedió, de desmarcarse del acuerdo<sup>829</sup>. Pero no fue el único que puso palos en las ruedas, Estados Unidos, bajo la presidencia de Donald Trump, fue

---

<sup>826</sup> NACIONES UNIDAS: *Proyecto de documento final de la Conferencia. Nota de la presidencia de la Asamblea General*. A/CONF.231/3. 30 de julio de 2018. <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>

<sup>827</sup> NACIONES UNIDAS: *Resolución aprobada por la Asamblea General el 24 de diciembre de 2017. Modalidades para la Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*. 22 de enero de 2018. A/RES/72/244. <https://undocs.org/es/A/Res/72/244>

<sup>828</sup> PARLAMENTO EUROPEO: *Avances con respecto al pacto mundial de las Naciones Unidas para una migración segura, ordenada y regular y al pacto mundial de las Naciones Unidas sobre los refugiados*. Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de abril de 2018, sobre los avances con respecto al pacto de las Naciones Unidas para una migración segura, ordenada y regular y al pacto mundial de las Naciones Unidas sobre los refugiados. 18 abril de 2018. C 390/69. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IP0118&from=ES>

<sup>829</sup> DIARIO LA VANGUARDIA: “Hungría amenaza con abandonar el Pacto sobre Migración”. *La vanguardia*. 31 de enero de 2018. <https://www.lavanguardia.com/vida/20180131/44432567939/hungria-amenaza-con-abandonar-el-pacto-sobre-migracion-de-la-onu.html>

el primer país que, después de la Declaración de Nueva York de 2016 y durante los dos años siguientes, se opuso al pacto. Además, el texto consensuado fue atacado por los medios de comunicación ultranacionalistas de extrema derecha, especialmente en Europa<sup>830</sup>. La voz de los detractores no era otra que la de que el pacto atacaba su soberanía y sus políticas sobre migración. De hecho esta era la afirmación que Nikki Haley, embajadora de EEUU ante las Naciones Unidas, hizo en un comunicado: “Nuestras decisiones sobre políticas de inmigración serán tomadas por americanos y solo por americanos”<sup>831</sup>. Pero al margen de que el Pacto finalmente salió adelante por una mayoría muy significativa de países, se ha señalado que faltó un discurso bien armado en defensa del mismo desde los meses de julio hasta diciembre de 2018<sup>832</sup>. A este discurso contra el Pacto, además de los señalados, se fueron sumando Austria, Israel, República Checa, Eslovaquia, Polonia, Lituania, Australia, República Dominicana y Chile. Finalmente, cinco países votaron en contra: Estados Unidos, Hungría, Polonia, República Checa e Israel. Se abstuvieron doce países: Argelia, Australia, Austria, Bulgaria, Chile, Italia, Latvia, Libia, Liechtenstein, Rumanía, Suiza y Singapur<sup>833</sup>. 24 países no participaron en la votación y Brasil, que firmó el pacto, con la llegada de Jair Bolsonaro se retiró del mismo. De la Unión Europea, 11 de los 28 Estados miembros no lo apoyaron. Pero el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular salió adelante con el voto a favor de 152 Estados pertenecientes a la Asamblea General de los 169 presentes en la votación.

---

<sup>830</sup> CACHÓN RODRÍGUEZ, L.; AYSALASTRA, M.: “El pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular. Un contrato social internacional”. En la obra colectiva: *Inmigración, elecciones y comportamiento político. Anuario CIDOB de la Inmigración*. Dirs.: Joaquín Arango, Ramón Mahía, David Moya, Elena Sánchez-Montijano. Barcelona (noviembre de 2019), p. 89.

<sup>831</sup> DIARIO EL PAÍS: *Trump retira a EEUU del pacto de la ONU sobre migración*. El País. 3 de diciembre de 2017. [https://elpais.com/internacional/2017/12/03/estados\\_unidos/1512328745\\_030954.html](https://elpais.com/internacional/2017/12/03/estados_unidos/1512328745_030954.html)

<sup>832</sup> CACHÓN RODRÍGUEZ, L.; AYSALASTRA, M.: “El pacto mundial”, *op. cit.*, p. 89.

<sup>833</sup> NACIONES UNIDAS: “La ONU confirma su respaldo al Pacto Mundial de Migración en la Asamblea General”. <https://news.un.org/es/story/2018/12/1448301>

## **2. EL PACTO MUNDIAL PARA UNA MIGRACIÓN SEGURA, ORDENADA Y REGULAR. SU CARÁCTER (NO) VINCULANTE PERO GENERADOR DE NORMAS JURÍDICAS**

El Pacto Mundial se adopta en un contexto complejo a nivel mundial. A la cabeza del país más poderoso del mundo, Estados Unidos, se encuentra Donald Trump, que basa su discurso político en polemizar y señalar a los migrantes como culpables de todos los males. La defensa del patriotismo, el nacionalismo y el derecho de los Estados a proteger sus fronteras es el buque insignia de su estilo<sup>834</sup> que le alza a la Casa Blanca. Diversos dirigentes políticos plantean en alguna ocasión planteamientos xenófobos<sup>835</sup>. En Europa tampoco se presagian buenos tiempos, la ultraderecha irrumpe fuerte en el panorama político. Los líderes más destacados son Viktor Orbán, Primer ministro de Hungría y Mateo Salvini que se convierte en Viceprimer ministro y Ministro de Interior del gobierno de Italia. Pero la ultraderecha también irrumpe por el resto de Europa; España, Portugal, Francia, Alemania, Grecia, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, República Checa, Eslovaquia, Polonia, Eslovenia, Irlanda, Croacia, Austria, Suecia, Dinamarca, Finlandia, Estonia, Lituania, Letonia, Malta, Chipre, Bulgaria, Rumanía. En enero de 2020 se contabilizaba que la ultraderecha estaba en 5 gobiernos y 22 parlamentos de la UE<sup>836</sup>. El patriotismo, nacionalismo y discurso populista también se eleva a la máxima en Reino Unido hasta tal punto que el deseo es salir de la Unión Europea.

Los anteriores acuerdos sobre migración a nivel global tampoco habían alcanzado el objetivo deseado. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990, que básicamente tenía por objeto la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores migratorios, de sus familias y de aquellos que se encuentran en situación irregular, desde su entrada en vigor, el 1

---

<sup>834</sup> NACIONES UNIDAS: “No vengán, los regresaremos a sus países, dice Trump a los migrantes desde la Asamblea General”. Noticias ONU. 24 de septiembre de 2019. <https://news.un.org/es/story/2019/09/1462662>

<sup>835</sup> ROJO TORRECILLA, E.: *Trabajo decente, trabajo doméstico, población migrante*. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 11 de diciembre de 2018. [http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/12/trabajo-decente-trabajo-domestico\\_11.html](http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/12/trabajo-decente-trabajo-domestico_11.html)

<sup>836</sup> DIARIO PÚBLICO: “La ultraderecha tiñe el mapa de Europa: está en cinco gobiernos y 22 parlamentos de la UE”. *Público*. 21 de enero de 2020. <https://www.publico.es/internacional/politica-europea-ultraderecha-tine-mapa-europa-5-gobiernos-22-parlamentos-paises-ue.html>

de julio de 2003, ningún país de los que reciben la mayor cantidad de inmigrantes lo había ratificado.

La cuestión es que surgía la necesidad de regular la migración a nivel global pero el contexto no ayudaba a que fuese a través de una norma jurídica con obligado cumplimiento en todos sus términos. No es la primera vez que se utiliza una técnica de este tipo y quizá no se la última, la falta de consenso y de éxito por sumar adhesiones lleva a que las expectativas jurídicas cambien a acuerdos que no sean jurídicamente vinculantes. El Pacto para una Migración, Segura, Ordenada y Regular forma parte de este tipo de acuerdos, su contenido refleja una premisa “presenta un marco de cooperación no vinculante jurídicamente (...) su propósito es fomentar la cooperación internacional sobre la migración, reconociendo que ningún Estado puede abordar la migración en solitario, y respetar la soberanía de los Estados y sus obligaciones en virtud del derecho internacional” (Preámbulo). De hecho se hace una declaración en este sentido como principio rector “El Pacto Mundial reafirma que los Estados tienen el derecho soberano a determinar su propia política migratoria y la prerrogativa de regular la migración dentro de su jurisdicción, de conformidad con el derecho internacional” (Visión y principios rectores, 15.c). Por si no quedara claro la doctrina también ha reafirmado este carácter no vinculante jurídicamente<sup>837</sup>. Pero aún así, también se ha señalado que evidencia un momento histórico por el cual los Estados se comprometen a la cooperación y a la gobernanza global, que si bien ya se da en otros ámbitos como el del comercio, las telecomunicaciones<sup>838</sup> y el propio proceso de globalización que no deja de ser un producto de la americanización<sup>839</sup> y que definitivamente ha obligado a los estados a adaptarse a la influencia norteamericana, el agujero negro seguía existiendo en las finanzas y en la

---

<sup>837</sup> Entre otros: CACHÓN RODRÍGUEZ, L.; AYSA-LASTRA, M.: “El pacto mundial”, *op. cit.*, p. 88. ROJO TORRECILLA, E.: *Trabajo decente*, *op. cit.*: HERRERA, M. J.: “Pacto mundial para la migración a debate”. *Revista tiempo de paz*, núm. 135, 2019, p. 14. CAMAS RODA, “El tratamiento”, *op. cit.*, p. 444. MORA CABELLO, “Inmigración”, *op. cit.*, pp. 142-146. CASTELLI, N.: *Las migraciones internacionales. Una mirada crítica a la regulación internacional y europea desde la perspectiva laboral*. Ed. Bomarzo, 2019, p. 99.

<sup>838</sup> CACHÓN RODRÍGUEZ, L.; AYSA-LASTRA, M.: “Estudio introductorio: el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, un paso histórico hacia un “contrato social internacional”, en la obra colectiva: *El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*. Un modelo para armar. Dirs.: Lorenzo Cachón, María Aysa-Lastra. Ed. Hacer. Barcelona, 2019, p. 12-13.

<sup>839</sup> BALLBÉ, M.: “El Futuro del Derecho Administrativo en la Globalización: Entre la Americanización y la Europeización”. *Revista de Administración Pública*, núm. 174, Madrid, 2007, p. 216.



migración y que por ello el Pacto pone las bases de un “contrato social internacional”<sup>840</sup> en el campo de la gestión de la migración.

El trato que los Estados han de dar a sus nacionales ha sido tradicionalmente una cuestión estrictamente interna, los Estados han defendido su soberanía para pronunciarse en esta materia y no han permitido injerencias<sup>841</sup>. Dependiendo de las tradiciones democráticas de cada Estado, cada uno de ellos ha extendido o reconocido con mayor o menor intensidad derechos a sus ciudadanos, pero a partir de la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) el panorama cambia por completo. Finalizada la Segunda Guerra Mundial y las consecuencias devastadoras del régimen nazi se provoca un cambio de conciencia a nivel mundial que conlleva a la necesidad de reconocer internacionalmente derechos a todas las personas. Una idea que fue defendida por algunos países a que estuviera plasmada en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, y que solo consiguieron en parte, pero que marca el inicio dentro del derecho internacional de la obligación de respetar la dignidad humana<sup>842</sup>. Pero la Carta no contenía un catálogo de derechos humanos, de ello que se decidió elaborar la Carta Internacional de Derechos Humanos, que estaría compuesta por una declaración, un tratado y un mecanismo de aplicación<sup>843</sup>. Así, se adopta en la Asamblea General de las Naciones Unidas la resolución 217 A (III), de 10 de diciembre, por la que se aprobaba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el primer texto internacional que reconoce la existencia de unos derechos humanos que se deben de proteger a nivel global<sup>844</sup>. La DUDH tiene el valor de recomendación dirigida a los Estados, pero en su preámbulo se da a entender que jugará un papel fundamental en la futura labor normativa de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. La problemática en adoptar un tratado internacional obligatorio ha convertido a la DUDH en una referencia sobre la protección del los derechos humanos. Existen muchas voces doctrinales y jurisprudenciales que defienden el carácter jurídico de la DUDH<sup>845</sup>: todos los instrumentos de protección de derechos humanos

---

<sup>840</sup> CACHÓN, AYSA-LASTRA, “Estudio”, *op. cit.*, p.13.

<sup>841</sup> ALIJA FERNÁNDEZ, R. A.: *El sistema universal de protección internacional de los derechos humanos*. Ed. FUOC. Fundació por la Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona. 2016, p. 7.

<sup>842</sup> *Ibid.*, p. 7-8.

<sup>843</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>844</sup> SAURA I ESTAPÀ, J.: *El proceso de internacionalización de los derechos humanos*. Ed. FUOC. Fundació per la Universitat Oberta de Catalunya, 2015, p. 7-10.

<sup>845</sup> *Ibid.*, p. 17.

la recogen, cubre la carencia de derechos de la Carta de las Naciones Unidas, su invocación continua ha comportado que se convierta en costumbre internacional, su contenido forma parte del derecho internacional público, y sin ir más lejos, el art. 10.2 CE detalla que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Así, el Pacto Mundial para una Migración segura, ordenada y regular no es jurídicamente vinculante, pero su adopción conllevará que finalmente incida en las políticas migratorias de los Estados democráticos. El Pacto desembocará en normas jurídicas en materia migratoria, nuevas normativas partirán del propio Pacto, otras existentes evolucionarán hacia el Pacto. El Pacto protege y reafirma la soberanía estatal pero no la fortalece, el marco de cooperación plasmado en el Pacto apuesta por adoptar medidas en materia migratoria multilaterales más que de forma unilateral<sup>846</sup>. La adopción del Pacto comporta obligaciones políticas que los Estados democráticos han de seguir, es exigible, y los ciudadanos tienen el derecho de defender y reclamar frente a sus gobernantes el cumplimiento de las obligaciones adquiridas. El Pacto marcará en las próximas décadas las políticas migratorias. Existe un reconocimiento mayoritario de que la migración ha de tratarse de forma multilateral, una vez reconocido esto el Pacto es el instrumento idóneo para abordar la gestión de las migraciones. Pero además, el Pacto contiene una serie de principios, derechos y concordancias con múltiples normas jurídicas que posibilitan su compatibilidad y complementariedad, y ofrece la posibilidad de que estas puedan ser interpretadas prestando su atención.

### **3. EL CONTENIDO DEL PACTO MUNDIAL**

El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular contiene un Preámbulo, y varios apartados que fijan la Visión y Principios rectores, y el Marco de cooperación, podríamos decir que este bloque forma el contenido introductorio. Por otro lado, podríamos considerar como parte nuclear la que está integrada dentro de los Objetivos y compromisos que se adquieren y que forman parte del desarrollo del Marco de cooperación, en concreto, donde se engloban los 23 objetivos, las medidas de aplicación, seguimiento y examen.

---

<sup>846</sup> CAMAS RODA, “El tratamiento”, *op. cit.*, p. 445.

El Preámbulo viene a enunciar las normas en las que se inspira el Pacto, señalando las normas más básicas de protección de los derechos humanos de todas las personas y otras particularmente referidas a las personas migrantes. En primer lugar, se basa en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. Por otro lado, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el resto de tratados fundamentales de derechos humanos como podría ser la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. También la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, la Convención sobre la Esclavitud y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación en Particular en África, el Acuerdo de París, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030 y la Nueva Agenda Urbana. De forma particular, por lo que hace al mundo del trabajo, se señala a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, y a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre la promoción del trabajo decente y la migración laboral como el Convenio sobre los Trabajadores Migrantes, núm. 97, (revisado), de 1949, el Convenio sobre los Trabajadores Migrantes, núm. 143, (Disposiciones Complementarias), de 1975, el Convenio sobre la Igualdad de Trato, núm. 118, (Seguridad Social) de 1962 y el Convenio sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, núm. 189, de 2011.

El Preámbulo también recoge los antecedentes más próximos respecto a diferentes debates que se habían suscitado a nivel mundial en relación a la migración internacional: el Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo de 2006 y 2013, el Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo, que fueron los orígenes que prepararon el terreno para la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, en la que se llegó al compromiso de concertar un pacto mundial sobre los refugiados y aprobar un Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular en procesos separados. Esto es así al configurarse como dos grupos distintos, regidos por marcos jurídicos diferenciados, donde el Pacto Mundial se refiere a los migrantes y se propone un marco de cooperación para abordar la migración en todas sus dimensiones.

En último lugar, se alza al Pacto Mundial como “ un hito en la historia del diálogo mundial y la cooperación internacional sobre la migración”. Y si bien se enfatiza a que el Pacto presenta un marco de cooperación, este no es vinculante jurídicamente, pero que su propósito es fomentar la cooperación internacional sobre la migración entre todas las instancias pertinentes, reconociéndose que ningún Estado puede abordar la migración en solitario, pero respetando su soberanía y sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

Por otro lado, en cuanto al apartado “Visión y principios rectores” se señala que existe el compromiso colectivo de mejorar la cooperación sobre la migración internacional. De hecho, esta sería la piedra angular del Pacto, igual que se hace un reconocimiento indicando que la migración no puede ser abordada en solitario, la solución pasa por establecer un marco de cooperación sobre esta cuestión. Y otro tema, si se establece el compromiso colectivo de mejorar la cooperación, estaba claro que la que existía no funcionaba, al menos para conseguir los objetivos hacia una migración segura, ordenada y regular. Un punto importante del Pacto es que se parte desde una visión en positivo: “la migración ha formado parte de la experiencia humana desde los albores de la historia, y reconocemos que genera prosperidad, innovación y desarrollo sostenible en nuestro mundo globalizado, y que estos efectos positivos pueden optimizarse mejorando la gobernanza de la migración”. Que se parta desde esta visión corta radicalmente otras iniciativas que tienen un punto de vista opuesto, más enfocado en establecer medidas restrictivas a la hora de gestionar la migración sin configurar otras medidas que la favorezcan, y, sobre todo, respetando los derechos más básicos de las personas migrantes. De hecho hay otra expresión esencial que evidencia la visión de la

migración en este Pacto: “En el mundo actual, la mayoría de los migrantes viajan, viven y trabajan de manera segura, ordenada y regular”. Y que lejos de utilizar la migración como arma arrojadiza, los desafíos y oportunidades de la migración ha de ser “algo que nos una, en lugar de dividirnos”.

Así, con este propósito se enuncia una “Concepción común” de la migración, sobre la base de que esta es uno de los rasgos distintivos de un mundo globalizado que vincula a las sociedades, haciendo que todas las naciones sean a la vez países de origen, tránsito y destino. Compartiendo una misma concepción de la migración hacia un desarrollo sostenible para todos. Garantizando a los migrantes y quienes puedan serlo que sean plenamente informados de sus derechos, obligaciones y opciones de migración segura, ordenada y regular, y de los riesgos que entraña la migración irregular. Reuniendo y difundiendo datos de calidad y proporcionando a todos los ciudadanos acceso a una información clara, objetiva y con base empírica sobre los beneficios y desafíos de la migración, con el objetivo de contrarrestar los discursos falsos que tienden a generar en la sociedad una percepción negativa sobre los migrantes.

También se indican las “Responsabilidades compartidas”. Reconociendo la necesidad de aplicar un enfoque integral para optimizar los beneficios generales de la migración y abordando al mismo tiempo los riesgos y desafíos a los que se enfrentan las personas y comunidades en los países de origen, tránsito y destino. Dos cuestiones son cruciales en este Pacto Mundial, por un lado, la existencia de una responsabilidad compartida de cara a reducir la migración irregular, donde el enfoque integral del que se habla pretendería facilitar la migración segura, ordenada y regular, reduciendo la incidencia de la migración irregular y sus efectos a través de la cooperación internacional y una combinación de las diferentes medidas expuestas en el Pacto. Por otro lado, la responsabilidad compartida de abordar las necesidades y preocupaciones mutuas sobre la migración y la “obligación primordial de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de sus estatus migratorio”. Sin embargo, como si esto último pudiera quedar condicionado, también se indica que también se ha de promover la seguridad y la prosperidad de todas nuestras comunidades. Controvertida declaración que evidencia que aún queda mucho por hacer, se pueden respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de todos los migrantes sin el “pero”, y que contraponer o ampliar lo anterior con el concepto de seguridad ha evidenciado

que esta es una compañera peligrosa. Dentro de estas responsabilidades compartidas también se pretende reducir los riesgos y vulnerabilidades a las que se enfrentan los migrantes durante las distintas etapas de la migración respetando, protegiendo y cumpliendo sus derechos humanos y proporcionándoles atención y asistencia. Se aspira a abordar las preocupaciones legítimas de las comunidades, reconociendo que las sociedades están experimentando cambios demográficos, económicos, sociales y ambientales de diferente magnitud que pueden repercutir en la migración o derivarse de ella, y que se aspira a abordar las preocupaciones legítimas de las comunidades, con la intención de crear condiciones propicias que permitan que todos los migrantes enriquezcan las sociedades con su capacidad humana, económica y social, y con ello les sea más fácil contribuir al desarrollo sostenible a nivel local, nacional, regional y mundial.

Dentro de la visión y principios rectores también encontramos la “Unidad de propósito” donde se hace una apuesta por cooperar, colaborar, salvar vidas, empoderar a los migrantes y aportar una mayor previsibilidad y certidumbre donde el compromiso para lograrlo es facilitar y garantizar la migración segura, ordenada y regular por el bien de todos. Se reconoce que el éxito de los objetivos y compromisos asumidos dependerá de la confianza mutua, la determinación y la solidaridad de los Estados, donde la responsabilidad compartida debe jugar un papel fundamental.

### **3.1. Principios rectores del Pacto**

El Pacto se basa en una serie de principios rectores que inspiran su esencia y que deben jugar un papel fundamental en la interpretación que deba darse a su contenido, especialmente cuando nos situamos dentro de los objetivos y compromisos. De ello que estos principios rectores sean transversales, además, son interdependientes, todos tienen dependencia entre sí, están interrelacionados.

Centrarse en las personas, es el primer principio rector enunciado, que quiere decir que el Pacto tiene una importante dimensión humana, que es inherente a la experiencia misma de la migración, por ello promueve el bienestar de los migrantes y los miembros de las comunidades en los países de origen, tránsito y destino. Es un paso importante, si el Pacto se

centra en las personas nos lleva a que estas sean el núcleo fundamental de cualquier política migratoria que debe ir orientada a respetar su dignidad y los derechos inherentes a la condición de persona. Cualquier decisión ha de ser tomada teniendo en consideración previamente sus repercusiones y como afectará a las personas migrantes, las políticas migratorias, las decisiones, deben partir y centrarse en las personas.

Otro principio rector es el de cooperación internacional, el Pacto forma un marco de cooperación entre los Estados, reconociendo que ninguno de ellos puede abordar la migración por sí solo ya que esta es esencialmente transnacional, donde supera a una visión reduccionista y simplista del fenómeno migratorio en el que se requiere cooperación y diálogo a nivel internacional, regional y bilateral. Sin embargo, este pacto de cooperación no es vinculante jurídicamente, pero ello no implica que no tenga autoridad, esta proviene de su carácter consensuado, su credibilidad, su titularidad colectiva y que su aplicación, seguimiento y examen sean conjuntos.

El siguiente principio rector sería el de soberanía nacional, el Pacto, sin alejarse de la tradición que eleva a la máxima la soberanía de los Estados para decidir cómo, quién y de qué forma traspasa sus fronteras o cómo se puede permanecer en el mismo, reafirma que los Estados tienen el derecho soberano a determinar su propia política migratoria y la prerrogativa de regular la migración dentro de su jurisdicción de conformidad con el derecho internacional. Y dentro de su jurisdicción soberana pueden distinguir entre el estatus migratorio regular e irregular, incluso al decidir con qué medidas legislativas y normativas aplicarán el Pacto Mundial, teniendo en cuenta sus diferentes realidades, políticas y prioridades, y los requisitos para entrar, residir y trabajar en el país, de conformidad con el derecho internacional. De lo que se desprende de todo ello es que el Pacto no cuestiona en ningún momento la capacidad de decisión de los Estados en materia migratoria en virtud de su soberanía nacional, con la única condición de ajustarse al derecho internacional, que define las responsabilidades legales de los Estados en sus relaciones entre ellos y el trato a los individuos dentro de las fronteras estatales<sup>847</sup>.

---

<sup>847</sup> NACIONES UNIDAS: *Defender el derecho internacional. ¿Qué es el derecho internacional?* <https://www.un.org/es/our-work/uphold-international-law>

El Pacto reconoce que el respeto del estado de derecho, las garantías procesales y el acceso a la justicia son fundamentales para todos los aspectos de la gobernanza migratoria. Este principio rector comporta que el Estado y las instituciones y entidades públicas y privadas, así como las propias personas, están sujetas a unas leyes que se promulgan públicamente, que se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, y son compatibles con el derecho internacional. Varios principios se pueden desprender de lo que aquí se expone, que además son trasladables a nuestro ordenamiento jurídico y que son consecuencia de un Estado de derecho: el primero es el principio de legalidad (art. 9.3 CE), todos los aquí expuestos estamos sujetos a la ley, y por su notable incidencia en el procedimiento administrativo en materia migratoria, cabe repetir que la administración pública también, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE). El principio de publicidad de las normas (art. 9.3 CE) que, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de seguridad jurídica, pues solo pueden asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de estos ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen la oportunidad de conocer las normas que dé fe de su existencia y contenido (STC 179/1989, de 2 de noviembre). Otro principio que se desprende es el principio de igualdad ante la ley, todas las personas son iguales ante la ley y no caben privilegios o trato desigual por una determinada condición o circunstancia personal o social. Y por último, las leyes se aplican con independencia, un principio que constituye la esencia básica del poder judicial (art. 117.1 CE y 1 LOPJ).

Se recoge otro principio rector dirigido al desarrollo sostenible. En este sentido, el Pacto se basa en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, donde se reconoce que la migración es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo sostenible de los países de origen, tránsito y destino que exige respuestas coherentes e integrales. La migración contribuye a lograr resultados positivos en materia de desarrollo y a alcanzar los objetivos de la Agenda 2030, de forma especial si se gestiona bien. Con este texto extraído de la propia Agenda 2030 se muestra que la migración no es un problema de desarrollo, sino un mecanismo que puede contribuir al logro de los Objetivos de la Agenda y que los esfuerzos se deben centrar en crear condiciones para que la migración sea una elección y no una necesidad y a través de vías legales que es una forma de gestionar bien la migración, facilitando y no



restringiéndola<sup>848</sup>. De ello que el Pacto, en sintonía con esta visión, tenga por objeto aprovechar el potencial de la migración para alcanzar todos los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como la repercusión que este logro tendrá sobre la migración en el futuro.

También se incluye como principio rector a los derechos humanos. El Pacto se basa en el derecho internacional de los derechos humanos y defiende los principios de no regresión y no discriminación. Así, la aplicación del Pacto asegurará el respeto, la protección y el cumplimiento efectivos de los derechos humanos de todos los migrantes, de forma independiente a su estatus migratorio, durante todas las etapas del ciclo de la migración. Y se reafirma el compromiso de eliminar todas las formas de discriminación contra los migrantes y sus familias, como el racismo, la xenofobia y la intolerancia.

El Pacto introduce como principio rector a la perspectiva de género. Garantiza que se respeten los derechos humanos de la mujeres, los hombres, las niñas y los niños en todas las etapas de la migración, que se comprendan y satisfagan adecuadamente sus necesidades específicas, y que se los empodere como agentes de cambio. Incorpora la perspectiva de género y promueve la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas, reconociendo su independencia, su capacidad de actuar y su liderazgo, para dejar de percibir a las migrantes casi exclusivamente desde el prisma de la victimización. También rige un principio rector de perspectiva infantil, en el que se promueve las obligaciones jurídicas internacionales vigentes en relación con los derechos del niño, y defiende el principio del interés superior del niño en todo momento en el contexto de la migración internacional, incluidos los menores no acompañados y separados.

Por último, dos principios destacan en el enfoque del Pacto, el primero es el pangubernamental, en el que se considera que la migración es una realidad pluridimensional que no puede ser abordada por un solo sector normativo del gobierno. Por ello es necesario que para formular y aplicar políticas y prácticas migratorias eficaces, es necesario adoptar ese enfoque que asegure la coherencia normativa horizontal y vertical en todos los sectores y niveles del gobierno. Y un enfoque pansocial, donde el Pacto promueve una amplia colaboración entre múltiples interesados para abordar la migración en todas sus dimensiones

---

<sup>848</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *La migración*, *op. cit.*, p. 19.

mediante la inclusión de los migrantes, las diásporas, las comunidades locales, la sociedad civil, los círculos académicos, el sector privado, los parlamentarios, los sindicatos, las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación y otros interesados en la gobernanza migratoria.

### **3.2. El marco de cooperación, los 23 objetivos**

El Pacto Mundial forma un marco de cooperación que incluye 23 objetivos donde se incluyen también medidas de aplicación, seguimiento y examen. Cada objetivo contiene un compromiso, que le siguen una serie de acciones como instrumentos normativos y mejores prácticas. Las acciones no dejan de ser un medio para cumplir con los objetivos y con ello conseguir el principal propósito del Pacto Mundial: una migración segura, ordenada y regular. Algunos autores han tratado clasificar los objetivos agrupándolos, por ejemplo, formando dentro en un mismo grupo a aquellos objetivos que abordan los motivos de la migración e invierten en el desarrollo sostenible, otros los han agrupado en razón del desafío que representan, y aquellos que han agrupado los objetivos teniendo en consideración su materialización a través de las políticas públicas<sup>849</sup>. En la presente investigación el estudio de cada objetivo y las acciones que se plasman parten en agrupar a aquellos que se encuentran en un marco más generalizado y otro grupo distinto formado por aquellos objetivos que tienen un carácter o aspecto social, por último, y por la conexión estrecha con esta investigación, a un marco diferenciado se ha trasladado el objetivo 5 para hacer un análisis particular.

#### 3.2.1 Objetivos generales

Objetivo 1: Recopilar y utilizar datos exactos y desglosados para formular políticas con base empírica. Este objetivo tiene como compromiso reforzar la base empírica sobre la migración internacional disponible a nivel mundial haciendo mejoras e inversiones en la recopilación, análisis y difusión de datos exactos, fiables y comparables, desglosados por sexo, edad, estatus migratorio y otras características pertinentes para los contextos nacionales, pero respetando el derecho a la privacidad de conformidad con el derecho internacional de los

---

<sup>849</sup> FAJARDO DEL CASTILLO, T.: “El Pacto mundial por una migración segura, ordenada y regular: un instrumento de soft law para una gestión de la migración que respete los derechos humanos”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 38, diciembre 2019, pp. 24-27.

derechos humanos y protegiendo los datos personales. Estos datos además servirán para facilitar la investigación, servirán de guía para la formulación de políticas coherentes con base empírica y un discurso público bien informado, y permitirán hacer un seguimiento y una evaluación eficaces del cumplimiento de los compromisos a lo largo del tiempo.

En la actualidad existe el Portal de Datos Mundiales sobre la Migración<sup>850</sup>. Un portal que fue puesto en marcha en diciembre de 2017 para garantizar datos precisos sobre la migración a nivel mundial. Es un sitio de referencia que presenta datos de migración de diversas fuentes y pretende ayudar a los encargados de formular políticas, funcionarios, periodistas y a toda la ciudadanía<sup>851</sup>. El portal es posible gracias a la financiación de los Estados miembros de la OIM, incluyendo al Gobierno de Alemania a través del Ministerio Federal del Interior, Construcción y Comunidad, y el Gobierno de Suiza, así como la financiación no destinada a fines específicos concedida a la OIM y asignada internamente a través del Comité para la Asignación de Recursos relacionados con la Migración. El Portal también tiene por objeto en los tiempos actuales asegurar que las respuestas a la migración se fundamenten en datos comprobados y análisis fiables, y con ello contribuir a un debate público mejor fundamentado. Incluye más de 70 indicadores de datos sobre la migración que proceden de más de 20 fuentes de datos internacionales diferentes, desglosados por país, región, OIM región, y subregión. Una gran parte de la información que se ofrece son datos públicos que se facilitan por numerosos organismos internacionales. Aún así se señala que persisten muchas limitaciones, por ejemplo, todavía es muy poco lo que se sabe sobre los flujos de migrantes, su bienestar, los motivos por los que migraron, sus competencias, la magnitud de la migración irregular y las repercusiones de la políticas y los programas sobre la migración, así como de los efectos de la propia migración en los países. También es difícil estimar el número de migrantes en el mundo en un año, se señala que solo uno de cada cuatro países proporciona datos sobre los flujos migratorios internacionales a la División de Estadísticas de las Naciones Unidas, en muchos casos también falta información sobre las políticas migratorias nacionales y hasta la fecha no se ha realizado un estudio mundial completo sobre estas políticas, ni existe una recopilación sistemática de datos sobre la salud y el bienestar de los migrantes en todas las partes del mundo, especialmente en los países en desarrollo.

---

<sup>850</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Portal de Datos Mundiales sobre la Migración*. Una perspectiva global. <https://migrationdataportal.org/es/node/607>

<sup>851</sup> NACIONES UNIDAS: *Datos sobre migración*. <https://www.un.org/es/global-issues/migration>

Objetivo 2: Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen. El compromiso que se asume con este objetivo es crear condiciones políticas, económicas, sociales y ambientales adecuadas para que las personas puedan vivir de manera pacífica, productiva y sostenible en su propio país y cumplir sus aspiraciones personales, al fin de evitar que la desesperación y el deterioro del entrono las obliguen a recurrir a la migración irregular para buscar medios de vida de subsistencia en otro lugar. Además el compromiso también se extiende a garantizar la implementación plena y oportuna de la Agenda 2030 para el Desarrollo sostenible y a basarse e invertir en otros marcos existentes con el fin de aumentar la repercusión general del Pacto para facilitar la migración segura, ordenada y regular.

Según ACNUR<sup>852</sup>, a finales de 2019 se encontraban en el mundo 79,5 millones de personas desplazadas a la fuerza. De estos, 26 millones eran personas refugiadas, 20,4 millones de refugiados estaban bajo el mandato de ACNUR y 5,6 millones eran refugiados palestinos bajo el mandato de UNRWA. Otros 45,7 millones de personas eran desplazados internos, 4,2 millones eran solicitantes de asilo y 3,6 millones eran venezolanos desplazados en el extranjero. En la última década el número de personas desplazadas por la fuerza llegaba a 100 millones. Todo ello como consecuencia de persecución, conflicto, violencia, violación de derechos humanos o circunstancias que alteraron gravemente el orden público. Durante el último decenio han sido varias las crisis que han contribuido a estos desplazamientos forzados: la guerra de Siria, la crisis de desplazamiento que siguió a la independencia de Sudán del Sur, el conflicto de Ucrania, la llegada de refugiados y migrantes a Europa por mar, el flujo masivo de refugiados rohingya de Myanmar a Bangladesh, la salida de venezolanos hacia América Latina y el Caribe, la crisis en la región del Sahel derivada por los conflictos y el clima, enfrentamientos y falta de seguridad en Afganistán, Iraq, Libia y Somalia, el conflicto en la República Centroafricana, desplazamiento interno en Etiopía, los brotes de lucha y violencia en la República Democrática del Congo, la gran crisis humanitaria y de desplazamiento en Yemen<sup>853</sup>. Pero tal y como señala el actual Informe sobre las Migraciones

---

<sup>852</sup> UNHCR, ACNUR, *Tendencias, op. cit.*, p. 2 y ss.

<sup>853</sup> *Ibid.*, p. 6.

en el Mundo 2020<sup>854</sup>, la mayoría de personas que migran a otros países lo hacen por motivos relacionados con el trabajo, la familia o los estudios. En Europa la migración irregular sigue siendo un reto, la ruta del Mediterráneo occidental que lleva a España fue la que tuvo más llegadas irregulares en 2018. Muchas de estas personas, especialmente en Grecia, procedían de países afectados por conflictos y situaciones de violencia, como Afganistán, República Árabe de Siria e Iraq<sup>855</sup>.

Objetivo 3: Proporcionar información exacta y oportuna en todas las etapas de la migración. El compromiso es redoblar los esfuerzos por suministrar, facilitar y difundir información exacta, oportuna, accesible y transparente sobre aspectos relacionados con la migración para y entre los Estados, las comunidades y los migrantes en todas las etapas de la migración. Y a utilizar esa información para formular políticas migratorias que ofrezcan un alto grado de previsibilidad y certidumbre a todas las instancias interesadas.

Actualmente la falta de información, la información malintencionada o la desinformación provocan consecuencias negativas sobre los migrantes: incertidumbre a la hora de migrar, que al llegar al país de destino exista una falta de confianza en los servicios públicos y en la ciudadanía, falta de conocimiento de sus derechos, etc. Todo esto lleva a la discriminación, imposibilidad del ejercicio de sus derechos y obligaciones, al abuso y a problemas de integración. Esta es una cuestión que actualmente ya está siendo tratada desde la misma OIM en Centroamérica. Se circunscribe, entre otras medidas, a promover campañas contra la información migratoria falsa y a combatir los mitos y falsedades sobre la migración, con el objetivo final de que los migrantes puedan tomar decisiones informadas. La incertidumbre por las consecuencias de la pandemia de COVID-19 aumenta el riesgo de que los jóvenes sean engañados con ofertas e informaciones falsas o que sean atrapados por las redes de trata de personas o tráfico de migrantes<sup>856</sup>. El acceso a la información también es imprescindible para que los migrantes sepan qué vías y opciones existen para emprender su camino, cómo es el

---

<sup>854</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020*. 2019, Ginebra, p. 21. [https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr\\_2020\\_es.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020_es.pdf)

<sup>855</sup> *Ibid.* p. 100-101.

<sup>856</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: “Nuevas campañas en Centroamérica luchan contra la información migratoria falsa”. IOM. Noticias. 27/10/2020. <https://www.iom.int/es/news/nuevas-campanas-en-centroamerica-luchan-contra-la-informacion-migratoria-falsa>

procedimiento, el tipo de trabajo que podrían desarrollar, el coste de la vida, el acceso a la vivienda, a la salud, etc.

Por último la información se hace imprescindible para que en el proceso migratorio se genere certidumbre, previsibilidad y no se tengan que asumir determinados riesgos, es elemental para la formulación de políticas migratorias que persiguen este objetivo, en definitiva, la información exacta y oportuna en todas las etapas de la migración es fundamental en aras a conseguir una migración segura, ordenada y regular.

Objetivo 4: Velar por que todos los migrantes tengan pruebas de su identidad jurídica y documentación adecuada. Se marca como deber cumplir el derecho de todas las personas a la identidad jurídica proporcionando a todos los nacionales pruebas de su nacionalidad y la documentación pertinente, para que las autoridades nacionales y locales puedan determinar la identidad jurídica de los migrantes a su llegada, durante su estancia y para su regreso, así como garantizar la eficacia de los procedimiento migratorios, la prestación eficiente de servicios y una mejor seguridad pública. Además el compromiso se extiende a velar, con las medidas apropiadas, para que se expidan a los migrantes documentación adecuada y documentos del registro civil, como partidas de nacimiento y actas de matrimonio y defunción, en todas las etapas de la migración, como medio de empoderar a los migrantes para que ejerzan efectivamente sus derechos humanos.

Este objetivo esta muy relacionado con la meta 16.9 de la Agenda 2030 “De aquí a 2030, proporcionar acceso a una identidad jurídica para todos, en particular mediante el registro de nacimientos”. En la actualidad uno de cada cuatro niños sigue privado de la identidad legal por la falta de registros de nacimientos, lo que hace que se limite su capacidad para ejercer sus derechos<sup>857</sup>. Es un dato que viene señalándose desde 2016, donde los niños que viven en zonas urbanas tienen 1,5 veces más probabilidades de ser registrados que los que viven en zonas rurales<sup>858</sup>. Que una persona esté documentada es una garantía para ejercer derechos y

---

<sup>857</sup> NACIONES UNIDAS: *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020*. 2020 p. 56. [https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020\\_Spanish.pdf](https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020_Spanish.pdf)

<sup>858</sup> NACIONES UNIDAS: *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2016*. Ed. Naciones Unidas, 2016, p. 43. [https://unstats.un.org/sdgs/report/2016/the%20sustainable%20development%20goals%20report%202016\\_spanish.pdf](https://unstats.un.org/sdgs/report/2016/the%20sustainable%20development%20goals%20report%202016_spanish.pdf)

asumir obligaciones. Además, se ha de hacer prestar especialmente atención a los apátridas, su acceso a una identidad jurídica reduciría los casos de apatridia, la falta de nacionalidad hace que sean personas de especial vulnerabilidad. Carecer de documentación conlleva a la exclusión, a la imposibilidad de poder ejercer con plenitud los derechos más básicos y favorece que los migrantes acudan al mercado negro para obtenerla. La identidad jurídica fomenta la inclusión de los migrantes, mejora su acceso a servicios tan básicos como la asistencia sanitaria, que sigue siendo el principal camino de entrada, y el acceso a autorizaciones, ayuda a reducir la trata de personas, la delincuencia organizada y los casos de irregularidad<sup>859</sup>.

Objetivo 8: Salvar vidas y emprender iniciativas internacionales coordinadas sobre los migrantes desaparecidos. El compromiso que se establece es cooperar en el plano internacional para salvar vidas y evitar que los migrantes resulten muertos o heridos, realizando operaciones individuales o conjuntas de búsqueda y salvamento y estandarizando la recopilación y el intercambio de información pertinente, para asumir la responsabilidad colectiva de preservar la vida de todos los migrantes de conformidad con el derecho internacional. Además de identificar a las personas muertas o desaparecidas y a facilitar la comunicación con las familias afectadas.

Este objetivo contiene dos componentes generales, por un lado salvar vidas y evitar que los migrantes sufran lesiones, que comprendería un componente preventivo. Por otro lado, un componente de reparación<sup>860</sup>, que comprendería el establecimiento de iniciativas internacionales coordinadas para localizar a los migrantes desaparecidos. Desde el año 2014, 4.000 personas al año han perdido la vida en las rutas migratorias de todo el mundo. Pero hay que tener en consideración que la mayoría de muertes de migrantes no se registran. Desde el año 2014 al mes de octubre de 2019, la mayoría de estas muertes se han producido en el Mar Mediterráneo, donde 18.500 personas han perdido la vida en su travesía. Concretamente la ruta del Mediterráneo Central, desde el África Septentrional hacia Italia, contabiliza el mayor número de muertes y desapariciones denunciadas: perdieron la vida entre enero de 2014 y

---

<sup>859</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *La migración*, op. cit., pp. 33 y 47.

<sup>860</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Travesías mortales. Volumen 4. Niños migrantes desaparecidos*. Suiza, 2019, p. 79-81. <https://publications.iom.int/fr/system/files/pdf/fatal-journeys-4-es.pdf>

octubre de 2019 15.500 personas<sup>861</sup>. Sobre esta cuestión, que tanta afectación tiene en la Unión Europea y el objetivo número 8 del Pacto, se ha señalado desde el Comité Económico y Social Europeo que es lamentable la actitud de algunos Estados miembros respecto a esta cuestión, pero que estos tienen obligaciones en cumplimiento del derecho internacional en relación al salvamento y atención a las personas náufragas, y que pese a las amenazas y criminalización por parte de algunos gobiernos es importante realzar el trabajo las organizaciones que tratan de salvar vidas en el mar<sup>862</sup>. Sobre este aspecto cabe reseñar la labor que realiza la organización no gubernamental Open Arms, que se dedica a la vigilancia y salvamento de las embarcaciones de personas que necesitan auxilio en el Mediterráneo central<sup>863</sup>.

Objetivo 9: Reforzar la respuesta transnacional al tráfico ilícito de migrantes. La responsabilidad va encarada a intensificar los esfuerzos conjuntos por prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes reforzando la capacidad y aumentando la cooperación internacional para prevenir, investigar, enjuiciar y castigar el tráfico ilícito de migrantes con miras a poner fin a la impunidad de las redes de traficantes. Además el compromiso también se extiende a velar por que los migrantes no puedan ser enjuiciados penalmente por el hecho de haber sido objeto de tráfico ilícito, sin perjuicio de que puedan ser enjuiciados por otras violaciones del derecho interno. También identificar a los migrantes introducidos ilegalmente para proteger sus derechos humanos, teniendo en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los menores, y ayudando en particular a los migrantes que hayan sido objeto de tráfico ilícito en circunstancias agravantes, de conformidad con el derecho internacional.

El tráfico ilícito de migrantes actúa como un negocio a través del cual se facilita la entrada de personas a través de las fronteras internacionales obteniéndose con ello un beneficio. Son grupos organizados formados a su vez por varias personas o grupos que tienen distintas labores formando un negocio profesionalizado. Según la Interpol estos grupos delictivos

---

<sup>861</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: Portal de Datos Mundiales sobre la Migración. Una perspectiva global. *Muertes y desapariciones de migrantes*. <https://migrationdataportal.org/es/themes/muertes-y-desapariciones-de-migrantes>

<sup>862</sup> COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Aplicación del Pacto para una Migración segura, ordenada y regular sobre la base de los valores de la UE*. (2020/C14/02). Empleo, Asuntos Sociales y Ciudadanía. 15/01/2020, p. 4. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019IE1355&from=ES>

<sup>863</sup> OPEN ARMS: *Open Arms. Lifeguard. Sea Rescue*. <https://www.openarms.es/es>



funcionan como negocios, con altos márgenes de beneficios y donde asumen pocos riesgos<sup>864</sup>. Los datos, aunque todavía, por su clandestinidad, existe dificultad para que sean fiables, reflejan que en el año 2016 en los desplazamientos que se produjeron desde África del Norte hacia Italia, que se contabilizaron en más de 181.000 migrantes, se cree que la mayoría de ellos utilizaron servicios relacionados con el tráfico de migrantes. Se ha contabilizado en más de 10.000 millones de dólares al año el negocio que genera el tráfico ilícito de migrantes, de los que 6.750 millones de dólares se generaron desde las rutas que parten desde África Occidental, Oriental y Septentrional hacia Europa y desde América del Sur hacia América del Norte<sup>865</sup>. El tráfico de migrantes supone una amenaza a nivel mundial para la gobernanza de la migración, la seguridad nacional y el bienestar de los migrantes. La imposibilidad o dificultad de acceder a vías legales comporta que muchos migrantes recurran a los traficantes, que son los que forman una parte esencial de la migración irregular<sup>866</sup>.

Objetivo 10: Prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional. El compromiso pasa por adoptar medidas legislativas o de otra índole para prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional reforzando la capacidad y aumentando la cooperación internacional para investigar, enjuiciar y castigar la trata de personas, desalentando la demanda que fomenta la explotación conducente a la trata, y poniendo fin a la impunidad de las redes de trata. Por otro lado el compromiso también pasa por mejorar la identificación y protección de los migrantes que han sido víctimas de la trata y prestarles más asistencia, teniendo en cuenta especialmente a las mujeres y a los menores.

En relación con los fines de la trata en los últimos años se ha producido un cambio sustancial, la trata relacionada con fines de explotación sexual ha disminuido, sin embargo, la trata con fines de trabajo forzado ha ido en aumento en los últimos años. De hecho, la mayoría de las víctimas que fueron identificadas entre los años 2002 y 2016 entraron en el proceso de trata a

---

<sup>864</sup> INTERPOL: *Tráfico ilícito de migrantes*. <https://www.interpol.int/es/Delitos/Trafico-ilicito-de-migrantes>

<sup>865</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: Portal de Datos Mundiales sobre la Migración. Una perspectiva global. *Tráfico ilícito de migrantes*. <https://migrationdataportal.org/es/themes/trafico-ilicito-de-migrantes>

<sup>866</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Lucha contra el tráfico ilícito de migrantes*. p. 1-2. [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/DMM/IBM/2020/sp/counter-migrant-smuggling-sp.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/IBM/2020/sp/counter-migrant-smuggling-sp.pdf)

través de la migración laboral. Por lo que hace a los menores identificados entre los años 2014 y 2016 la gran mayoría fueron vendidos por sus familiares o entraron en el proceso de trata por favorecimiento de sus familiares o parientes. En los últimos años también se refleja que los hombres sometidos a trata han ido en aumento<sup>867</sup>, quizá acompañado por ese cambio a favor de la trata con fines de trabajo forzado, y especialmente porque hay sectores que a nivel mundial han experimentado una necesidad notable de mano de obra como el de la construcción, que es un sector fuertemente masculinizado. Es importante destacar que aproximadamente el 80 por ciento de los viajes realizados por víctimas de trata a nivel internacional atraviesan puntos fronterizos oficiales, y aquí es donde la OIM ha subrayado que tienen mucho que decir y que hacer las agencias fronterizas y los proveedores de servicios en los puntos fronterizos con la finalidad de identificar a las víctimas potenciales y derivarlas para su protección y asistencia. Otra cuestión relevante es que una de cada tres personas probablemente ignora que es víctima de trata y cree que tiene nuevas oportunidades en el extranjero<sup>868</sup>.

Objetivo 11: Gestionar las fronteras de manera integrada, segura y coordinada. Los Estados parte se comprometen a gestionar las fronteras nacionales de manera coordinada, promoviendo la cooperación bilateral y regional, garantizando la seguridad de los Estados, las comunidades y los migrantes, y facilitando la circulación transfronteriza de personas de manera segura y regular, evitando al mismo tiempo la migración irregular. También se responsabilizan en aplicar políticas de gestión de las fronteras que respeten la soberanía nacional, el estado de derecho, las obligaciones en virtud del derecho internacional y los derechos humanos de todos los migrantes, de forma independiente al estatus migratorio, que no sean discriminatorias y que tengan en cuenta la perspectiva de género e infantil.

Gestión integrada de las fronteras es un concepto que tuvo origen en la Comisión Europea. En el año 2002 la Comunicación “Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los

---

<sup>867</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: Portal de Datos Mundiales sobre la Migración. Una perspectiva global. *Trata de personas*. <https://migrationdataportal.org/es/themes/trata-de-personas>

<sup>868</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: “OIM: la mayoría de las víctimas de la trata de personas a nivel internacional cruzan los puntos fronterizos oficiales”. <https://www.iom.int/es/news/oim-la-mayoria-de-las-victimas-de-la-trata-de-personas-nivel-internacional-cruzan-los-puntos>

Estados miembros de la Unión Europea”<sup>869</sup> señalaba la necesidad de ir hacia una política común de gestión integrada de las fronteras exteriores. La gestión integrada de las fronteras alcanza a la cooperación y coordinación a nivel nacional e internacional y tiene como objeto mejorar la coordinación en tres espacios: cooperación entre servicios, cooperación entre organismos y cooperación a nivel internacional<sup>870</sup> donde aquí se le añade el término seguridad.

Objetivo 12: Aumentar la certidumbre y previsibilidad de los procedimientos migratorios para la adecuada verificación de antecedentes, evaluación y derivación. El compromiso que se asume es el de aumentar la certidumbre y previsibilidad jurídica de los procedimientos migratorios estableciendo y fortaleciendo mecanismos eficaces basados en los derechos humanos que permitan verificar los antecedentes de todos los migrantes y evaluarlos de forma individual de manera adecuada y oportuna con el objetivo de determinar los procedimientos de derivación apropiados y facilitar el acceso a ellos, de conformidad con el derecho internacional.

Los procesos migratorios están sometidos a una gran incertidumbre, no son procesos con finales definidos o predeterminados. La incertidumbre está presente en todas las etapas y contextos del ciclo migratorio<sup>871</sup>. Existe de partida en el propio procedimiento que hay que seguir para emprender el camino a otro lugar, procedimientos que por su dificultad y complejidad no están al alcance de todas las personas. Existe especial necesidad para que todas las personas que intervienen en el proceso migratorio: funcionarios, autoridades, diverso personal, órganos judiciales, tengan especial consideración y sensibilidad a la situación de vulnerabilidad de las personas migrantes y respeten los derechos humanos. La incertidumbre sigue estando presente en el momento de la llegada al país de destino y puede afectar a su inserción social y económica regular, las razones subjetivas y las estrategias individuales de

---

<sup>869</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Bruselas 7/5/2002. COM (2002) 233 final. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0233:FIN:ES:PDF>

<sup>870</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Gestión integrada de las fronteras*. División de gestión de Inmigración y Fronteras de la OIM. [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/DMM/IBM/2020/sp/integrated-border-management-sp.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/IBM/2020/sp/integrated-border-management-sp.pdf)

<sup>871</sup> MALDONADO VALERA, C.; MARTÍNEZ PIZARRO, J.; MARTÍNEZ, R.: *Protección social y migración. Una mirada desde las vulnerabilidades a lo largo del ciclo de la migración y de la vida de las personas*. Ed. CEPAL (Naciones Unidas), Agencia Alemana de Cooperación, 2018, p. 25.

vida, las propias políticas migratorias de los países<sup>872</sup>, etc. Son factores que están sujetos de por sí a una gran incertidumbre, pero que afectan con mayor intensidad a las personas migrantes. No solo la condición misma de migrante afecta a esa incertidumbre, especialmente incurre si la persona migrante se encuentra en situación irregular, también se le suma, además, que dependiendo del país de origen, el género, la pertenencia racial, el territorio<sup>873</sup>, van a ser otros elementos que van a incidir y van a provocar a una posición marcada de desigualdad entre los propios migrantes.

Objetivo 13: Utilizar la detención de migrantes solo como último recurso y buscar otras alternativas. La responsabilidad pasa por garantizar que cualquier detención en el contexto de la migración internacional cumpla las garantías procesales, no sea arbitraria, se base en la ley, la necesidad, la proporcionalidad y la evaluación individual, esté a cargo de funcionarios autorizados y dure lo menos posible, independientemente de que se produzca en el momento de la entrada, en tránsito o en el proceso de regreso y del tipo de lugar donde ocurra. El compromiso también se extienda en dar prioridad a las alternativas no privativas de libertad acordes con el derecho internacional y a adoptar un enfoque basado en los derechos humanos respecto de cualquier detención de los migrantes, utilizando la detención únicamente como último recurso.

La detención de las personas migrantes debe ser un último recurso y de forma estrictamente excepcional. Lo contrario es atentar contra sus derechos humanos más básicos. En muchos países la detención forma parte de los procedimientos de gestión de la migración con el objetivo de garantizar la deportación o la expulsión, otros países directamente consideran a la entrada no autorizada como delito y la detención puede utilizarse como sanción penal. Existen otros tipos de medidas alternativas a la detención cuando se considera necesaria alguna medida de control, que son modelos no privativos de libertad basados en la comunidad y la asistencia social individualizada, hasta otras opciones más restrictivas como la obligación de residir en centros semiabiertos<sup>874</sup>. Se ha señalado que aún indicando las normas

---

<sup>872</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>873</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>874</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Detención de migrantes y alternativas a la detención*. División de Gestión de Inmigración y Fronteras de la OIM. 2020. [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/DMM/IBM/2020/sp/migration-detention-and-alternatives-to-detention-sp.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/IBM/2020/sp/migration-detention-and-alternatives-to-detention-sp.pdf)

internacionales de derechos humanos que la detención de migrantes debe ser el último recurso en casos excepcionales, después de que otras opciones hayan sido insuficientes para un caso particular, y que se oriente a las autoridades para que se consideren las opciones menos restrictivas, existe poca claridad sobre cómo se puede lograr este objetivo. El modelo CAP (Evaluación y Colocación Comunitaria) identifica los cinco pasos para prevenir y reducir la posibilidad de la detención innecesaria: presumir que la detención no es necesaria; examinar y evaluar el caso individual; evaluar el entorno comunitario; aplicar las condiciones en la comunidad, si es necesario; detener solo como último recurso en casos excepcionales. Lo que se hace es ir más allá en los debates y en la interpretación tradicional de la alternativa a la detención, teniendo en consideración los mecanismos que previenen y reducen la detención innecesaria<sup>875</sup>. ACNUR también señaló que la detención de solicitantes de asilo y migrantes que entran o permanecen de forma irregular se ha convertido en una respuesta rutinaria en vez de ser la excepción. La detención es vista como un medio para disuadir la migración irregular o las solicitudes de asilo, pero se ha demostrado que ni las políticas de detención más estrictas pueden disuadir la migración irregular y que existen otras alternativas que pueden alcanzar los objetivos de seguridad, orden público y tramitación eficiente de las solicitudes de asilo<sup>876</sup>.

Objetivo 14: Mejorar la protección, asistencia y cooperación consulares a lo largo de todo el ciclo migratorio. Se pretende reforzar la protección y la asistencia consular que se brinda a los propios nacionales en el extranjero, así como la cooperación consular entre los Estados, con la finalidad de salvaguardar mejor los derechos e intereses de todos los migrantes en todo momento, y a aprovechar las funciones de las misiones consulares para mejorar la interacción entre los migrantes y las autoridades estatales de los países de origen, tránsito y destino, de conformidad con el derecho internacional.

El Pacto recuerda el papel fundamental que juegan los consulados en la protección de los derechos de los migrantes. En las discusiones sobre los derechos humanos de los migrantes estas oficinas habían pasado inadvertidas, olvidando su función de proteger a los nacionales en el extranjero. La protección consular es un derecho de los Estados que comporta el derecho

---

<sup>875</sup> INTERNATIONAL DETENTION COALITION: *Existen alternativas. Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes*. Melbourne, 2011, p. 4 y ss.

<sup>876</sup> ACNUR, UNHCR: *Más allá de la detención: Una estrategia mundial para apoyar a los gobiernos a poner fin a la detención de solicitantes de asilo y refugiados. 2014-2019*. 2014, p. 1 y ss. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9650.pdf>

de los nacionales en el extranjero a solicitar asistencia. Con anterioridad se había olvidado su función de proteger a los nacionales en el extranjero y se había priorizado la protección de los migrantes en el marco de las normas de los derechos humanos. Pero son dos cuestiones distintas, que pueden converger, pero que tienen dos fundamentos diferenciados. La protección consular deriva del interés de los Estados por proteger a sus nacionales en el extranjero, y las normas de protección de los derechos humanos provienen de la propia DUDH, que protegen a las personas con independencia de su nacionalidad. Y ello ha provocado que el derecho consular internacional se haya mantenido al margen de la protección de los migrantes. Lo que ha hecho el Pacto es converger a los dos<sup>877</sup>.

Objetivo 17: Eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso público con base empírica para modificar las percepciones de la migración. Es un compromiso que pasa por eliminar todas las formas de discriminación y a condenar y combatir las expresiones, los actos y las manifestaciones de racismo, discriminación racial, violencia, xenofobia y formas conexas de intolerancia contra todos los migrantes, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Además pasa por promover, en colaboración con todos los sectores de la sociedad, un discurso público abierto y con base empírica sobre la migración y los migrantes que genere una percepción más realista, humana y constructiva a este respecto. Y a proteger la libertad de expresión de conformidad con el derecho internacional, reconociendo que el debate abierto y libre contribuye a la comprensión cabal de todos los aspectos de la migración.

Las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas se colocan en una posición “infraciudadana”: se asientan en un país desconocido que no es el suyo, en la sociedad de acogida, en algunas ocasiones, imperan estereotipos y prejuicios hacia ellos, en algunas ocasiones no tienen grupos de apoyo y han de acceder de forma rápida a la vivienda y al trabajo. La vulnerabilidad se acrecienta si además la persona migrante se encuentra en situación de irregularidad. Se ha señalado que los ámbitos donde principalmente se da la discriminación es en el trabajo, el hecho de ser extranjero es un elemento básico de discriminación para el acceso y de sus condiciones de trabajo. En el acceso a la vivienda, la

---

<sup>877</sup> GRANT, S.: “Consular protection, Legal Identity and Migrants’ Rights: Time for Convergence?” *LSE’s Middle East Centre Blog*. 17/03/2019. <https://blogs.lse.ac.uk/mec/2019/05/17/consular-protection-legal-identity-and-migrants-rights-time-for-convergence/>

mayoría viven en régimen de alquiler y las personas migrantes fueron uno de los grupos más afectados por la crisis hipotecaria. En la educación, el nivel socioeconómico y su diferente presencia geográfica acaban comportando discriminación y segregación escolar. En el ámbito de la salud, en España se restringió el acceso a la asistencia sanitaria universal de los migrantes en situación irregular. Además de que el factor de género también incide en la discriminación de las migrantes y refugiadas que deriva hacia su exclusión social<sup>878</sup>. Con la pandemia de COVID-19 se han producido incidentes racistas y xenófobos, los extranjeros han sido “chivos expiatorios”, culpándoles a ellos de la propagación del virus. Con el fin de la misma y las medidas de flexibilidad se teme que estos incidentes aumenten ya que se verán acentuados por las tensiones sociales como consecuencia de una esperable recesión económica. Se comparte información errónea respecto a los extranjeros y la diseminación del virus que provoca confusión y pone vidas en peligro que afectan a las familias y a toda la comunidad. De ello que la OIM haya pedido comunicaciones públicas fundamentadas en hechos y datos científicos para luchar contra la xenofobia o la discriminación racial, y donde juegan un papel fundamental los líderes políticos, los medios de comunicación, los líderes comunitarios y religiosos y los grupos de la sociedad civil<sup>879</sup>. Los datos gubernamentales muestran que las personas de origen migrante son más proclives a que mueran como consecuencia de la enfermedad. Hay científicos que se decantan por el factor genético, pero también hay otros que atribuyen esa mayor mortalidad a las desigualdades: acceso a la salud, acceso a la vivienda, a una alimentación o educación adecuadas, etc. La crisis ha relucido estas desigualdades existentes y ha expuesto a las personas migrantes a un mayor riesgo de sufrir xenofobia. La discriminación contra los migrantes en muchos países del mundo se ha agravado como consecuencia de la desinformación y miedos asociados a la COVID-19<sup>880</sup>. Tal es el impacto que el Secretario General de las Naciones Unidas tuvo que realizar un llamamiento mundial para poner freno y contrarrestar el discurso de odio extendido con la pandemia. La denuncia apelaba a la clase política, las instituciones educativas, los medios de

---

<sup>878</sup> CEAR: *Informe sobre discriminación de personas migrantes y refugiadas en España*. Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 2016, p. 6-15. <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe-discriminaci%C3%B3n.pdf>

<sup>879</sup> VITORINO, A.: *La lucha contra la xenofobia es clave para una recuperación efectiva tras la pandemia de COVID-19*. OIM. Ginebra, 22/05/2020. <https://www.iom.int/es/news/la-lucha-contra-la-xenofobia-es-clave-para-una-recuperacion-efectiva-tras-la-pandemia-de-covid>

<sup>880</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Countering xenophobia and stigma to foster social cohesion in the Covid-19 response and recovery*. IOM, Ginebra, julio 2020, p. 1 y ss. [https://www.iom.int/sites/default/files/documents/countering\\_xenophobia\\_and\\_stigma\\_130720.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/documents/countering_xenophobia_and_stigma_130720.pdf)

comunicación y a la sociedad civil para detener la tendencia. Señalaba Guterres que “la pandemia sigue desatando una oleada de odio y xenofobia, buscando chivos expiatorios y fomentando el miedo”, y que internet y las calles han experimentado un aumento significativo del sentimiento en contra de lo extranjero, donde se han producido teorías de la conspiración y ataques contra musulmanes, despreciando a los migrantes y refugiados como fuente del virus, para denegarles a continuación el acceso a tratamiento médico. Un llamamiento dirigido a los medios de comunicación y especialmente a las empresas de medios sociales, para que hagan mucho más por señalar y eliminar los contenidos racistas, misóginos y otros contenidos perjudiciales, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos<sup>881</sup>. La información veraz juega un papel fundamental, la desinformación es “otro virus (que) está afectando nuestras vidas”. António Guterres ha alzado la voz señalando que la desinformación puede poner vidas en peligro y que no se pueden ceder nuestros espacios virtuales a los que trafican con mentiras, miedo y odio. Una de las acciones de las Naciones Unidas es haber puesto en marcha “verificado”<sup>882</sup>, una iniciativa para poner freno a los bulos y a la información falsa<sup>883</sup>.

Objetivo 20: Promover transferencias de remesas más rápidas, seguras y económicas y fomentar la inclusión financiera de los migrantes. Se trata de promover el envío de remesas más rápidas, seguras y económicas desarrollando los entornos normativos y reglamentarios propicios que posibilitan la competencia, regulación e innovación en el mercado de las remesas y ofreciendo programas e instrumentos con perspectiva de género que mejoren la inclusión financiera de los migrantes y sus familias. Además, optimizar el efecto transformador que las remesas tienen en el bienestar de los trabajadores migrantes y sus familias, así como en el desarrollo sostenible de los países, pero respetando al mismo tiempo el hecho de que las remesas constituyen una fuente importante de capital privado y no pueden equipararse a otras corrientes financieras internacionales, como la inversión extranjera directa, la asistencia oficial para el desarrollo u otras fuentes públicas de financiación para el desarrollo.

---

<sup>881</sup> GUTERRES, A.: *Con la expansión de la COVID-19, debemos inmunizar a las sociedades contra el virus del odio*. Naciones Unidas, 8/05/2020. <https://news.un.org/es/story/2020/05/1474042>

<sup>882</sup> NACIONES UNIDAS: *Verificado*. <https://shareverified.com/es/>

<sup>883</sup> GUTERRES, A.: *Lanzamiento de la campaña “verificado”*. *La información veraz salva vidas*. Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/informacion-veraz-salva-vidas>



Aunque por remesa se entiende el envío de dinero o artículos que los migrantes realizan a sus familiares a sus países de origen, por remesa también ha llegado a considerarse las ideas, el comportamiento, las identidades y el capital social que los migrantes adquieren en otra parte del mundo y que también son transferidos a sus países de origen<sup>884</sup>. Naciones Unidas señaló en noviembre de 2020 que para finales del año 2021 al menos 33 millones de personas más pasarán hambre en todo el mundo como consecuencia de la disminución del dinero que envían los migrantes provocado por la pandemia de COVID-19<sup>885</sup>. Aproximadamente una de cada nueve personas en el mundo se beneficia de los ingresos que envían a casa los trabajadores migrantes. Estos envían el 15% de sus ingresos, pero el envío de las remesas sigue comportando costes elevados, el promedio a nivel mundial es que las tarifas ascienden al 7% de la cantidad enviada. La remesas enviadas son la clave para ayudar a millones de personas a salir de la pobreza, se ha llegado a considerar que la pequeña cantidad que puede enviar un migrante puede representar en su país de origen el 60% de los ingresos en el hogar familiar y que con estos ingresos se cubren las necesidades más básicas: alimentos, gastos médicos, escolarización o gastos de vivienda. Las remesas pueden ayudar a lograr como mínimo 7 de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible; fin de la pobreza, hambre cero, buena salud y bienestar, educación de calidad, agua potable y saneamiento, trabajo decente y crecimiento económico y reducción de la desigualdad. La mitad de las remesas se envían a zonas rurales, donde viven las personas más pobres del mundo. Triplican el total de la ayuda internacional para el desarrollo y la inversión extranjera directa, y va en aumento. En 2018, sobre 200 millones de trabajadores migrantes enviaron más de 689 mil millones de dólares a sus países de origen de los que 529 mil millones se enviaron a países en desarrollo. En las áreas rurales pobres las remesas pueden ayudar a que la migración sea más una opción que una necesidad de los jóvenes<sup>886</sup>. Estos números alcanzados en el año 2018, según la nota de

---

<sup>884</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: Portal de Datos Mundiales sobre la Migración. Una perspectiva global. *Remesas*. 13/04/2021. <https://migrationdataportal.org/es/themes/remesas>

<sup>885</sup> *Sin trabajos ni remesas, los migrantes latinoamericanos y sus familias pasan hambre en la pandemia*. Naciones Unidas. 10/11/2020. <https://news.un.org/es/story/2020/11/1483852>

<sup>886</sup> UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS: *Remittances matter: 8 facts you don't know about money migrants send back home*. United Nations. 17/06/2019. <https://www.un.org/en/desa/remittances-matter-8-facts-you-don%E2%80%99t-know-about-money-migrants-send-back-home>

prensa difundida por el Banco Mundial a raíz de la edición de 2018 de *Migration and Development Brief*<sup>887</sup>, fue una cifra sin precedentes a nivel mundial<sup>888</sup>.

Objetivo 21: Colaborar para facilitar el regreso y la readmisión en condiciones de seguridad y dignidad, así como la reintegración sostenible. Facilitando el regreso en condiciones de seguridad y dignidad y cooperar al respecto, y a garantizar el debido proceso, la evaluación individual y vías de recurso efectivas, respetando la prohibición de expulsión colectiva y devolución de los migrantes cuando corran un riesgo verdadero y previsible de morir o sufrir torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, u otros daños irreparables, de conformidad con las obligaciones asumidas con el derecho internacional de los derechos humanos. Velar para que los migrantes sean debidamente recibidos y readmitidos respetando plenamente el derecho de las personas a regresar a su país y la obligación de los Estados de readmitir a sus propios nacionales. Crear condiciones propicias para la seguridad física, el empoderamiento económico, la inclusión y la cohesión social en las comunidades, con la finalidad de que la reintegración de los migrantes tras regresar a su país de origen sea sostenible.

La cooperación en este objetivo es fundamental y en la actualidad la forma de cumplimentarlo va a ser crucial. La COVID-19 ha comportado la pérdida de millones de empleos y especialmente ha afectado a las personas migrantes. Según la OIT si estos migrantes regresaran a sus países de origen en un corto periodo de tiempo y no recibieran ayudas para su reintegración o quedaran apartados de las medidas de protección social, comportaría un impacto social y económico potencialmente grave, enfrentándose en sus países de origen al desempleo y a la pobreza<sup>889</sup>. La OIT ha señalado una crisis en relación con los migrantes dentro de la crisis de la COVID-19. Millones de trabajadores migrantes regresarán a sus

---

<sup>887</sup> WORLD BANK GROUP, KNOMAD: *Migration and remittances. Recent Developments and Outlook*. April 2019. <https://www.knomad.org/sites/default/files/2019-04/Migrationanddevelopmentbrief31.pdf>

<sup>888</sup> BANCO MUNDIAL: *Cifra sin precedente de remesas a nivel mundial en 2018*. Comunicado de prensa. 8/04/2019. <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2019/04/08/record-high-remittances-sent-globally-in-2018>

<sup>889</sup> NACIONES UNIDAS: *El retorno de millones de migrantes por el coronavirus puede provocar una nueva crisis en sus propias naciones*. 24/06/2020. <https://news.un.org/es/story/2020/06/1476452>

países de origen, la mayoría de estos países tienen un margen muy limitado para reintegrar a un número tan grande de personas y tampoco cuentan con políticas para hacer frente<sup>890</sup>.

Por otro lado, si en el regreso la cooperación es básica, en la readmisión va a ser esencial. La readmisión es el acto por el que un Estado acepta el reingreso de una persona en su territorio. Los acuerdos de readmisión son uno de los cauces para que el proceso se pueda llevar de forma completa y realizar con seguridad y dignidad, son necesarios y están estrechamente ligados con el retorno y la reintegración. De ello que se interese que para abordar la cuestión de la readmisión es necesario un enfoque integral que incluya la coordinación entre Estados y agentes no estatales. Los acuerdos de readmisión contienen varios elementos: una determinación conjunta de los procedimientos de readmisión basados en la reciprocidad; una gestión adecuada de la migración y lucha contra la migración irregular; el establecimiento formal de acuerdos bilaterales o multilaterales vinculantes con respecto a los procesos de retorno y readmisión; y la prestación de asistencia a los migrantes con dignidad y humanidad, donde se incluye el principio de no devolución de los solicitantes de asilo y los refugiados<sup>891</sup>.

Y por último, en la reintegración de una persona migrante en sus países de origen afectan diversos factores: económicos, sociales y psicosociales en sus dimensiones individual, comunitaria y estructural. Según la OIM una reintegración sostenible se puede facilitar si estos factores son abordados en paralelo a través de una asistencia individualizada, el apoyo comunitario e intervenciones estructurales<sup>892</sup>. Varias son las condiciones que permiten una reintegración sostenible: la contribución y la participación activa de la persona que regresa en su propio proceso de retorno y reintegración; un entorno socioeconómico estable; la mitigación de los posibles riesgos de seguridad; el apoyo psicosocial; el tiempo para asimilar la experiencia migratoria; la capacitación y el apoyo financiero adecuados; el apoyo para el

---

<sup>890</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: “La OIT advierte de una crisis en relación con los migrantes dentro de la crisis de la COVID-19”. 24/06/2020. [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_749000/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_749000/lang--es/index.htm)

<sup>891</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Readmisión*. División de Gestión de Inmigración y Fronteras de la OIM. 2020. [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/DMM/IBM/2020/sp/readmission-sp.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/IBM/2020/sp/readmission-sp.pdf)

<sup>892</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Hacia un enfoque integrado de la reintegración en el contexto del retorno*. Ginebra. 2017, p. 2. [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/DMM/AVRR/towards-an-integrated-approach-to-reintegration-spanish\\_final.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/AVRR/towards-an-integrated-approach-to-reintegration-spanish_final.pdf)

restablecimiento de redes sociales; el acceso adecuado a programas de protección social al mismo nivel que la población local; y un enfoque no perjudicial para que el retorno no sea contraproducente para las comunidades<sup>893</sup>.

Objetivo 23: Fortalecer la cooperación internacional y las alianzas mundiales para la migración segura, ordenada y regular. Este sería un compromiso crucial en el Pacto que pasa por ayudarse mutuamente para cumplir los objetivos y compromisos enunciados mediante una mayor cooperación internacional, una alianza revitalizada y reafirmando, con espíritu solidario, que es crucial adoptar un enfoque amplio e integrado para facilitar la migración segura, ordenada y regular, y reconociendo que todos son países de origen, tránsito y destino. Así, el compromiso también se extiende a emprender acciones conjuntas para encarar las dificultades concretas que tienen en particular los países africanos, los países menos adelantados, los países en desarrollo sin litoral, los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países de ingresos medianos. Procurar que el Pacto Mundial y los marcos jurídicos y normativos internacionales vigentes se refuercen mutuamente armonizando la aplicación del Pacto Mundial con esos marcos, en especial la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y la Agenda de Acción de Addis Abeba, teniendo en cuenta que en ellos se reconoce que la migración y el desarrollo sostenible son fenómenos pluridimensionales e interdependientes.

La cooperación es una consecuencia de la multilateralidad. Algunos autores han señalado que en el seno de las Naciones Unidas siempre ha habido resistencias con la materia migratoria debido a la naturaleza y a la politización de los movimientos migratorios, el sentimiento xenófobo y el rendimiento electoral siguen estando presentes cuando se trata de hablar de migración. Solo hay que retroceder en el tiempo para ver las reticencias que mostraron muchos países y potencias mundiales para que el Pacto saliera adelante. Sin embargo en el año 2015, como consecuencia de las muertes en el mar mediterráneo y la huida de miles de personas desde el Medio Oriente y el Norte de África, se dieron las condiciones para tratar el tema de la migración en el seno de las Naciones Unidas<sup>894</sup>. Tratar la migración de forma multilateral, entendiéndola como una realidad que se da y puede darse en todas las partes del

---

<sup>893</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Reintegración. Enfoques eficaces*. Ginebra. 2015, p. 21-22. [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/DMM/AVRR/reintegrationpositionpaper\\_FINAL\\_SP.PDF](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/AVRR/reintegrationpositionpaper_FINAL_SP.PDF)

<sup>894</sup> ARROCHA, P.; DE LA MORA, F.; DE LA FUENTE, J.R.: “Migración: la perspectiva multilateral”. *El Universal*. 28/07/2019. <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/sociedad/migracion-la-perspectiva-multilateral>

mundo y que nadie de forma unilateral puede gestionar por sí solo a la migración, comporta que se abra un marco de cooperación multilateral. Eso es lo que hace el Pacto, trata de fortalecer la cooperación internacional y las alianzas mundiales para alcanzar su objetivo: una migración segura, ordenada y regular. La OIT ha señalado que la cooperación internacional en el Pacto “es un elemento medular”, de forma particular para la coordinación de una respuesta más coherente del sistema de las Naciones Unidas a la migración<sup>895</sup>.

### 3.2.2 Objetivos sociales del Pacto

Objetivo 6: Facilitar la contratación equitativa y ética y salvaguardar las condiciones que garantizan el trabajo decente. El compromiso pasa por examinar los mecanismos de contratación existentes para asegurar de que sean justos y éticos para proteger a todos los trabajadores migrantes contra cualquier forma de explotación y abusos con la finalidad de garantizar el trabajo decente y maximizar las contribuciones socioeconómicas de los migrantes en los países tanto de origen como de destino.

El trabajo decente es un punto elemental en la protección de los derechos de las personas trabajadoras, por otro lado, el trabajo es el espacio donde se va a desenvolver la mayor parte de su vida, y la particular situación de las personas migrantes va a ser un elemento utilizado para vulnerar sus derechos más básicos. Este es solo un ejemplo, pero solo hay que dirigir nuestra mirada a las miles de trabajadoras migrantes que son contratadas cada año en España para trabajar en la recogida de la fresa, no solo objeto de irregularidades en su contratación, también en conculcar sus derechos<sup>896</sup>. La expresión trabajo decente proviene de la OIT, una finalidad primordial de la organización. Para conseguirlo se marcó cuatro objetivos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social<sup>897</sup>. El trabajo decente también inspira algunos de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, lo que hace que en el seno de las Naciones Unidas se asuma la iniciativa de la OIT

---

<sup>895</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Revisión del plan de acción sobre la gobernanza de la migración laboral en el marco del Pacto Mundial para la Migración segura, ordenada y regular*. GB.335/POL/1 (Rev.). Consejo de Administración de la OIT. Ginebra, 335ª reunión, 14-18 de marzo de 2019. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_673399.pdf&ved=2ahUKEwi4uba9stjwAhU9QUEAHZNsCFQQFjAAegQIDRAB&usg=AOvVaw3te72BDZZLb9AGeL-ZTqGQ](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_673399.pdf&ved=2ahUKEwi4uba9stjwAhU9QUEAHZNsCFQQFjAAegQIDRAB&usg=AOvVaw3te72BDZZLb9AGeL-ZTqGQ)

<sup>896</sup> RAMOS POLEY, “Sobre los contratos”, op. cit., 1137-1158.

<sup>897</sup> CAMAS RODA, *Trabajo decente*, op. cit., pp. 17-18.

por el trabajo decente<sup>898</sup>. Y también se introduce en el Pacto, concretamente como un objetivo por el que se trata de salvaguardar las condiciones que garantizan el trabajo decente. A priori parece desprenderse que el objetivo se fija en facilitar la contratación equitativa y ética, sin embargo se introduce otra expresión, que va más allá y que nos lleva al trabajo decente: salvaguardar las condiciones que lo garantizan. En este punto es fundamental no solo promover empleos de calidad, a través de una contratación equitativa y ética, que es el sentido inicial que se dio a la expresión trabajo decente<sup>899</sup>, también se incluye otro elemento que es proteger las condiciones que lo garantizan, como sería asegurar los derechos laborales de las personas migrantes. De ahí que la primera acción para cumplir con este compromiso sea promover la firma y ratificación de los instrumentos internacionales pertinentes relacionadas con la migración laboral internacional, los derechos laborales, el trabajo decente y el trabajo forzoso, la adhesión a dichos instrumentos y su aplicación. Y que se mencione en otras acciones la promoción del pleno respeto de los derechos humanos y laborales de los trabajadores migrantes, que conozcan a través de su contrato escrito sus derechos, la forma de acceder a mecanismos eficaces de denuncia y recurso, promulgar y aplicar leyes nacionales que castiguen las violaciones de los derechos humanos y laborales, velar para que se respete el derecho internacional de los derechos humanos y del trabajo, etc. En definitiva, reconocer que las personas migrantes son personas con derechos y más concretamente con derechos en el trabajo.

Objetivo 7: Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración. Este objetivo pasa por responder a las necesidades de los migrantes que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, originadas por las circunstancias en que viajan o de las condiciones a las que se enfrentan en los países de origen, tránsito y destino, prestándoles asistencia y protegiendo sus derechos humanos, de conformidad las obligaciones asumidas con el derecho internacional. Además, de defender en todo el mundo el interés superior del niño como consideración primordial en las situaciones que afectan a menores, y aplicar un enfoque con perspectiva de género al abordar la vulnerabilidad, incluso al responder a las corrientes migratorias mixtas.

---

<sup>898</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>899</sup> *Ibid.*, p. 18.

Antes de la aprobación del Pacto, en su proceso preparatorio y más concretamente en el Diálogo Internacional sobre la Migración, surgió el debate sobre la vulnerabilidad de los migrantes<sup>900</sup>. En ellos apareció la necesidad de no caracterizar a todas las personas migrantes como víctimas y reconocer sus capacidades y su poder de acción, y prestar especialmente atención a las situaciones que causaban las vulnerabilidades para eliminarlas. De ello que el debate prestara especialmente atención a la definición de vulnerabilidad, ya que normalmente se había partido desde grupos específicos de personas: refugiados, personas objeto de trata, o la pertenencia a grupos de población específicos: mujeres, niños y personas con discapacidad, y esto podía comportar, entre otras cuestiones, olvidarse de otros factores que podrían resguardar a una persona de la explotación o del abuso con independencia de su pertenencia a dicho grupo y dar una deficiente protección a aquellas personas que no se encuentran en una de estas categorías protegidas de migrantes o a un grupo considerado vulnerable. De ahí que el Director General de la OIM destacara que el objetivo no era crear una nueva categoría de migrante, si bien reconocía que habían migrantes por su naturaleza eran vulnerables, se trataba de ver qué situaciones crean vulnerabilidades, en qué momento del recorrido migratorio surgen, cómo se pueden reducir o eliminar y quién ha de hacerlo<sup>901</sup>.

Así, una forma general y elemental para eliminar y reducir las vulnerabilidades pasaría por respetar los derechos humanos de todos los migrantes y prestar especialmente atención a determinados grupos de personas. Tal y como señala el Pacto, una de estas acciones para combatir las vulnerabilidades sería realizando un examen a la legislación laboral y las condiciones de trabajo vigentes con la finalidad de detectar y abordar de una forma eficaz las vulnerabilidades y abusos en el lugar de trabajo que sufren las personas migrantes, con independencia de su cualificación, incluidos los trabajadores domésticos y aquellos que trabajan en la economía informal, en cooperación con los interesados pertinentes y en particular con el sector privado. También pasaría por elaborar políticas migratorias con perspectiva de género para responder a las necesidades y vulnerabilidades particulares de las mujeres, las niñas y los niños migrantes, y tomar acciones a favor de políticas integrales y alianzas que proporcionen a los migrantes vulnerables, con independencia de su estatus migratorio, el apoyo en todas las etapas de la migración. Tener en cuenta a los menores

---

<sup>900</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Fortalecimiento*, *op. cit.*, p. 31-32

<sup>901</sup> *Ibid.*, p. 32.

migrantes en los sistemas nacionales de protección infantil y en todos los programas y políticas de migración que afecten a menores, proteger a los menores no acompañados y separados en todas las etapas de la migración, velar para que los migrantes puedan contar con asistencia y representación jurídica, pública o independiente, pero asequible, en los procedimientos judiciales que les afecten, incluso durante cualquier audiencia judicial o administrativa conexas. Establecer procedimientos accesibles y expeditivos que faciliten la transición de un estatus a otro e informarles de sus obligaciones, facilitar el acceso de los migrantes irregulares a una evaluación individual que permita regularizar su situación, caso por caso y con criterios claros y transparentes. Aplicar medidas de apoyo específicas para que los migrantes en situaciones de crisis en los países de tránsito y destino tengan acceso a la asistencia consular y humanitaria. Conseguir que participen las autoridades locales y los interesados pertinentes para identificar a los migrantes que se encuentren en situación de vulnerabilidad, para derivarlos y prestarles asistencia. Y formular políticas y programas nacionales para mejorar las respuestas de los países a las necesidades de los migrantes que se encuentren en situación de vulnerabilidad, en particular siguiendo las recomendaciones incluidas en la publicación *Principles and Guidelines, Supported by Practical Guidance, on the Human Rights Protection of Migrants in Vulnerable Situations*<sup>902</sup>.

Objetivo 15: Proporcionar a los migrantes acceso a servicios básicos. Esto es, velar para que todos los migrantes, con independencia de su estatus migratorio, puedan ejercer sus derechos humanos accediendo a los servicios básicos en condiciones de seguridad. Los compromisos asumidos en este objetivo parecerían permitir un trato desigual, ya que señala que si bien se han de reforzar los sistemas que prestan servicios inclusivos a los migrantes, se permite que los que se encuentren en situación regular y los nacionales puedan tener derecho a servicios más amplios, por lo que sería permisible un trato diferenciado atendiendo al estatus migratorio. Si bien se detalla que el trato diferenciado ha de basarse en la ley, ha de ser proporcionado y ha de perseguir un propósito legítimo, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

---

<sup>902</sup> UNITED NATIONS, HIGH COMMISSIONAR FOR HUMAN RIGHTS: *Principles and Guidelines, Supported by Practical Guidance, on the Human Rights Protection of Migrants in Vulnerable Situations*. Geneva, 2018. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>



La situación legal de las personas migrantes es título básico para acceder a los servicios básicos y por ello, a su vez, es un sistema de exclusión: todas aquellas personas migrantes que no se encuentren en situación legal no podrán acceder a los servicios básicos. La COVID-19 ha acentuado esta exclusión. Las personas migrantes, cuando los Estados han ido adoptando políticas para mitigar los impactos socioeconómicos, han sido excluidos de las políticas y no han tenido derecho a un acceso equitativo a los servicios básicos cuando su situación no era legal. En algunos países como Australia los migrantes en situación de residencia temporal no eran incluidos para recibir apoyos en materia de ingresos, remitiéndose a asistencias humanitarias de emergencia limitada, siendo todavía más dificultoso el acceso a los servicios más básicos; sanidad, alimentación, alojamiento, asistencia económica, cuando las personas migrantes se encontraban en situación irregular. En Suecia, los migrantes indocumentados eran excluidos del apoyo en materia de vivienda. En el Reino Unido, muchas de las medidas adoptadas excluyeron a los migrantes que no tenían derecho a fondos públicos, donde se incluyeron a las personas en busca de asilo, a las que se les denegó el mismo y a los migrantes indocumentados, añadiéndose a ello que las personas solicitantes de asilo no se les permite trabajar ni tienen acceso a las prestaciones sociales comunes ni a la vivienda. En Egipto, no se incluyen a los trabajadores migrantes en las medidas de apoyo en materia de empleo relacionadas con la COVID-19. Asimismo, la falta de información, su acceso, el idioma, la información contradictoria, los ingresos, son otras barreras que imposibilitan el acceso a los servicios básicos<sup>903</sup>.

Según la OCDE, particularmente en España, la larga y profunda crisis económica hizo particularmente difícil la integración de los migrantes en España. Mientras que en el año 2007, los migrantes tenían más probabilidades de encontrar empleo que los españoles, pero desarrollando trabajos para los que estaban sobre cualificados, la situación con el tiempo se invirtió, reduciéndose las tasas de empleo para migrantes en un 20% entre los años 2007 y 2012. Estas dificultades hicieron que en España las personas migrantes tuviesen la segunda tasa más alta de pobreza relativa de todos los países de la OCDE y que tuviesen el doble de

---

<sup>903</sup> LABORATORIO MUNDIAL DE LA MIGRACIÓN DE LA CRUZ ROJA Y LA MEDIA LUNA ROJA: *¿Confinados y excluidos? Por qué el acceso a los servicios básicos para los migrantes es fundamental para nuestra respuesta y recuperación ante el COVID-19. Informe del Laboratorio Mundial de la Migración de la Cruz Roja y la Media Luna Roja.* 2021, pp. 15-17. <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/SP-RCRC-Global-Migration-Lab-Locked-down-left-out-COVID19.pdf>

probabilidades de vivir en la pobreza que los españoles<sup>904</sup>. En el año 2016 España gozaba de cierto reconocimiento por haber logrado la incorporación a su sociedad de miles de migrantes sin producirse conflictos sociales, ni dar lugares a movimientos xenófobos. Sin embargo, el panorama ha cambiado y España ya no es la excepción dentro del panorama europeo y en comparación con otros países. Se señalaba por entonces que el alto peso del desempleo, los bajos salarios, el escaso acceso a la enseñanza post-obligatoria entre las segundas generaciones, el riesgo de radicalización yihadista y la escasa presencia pública de los migrantes eran aspectos negativos a tener en cuenta su integración<sup>905</sup>.

El acceso a los servicios básicos es punto fundamental para la inclusión de las personas migrantes, su acceso, con independencia del estatus migratorio, comporta que puedan ejercer sus derechos humanos, y la forma en que se prestan estos servicios básicos también es fundamental. En la prestación de los servicios básicos se pueden producir discriminaciones, de ello que la primera acción para alcanzar este objetivo sea promulgar leyes y adoptar medidas para garantizar que en la prestación de servicios no se discrimine a los migrantes por razón de su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad u otros motivos, sin perjuicio de que en algunos casos se presten diferentes servicios en función del estatus migratorio. Esto último comportaría que el Pacto no considerara que existe trato discriminatorio en estos supuestos. Otras acciones encaminadas a alcanzar este objetivo serían asegurar que la cooperación entre los proveedores de servicios y las autoridades de inmigración no exacerbe la vulnerabilidad de los migrantes irregulares comprometiendo su acceso sin riesgo a los servicios básicos o vulnerando ilícitamente el derecho de la persona a la privacidad y a la libertad y la seguridad física en los centros donde se presten servicios básicos. Establecer y fortalecer puntos locales de prestación de servicios integrales y fácilmente accesibles que incluyan a los migrantes y ofrezcan información pertinente sobre los servicios básicos con perspectiva de género, teniendo en consideración la discapacidad y con perspectiva infantil y facilitar el acceso a ellos sin riesgo. Establecer instituciones nacionales o locales

---

<sup>904</sup> OCDE: *Indicators of Immigrant Integration 2015: Settling In. En España, la lucha de los inmigrantes y sus hijos para integrarse es particularmente difícil*, según un informe de la OCDE. Nota de prensa. Julio 2015. <https://www.oecd.org/els/mig/press-note-Espana.pdf>

<sup>905</sup> GONZALEZ ENRÍQUEZ, C.: “Luces y sobras en la integración de los migrantes en España”. *Real Instituto Elcano*. 2016. [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari38-2016-gonzalez-enriquez-luces-sombras-integracion-migrantes-espana](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari38-2016-gonzalez-enriquez-luces-sombras-integracion-migrantes-espana)

independientes, como las instituciones nacionales de derechos humanos, para que se encarguen de la recepción, investigación y seguimiento de las denuncias sobre situaciones en que se niegue u obstaculice sistemáticamente el acceso de los migrantes a los servicios básicos, faciliten el acceso a vías de recurso y procuren lograr un cambio en la práctica, o encomendar esas funciones a instituciones cuando ya existan. Incorporar las necesidades sanitarias de los migrantes en las políticas y los planes de salud nacionales y locales, y proporcionar una educación inclusiva y equitativa de calidad a los niños y jóvenes migrantes, así como facilitar el acceso a oportunidades de aprendizaje durante toda la vida.

Objetivo 16: Empoderar a los migrantes y las sociedades para lograr la plena inclusión y la cohesión social. En este punto se fomenta la inclusividad y cohesión de las sociedades empoderando a los migrantes con la finalidad de que se conviertan en miembros activos de la sociedad y promoviendo la interacción y obligaciones recíprocos, incluido el cumplimiento de la legislación nacional y el respeto a las costumbres del país de destino. También pasa por aumentar el bienestar de todos los miembros de la sociedad minimizando las disparidades, evitando la polarización y fomentando la confianza de la población en las políticas e instituciones relacionadas con la migración, y se reconoce que los migrantes plenamente integrados están en mejores condiciones de contribuir a la prosperidad.

Cuando se trata de empoderar a alguien es porque existe en este una posición de desventaja, de desigualdad frente al resto. Por otro lado, si se trata de promover la plena inclusión y la cohesión social implica empoderar a quien se encuentra en esa situación de desventaja. Esta sería la conclusión que destaca la Comisión Europea en su Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión para 2021-2027<sup>906</sup>. Comporta ofrecer igualdad de oportunidades a aquel que se encuentra en desventaja, con tal de que disfrute de sus derechos y participe en la vida social en la comunidad. La OIM ha señalado que por integración ha de entenderse un proceso bidireccional de adaptación mutua entre los migrantes y las sociedades en las que viven, que conlleva que los migrantes se incorporan a la vida social, económica, cultural y política de la comunidad receptora. Lo que comporta una serie de responsabilidades conjuntas tanto para los migrantes y las comunidades, y comprende otras nociones conexas como la

---

<sup>906</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión para 2021-2027*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 24/11/2020. COM (2020) 758 final, p. 1 y ss.

inclusión y la cohesión social. Ha puntualizado la OIM que la integración no tienen porqué implicar necesariamente que la persona migrante se encuentre o obtenga la residencia permanente. Pero sí que conlleva la consideración de los derechos y las obligaciones de los migrantes y las sociedades de los países de tránsito y destino, del acceso a diferentes tipos de servicios y al mercado laboral<sup>907</sup>. Si bien los estudios que se tienen son recientes y hacen referencia a los países o regiones de ingresos altos, la OCDE ha señalado que en la mayoría de los países, los migrantes obtienen, en promedio, peores resultados que la población nativa en el ámbito educativo y en su participación en el mercado laboral. También se ha destacado que en la mayoría de países la integración tiende a mejorar con el aumento de los periodos de residencia<sup>908</sup>. Según la Comisión Europea, los extranjeros aún encuentran obstáculos en el sistema de enseñanza, el mercado laboral y el acceso a una vivienda decente. En el año 2015, el índice de empleo de los nacionales de terceros países fue inferior a 12,4 puntos porcentuales al de los nacionales de los países de acogida, siendo las mujeres las que registraron las tasas más bajas de empleabilidad. La mayoría suelen estar subempleados, con independencia de que sean titulados universitarios. Los migrantes de primera generación tienen un bajo rendimiento educativo en comparativa con el de los estudiantes cuyos padres son nativos, duplicándose la cifra. En el año 2014, el 49% de extranjeros estaban expuestos a un riesgo mayor de caer en la pobreza o sufrir exclusión social, frente al 22% de los nacionales de los países de acogida. Asimismo, ser extranjero en Europa implica tener más probabilidades de vivir en un hogar en condiciones de hacinamiento que la población autóctona<sup>909</sup>.

En la actualidad más de una cuarta parte de los migrantes que residen en la UE poseen un alto nivel educativo, en 2019 el 26,8% de los adultos entre 25 y 64 años nacidos fuera de la UE tenían estudios superiores. Pero ello no impide que el 40% esté sobrecualificado para el trabajo que desempeñan. Y fue la población más expuesta a la pandemia.

---

<sup>907</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Glosario de la OIM sobre Migración*. Ginebra, 2019, pp. 111-112.

<sup>908</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: Portal de Datos Mundiales sobre la Migración. Una perspectiva global. *Integración de los migrantes*. 24/09/2020. <https://migrationdataportal.org/es/themes/integracion-de-los-migrantes>

<sup>909</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. 7/06/2016. COM (2016) 377 final. p. 1 y ss. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0377>

El trabajo es fundamental en la inclusión de las personas migrantes de ahí que la Comisión haya señalado que la integración de estos en el mercado laboral podría generar grandes ganancias económicas, beneficios fiscales y aportaciones a los planes de pensiones y a los sistemas nacionales de protección social en general. Si bien en el año 2016, como se ha señalado anteriormente, la Comisión tenía un plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países, ello no ha servido para que en 2019, el porcentaje de jóvenes migrantes, de 18 a 24 años, que abandonaron los estudios sin acabar la enseñanza secundaria ascendiera al 22,9%, frente al 8,9% de los nativos. Que el 38,5% de los migrantes de entre 25 y 64 años tuviese un nivel de educación bajo, frente al 19,6% de los nativos. Y que el 64,2% de los migrantes en edad laboral, de entre 20 a 64 años, tuviese un empleo, frente al 73,9% de los nativos, destacándose que esto aún afecta más a las mujeres, un 54,6% de las mujeres migrantes, frente al 68,6% de la mujeres nativas. Y por último, el 39% de las personas migrantes se encontraban en riesgo de sufrir pobreza o exclusión social, frente al 19,5 % de los nativos<sup>910</sup>.

Objetivo 18: Invertir en el desarrollo de aptitudes y facilitar el reconocimiento mutuo de aptitudes, cualificaciones y competencias. Esto es, invertir en soluciones innovadoras que faciliten el reconocimiento mutuo de las aptitudes, cualificaciones y competencias de los trabajadores migrantes, con independencia de su cualificación y promuevan el desarrollo de aptitudes en función de la demanda para optimizar la empleabilidad de los migrantes en los mercados de trabajo formales de los países de destino y en los países de origen a su regreso, así como para asegurar el trabajo decente en la migración laboral.

Según la OIT<sup>911</sup>, el desaprovechamiento de las competencias, la falta de oportunidades de empleo o de formación, la falta de información y la explotación de los trabajadores poco cualificados son los principales retos a los que se enfrentan los trabajadores migrantes para acceder a una formación de calidad y a empleos decentes. En un mundo en constante cambio por la globalización y la evolución tecnológica la migración es una cuestión importante para las personas y para los mercados de trabajo de los países de origen, destino y tránsito. La migración puede ser un medio que responda a las necesidades de la oferta y la demanda de

---

<sup>910</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Plan de Acción 2021-2027*, op. cit., pp. 4-5

<sup>911</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Competencias profesionales para la migración y el empleo*. Competencias para el empleo. Reseña de políticas. Ed. OIT. Ginebra. 2018, pp. 2-3.

mano de obra y los migrantes amplían la disponibilidad total de competencias. Se ha señalado que una mayor oferta de mano de obra puede conducir a una mejor adecuación de las competencias lo que a su vez se traduce en una mayor productividad. La mayoría de la población migrante mundial son personas cualificadas y altamente cualificadas, pero estas competencias y cualificaciones suelen ser desaprovechadas al ocupar empleos para los que están sobrecualificados. Pueden existir varias causas: falta de información sobre el mercado de trabajo y las redes personales y profesionales o carencia del capital social necesario para acceder a un empleo adecuado; competencias que son adquiridas informalmente o poseer cualificaciones que no son reconocidas en los países de destino; causas de discriminación que impiden acceder a empleos decentes; o limitadas aptitudes lingüísticas. Por otro lado, muchos migrantes se ven obligados a abandonar sus países de origen por falta de oportunidades de empleo y cuando las hay fuera de sus países son más atractivas. La fuga también se produce por la fragilidad de los sistemas y las políticas de desarrollo de competencias en sus países de origen. Otro problema que se añade es que los países que deciden abrir vía de acceso, como el caso de la UE, lo hacen fijándose en los migrantes altamente cualificados, de hecho las favorecen fijando más facilidades para su acceso, sin embargo, al establecer requisitos más rigurosos en relación a la mano de obra no cualificada comporta que las personas poco cualificadas migren de forma irregular, con lo que se corre el riesgo, además, de que sean más vulnerables y corran el riesgo de ser explotados. El desajuste de competencias también se produce cuando en los países de origen existe una información limitada sobre las necesidades del mercado de trabajo, esto comporta que los países de origen no cubran las necesidades existentes y no se puedan adaptar las necesidades de los países de destino respecto a los países de origen para que ambos países se puedan beneficiar.

Este objetivo se encuadraría dentro de una de las directrices establecidas en el Marco multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales de 2007, que con un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos, en orden a promover un proceso ordenado y equitativo de migraciones laborales tanto en los países de origen como de destino para orientar a las personas trabajadoras migrantes en todas las fases de la migración, especialmente en la planificación y preparación para la migración laboral, el tránsito, la llegada y el recibimiento, el retorno y la reintegración, una de sus directrices para poner en práctica este principio incluye promover el reconocimiento y la acreditación de las

calificaciones y aptitudes de los trabajadores migrantes, y cuando ello no fuese posible, ofrecer medios para que se reconozcan sus calificaciones y aptitudes<sup>912</sup>.

La fuga de cerebros no solo se produce en España o en otros países que podríamos señalar como ricos, también se produce en países en desarrollo. Los trabajadores migrantes que tienen codiciadas y excepcionales competencias son atraídos por los países más ricos ofreciéndoles buenas condiciones de trabajo, si bien estamos hablando de un grupo muy pequeño de migrantes. No solo gozan de buenas condiciones de trabajo, también se les consideran como prioritarios a la hora de acceder o residir permanentemente en estos. Pero esto comporta también una “injusticia”, los países de origen han invertido en la adquisición de competencias dentro de sus sistemas educativos. La pérdida de trabajadores cualificados también comporta dificultades en las perspectivas de desarrollo de estos países y conlleva la transferencia de prosperidad de unos países a otros que se ven beneficiados<sup>913</sup>. Las políticas migratorias han de tener en cuenta los efectos positivos de la migración, pero también los efectos negativos de la competencia mundial en busca de mano de obra cualificada, con especial atención a los países en desarrollo donde se les priva de los recursos humanos necesarios para su desarrollo económico y social<sup>914</sup>. La OIT<sup>915</sup>, para garantizar una contratación equitativa, ha señalado que esta debería efectuarse de manera que se respeten, protejan y hagan realidad los derechos humanos. La contratación debería responder a las necesidades establecidas en el mercado de trabajo, y no ser un medio para desplazar o reducir una fuerza de trabajo existente, para menoscabar las normas de trabajo, los salarios o las condiciones de trabajo, o para socavar el trabajo decente. Así, los gobiernos deberían velar porque las leyes pertinentes abarquen todos los aspectos del proceso de contratación, y porque se apliquen a todos los trabajadores, particularmente a los vulnerables, entre otras acciones, deberían contemplar la posibilidad de

---

<sup>912</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*. Ginebra. 2007, pp. 25-26.

<sup>913</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Migración equitativa. Un programa de la OIT*. Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión. Ginebra. 2014, p. 17. [https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/103/reports/reports-to-the-conference/WCMS\\_243900/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/103/reports/reports-to-the-conference/WCMS_243900/lang--es/index.htm)

<sup>914</sup> CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL: *Migración: una cuestión de trabajo decente*. Punto 6 del orden del día. Elewijt, 17-18 de octubre de 2011, p. 6.

<sup>915</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Principios generales y directrices para la contratación equitativa y Definición de las comisiones de contratación y los gastos conexos*. Ginebra. 2019, p. 12 y ss.

adoptar acuerdos de reconocimiento mutuo, con miras a facilitar el reconocimiento de las calificaciones extranjeras para hacer frente al desaprovechamiento de las competencias profesionales.

Así, las partes, para cumplir con este objetivo, se comprometen a elaborar normas y directrices para el reconocimiento mutuo de las cualificaciones extranjeras y las aptitudes adquiridas informalmente en diferentes sectores, en colaboración con las respectivas industrias. Promover la transparencia de las certificaciones y la compatibilidad de los marcos nacionales de cualificación. Concertar acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales de reconocimiento mutuo o incluir disposiciones al respecto en otros acuerdos, como pueden ser los relativos a la movilidad laboral o los acuerdos comerciales, con el objetivo de incluir funciones de comparabilidad o equivalencia en los sistemas nacionales. Hacer uso de la tecnología y la digitalización para evaluar y reconocer mutuamente las aptitudes de una forma más completa. Forjar alianzas de colaboración entre los países sobre aptitudes internacionales que aumenten la capacidad de formación de las autoridades nacionales y los interesados pertinentes, incluidos el sector privado y los sindicatos, y fomentar el desarrollo de las aptitudes de los trabajadores en los países de origen y de los migrantes en los países de destino, con la finalidad de preparar a las personas contratadas en prácticas para la empleabilidad en los mercados laborales de todos los países participantes. Promover redes interinstitucionales y programas de colaboración para forjar alianzas entre el sector privado y las instituciones educativa en los países de origen y destino. Participar, en colaboración con los interesados pertinentes, en alianzas y programas bilaterales que promuevan el desarrollo de aptitudes, la movilidad y la circulación, como programas de intercambio de estudiantes, becas, programas de intercambio profesional y contratos en prácticas o pasantías que ofrezcan a quienes completen de forma satisfactoria estos programas la opción de solicitar empleo y realizar actividades empresariales. Cooperar con el sector privado y los empleadores para ofrecer a los migrantes, con independencia de su cualificación, programas de desarrollo y comparación de aptitudes a distancia o en línea de fácil acceso y con perspectiva de género, con el objetivo de aumentar su empleabilidad en sectores donde existe demanda de mano de obra, teniendo en consideración la dinámica del mercado de trabajo en cada sector, de forma especial, para promover el empoderamiento económico de las mujeres. Aumentar la capacidad de los trabajadores migrantes para cambio de trabajo o empleador proporcionando documentación que reconozca las aptitudes en el empleo o mediante la formación con el



objetivo de optimizar los beneficios de la capacitación. Idear y promover formas innovadoras de reconocer y evaluar mutuamente las aptitudes adquiridas formal e informalmente, incluso mediante la capacitación oportuna y complementaria de quienes buscan empleo. Establecer mecanismos para verificar las credenciales y ofrecer información a los migrantes sobre la forma de conseguir que se evalúen y reconozcan sus aptitudes y cualificaciones antes de la salida, incluso durante los procesos de contratación o poco después de su llegada para mejorar la empleabilidad. Y por último, cooperar para promover, junto con los interesados pertinentes, herramientas de documentación e información que permitan reseñar las credenciales de los trabajadores, sus aptitudes y sus cualificaciones reconocidas en los países de origen, tránsito y destino, con el objetivo de que los empleadores puedan evaluar la idoneidad de los trabajadores migrantes durante los procesos de solicitud de empleo.

Objetivo 19: Crear las condiciones necesarias para que los migrantes y las diásporas puedan contribuir plenamente al desarrollo sostenible en todos los países. Empoderando a los migrantes y las diásporas para catalizar sus contribuciones al desarrollo y aprovechar los beneficios de la migración como fuente de desarrollo sostenible, reafirmando que la migración es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo sostenible de los países de origen, tránsito y destino.

El reciente informe sobre las migraciones en el mundo 2020<sup>916</sup> señala que las contribuciones son parte de las interacciones y los compromisos más amplios con los individuos, grupos e instituciones de la sociedad. Sustentan y dan forma a las sociedades, y se clasifican de tres formas: socioculturales, cívico-políticas y económicas. La sociocultural se refiere a los distintos grupos de personas de las sociedad y sus hábitos, tradiciones y creencias. Cívico-político significa la participación en los deberes cívicos en el contexto de la autoridad aceptada del Estado. Y la económica se refiere al comercio, la industria o el dinero. Las contribuciones que los migrantes realizan en los países de destino y de origen dependen en parte de los marcos jurídicos y de la política existente. También se relacionan las contribuciones con las características demográficas y socioeconómicas, normalmente las personas que deciden migrar suelen tener competencias, niveles de estudios y mayores

---

<sup>916</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. Ginebra. 2019, p. 174-175. <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020>

oportunidades y esto comporta que tengan una probabilidad más elevada de que hagan contribuciones en sus países de origen y de destino. Lo que pretende el Pacto es empoderar a los migrantes y las diásporas para favorecer estas contribuciones al desarrollo. Por otro lado, el objetivo también es aprovechar los beneficios de la migración como fuente de desarrollo sostenible, el Pacto ya reconoce desde buen principio que la migración genera prosperidad, innovación y desarrollo sostenible (Visión y principios, párrf. 8), lo que hace falta es aprovechar y canalizar esos beneficios.

Según las conclusiones del Defensor del Pueblo en su informe de 2019<sup>917</sup>, respecto a la contribución de la inmigración a la economía española, las consecuencias económicas de una estructura demográfica envejecida se ve compensada gracias a la incorporación de población proveniente del exterior. La migración alivia el impacto del envejecimiento poblacional en la economía, no solo permitiendo sostener el crecimiento demográfico, sino que evita el envejecimiento poblacional, aliviando los efectos sobre la economía, ya que la población que llega a España es más joven que la española, y esto se traduce también por el impacto de la inmigración en la tasa de fertilidad. El crecimiento de la población activa necesita actualmente la aportación de mano de obra extranjera y su ocupación es esencial para sostener el nivel de empleo. Sobre esta cuestión se señala que desde el final de la crisis, la totalidad del incremento de la población activa corresponde a ciudadanos extranjeros. La migración laboral contribuye a mitigar los efectos agregados en fase de desaceleración o crisis, en este punto se observa que la población extranjera en épocas de contracción del ciclo de empleo puede trasladarse parcialmente a un flujo de retorno o emigración a terceros países de aquellos que pierden su empleo, que en el caso de los autóctonos lo que se produce es una oscilación entre empleo y desempleo. Las economías más avanzadas requerirán la contribución de inmigración laboral joven y cualificada, cualquier economía que apueste por la innovación y el desarrollo requiere necesariamente la contribución de inmigración laboral, preferiblemente joven y preferentemente cualificada. La inmigración ha colaborado a sostener el progresivo incremento de la tasa de actividad femenina de las españolas de forma muy notable, contribuyendo a resolver la llamada crisis de los cuidados. Además, los efectos en los salarios, empleo o paro de los trabajadores ya residentes por el impacto de la migración

---

<sup>917</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO: *La contribución de la inmigración a la economía española. Informe anual 2019*. Volumen II. Madrid. 2020, pp. 101-115.

laboral son muy reducidos y no son generalizables tendiendo a ser muy limitados en el tiempo. La migración laboral se ha concentrado en determinados sectores y ocupaciones concretas en las que probablemente existe menos oferta por parte de trabajadores españoles, señalando que los extranjeros nos quitan la necesidad de realizar los peores trabajos, de hecho tienden a ocupar puestos de trabajo para los que están sobrecualificados. La fuente principal de renta de los migrantes procede del trabajo, incluso en mayor medida que en el caso de los españoles, siendo el gasto en pensiones contributivas para los extranjeros meramente testimonial. El gasto en prestaciones por desempleo para extranjeros está por debajo de su importancia relativa en el mercado laboral, siendo su tasa de cobertura inferior a la de los españoles. Los inmigrantes usan menos los servicios públicos sanitarios, lo que supone un gasto medio per cápita muy inferior al de los españoles, siendo la menor edad promedio de los extranjeros residentes en España el factor fundamental que lo explica. La aportación de recursos al sistema de la Seguridad Social es notable, debido a su elevada tasa de actividad y ocupación. La inmigración laboral permite absorber mejor los shocks del mercado de trabajo, facilitando ciclos expansivos de la economía. Entre los años 2001 y 2007 se crearon 5 millones de nuevos empleos apoyados por la incorporación al mercado de trabajo español de 2,5 millones de ocupados extranjeros, patrón que se repite en la recuperación económica lo que permite afirmar que la recuperación económica está siendo liderada en buena medida por la recuperación del pulso migratorio. El trabajo de los migrantes ha generado importantes efectos económicos en todos los sectores de la economía, los flujos migratorios se vinculan con los flujos de comercio e inversión, debido a que las remesas favorecen el desarrollo económico en los países de origen y las diásporas promueven la transferencia e intercambio de conocimiento, tecnología, cultura y valores. Y por último, existe una relación positiva a largo plazo entre inmigración, innovación, dinamismo económico y productividad.

Las acciones marcadas para el logro de este objetivo serían asegurar la aplicación plena y efectiva de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y la Agenda de Acción de Addis Abeba fomentando y facilitando los efectos positivos de la migración para la realización de todos los ODS. Integrar la migración en la planificación del desarrollo y las políticas sectoriales a nivel local, nacional, regional y mundial, teniendo en consideración las directrices y recomendaciones normativas pertinentes. Invertir en la investigación del impacto de las contribuciones no económicas que los migrantes y las diásporas hacen al desarrollo sostenible en los países de origen y destino. Facilitar las contribuciones de los migrantes y las

diásporas a sus países de origen, incluso estableciendo o fortaleciendo estructuras o mecanismos gubernamentales a todos los niveles. Elaborar programas de apoyo y productos financieros específicos que faciliten las inversiones y el emprendimiento de los migrantes y las diásporas, incluso prestando apoyo administrativo y jurídico para la creación de empresas. Proporcionar información y orientación de fácil acceso para que los migrantes y las diásporas puedan aportar, de forma coordinada y eficaz, financiación voluntaria o filantrópica, especialmente durante emergencias humanitarias en sus países de origen. Posibilitar la participación y el compromiso político de los migrantes en sus países de origen. Promover políticas migratorias que optimicen los beneficios que la diáspora reporta a los países de origen y destino y sus comunidades, facilitando modalidades flexibles de viaje, trabajo e inversión con mínimos trámites administrativos. Cooperar con otros Estados, el sector privado y las organizaciones de empleadores, especialmente en los ámbitos muy técnicos y de gran demanda, para que los migrantes y las diásporas puedan realizar algunas de sus actividades profesionales y participar en la transferencia de conocimiento desde sus países de origen, sin perder necesariamente su empleo, su estatus de residentes o las prestaciones sociales adquiridas. Y por último, forjar alianzas entre las autoridades y las comunidades locales, el sector privado, las diásporas, las asociaciones de oriundos y las organizaciones de migrantes para promover la transferencia de conocimientos y aptitudes entre los países de origen y destino.

Objetivo 22: Establecer mecanismos para la portabilidad de la seguridad social y las prestaciones adquiridas. Que comprende, prestar asistencia a los trabajadores migrantes, con independencia de su cualificación, para que puedan acceder a la protección social en los países de destino y aprovechar la portabilidad de la seguridad social y las prestaciones adquiridas aplicables en sus países de origen o cuando decidan trabajar en otro país.

Es relevante señalar que desde buen principio el compromiso pasa por prestar asistencia a los trabajadores migrantes, es decir, no se está refiriendo a todo el conjunto de la población migrante, únicamente se fija en aquellos que migran para trabajar, cuestión distinta es que este tipo de migrante después pueda, dependiendo de los diversos sistemas de seguridad social, generar derechos sobre otros posibles beneficiarios. La asistencia va encaminada para que estos trabajadores migrantes, con independencia de su cualificación puedan acceder a la

protección social en los países de destino. Según la OIT<sup>918</sup>, la crisis de la COVID-19 ha acentuado la situación de vulnerabilidad de los trabajadores migrantes, si bien estos están sobrerrepresentados en los sectores más afectados por la crisis y expuestos a un mayor riesgo sanitario, haciendo una importante contribución al desarrollo económico y social, su acceso a la protección social sigue siendo difícil tanto por lo que hace a la atención médica como a la seguridad de los ingresos. La mayoría de sistemas de seguridad social solo garantiza la igualdad de trato respecto aquellos que se encuentran en situación regular, siendo los migrantes en situación irregular excluidos de los sistemas de protección social, con la excepción de la atención sanitaria básica y de urgencia, y solo en algunos países. Respecto a esta última cuestión solo hay mirar hacia atrás y ver el caso de España que a través del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, restringió<sup>919</sup>, de forma general, del derecho a la asistencia sanitaria a los migrantes irregulares, especialmente a través de la creación de la figura del “asegurado”, que de una forma “descarada y desproporcionada” privó a los extranjeros en situación irregular derecho de acceso a la asistencia sanitaria al no reunir estos la condición introducida<sup>920</sup>. No obstante después, con la entrada de un nuevo gobierno, el Real Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, introdujo, respecto a estas personas, el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española. Toda esta cuestión sigue siendo objeto de crítica y debate por la doctrina, por ejemplo, cuando no se acaba de entender cómo una configuración legal puede limitar derechos cuasi-fundamentales solo por el hecho de la situación legal y administrativa en España, una cuestión que además viene respaldada por nuestro Tribunal Constitucional al indicar que “la asistencia sanitaria pública no es un Derecho que haya de ser reconocido a los extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles” (STC 95/2000, de 10 de abril), pero olvidando este que la salud se concreta en el derecho a la asistencia sanitaria, constituyendo el derecho a la salud un derecho humano fundamental de carácter

---

<sup>918</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Protección social para los trabajadores migrantes: una respuesta necesaria a la crisis de la COVID-19*. Ginebra. 2020, p. 1-3.

<sup>919</sup> DELGADO DEL RINCÓN, L.E.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril”. *Revista de Estudios políticos (nueva época)*, núm. 163. Madrid. 2014, pp. 197 y ss.

<sup>920</sup> LÓPEZ INSUA, B. del M.: “La recuperación de la universalidad de la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio”. *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Lex Social, núm. 1/2019. Ed. UPO, Sevilla, pp. 313-314.

primario y esencial, lo que conlleva que la situación administrativa no es condicionante para que todas las personas puedan ejercer sus derechos fundamentales<sup>921</sup>.

Otra cuestión interesante que destaca este compromiso es aprovechar la portabilidad de la seguridad social y las prestaciones adquiridas aplicables en sus países de origen o cuando decidan trabajar en otro país. El mantenimiento de los derechos adquiridos de Seguridad Social y el pago de las prestaciones en el extranjero se hace imprescindible para asegurar los derechos de los trabajadores migrantes, contribuye a la deseada igualdad de trato entre trabajadores con independencia de la nacionalidad, se facilita la integración socio-económica<sup>922</sup> y se reduce su vulnerabilidad. No permitir mantenerlos, no facilitar o penalizar parte de estos derechos adquiridos o el pago de prestaciones en el extranjero, conlleva a una migración con riesgo que reduce las expectativas y las posibilidades de que una persona migre<sup>923</sup>. La portabilidad sirve llevar a cabo políticas socioeconómicas y contribuye a facilitar el funcionamiento de los mercados de trabajo y las relaciones laborales, facilita la movilidad de los trabajadores y la integración de estos<sup>924</sup>.

Para cumplir con ese compromiso se fijan tres concretas acciones. Por un lado, establecer o mantener sistemas nacionales de protección social que no discriminen, incluidos niveles mínimos de protección social para los nacionales y los migrantes, en consonancia con la Recomendación sobre los Pisos de Protección Social, 2012 (núm. 202) de la OIT (RPPS). El acceso a la protección social es uno de los mayores problemas a los que se enfrentan las personas migrantes, además no todos los países garantizan la igualdad de trato con respecto a la seguridad social contributiva en todas las ramas, de 120 países solo el 58% lo hacen. 73 países incluyen disposiciones que garantizan la igualdad de trato en el acceso a la atención de

---

<sup>921</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.; LÓPEZ INSUA, B. del M.: “Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6/2019. Ed. BOE. Madrid, pp. 7-8.

<sup>922</sup> BRANDOLINI, E.: *La portabilidad del derecho de previsión social en la legislación comunitaria: comparación con otras áreas del mundo y su posible extensión*. Tesis doctoral. 2015. pp. 202-203. <https://www.tesisenred.net/handle/10803/327019#page=1>

<sup>923</sup> HOLZMAN, R.: “La portabilidad de las prestaciones sociales a través de las fronteras”. *Iza World of Labor*. Octubre 2018, p. 1 y ss. <https://wol.iza.org/articles/the-portability-of-social-benefits-across-borders/long>

<sup>924</sup> GALA DURÁN, C.: *Desplazamientos transnacionales de trabajadores por parte de sus empresas fuera de la Unión Europea: aspectos de Seguridad Social*. Blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Nuevos retos del mercado laboral: pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento. Noviembre de 2020. <http://grupo.us.es/iwpr/2020/11/23/desplazamientos-transnacionales-de-trabajadores-por-parte-de-sus-empresas-fuera-de-la-union-europea-aspectos-de-seguridad-social/>

salud y 105 con respecto a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales<sup>925</sup>. Lo que hace esta acción para conseguir el objetivo principal es seguir la RPPS, que constituyen un conjunto de garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social (art.1, apartado I) y que tiene como objeto establecer y mantener, según proceda, pisos de protección social como elemento fundamental de los sistemas nacionales de seguridad social y poner en práctica pisos de protección social en el marco de estrategias de extensión de la seguridad social que aseguren de forma progresiva niveles más elevados de seguridad social para el mayor número de personas posibles, según las orientaciones de las normas de la OIT relativas a la seguridad social.

Otra acción sería concertar acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales recíprocos de seguridad social sobre la portabilidad de las prestaciones adquiridas por los trabajadores migrantes, con independencia de su cualificación, que hagan referencia a los niveles mínimos de protección social vigentes en los respectivos Estados y a las prestaciones y disposiciones de seguridad social aplicables, como pensiones, atención sanitaria u otras prestaciones adquiridas o incorporar esas disposiciones en otros acuerdos, como los relativos a la migración laboral a largo plazo y temporal. Y por último, incorporar disposiciones sobre la portabilidad de las prestaciones y las prestaciones adquiridas en los marcos nacionales de seguridad social, definir puntos focales en los países de origen, tránsito y destino que faciliten la presentación de solicitudes de portabilidad de los migrantes y traten de resolver las dificultades que las mujeres y las personas de edad puedan tener para acceder a la protección social, y la creación de instrumentos concretos, como pueden ser fondos de bienestar para los migrantes en los países de origen, que ayuden a los trabajadores migrantes y sus familias.

---

<sup>925</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe Mundial sobre la Protección Social. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2017-2019*. Ginebra, 2017, pp. 207-208.  
[https://www.google.com/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_624890.pdf&ved=2ahUKEwj29tmhp7LwAhUIYsAKHZADBfsQFjABegQIABAB&usg=AOvVaw2cl-db6bHk-d\\_9GaJNR0tD](https://www.google.com/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_624890.pdf&ved=2ahUKEwj29tmhp7LwAhUIYsAKHZADBfsQFjABegQIABAB&usg=AOvVaw2cl-db6bHk-d_9GaJNR0tD)

#### **4. ESPECIAL ATENCIÓN AL OBJETIVO NÚMERO 5: AUMENTAR LA DISPONIBILIDAD Y FLEXIBILIDAD DE LAS VÍAS DE MIGRACIÓN REGULAR. SUS EFECTOS EN ESPAÑA**

Este objetivo tiene una especial conexión con el objeto de esta investigación al realizar un tratamiento específico de las vías de migración regular. El objetivo marca desde buen principio el aumento de la disponibilidad de las vías de migración regular. Sobre esto hay que advertir que no todos los Estados tienen establecidas por igual vías de acceso a su territorio, pero ya se partiría por asumir una mínima existencia de estas que hay que aumentar. En segundo lugar, se incluye el término flexibilidad lo que nos lleva a varias apreciaciones, por un lado, la capacidad de que las vías de migración tengan una regulación fácilmente adaptable, que tengan capacidad para acomodarse a cada necesidad y momento, lo que conllevaría a una regulación que no sea rígida, sujeta a normas inflexibles, en definitiva, que las vías de migración regular sean susceptibles a los cambios y que a su vez faciliten y no dificulten la migración. Este objetivo del Pacto no deja de ser un modelo que desea evitar la “paradoja liberal” que es la contradicción entre regímenes restrictivos y la demanda de trabajadores migrantes<sup>926</sup>.

La fórmula para llevar a cabo este objetivo pasa a detallarse en el compromiso que asumen los Estados y que se circunscribe a adaptar las opciones y las vías de migración regular de tal manera que se facilite la movilidad laboral y el trabajo decente reflejando la realidad demográfica y del mercado de trabajo, se optimicen las oportunidades educativas, se defiendan el derecho a la vida familiar y se responda a las necesidades de los migrantes que se encuentren en situación de vulnerabilidad, con miras a ampliar y diversificar las vías disponibles para la migración segura, ordenada y regular. Pero si el compromiso incluye compromisos de diversa índole, de las diez acciones necesarias para cumplir con este objetivo seis se refieren concretamente a la movilidad laboral. Es una cuestión relevante a la que el Pacto ha querido dar la significación que tiene, según la OIT de los 258 millones de migrantes internacionales existentes en todo el mundo en el año 2017, 164 millones eran trabajadores

---

<sup>926</sup> FINOTELLI, C.: “Objetivo 5: Aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular”, en la obra colectiva: *El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*. Editores: Lorenzo Cachón, María Aysa-Lasta. Ed. Hacer. 2019, p. 198 y 201.



migrantes, constituyendo el 59,2% de todos los migrantes internacionales y el 70,1% de todos los migrantes en edad de trabajar<sup>927</sup>. En este sentido, se señala el compromiso por adaptar las opciones y las vías de migración regular de tal forma que se facilite la movilidad laboral y el trabajo decente. Por lo tanto, no se está refiriendo aquí el pacto a cualquier movilidad laboral, junto ha ella y al mismo tiempo se ha de facilitar el trabajo decente. Una movilidad laboral que ha de respetar los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes y, además, ofrecer oportunidades reales de trabajo decente<sup>928</sup> que es lo que va a contribuir para que se respeten y se puedan ejercer plenamente esos derechos. Otra cuestión que va ligada a la movilidad laboral y al trabajo decente es que se apuesta porque estas opciones y vías de migración regular reflejen la realidad demográfica y del mercado de trabajo. No es una cuestión baladí, el problema demográfico y del mercado de trabajo es la mayor razón por la que los Estados flexibilizan y establecen nuevas vías de acceso. En este sentido, los datos reflejan que las diferencias de ingresos, en gran medida, coinciden con las tendencias demográficas. Así, en los países con ingresos elevados se está produciendo un envejecimiento de la población y que el aumento de la prosperidad suele coincidir con la reducción del tamaño de las familias, esto a medio plazo va a comportar un déficit de la fuerza de trabajo que, además, tiene grandes consecuencias en los sistemas de protección social<sup>929</sup>. España no vive ajena a esta problemática. Se ha señalado que la evolución demográfica afecta al crecimiento económico, en el medio y largo plazo, al mercado laboral, al gasto relacionado con el envejecimiento de la población o a la distribución de la renta y la riqueza, y que el crecimiento repercute en la población, afectando a la fecundidad<sup>930</sup>. Además, España es uno de los países del mundo con mayor esperanza de vida, la más alta de Europa. Según la Organización Mundial de la Salud en el año 2016 la esperanza de vida en los hombres era de 80 años y 86 en las mujeres<sup>931</sup>, y que el Instituto Nacional de Estadística eleva en el año 2019

---

<sup>927</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *ILO Global Estimates on International Migrant Workers. Result and Methodology*. Ginebra, 2018, p. 5. [https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_652001/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_652001/lang--en/index.htm)

<sup>928</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Migración equitativa*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>929</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>930</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO, *La contribución de la inmigración*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>931</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *Datos estadísticos*. OMS. España. <https://www.who.int/countries/esp/es/>

en 80,9 años en los hombres y 86,2 años en las mujeres<sup>932</sup>, con una cifra en constante evolución. A lo que se añade otra cuestión, al reto demográfico no solo hay que relacionarlo con lo anterior, no son las únicas manifestaciones, ya que a ello se suma el proceso de vaciamiento de partes de nuestro país que también incide en aumentar la problemática<sup>933</sup>. Así, se ha subrayado que la migración es un factor de sostenibilidad demográfica<sup>934</sup>. El problema demográfico y la realidad o necesidad de trabajo no van a coincidir siempre, de ello que el Pacto expresamente mencione “la realidad del mercado de trabajo”. Existen déficits de mano de obra en determinadas profesiones o actividades que no quedan afectadas directamente por el problema demográfico. Se pueden producir necesidades de mano de obra en determinados sectores productivos que se ven favorecidos por momentos de bonanza económica. También puede verse aumentada la oferta en determinadas profesiones que vinculadas a determinados sectores o modelos productivos, necesitan una determinada mano de obra que puede ser más o menos cualificada. En este sentido, en España, la pandemia de COVID-19 ha reflejado que en momentos puntuales ha sido necesaria mano de obra extranjera en sectores esenciales. Y la necesidad puntual y a la vez constante en el tiempo de mano de obra extranjera no ha sido algo novedoso en nuestro país, el crecimiento económico experimentado desde mediados de los noventa en el sector de la construcción y del turismo<sup>935</sup> también evidenció esa necesidad. Así como el sector agrario que cada año se ve necesitado de mano de obra extranjera para sacar adelante sus cosechas. O los sectores que necesitan una mano de obra cada vez más cualificada que necesitan personas extranjeras provenientes de otras partes del mundo, aunque actualmente esto último en España no está teniendo la relevancia que sí está comportando en otros lugares del planeta, pero que el panorama podría cambiar a partir de los cambios que parecen que se van a producir con la puesta en marcha de los Fondos de recuperación lanzados por la UE para transformar la economía y que en España se orienta hacia la

---

<sup>932</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Esperanza de vida*. [https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INESeccion\\_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagina=ProductosYServicios/PYSLayout](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagina=ProductosYServicios/PYSLayout)

<sup>933</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO, *La contribución de la inmigración*, op. cit., p. 13-14.

<sup>934</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>935</sup> ALMOGUERA, P.; LÓPEZ, E.; MIRANDA, J.; VALLE, C.: “El proceso inmigratorio en España y su incidencia en las estructuras demográficas actuales”. *Espacio y Tiempo: Revista de ciencias humanas*, nº 24, 2010.p. 15-16.

transición ecológica, la transformación digital, la igualdad de género y la cohesión social y territorial<sup>936</sup>.

Antes de pasar a desarrollar las acciones concretas para el cumplimiento del compromiso asumido vamos a detallar el índice de la política de migración laboral en España. Este es un dato relevante que va a evidenciar, en comparativa con otros países, dónde estamos situados. Este índice se basa en una cualificación sistemática de la legislación nacional establecida por un equipo de expertos en el país, y que entre el 0 y el 1 señala una política de migración laboral menos o más restrictiva. Si bien, los últimos datos disponibles alcanzan hasta el año 2010, sí que nos da una perspectiva. La tendencia mundial es que las políticas de migración laboral se han ido flexibilizando en los últimos 30 años, si bien de una forma muy ralentizada, pasando de un índice de 0,6 en el año 1980 a 0,4 en el año 2010. España en el año 1980 tenía un índice de 1 y en el 2010 de 0,4, habiendo llegado a su nivel mínimo en el año 2000, si bien a partir de este año se mantiene y aumenta a 0,4 en el año 2008 donde se mantiene hasta el año 2010. En el año 2010, en comparativa con otros países Europeos, España tuvo una política de inmigración laboral más restrictiva que Portugal, Alemania o Francia, este último con el índice más bajo; 0,2, cifra que viene manteniendo desde el año 1984. En general podríamos decir que, por la división de regiones que realiza la Organización Internacional de Migraciones, el Espacio Económico Europeo se sitúa dentro de la franja media en cuanto a políticas de migración laboral restrictivas, ligeramente por encima de América Central, América del Norte y el Caribe, Sudamérica, Asia y el Pacífico, y por debajo de Europa Sudoriental, Europa oriental y Asia Central<sup>937</sup>. Lo que vienen a reflejar estos datos, y partiendo desde la base de que nuestra normativa de extranjería no ha tenido grandes cambios de planteamiento desde hace décadas, es que sería necesario y posible un cambio sustancial de nuestra regulación para el cumplimiento de este objetivo, con aras a conseguir una política de migración laboral que sea menos restrictiva.

---

<sup>936</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA: *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: España Puede*. <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Paginas/plan-de-recuperacion.aspx>

<sup>937</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: Portal de Datos Mundiales sobre la Migración. Una perspectiva global. *Índice de la Política de Migración Laboral*. [https://migrationdataportal.org/es?%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3Fi=stock\\_abs\\_&t=2010&i=impic\\_lab](https://migrationdataportal.org/es?%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3Fi=stock_abs_&t=2010&i=impic_lab)

### **3.1. Primera acción. Acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales sobre movilidad laboral**

Esta primera acción enmarcada en este objetivo sería formular acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales sobre movilidad laboral basados en los derechos humanos y con perspectiva de género que incluyan condiciones específicas de empleo para cada sector, en cooperación con los interesados pertinentes y teniendo en cuenta las normas, directrices y principios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y del trabajo.

En la actualidad España tiene formulados diversos acuerdos de movilidad laboral con Ucrania, Ecuador, República Dominicana, Mauritania, Colombia y Marruecos, todos ellos destacan por haberse suscrito entre el año 2000 y 2010. Y deberían ser actualizados con lo que se dispone en esta concreta acción para cumplir con este objetivo. Parten de un sistema que recluta a los trabajadores extranjeros a partir de la necesidad de mano de obra extranjera en España y se comunican las ofertas de empleo a los países de origen, donde hay establecida una comisión de selección mixta que, estableciendo unos determinados criterios o haciéndose cargo, selecciona a los candidatos. Por citar el más reciente, en el acuerdo suscrito por Ucrania y España en el año 2009, se evidencian una serie de insuficiencias que tendrían que corregirse con el objetivo de garantizar los derechos de los trabajadores extranjeros. Se establece una previa preselección de los candidatos realizada por las autoridades responsables del país de origen, teniendo en cuenta los criterios establecidos por la Comisión de selección. Una Comisión de selección que además de estar formada por las autoridades competentes responsables de ambas Partes contratantes, también tienen la posibilidad de participar los empleadores o sus representantes. Pero no se prevé la posibilidad de que en la misma puedan participar representantes de los trabajadores. En la preselección y selección de los trabajadores se deberán respetar los principios de igualdad de oportunidades y de gratuidad para los candidatos, pero nada se dice en cuanto a quién ejercerá funciones de control para garantizar su cumplimiento, más cuando no está prevista, como se ha señalado, una participación de los representantes de los trabajadores. Lo que se desprende de ello es que es un proceso que carece de determinadas garantías, transparencia y control para hacer efectivo el derecho a acceder a un puesto de trabajo por parte de los trabajadores extranjeros. Este acuerdo nada prevé sobre la perspectiva de género, cuando las mujeres ahora se desplazan de

forma independiente con el objetivo de trabajar y las políticas de movilidad laboral han de incluirlas de una forma particular, no hacerlo conlleva a que sean más vulnerables, puedan ser discriminadas y sometidas a una doble discriminación en el país de destino por ser mujer y migrante<sup>938</sup>. España es un país donde acuden muchas trabajadoras migrantes, la incorporación de las mujeres españolas al trabajo y el envejecimiento de la población española ha comportado que exista una demanda en las tareas del cuidado, y eso comporta que la migración se haya feminizado<sup>939</sup>. Por otro lado, no se contemplan mecanismos para que las personas extranjeras puedan hacer valer sus derechos a través de la denuncia, así como las precisas garantías que han de presidir el proceso de selección, o información sobre estas mismas cuestiones una vez realizado el proceso. En cuanto a las condiciones laborales y derechos sociales de los trabajadores, si bien en el caso de la remuneración y condiciones laborales se entiende que impera el principio de igualdad de trato respecto a los trabajadores españoles, ya que se establecerán en el contrato de trabajo de conformidad con el convenio colectivo o, en su defecto, con la legislación aplicable a los trabajadores del Estado de acogida, en el resto de derechos y prestaciones que puedan otorgarse se extenderán de conformidad con la legislación del Estado de acogida (art. 6 y 7), por lo que hace a prestaciones de Seguridad Social se señala que estarán sujetos a su legislación y tendrán derecho a las prestaciones previstas en dicha legislación, salvo que se disponga otra cosa en los acuerdos internacionales en que las Partes Contratantes sean parte. Tanto los actuales acuerdos, como los que pudieran realizarse a partir de este momento, tendrían que tener en cuenta que solo se dará cumplimiento a este objetivo si la movilidad laboral está basada en los derechos humanos y se tiene en cuenta la perspectiva de género incluyendo condiciones específicas de empleo para cada sector, que cooperen los interesados pertinentes, donde se incluirían los representantes de los trabajadores tanto del país de origen como de acogida, y teniendo en cuenta las normas, directrices y principios pertinentes de la OIT, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y del trabajo.

---

<sup>938</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: Portal de Datos Mundiales sobre la Migración. Una perspectiva global. *Género y Migración*. <https://migrationdataportal.org/es/themes/genero-y-migracion>

<sup>939</sup> CARRETERO PALACIOS, A.: *Migraciones y género. La feminización de la migración transnacional*. Ed. Consejería de justicia e interior de la Junta de Andalucía, 2014, pp. 14-15.

### 3.2. Segunda acción. Facilitar la movilidad laboral dentro y entre las regiones

Una segunda acción sería facilitar la movilidad laboral dentro de las regiones y entre ellas mediante acuerdos de cooperación internacional y bilateral, como los regímenes de libre circulación, la liberalización de los visados o los visados para más de un país, y los marcos de cooperación sobre movilidad laboral, en función de las prioridades nacionales, las necesidades del mercado local y la oferta de aptitudes.

Sobre esto hay que señalar el caso de la UE. La Libertad de circulación de los trabajadores es una de las cuatro libertades fundamentales de la UE (art. 45 TFUE) lo que facilita la movilidad laboral dentro de este espacio. Pero en el año 2014 la Comisión Europea ya advertía que la movilidad laboral dentro de la UE era relativamente baja, en comparativa con las dimensiones del mercado de trabajo y la población activa de la UE. Las dificultades prácticas más comunes eran la falta de conocimientos lingüísticos y la búsqueda de un puesto de trabajo. La Comisión detectaba que la red EURES tenía insuficiencias, con lo que proponía establecer/restablecer la red europea de servicios de empleo, cuyo objetivo sería prestar ayuda en la búsqueda de empleo y la contratación en los Estados miembros<sup>940</sup>. EURES es una red de cooperación que se crea para facilitar la libre circulación de trabajadores dentro de los Estados miembros de la UE, Suiza, Islandia, Liechtenstein y Noruega<sup>941</sup>. Por lo que afecta a España, en la actualidad se sigue detectando que sigue siendo un país donde, en comparativa con otros países, esta red no está teniendo una gran incidencia. La libertad de circulación de los trabajadores españoles no se está ejerciendo con plenitud, ni se está trabajando su potencial a la vista de los resultados. Según los datos publicados por EURES<sup>942</sup>, por solicitantes de empleo, España se sitúa a la cola de la estadística con 5.886 solicitudes. Lejos de Francia, la primera con 351.318, Grecia 176.224, Italia 45.333 o Dinamarca con 7.758 solicitudes de empleo. Si vamos a la cifra de solicitantes de empleo por nacionalidad España se sitúa el la

---

<sup>940</sup> COMISIÓN EUROPEA. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una red europea de servicios de empleo, al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo*. COM/2014/06 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014PC0006&from=ES>

<sup>941</sup> MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Red Eures (European Employment Services)*. Servicio de Empleo Público Estatal. 2019, p. 2. [https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que\\_es\\_el\\_sepe/convocatorias/Temarios/2019/Oposiciones-Escala-Tecnica-Gestion-OAAA-Empleo/Temas/Tema-44-.pdf](https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/convocatorias/Temarios/2019/Oposiciones-Escala-Tecnica-Gestion-OAAA-Empleo/Temas/Tema-44-.pdf)

<sup>942</sup> COMISIÓN EUROPEA. EURES. Estadísticas. 30/06/2021. <https://ec.europa.eu/eures/eures-apps/cvo/page/statistics?lang=es>

franja media de la estadística con 12.775 solicitudes, pero lejos de Francia 355.103, Grecia 173.896, Italia 42.301, Estonia 20.833 o Letonia con 13.756 solicitudes. Otros datos más generales muestran que una gran mayoría de personas solicitantes de empleo tienen un nivel educativo de segundo ciclo de enseñanza secundaria, donde la preferencia principal de ocupación de los solicitantes de empleo la encabeza la asistencia de venta de tiendas y almacenes, los directores de ventas y comercialización o los representantes comerciales. Por otro lado, también es preciso comentar la reciente creación de la Autoridad Laboral Europea<sup>943</sup>, que tiene como cometido, entre otras funciones, mejorar la disponibilidad, calidad y accesibilidad de la información de carácter general ofrecida a las personas, los empleadores y las organizaciones de interlocutores sociales para facilitar la movilidad laboral en toda la Unión. Además, gestionar la Oficina Europea de Coordinación EURES, con el objetivo de ayudar a los Estados miembros a prestar servicios a personas y empleadores a través de EURES, como la puesta en correspondencia transfronteriza de las ofertas de trabajo, prácticas y aprendizaje con los currículums, y facilitar con ello la movilidad laboral en toda la Unión. A la Autoridad Laboral Europea le queda un largo trabajo por realizar, su puesta en marcha en octubre de 2019 ya comportó que el sindicalismo europeo denunciara<sup>944</sup> los problemas que ha de abordar en materia de desplazamiento y cumplimiento de la normativa laboral, en diversas cuestiones como las que hacen referencia a la remuneración, impago de cotizaciones a la seguridad social, desplazamientos fraudulentos, etc.<sup>945</sup>

### **3.3. Tercera acción. Examinar y revisar las opciones y vías existentes**

Una acción que pasa por examinar y revisar las opciones y vías existentes para la migración regular, con miras a optimizar la correspondencia entre la oferta y la demanda de aptitudes en los mercados de trabajo y abordar las realidades demográficas y los desafíos y oportunidades

---

<sup>943</sup> Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) n.º 883/2004, (UE) n.º 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344 (Texto pertinente a efectos del EEE). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019R1149>

<sup>944</sup> ETUC: *Unions refer first exploitation cases to new European Labour Authority for investigation*. <https://www.etuc.org/en/pressrelease/unions-refer-first-exploitation-cases-new-european-labour-authority-investigation>

<sup>945</sup> ROJO TORRECILLA, E.: *La política laboral a debate en el Parlamento Europeo*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 17/10/2019. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/10/la-politica-laboral-debate-en-el.html>

del desarrollo, en función de las demandas del mercado de trabajo y la oferta de aptitudes locales y nacionales, en consulta con el sector privado y otros interesados pertinentes.

Esta acción podría ser la oportunidad que haga reflexionar sobre una modificación de las vías legales existentes en España. Las actuales vías de acceso para trabajar han de adaptarse a las necesidades reales de mano de obra y han de permitir hacer frente al vaciamiento de muchas partes del país. Se hace imprescindible un cambio en profundidad del actual sistema de autorizaciones para mejorarlo, dotarlo de flexibilidad y establecer nuevas vías de acceso en función de las necesidades que se prevean. Incluir flexibilidad en la regulación de la migración no ha de ser entendido como un elemento puntual de oportunidad según la conveniencia que acontece en un momento determinado, o como última opción o vía de escape porque la regulación existente no ha conseguido la finalidad o el objetivo previsto, o para reparar una situación que previamente la regulación no tenía contemplada en orden a dar una solución a un caso concreto. Una de las propuestas pasa por reevaluar el sistema actual de contratación sustentado sobre la prioridad del mercado de trabajo nacional. El actual modelo que viene a reflejar la situación nacional de empleo del país representado por el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura no está teniendo la utilidad que le corresponde. Es un sistema que parte de un problema y no de las necesidades, el Catálogo refleja las dificultades para contratar trabajadores en las ocupaciones y ámbitos geográficos determinados, pero no concreta, por anticipado, las necesidades de mano de obra que se va a precisar en el trimestre<sup>946</sup>. Nuestra política migratoria laboral basada a la defensiva y con ello orientada a la restricción de entrada de trabajadores extranjeros ha de dar un giro. La prioridad principal por el mercado de trabajo nacional conllevará a medio plazo que España no pueda competir con otros países que flexibilizan la entrada a sus países de trabajadores extranjeros, ya de por sí más competitivos por la existencia de salarios mayores, mejores condiciones sociales, laborales, etc., más en los actuales contextos de competencia global por atraer al denominado talento, pero no solo hay que referenciarse a este perfil de trabajador extranjero, la pandemia de COVID-19 ha reflejado nuestras debilidades y necesidades del mercado de trabajo y la posibilidad de volver a ocupar la España vaciada, que lejos del trabajo manual, los trabajadores más cualificados han encontrado en estos lugares una opción para vivir y trabajar

---

<sup>946</sup> RED EUROPEA DE MIGRACIÓN: *Determinación de las necesidades de mano de obra y de migración laboral de nacionales de terceros países en España. Estudio monográfico de la Red Europea de Migración 2015*. Ed. Punto Nacional de Contacto de la Red Europea de Migración en España. 2015, p. 13.



lejos de las ciudades masificadas. Se ha señalado que la exención de la situación nacional de empleo, que anteriormente –y en la actualidad- es la excepción, en el presente más inmediato sería la herramienta clave para eliminar barreras<sup>947</sup>. Nuestro sistema de autorizaciones de trabajo actúa al margen de la migración familiar y la migración humanitaria, sin embargo, en situaciones de alto desempleo las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena son muy inferiores a otro tipo de autorizaciones como la reagrupación familiar o de residencia por razones excepcionales, y hay que tener en cuenta que nuestro sistema está diseñado para que el flujo de migrantes laborales, no del total de extranjeros, se ajuste a las necesidades de la economía. Por otro lado, nuestro sistema está orientado a detectar las necesidades coyunturales y no tanto las estructurales, y existe una gran dificultad en definir las necesidades de mano de obra frente a las nuevas habilidades y capacidades<sup>948</sup>. Por otro lado, los puestos de trabajo que pueden ocupar los trabajadores extranjeros son los que no se pueden cubrir por los nacionales, pero no en todos los sectores y perfiles se ha de considerar que un puesto de trabajo pueda ser cubierto por un trabajador nacional, puede ser que ese trabajo necesite determinadas habilidades, experiencia, formación, etc. que provienen del perfil internacional del trabajador<sup>949</sup>.

### **3.4. Cuarta acción. Impulsar planes de movilidad laboral con derechos y con perspectiva de género**

Una cuarta acción es la que hace referencia a la elaboración de planes de movilidad laboral flexibles basados en los derechos y con perspectiva de género para los migrantes, en función de las necesidades del mercado de trabajo y la oferta de aptitudes locales y nacionales en todos los niveles de cualificación, incluidos los programas de empleo temporal, estacional, circular y acelerado en sectores donde escasee mano de obra, ofreciendo como opción visados y permisos que tengan flexibilidad, sean convertibles y no discriminen, por ejemplo, los que permiten el empleo permanente y temporal, o los visados de entradas múltiples para estudios, negocios, visitas, inversiones y emprendimiento.

---

<sup>947</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>948</sup> *Ibid.*, p. 5-6.

<sup>949</sup> *Ibid.*, p. 11-12.

En la UE ya se están llevando a cabo acciones de este tipo y España participa en determinados proyectos como socia, uno de los ejemplos serían los planes de movilidad específicos relacionados con EURES, que tienen por objeto colocar a grupos determinados de personas demandantes de empleo y ayudar a cubrir las vacantes en sectores específicos con dificultades de contratación, entre ellos, figura “Tu primer trabajo EURES”, destinado para demandantes de empleo de 18 a 35 años y empresas con necesidades de capacidades profesionales, también está “Reactivate”, para demandantes de empleo mayores de 35 años y empresas que necesitan mano de obra cualificada, y el “Plan específico de movilidad EURES” destinado a demandantes de empleo mayores de 18 años<sup>950</sup>. Los planes de movilidad son necesarios y en algunos casos imprescindibles para la movilidad laboral de determinados grupos de personas, por ello es necesario poner en marcha más planes de este tipo. Pero el acceso a la información es limitado y los folletos relativos a los mismos incluyen información genérica. Además, solo una pequeña parte de los demandantes de empleo logran ser finalmente colocados, teniendo en consideración el número de países que participan. Entre julio de 2018 y junio de 2020, en “Tu primer trabajo EURES” hubo 13.977 demandantes de empleo registrados, 3.477 ofertas de empleo registradas y finalmente 4.062 colocaciones. Pero peor suerte tuvo “Reactivate”, que además de tener una lenta aceptación inicial<sup>951</sup>, entre octubre de 2018 y junio de 2020 se registraron 5.216 demandantes de empleo, 3.940 ofertas de empleo y finalmente se realizaron 862 colocaciones. En estos dos planes la mayoría de colocaciones se produjeron en los sectores de la salud humana, la información y la comunicación, la educación, el transporte y el almacenamiento, donde los principales países de origen fueron España, Italia y Francia, siendo los principales países receptores en ambos planes Alemania y el Reino Unido. Por lo que hace al Plan específico de movilidad EURES, que garantiza la continuidad y el desarrollo posterior de los dos planes anteriores, Alemania y Suecia son los países líderes en su ejecución, y España es socia, pero su aplicación se vio retrasada por la pandemia de COVID-19. Con esto se quiere decir que España puede tomar ejemplo en estos planes de movilidad emprendidos por la UE y a nivel regional, pero orientándose hacia los trabajadores extranjeros. De hecho, en España, durante el curso académico 2019-20 se llevó a cabo el

---

<sup>950</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la actividad de EURES de julio de 2018 a junio de 2020*. Bruselas. COM(2021) 46 final, p. 10-11. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0046&from=ES>

<sup>951</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la actividad de EURES entre enero de 2016 y junio de 2018*. Bruselas. COM(2019) 164 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52019DC0164>

proyecto “Generaciones Jóvenes como Agentes de Cambio”. Un proyecto enmarcado dentro de los proyectos pilotos diseñados de forma conjunta con los Estados miembros y los principales países socios de origen y tránsito, y apoyados por la Comisión, que tienen como objetivo coincidir las nuevas competencias de los nacionales de terceros países con las necesidades del mercado de trabajo de la UE<sup>952</sup>. Estos proyectos piloto parten de un nuevo enfoque de la migración legal. Proyectos donde se combinan medidas destinadas a resolver la escasez de personal cualificado en el sector de las tecnologías de la información y comunicación con una reintegración potencial al final del proyecto<sup>953</sup> u otros como el que participa España con Marruecos, que tiene como finalidad un esquema de migración legal basado en una movilidad de jóvenes graduados marroquíes que cursan un máster de un año en España durante el curso académico 2019-20 y la implantación de proyectos empresariales y de emprendimiento al retornar a Marruecos tras el máster<sup>954</sup>. En la actualidad son ocho los Estados miembros que participan en seis proyectos de este tipo con Egipto, Marruecos, Túnez, Nigeria y Senegal, donde figuran como aspectos clave la movilidad de expertos en TIC, las oportunidades de estudios y de prácticas en Europa y el refuerzo de la capacidad de los terceros países para gestionar la migración y apoyar la reintegración. Donde la Comisión Europea ha señalado que al prestarse un apoyo específico desde la UE se puede ayudar a los Estados miembros a aplicar regímenes que satisfagan las necesidades de los empleadores. A lo que se añade que también se ha abierto Erasmus+ y la formación profesional a nacionales de terceros países y se han ofrecido becas de apoyo a la movilización de la diáspora. Pero que el alcance y la ambición de los regímenes existentes siguen siendo limitados<sup>955</sup>. En España y en la UE aún queda mucho por hacer para llevar a cabo esta cuarta acción del Pacto, podríamos decir que está en una fase inicial que hace falta consolidar y abrirse, además, a otros colectivos de trabajadores que no se encuentran en estos sectores tan específicos y que se dirigen a extranjeros con una determinada cualificación.

---

<sup>952</sup> El Diario de Ferran Camas. *Agenda Europea de Migraciones cuatro años después*. 11/11/2019. <https://www.ferrancamass.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/Agenda+Europea+de+Migraciones+cuatro+a%C3%B1os+despu%C3%A9s./ia396>

<sup>953</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*. Bruselas, 6/03/2019. COM(2019) 126 final, p. 18. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0126&qid=1621420447777>

<sup>954</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA, SEPIE: *YGCA. Young Generation as Change Agents. Generaciones Jóvenes como Agentes del Cambio*. Ministerio de Universidades. <http://www.sepie.es/ygca/index.html>

<sup>955</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación relativa al Nuevo Pacto*, op. cit., p. 26.

### **3.5. Quinta acción. Favorecer la participación**

Esta quinta acción busca promover la correspondencia efectiva entre la oferta y la demanda de aptitudes en la economía nacional procurando que las autoridades locales y otros interesados pertinentes, de forma particular el sector privado y los sindicatos, participen para analizar el mercado de trabajo local, determinar las aptitudes que escasean, definir los perfiles profesionales necesarios y evaluar la eficacia de las políticas de migración laboral, con el fin de garantizar la movilidad de la mano de obra contratada en función del mercado a través de vías regulares.

En esta acción se quiere promover la participación de todos los interesados pertinentes, especialmente se presta interés en el sector privado, que haría referencia a las empresas, y los sindicatos, en la gestión de la migración de carácter laboral, con el objetivo de que se garantice la movilidad laboral pero consiguiendo un equilibrio respecto las necesidades del mercado de trabajo. La OIT ha señalada que incluir la participación de las empresas y los sindicatos en la formulación de políticas sobre migración laboral no deja de ser un reflejo de que las preocupaciones de la OIT se han incorporado al Pacto<sup>956</sup>. En España existe la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, órgano colegiado adscrito a la Secretaría de Estado de Migraciones (art. 5.3.c) RD 497/2020, de 28 de abril). Esta Comisión fue creada por la DA 15ª del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, y forman parte de la misma las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal. La Orden TAS/1713/2005, de 3 de junio, regula su composición, competencias y régimen de funcionamiento. Es un órgano de interlocución permanente, entre la Administración General del Estado y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal, en materia de gestión de flujos migratorios. Tiene como finalidad principal asesorar a los órganos superiores y directivos del Departamento en las actuaciones específicamente relacionadas con la gestión de flujos migratorios, en materia laboral, posibilitando la participación de los agentes sociales en este ámbito (art. 1.2). Concretamente informa: sobre el conjunto de la gestión de los flujos migratorios y el procedimiento ordinario de contratación de extranjeros no comunitarios; sobre la propuesta trimestral de catálogo de ocupaciones de difícil cobertura; sobre la propuesta de contingente con carácter previo a su

---

<sup>956</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Revisión del plan de acción, op. cit.*, p. 4.

elaboración a la Secretaría de Estado de migraciones; sobre las propuestas de concesión de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de duración determinada, respecto las actividades de temporada o campaña y de obras o servicios, cuando los puestos de trabajo ofertados sean superior a 300; informar y presentar propuestas a los órganos competentes de la AGE sobre cualesquiera otras circunstancias que interesen al colectivo de trabajadores inmigrantes en España, así como aquellas que redunden en una mejora de su integración social y laboral (art. 2). Es el principal órgano en el que se refleja el diálogo social en materia de extranjería e inmigración<sup>957</sup>. La OIT ha señalado que los sindicatos forman un papel elemental en los procesos migratorios y con ello se consigue que sean más estables y previsibles. De hecho, en la migración laboral deben participar los sindicatos por ser parte del mundo del trabajo<sup>958</sup>. Si bien es posible que sea necesario una adaptación para llevar a cabo esta acción, de forma general podríamos señalar que la participación de los interlocutores sociales es activa en la elaboración de las herramientas que permiten identificar las necesidades de mano de obra, tanto a nivel estatal como autonómico, dándose a estos la capacidad de ofrecer una opinión cualificada respecto las necesidades de empleo y los procedimientos de contratación de trabajadores extranjeros<sup>959</sup>.

### **3.6. Sexta acción. Facilitar el procedimiento fomentando la eficiencia y eficacia**

Esta acción tiene como finalidad fomentar la eficiencia y eficacia de los programas de correspondencia entre la oferta y la demanda de aptitudes reduciendo los plazos de tramitación de visados y permisos para las autorizaciones de empleo estándar y brindando la posibilidad de acelerar y facilitar la tramitación de visados y permisos para los empleadores con historial de cumplimiento.

Llevar a cabo esta acción sería una oportunidad para realizar un cambio que resulta necesario en el procedimiento administrativo que rige la tramitación de las autorizaciones administrativas para residir y trabajar. Nuestro sistema de reclutación de trabajadores extranjeros parte de que previamente debe existir un problema de mano de obra, es decir, que

---

<sup>957</sup> Determinación, *op. cit.*, p. 31.

<sup>958</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *El rol de los sindicatos en el ámbito de la migración laboral*. Ginebra, 2014, p. 28 y ss.

<sup>959</sup> *Ibid.*, p. 30.

los puestos de trabajo no puedan ser cubiertos por los que tienen prioridad: nacionales o extranjeros con autorización para ello. Y una vez evidenciado el problema es cuando se plasma esta realidad en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (art. 65.1 RELOEx.). Esto plantea problemas de eficiencia y eficacia. En primer lugar, el catálogo refleja un problema, no una necesidad previa de mano de obra, sino al problema, que viene de una dificultad para cubrir determinados puestos de trabajo, como mínimo, del resultado de un análisis realizado en los tres meses anteriores, le añades un procedimiento prolijo y complejo, y donde en la actualidad es difícil entender que se esté plasmando en el mismo el problema real para cubrir determinados puestos de trabajo, se hace un mecanismo inútil. Por otro lado, como ocurre en la actualidad y en la gran mayoría de los casos, cuando el puesto de trabajo que se trata de cubrir no aparece reflejado en el catálogo, es decir, es una ocupación no calificada como de difícil cobertura, el empleador ha de acreditar la dificultad de cubrir el puesto de trabajo con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno (art. 65.2 RELOEx.), y por ello ha de someterse a un procedimiento donde se gestionará la oferta de empleo, y donde después de veinticinco días desde la presentación de la oferta deberá comunicar el resultado de la selección, que puede acabar como empezó: que la oferta no pueda ser cubierta por los trabajadores que ya están incorporados en el mercado laboral interno. Así obtendría un certificado que será el título válido por el que la situación nacional de empleo le permitiría tramitar una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena dirigida a un extranjero, que es verdaderamente cuando empieza el procedimiento de tramitación de la autorización. Este certificado es un ejemplo de política restrictiva de migración<sup>960</sup>, y nuestro modelo de lo hace patente.

Sin embargo, el procedimiento si se agiliza cuando hablamos de determinadas profesiones o puestos de trabajo, donde no se tiene en cuenta a la situación nacional de empleo, lo que exime de someterse al procedimiento anterior (art. 40 LOEx.). Y por otro lado, situación privilegiada es la que ostentan otros colectivos que por un interés económico, lo que evidencia que el legislador sí puede hacer y hace un distinto tratamiento según el interés que tenga en un determinado momento. Es el caso de los inversores, emprendedores, profesionales altamente cualificados o en los traslados intraempresariales donde quedan exentos de someterse a la situación nacional de empleo, y donde se permite que por Orden Ministerial se pueda establecer la no aplicación de la situación nacional de empleo para la

---

<sup>960</sup> FINOTELLI, “Objetivo 5”, *op. cit.*, p. 198.

contratación de extranjeros en sectores considerados estratégicos (DA 5ª LE). Y por añadir aún más, al constituir el interés económico una razón imperiosa, se facilita y agiliza la concesión de visados y autorizaciones, a través de un procedimiento más ágil y rápido y ante una única autoridad. Con ello se quiere señalar que el legislador tiene cierta sensibilidad con determinados colectivos, podríamos llamarles privilegiados o extranjeros con cierto poder adquisitivo, a los que no somete a un procedimiento rígido basado en una concepción tradicional de la política migratoria española<sup>961</sup> restrictiva, a la defensiva, que establece barreras, que por contra sí han de soportar la mayoría de empleadores y trabajadores extranjeros.

### **3.7. Séptima acción. Vías de acceso para los migrantes forzados**

Esta acción comprendería elaborar o aprovechar las prácticas nacionales y regionales que permitan la admisión y una estancia de duración apropiada por motivos humanitarios o de otra índole para los migrantes que se vean obligados a abandonar su país de origen debido a desastres naturales repentinos y otras situaciones precarias, por ejemplo, mediante visados humanitarios, patrocinios privados, el acceso de los niños a la educación, y permisos de trabajo temporales, mientras les sea imposible adaptarse en su país de origen o regresar a él.

El establecimiento de los visados humanitarios pueden ser una puerta de entrada para obtener refugio y la salida de la miseria, de la pobreza y de la guerra. El visado humanitario, si bien centrado en el asilo, ha sido objeto de debate en la UE como consecuencia de la mal llamada crisis de los refugiados y que permitiría a su titular poder acceder legalmente al territorio de la UE desde un tercer estado para presentar su demanda de asilo<sup>962</sup>. En el ámbito de la UE el visado humanitario es un tipo de visado que ha sido utilizado de forma discrecional por parte de algunos estados de la UE al depender del derecho interno de cada Estado y del criterio de sus consulados y según el TJUE el Código Europeo de Visados no obliga a los Estados de la

---

<sup>961</sup> Determinación, *op. cit.*, p. 4 y ss.

<sup>962</sup> LÓPEZ AGUILAR, J. F.: “Visas humanitarias: al menos una vía legal para los perseguidos”. *Blogs el Periódico*. 27/03/2017. <http://blogs.elperiodico.com/lo-que-europa-decide/2017/03/27/visas-humanitarias-al-menos-una-via-legal-para-los-perseguidos>

UE a otorgarlos<sup>963</sup>. España cuenta en su legislación con la solicitud de protección internacional en embajadas y consulados, que permite atender casos que se presentan fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física. Así, por cuenta del embajador pueden promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento establecido (art. 38 LA) y esto se realizaría a través de la concesión de un visado, pero que el elemento principal para otorgarlo es que corra peligro su integridad física, lo que limita enormemente la posibilidad de aceptación de las solicitudes y se abra el camino a una entrada irregular para seguir huyendo. Pero esta regulación exige cambios que se adecúen a la finalidad de la institución y a los compromisos suscritos por el Estado español, lejos de prácticas restrictivas y que queda reflejado en la falta de un desarrollo reglamentario para determinar de forma expresa las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos, lo que ha sido el argumento utilizado por la Administración para no responder de forma adecuada a las peticiones<sup>964</sup>. Sin embargo el Tribunal Supremo ha señalado que la norma contiene elementos suficientes para que la propuesta pueda llevarse a acabo, ya que el mandato legal no queda supeditado o condicionado en su efectividad al desarrollo reglamentario, y que mientras no se dicte una nueva norma reglamentaria, resultan subsistentes las disposiciones reglamentarias referidas a la Ley anterior, en cuanto no se opongan a la actual. Así, la Ley no faculta ni a los Embajadores ni a los Cónsules a admitir a trámite la solicitud de demanda de asilo o de protección y menos trasladarla a España, solo le corresponde al Embajador la facultad para que, si según su criterio la integridad física de esa persona corre peligro, se lleve a cabo el traslado a territorio nacional lo que implica facilitar un visado en su caso y eventualmente obtener un billete de avión de ida a España que siempre requerirán una autorización previa del Ministerio (STS-CA 3445/2020, de 15 de octubre).

---

<sup>963</sup> CEAR: *El Pacto Global sobre Refugiados*. Comisión Española de Ayuda al Refugiado 2019 p. 2. <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2019/01/PACTO-GLOBAL-REFUGIADOS-CEAR.pdf&ved=2ahUKewjyqeiztdrwAhUB3IUKHSBOB58QFjAAegQIBxAB&usg=AOvVaw2dYcTZ6v6rLjxnkbydDCtd>

<sup>964</sup> PÉREZ MEDINA, D.: “La reapertura de la solicitud de asilo en el extranjero. A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2020”. *Noticias Jurídicas*, 15/01/2021. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15925-la-reapertura-de-la-solicitud-de-asilo-en-el-extranjero/>



España, junto a otros países, ya ha llevado a cabo programas de patrocinio comunitario de refugiados. El primer proyecto piloto tuvo lugar en el año 2019<sup>965</sup>, donde seis familias refugiadas sirias llegadas desde Jordania fueron reasentadas bajo el primer programa de acogida a través del patrocinio comunitario y que tuvo lugar en el País Vasco<sup>966</sup>. Recientemente, se ha desarrollado una experiencia piloto de patrocinio comunitario en materia de acogida e integración de personas beneficiarias de protección internacional mediante un Convenio entre el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, la Generalitat Valenciana, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en España y las entidades sociales Servicio Jesuita a Migrantes España, Cáritas Diocesana Orihuela-Alicante, Cáritas Diocesana Segorbe-Castellón y Cáritas Diocesana Valencia<sup>967</sup>. Dirigido a personas beneficiarias de protección internacional, que hayan sido trasladadas a España en el marco de reasentamiento de personas refugiadas u otras iniciativas encaminadas a la apertura de vías legales de acceso a la protección para personas refugiadas. España, además, forma parte de la Red de Estados de la Iniciativa Global para el Patrocinio de Refugiados<sup>968</sup>, una iniciativa que lidera el Gobierno de Canadá, el Alto Comisionado de la ONU para los refugiados, Open Society Foundations, la Fundación Giustra, la Fundación Shapiro y la Universidad de Ottawa, y que se anunció en Nueva York coincidiendo con las Cumbres de la ONU y de los EEUU sobre Refugiados cuyo lanzamiento oficial se realizó en

---

<sup>965</sup> Resolución de 9 de julio de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Secretaría General de Derechos Humanos, Convivencia y Cooperación del Gobierno Vasco, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y las entidades sociales Cáritas Diocesana de Bilbao, Cáritas Diocesana de Vitoria, Cáritas Diocesana de San Sebastián y Fundación Social Ignacio Ellacuría, para desarrollar en Euskadi una experiencia piloto de patrocinio comunitario Auzolana II en materia de acogida e integración de personas beneficiarias de protección internacional. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-10742](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-10742)

<sup>966</sup> ACNUR: *Arranca en España el primer programa de patrocinio comunitario con seis familias refugiadas sirias*. 23/03/2019. <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2019/3/5c9e2a604/arranca-en-espana-el-primer-programa-de-patrocinio-comunitario-con-seis.html>

<sup>967</sup> Resolución de 17 de marzo de 2021, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Generalitat Valenciana, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en España y las entidades sociales Servicio Jesuita a Migrantes España, Cáritas Diocesana Orihuela-Alicante, Cáritas Diocesana Segorbe-Castellón y Cáritas Diocesana Valencia, para desarrollar una Experiencia Piloto de Patrocinio Comunitario en materia de acogida e integración de personas beneficiarias de protección internacional. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4558](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4558)

<sup>968</sup> RED DE ESTADOS DE LA INICIATIVA GLOBAL PARA EL PATROCINIO DE REFUGIADOS: *Declaración Ministerial Conjunta. Foro Mundial sobre los Refugiados 2019*. Ginebra, Diciembre de 2019. <http://refugeesponsorship.org/uploads/5dfb8dabe3cd5.pdf&ved=2ahUKEwjD4r2T89rwAhUNxoUKHV8oD0gQFjAAegQIABAB&usg=AOvVaw06pxA31nScmyJey-VuGQ4Q>

Ottawa en diciembre de 2016. El objetivo de esta Red es apoyar a las personas y las organizaciones en la gestión del patrocinio<sup>969</sup>.

### 3.8. Octava acción. Cambio climático y migración.

Esta acción tiene por cometido impulsar la cooperación con el objetivo de encontrar, desarrollar y reforzar soluciones para los migrantes que se vean obligados a abandonar su país de origen debido a desastres naturales de evolución lenta, los efectos adversos del cambio climático y la degradación ambiental, como la desertificación, la degradación de la tierra, la sequía y la subida del nivel del mar, incluso mediante opciones de reubicación planificada u obtención de visados, en los casos en que les sea imposible adaptarse en su país de origen o regresar a él.

Esta acción ya fue motivo de crítica al destacarse que el Pacto reconocía la existencia de movimientos migratorios como efecto de los desastres naturales, incluyendo la asistencia humanitaria, pero eludiendo la obligación de conceder un estatus legal de migrantes a las personas afectadas<sup>970</sup>.

Respecto a esta acción hay que señalar que la doctrina ha subrayado que existe un problema de encaje de estas personas entre la figura del inmigrante, ya que desde un punto de vista teórico se presupone que estos tienen la posibilidad de permanecer en sus países aunque optan por la salida de este por ser una alternativa más conveniente, o la figura del asilo, donde aún existiendo la necesidad imperiosa de abandonar el país de origen no se ajusta al concepto jurídico estricto del asilo, al no concurrir las exigencias de la persecución, los motivos que la provocan, y donde no existe la posibilidad de regresar a sus países cuando desaparezca la causa que motivó su huida, ya que la misma es irreversible<sup>971</sup>. Lo que sí podrían incluirse son

---

<sup>969</sup> INICIATIVA GLOBAL PARA EL PATROCINIO DE REFUGIADOS: <https://refugeesponsorship.org/es>

<sup>970</sup> CEAR: *Informe 2019: Las personas refugiadas en España y Europa*. Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Madrid, 2019, p. 32. [https://www.cear.es/wp-content/uploads/2019/07/INFORME\\_CEAR\\_2019.pdf&ved=2ahUKEwjs3Kj7jODwAhVNPcAKHUIxDTIQFjAAegQIBxAB&usg=AOvVawlMaXbsIV3riTxZN6uxCM6B](https://www.cear.es/wp-content/uploads/2019/07/INFORME_CEAR_2019.pdf&ved=2ahUKEwjs3Kj7jODwAhVNPcAKHUIxDTIQFjAAegQIBxAB&usg=AOvVawlMaXbsIV3riTxZN6uxCM6B)

<sup>971</sup> MIÑARRO YANINI, M.: “Hacia una transición ecológica justa en el ámbito de las relaciones de trabajo y la inmigración”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 451, octubre, 2020, p. 9. <https://www.laboral-social.com/transicion-ecologica-justa-ambito-relaciones-trabajo-inmigraci%C3%B3n-rtss-cef-editorial-minarro-yanini.html>

aquellas situaciones donde los efectos de los desastres y el cambio climático interactuaran con instancias de violencia, conflicto o persecución que provocan desplazamientos<sup>972</sup>, pero es una interpretación que no incluye el caso particular que aquí estamos tratando. Así, aunque el fenómeno va creciendo y las previsiones se muestran preocupantes no existe en la actualidad una respuesta que otorgue un estatuto concreto de protección a estas personas<sup>973</sup>.

Aún así existen experiencias que han tratado de evitar situaciones de desprotección, es el caso de la seguida por Noruega y Suiza que a través de la Iniciativa Nansen<sup>974</sup>, en la quisieron dar una respuesta a la carencia en el Derecho internacional de una provisión que asegurara a quienes se habían visto obligados a huir de sus hogares por desastres y a cruzar las fronteras internacionales a ser admitidos en otros países y que recibieran asistencia, como de no incluirse ninguna solución duradera para su desplazamiento. Entre otras cuestiones, la iniciativa señaló una amplia variedad de medidas migratorias y de protección, por ejemplo, la expedición de visados humanitarios, el aplazamiento de las deportaciones, la concesión de refugiado en casos excepcionales, acuerdos bilaterales o regionales para el libre tránsito de personas o la expedición de autorizaciones de trabajo<sup>975</sup>. O el caso de Suecia, Finlandia o Dinamarca que han concedido el asilo climático de forma individual a través de cláusulas abiertas o la aplicación flexible de sus normas de asilo<sup>976</sup>. Pero esto han sido respuestas minoritarias y puntuales, de ello que la solución pase por revisar el concepto jurídico del asilo en aras a una interpretación menos restrictiva del término persecución y hacia una reinterpretación más evolutiva y dinámica, con el fin de adaptarse a la diversidad y las circunstancias cambiantes en las formas en que se manifiestan las persecuciones<sup>977</sup>. Pero evidentemente siguen existiendo reticencias por temor a que esto pueda afectar en forma de

---

<sup>972</sup> UNHCR. ACNUR: *El cambio climático es la crisis determinante de nuestro tiempo y afecta especialmente a las personas desplazadas*. Entrevista realizada por Tim Gaynor a Andrew Harper, asesor especial de ACNUR sobre acción climática. 30/11/2020. <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2020/11/5fc5dcb54/el-cambio-climatico-es-la-crisis-determinante-de-nuestro-tiempo-y-afecta.html>

<sup>973</sup> MIÑARRO YANINI, *La dimensión social*, *op. cit.*, p. 34-35.

<sup>974</sup> MIÑARRO YANINI, “Hacia una transición”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>975</sup> KÄLIN WALTER: “La Iniciativa Nansen: crear consenso sobre el desplazamiento en el contexto de los desastres”. *Revista Migraciones Forzadas*, núm. 49, junio 2015, p. 5 y ss. <https://www.fmreview.org/es/cambioclimatico-desastres/kaelin>

<sup>976</sup> MIÑARRO YANINI, “Hacia una transición”, *op. cit.*, p. 10

<sup>977</sup> MONEREO PÉREZ, “Refugiados”, *op. cit.*, p. 4.

deterioro del estatus internacional ligado al asilo<sup>978</sup>, lo que la doctrina ha considerado que el rechazo y la inexistencia de alternativas podría comportar una condena a convertirse en apátridas para quienes se encuentran en esta situación<sup>979</sup>.

### **3.9. Novena acción. Dotar de mayor protección a la unidad familiar**

La penúltima acción sería facilitar el acceso a los procedimientos de reunificación familiar para los migrantes, con independencia de su cualificación, con medidas apropiadas que promuevan la realización del derecho a la vida familiar y el interés superior del niño, incluso examinando y revisando los requisitos aplicables, como los relativos a los ingresos, el dominio del idioma, la duración de la estancia, la autorización para trabajar y el acceso a la seguridad y los servicios sociales.

En esta acción hay que partir desde la esencia propia de la protección de la unidad familiar, un derecho humano fundamental que queda fuertemente afectado por la acción de migrar, ya que suele comportar la separación de las familias por un determinado periodo de tiempo. Esto, a su vez, incide especialmente en los niños que permanecen en sus países de origen que les puede comportar problemas de diversa índole, como pueden ser los de carácter psicológico y social<sup>980</sup>. Así que para contribuir a una migración segura, ordenada y regular conlleva a la aplicación de medios eficaces y accesibles para la protección de esta unidad familiar<sup>981</sup>. El Pacto quiere evidenciar que si bien ya existe una protección en el derecho internacional, la normativa regional y la mayoría de normas nacionales sobre reunificación familiar para los refugiados y los desplazados internos, otro tipo de migrantes, por ejemplo como los que se desplazan para trabajar, tienen que cumplir con una serie de condiciones muchos más estrictas y restrictivas<sup>982</sup>, problemas de acceso y procedimientos que se alargan en el tiempo, etc. La

---

<sup>978</sup> MIÑARRO YANINI, *La dimensión social*, op. cit., p. 36.

<sup>979</sup> MIÑARRO YANINI, “Hacia una transición”, op. cit., p. 10. La misma autora en: *La dimensión social*, op. cit., p. 36.

<sup>980</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Documento temático para el Pacto Mundial. Reunificación familiar*. OIM. 2017, p. 1. [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/ODG/GCM/IOM-Thematic-Paper-Family-Reunification-ES.pdf&ved=2ahUKewjytqXF9ebwAhXb\\_rsIHQFuDq0QFjAAegQIBBAB&usg=AOvVaw38taLPQU-Is5Vvcym4FEaQ](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/ODG/GCM/IOM-Thematic-Paper-Family-Reunification-ES.pdf&ved=2ahUKewjytqXF9ebwAhXb_rsIHQFuDq0QFjAAegQIBBAB&usg=AOvVaw38taLPQU-Is5Vvcym4FEaQ)

<sup>981</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>982</sup> *Ibid.*, p. 2.

normativa española contempla varias cuestiones que habrían que reformularlas con el objetivo de ampliar las posibilidades y con ello vías de entrada para la reunificación familiar. Hay dos asuntos destacables. En primer lugar, los extranjeros pueden ejercer el derecho a la reagrupación familiar cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial (art. 18.1 LOEx). Esto comporta que el tiempo de espera para poder ejercer este derecho sea como mínimo de un año (art. 56.1 RELOEx.), sin tener en cuenta si la actividad por la que ha sido contratado el migrante puede tener continuidad desde buen principio. Por otro lado, y además, esto será así para la mayoría de los casos contemplados en el art. 17 LOEx. pero no para los familiares señalados en el art. 17.1.d), que solo podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración. La OIM<sup>983</sup> ha señalado que una forma para reducir los obstáculos para la reunificación familiar sería la ampliación de las posibilidades de reunificación familiar, que comportaría ampliar los criterios de admisibilidad para permitir la reunificación de migrantes con miembros de su familia ampliada, donde el principio rector debería consistir en evitar que las familias migrantes puedan padecer privaciones extremas, entre las que se encontrarían circunstancias específicas como enfermedades, discapacidades o la necesidad de cuidados para familiares vulnerables. Por otro lado, con el objetivo de facilitar el acceso a los procedimientos es fundamental el acceso a información pormenorizada sobre los procedimientos, se distribuya la información a través de canales más adecuados, en los idiomas maternos de los beneficiarios y de forma fácilmente comprensible. Siguiendo con el procedimiento, y con el objetivo de que no se alargue en el tiempo, se tendrían que tener en cuenta modelos adicionales de prestación de servicios, como puntos de asistencia móviles o virtuales, o medios de solicitud y tratamiento en línea. Por otro lado, se deberían seguir directrices claras por parte de la administración con la finalidad de asegurar procedimientos y trámites simplificados y eficientes. También se debería ofrecer una orientación previa a la partida bien concebida y adaptada para que los migrantes que están a punto de reunirse con sus familiares tengan la información y comprensión necesarias sobre el país de destino, así como apoyo previo a la salida que va a permitir al país de acogida adaptar las soluciones a las necesidades de los que se reúnen, con el fin último de conseguir una integración satisfactoria.

---

<sup>983</sup> *Ibid.*, p. 3 y ss.

### 3.10. Décima acción. Ampliar las opciones disponibles para la movilidad académica.

Y por último, la décima acción comprendería ampliar las opciones disponibles para la movilidad académica, incluso mediante acuerdos bilaterales y multilaterales que faciliten los intercambios académicos, como las becas para estudiantes y profesionales universitarios, las plazas de profesor visitante, los programas conjuntos de capacitación y las oportunidades de investigación internacionales, en cooperación con las instituciones académicas y otros interesados pertinentes.

Esta acción tiene una estrecha conexión con el objetivo número 4<sup>984</sup> de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible que tiene como finalidad garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos. Concretamente, la meta 4.b) destaca las becas de enseñanza superior<sup>985</sup>, y que se fija como objetivo próximo que de aquí a 2020 se aumente considerablemente a nivel mundial el número de becas disponibles para los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países africanos, con la finalidad de que sus estudiantes puedan matricularse en programas de enseñanza superior, incluidos programas de formación profesional y programas técnicos, científicos, de ingeniería y de tecnología de la información y las comunicaciones, de países desarrollados y otros países en desarrollo. Por otro lado, la meta 4.c) incluye a la formación de docentes, y que de aquí a 2030 se tendría que aumentar considerablemente la oferta de docentes cualificados, mediante la cooperación internacional para la formación de docentes en los países en desarrollo, especialmente los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares.

En la actualidad las becas para estudiantes extranjeros que deseen venir a España a estudiar son limitadas, existiendo tanto instituciones públicas como privadas que lo posibilitan. Por un

---

<sup>984</sup> UNITED NATIONS NETWORK ON MIGRATION: *Cuaderno: Aplicación del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (Pacto Mundial para la Migración): Orientaciones para los gobiernos y todos los interesados pertinentes*. 15/10/2020, p. 15. <https://migrationnetwork.un.org/resources/cuaderno-aplicacion-del-pacto-mundial-para-la-migracion-segura-ordenada-y-regular-pacto>

<sup>985</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030: Objetivo 4. Educación de calidad. <https://www.agenda2030.gob.es/objetivos/objetivo4.htm>

lado, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID)<sup>986</sup> oferta de forma anual una serie de becas destinadas a ciudadanos de países socios de la Cooperación Española y receptores de Ayuda Oficial al Desarrollo de África subsahariana para una formación de posgrado en el que se ofrecen oportunidades formativas tanto en España como en el extranjero. También hay que destacar al programa Erasmus +. Un programa de la UE que tiene por objeto financiar proyectos de movilidad y cooperación transfronteriza en los ámbitos de la educación, la formación, la juventud y el deporte para el periodo 2021-2027, dentro de Europa y fuera de su territorio<sup>987</sup>. Los objetivos específicos son, entre otros, promover la movilidad educativa de las personas y los colectivos, la movilidad en el aprendizaje no formal e informal y la movilidad educativa del personal del ámbito deportivo. De forma general los participantes de los proyectos Erasmus+ han de estar establecidos en un país del programa, pero algunas acciones, especialmente de la educación superior, la educación y la formación profesionales y la juventud también están abiertas a participantes de países asociados. Los principales grupos destinatarios en los proyectos del ámbito de la educación superior son los estudiantes de educación superior, los profesores universitarios y de educación superior, así como el personal de las instituciones de educación superior, los formadores y los profesionales de las empresas. Los países Estados miembros de la UE participan en el programa y también hay una serie de terceros países que se incluyen en el programa pero que no son pertenecientes a la UE: Noruega, Islandia, Liechtenstein, República de Macedonia del Norte, República de Turquía y República de Serbia. Después habría una larga serie de países asociados que pueden participar en determinadas acciones del programa, siempre y cuando cumplan una serie de condiciones y criterios específicos<sup>988</sup>. De forma concreta, el proyecto para estudiantes y personal de educación superior tiene por objeto la movilidad física y combinada de los estudiantes de educación superior de cualquier campo de estudio y ciclo (grado, máster, y doctorado), para cursar estudios en el extranjero en una institución de educación superior asociada o realizar un periodo de formación práctica en una empresa, instituto de investigación, un laboratorio, una organización o cualquier otro lugar de trabajo pertinente en el extranjero. Estos también pueden combinar el estudio con la

---

<sup>986</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA: AECID. Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. <https://www.aecid.es/ES/becas-y-lectorados/convocatorias-maec-aecid/becas-para-pa%C3%ADses-socios-de-am%C3%A9rica-latina-%C3%A1frica-y-asia>

<sup>987</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA, INJUVE: Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. 26/03/2021. <http://www.injuve.es/europa/noticia/nuevo-programa-erasmus-2021-2027>

<sup>988</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Erasmus+*. *Guía del programa*. Versión 2 (2021): 8/04/2021, pp. 35-37

formación práctica en el extranjero. Además se propicia que el personal docente y administrativo de educación superior participe en actividades de desarrollo profesional en el extranjero<sup>989</sup>. Este nuevo programa que da continuidad al anterior en el periodo 2014-2020 casi ha duplicado su presupuesto e incorpora una dimensión más internacional en la cooperación con terceros países<sup>990</sup>.

---

<sup>989</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>990</sup> INJUVE: <http://www.injuve.es/europa/noticia/nuevo-programa-erasmus-2021-2027>





## CONCLUSIONES

I. Una forma destacable en la que los Estados muestran su soberanía es a través de regular la entrada de extranjeros a su territorio, esto se realiza a través de un marco normativo que incluye una serie de vías de acceso donde se encaja después la situación jurídica de las personas migrantes en ese país. No obstante, existen instituciones específicas que van a condicionar y poner límites a la regulación por parte de los Estados de la migración. Pero esto no quiere decir que en la actualidad exista un derecho humano universal donde las personas puedan decidir libremente entrar, residir y trabajar en el Estado que elijan. La propia DUDH reconoce un derecho a emigrar, pero que no extiende a un derecho a instalarse en otro país para residir, permanecer y trabajar en el mismo.

II. En el marco de las Naciones Unidas existen instrumentos específicos para la salvaguarda de los derechos de los migrantes como es la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, estos mecanismos, y a su vez los derechos de los migrantes, se ven condicionados a que los Estados se comprometan a ratificarlos. La Convención aquí mencionada sería un ejemplo, ya que ninguno de los Estados que reciben la mayoría de migrantes la ha ratificado.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible parte de un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, introduciendo en la misma a los migrantes y reconociendo su positiva contribución al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible, donde se promueve el trabajo decente para todos y la reducción de la desigualdad, siendo un punto de conexión con esta última facilitar la migración y la movilidad seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas (Meta 10.7). La clave para conseguir una migración segura, ordenada y regular sería la gobernanza, con el objetivo de gestionar la migración en beneficio de todos y que parte por adherirse a las normas internacionales y respetar los derechos de los migrantes, formular políticas con base empírica y aplicar un enfoque integral de gobierno, así como forjar asociaciones para encarar la migración y las cuestiones conexas. En España, la aplicación de la meta 10.7 de la Agenda parte de la tradicional política migratoria que no es otra que priorizar el mercado de trabajo nacional, pero añadiéndose una nueva visión donde se reconoce que hay que tener en consideración las necesidades de los países de origen. Así, el

Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030 en España fija como posición el análisis de vías legales de acceso para la migración laboral con fines de estudios, investigación o prácticas, poniéndolo en consonancia con el impacto que esta política migratoria pueda tener en los países de origen.

III. Hay que reseñar el punto de conexión entre migración y trabajo. Desde la creación de la OIT ya existía una preocupación por la necesidad de plasmar una serie de derechos de aquellos que se desplazaban lejos de sus países de origen con el objetivo de trabajar. En la actualidad hay que destacar el Convenio 97 y la Recomendación 86 como instrumentos básicos que pretenden garantizar la no discriminación de los inmigrantes en lo que hace referencia a las leyes y condiciones de trabajo establecidas en un determinado país. Así como el Convenio 143 que tiene por objeto complementar las garantías del Convenio 97, pero que solo tiene en la actualidad 25 ratificaciones, entre los que no se encuentra el Estado español, y que se hace necesario al recogerse en el mismo obligaciones respecto a la represión del trabajo clandestino, así como el seguimiento de la Recomendación 151 que establece una serie de directrices en materia de igualdad de oportunidades y de trato y diversas garantías para que los trabajadores migrantes puedan acudir a la jurisdicción para la defensa de sus derechos o para la ejecución de la sentencia en unas mínimas condiciones de igualdad respecto a los trabajadores nacionales.

IV. En el marco de la Unión Europea hay que destacar que el origen de la libre circulación se dirigió desde inicio hacia los trabajadores europeos como ciudadanos de un Estado miembro, reconociéndose en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957. Posteriormente, el Tratado de Maastricht de 1992 crea una ciudadanía común a los nacionales de los países miembros y se liga a esta la libertad de desplazarse en el espacio interior, lo que comporta el establecimiento de vías legales de acceso que van unidas a la pertenencia a la Unión, sin ser exclusivamente necesario la realización de una actividad económica para ejercer el derecho a la libre circulación. Garantía contemplada en la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, asegurando la libertad de todo ciudadano de la Unión a buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro (art. 15.2 CDFUE). Con la libertad de circulación garantizada a los trabajadores europeos no solo se garantiza su libertad para desplazarse, el art. 45.2 TFUE además asegura que por la nacionalidad no exista discriminación entre los trabajadores de los Estados miembros,

respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Concluyendo que la libertad de circulación en este caso tiene un alcance más amplio que el simple desplazamiento que puede realizar cualquier otro ciudadano de la UE, ya que implica el derecho a responder a ofertas efectivas de trabajo, el desplazamiento libre por el territorio de los Estados miembros para tal fin, y el de residencia en uno de los Estados miembros con la finalidad de trabajar en el mismo, así como el derecho a permanecer en un Estado miembro después de haber trabajado en este. Añadiéndose que una larga doctrina del TJUE ha determinado que, a más a más, implica una serie de limitaciones que van dirigidas a los Estados miembros, lo que comporta que se oponga a cualquier medida nacional que pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de este derecho (STJUE, Asunto C-95/18 y C-96/18, de 19 de septiembre de 2019).

En el interior del espacio de libertad, seguridad y justicia se encuentra la base jurídica de la política de inmigración de la UE. Se caracteriza esta como una política común aunque no todos los Estados miembros participan en condiciones de igualdad. Si bien la UE se autoexcluye del derecho por parte de los Estados miembros de establecer volúmenes de admisión en su territorio de extranjeros (art. 79.5 TFUE), sí tiene la capacidad de establecer las condiciones de entrada y residencia de extranjeros a partir de la potestad que le otorga el art. 79.2.a) TFUE y a la definición de sus derechos (art. 79.2.b) TFUE) con el objetivo de garantizar una gestión eficaz de los flujos migratorios y un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros. Sobre esta cuestión, el TJUE (STJUE, Asunto C-71/20, de 8 de julio de 2021) recientemente ha ido un poco más allá en aras a la interpretación del art. 79.5 TFUE y ha señalado que un Estado miembro que impone a los nacionales de terceros países la obligación de disponer de un permiso de trabajo para ejercer un empleo en su territorio es una medida que tiene como objetivo regular las condiciones de acceso al trabajo y a la residencia de los extranjeros en su territorio y ello le permite que se puedan controlar los volúmenes de admisión de extranjeros en su territorio. Destacando también que la aplicación del art. 79.5 TFUE puede conllevar a diferentes consecuencias, entre ellas las negativas, debido a eventuales diferencias en su aplicación por parte de cada Estado miembro.

El principio vinculante de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad se integran en la política común de inmigración y en su ejecución en el ámbito de la UE, derivando del

primero una obligación de cooperación y del segundo una expresión de esta solidaridad en que su respeto deriva en asumir obligaciones. En el caso de la migración laboral y en el reparto de responsabilidades se ha considerado que se puede centrar en obligaciones positivas y negativas. Como obligaciones positivas podrían establecerse campañas conjuntas de contratación entre los Estados miembros, lo que implicaría el establecimiento de vías legales de acceso con esta finalidad. Y como obligaciones negativas la abstención por parte de los Estados de adoptar medidas que distorsionen los flujos migratorios laborales hacia la UE y dentro de esta.

El Plan de acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes 2015-2020 plasma un manifiesto a favor de abrir más vías seguras y legales de entrada en la UE, pero no se ven acciones específicas para el establecimiento de estos canales de entrada. En la Agenda Estratégica de la Unión para 2019-2024 se sigue apreciando un desmesurado posicionamiento a favor de una política de inmigración centrada en la obsesiva seguridad marcada sobre el control de entrada de extranjeros. En las Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024, planteadas por la presidenta de la Comisión, se sigue partiendo de una connotación negativa de la migración: compartir las cargas. Y se sigue incidiendo en una migración selectiva, lo que en el futuro puede comportar la aplicación de prácticas desleales entre países de la UE, lo que conllevaría a que los efectos positivos de la migración puedan ser desiguales entre los Estados miembros. Se plantea un nuevo Pacto sobre Migración y Asilo con el objetivo de relanzar la reforma de Dublín en materia de asilo sobre un enfoque global, pero sin olvidar el reforzamiento de las fronteras exteriores, y apostando por un sistema europeo de asilo que enfatice lo común teniendo en cuenta la responsabilidad y la solidaridad de los Estados miembros, así como reforzar la cooperación con terceros países y ayudar a los países que acogen a los refugiados a ofrecerles condiciones dignas y humanitarias. También se apoya la creación de corredores humanitarios de patrocinio cuando no es posible recurrir a las actuales vías legales en vigor. El nuevo Pacto sobre Migración y asilo presentado por la Comisión, aún siendo una importante propuesta que trata de abordar una mejor gestión de la migración, de su contenido se desprende que es más un plan de trabajo donde se centra especialmente en la gestión de las fronteras exteriores. Por lo que hace a la migración laboral, y más desde un punto de vista de protección de las personas que como una necesidad real de mano de obra, destaca el Objetivo 6: “Desarrollo de las vías legales hacia Europa”, unas vías legales que tienen el propósito de dirigirse a determinados

migrantes, y no tiene como objeto establecer o mejorar otras vías legales que afectarían a la mayoría de estos, por lo que podríamos concluir que serían unas vías de acceso a medida alejadas de un punto de vista global de la migración.

La dignidad del art. 1 CDFUE no es solo un derecho fundamental, constituye la base misma de los derechos fundamentales. Es el punto de referencia del resto de normas de la UE cuando estas últimas conectan un determinado derecho con la dignidad humana que garantiza la Carta, tal y como ha reconocido el TJUE (STJUE, Asunto C-233/18, de 12 de noviembre de 2019), siendo la dignidad humana un derecho posible de invocar por sí solo. Las normas de la UE han de interpretarse a la luz de su estructura general y finalidad, y junto a ello hay que prestar especial atención cuando en estas se pretende garantizar el pleno respeto de la dignidad humana como promover la aplicación del artículo 1 de la Carta.

V. En cuanto a los derechos de los extranjeros en España, el TC ha señalado que aunque la ley sí puede reconocer el derecho de entrada de extranjeros en España, el derecho de entrar en España, con el rango de fundamental, solo corresponde a los españoles y no a los extranjeros. Existirían una serie de derechos que el Tribunal Constitucional ha considerado que pertenecen tanto a los migrantes en situación regular como irregular, por estar en vinculación con la dignidad de la persona o por propio mandato de la Constitución. Después hay otros derechos que pueden depender de la situación legal y administrativa de las personas migrantes. Desde un punto de vista constitucional del derecho del trabajo es permitida la desigualdad entre españoles y extranjeros, y los extranjeros, ya se encuentren en situación regular o irregular, el primero, por ejemplo, porque puede estar autorizado para residir pero no para trabajar, carecen del derecho al trabajo, en el sentido de acceder a un puesto de trabajo en las mismas condiciones que los españoles, y que tampoco hay tratado ni ley que establezca esa igualdad, por ello es permisible que se les puedan establecer condicionantes para acceder a un puesto de trabajo. Pero no se está diciendo con esto que las personas migrantes no puedan tener derecho al trabajo, sino que el legislador puede añadir condicionamientos a la hora de acceder estos al trabajo como que también no tiene porque adoptarlos, con esto se está subrayando que hay derechos que pueden estar al alcance de las personas migrantes pero es una opción del legislador. Donde sí existirá igualdad de trato es respecto a la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación laboral. También existirá una garantía respecto a los migrantes en situación irregular cuando trabajan sin cumplir los requisitos

necesarios para ello, sería en el mismo momento en que realizan una prestación de trabajo, que también se extiende a la protección eficaz de su seguridad y salud.

VI. La razón de la migración mayoritariamente radica en el desplazamiento para trabajar, la mayoría de migrantes parten de una motivación para desplazarse que surge de la necesidad por trabajar y que tiene como fin último tratar de conseguir una vida digna, esta sería la principal causa de radicarse en otro país distinto al de origen. La normativa de extranjería tiene en consideración estos factores, por ello que sea una normativa que mayoritariamente esté configurada para regular el estatuto jurídico de los inmigrantes, desde el alcance de sus derechos, su integración y especialmente las vías legales de acceso a España para trabajar, donde el cimiento de su régimen general está pensado para aquellos extranjeros que vienen a España para la realización de una actividad laboral. En el proceso migratorio de las personas trabajadoras actúan tres sujetos: empleador, Estado y extranjero. El fenómeno de la inmigración partía de la necesidad de los propios migrantes, pero con el tiempo también ha ido evolucionando a una necesidad de los Estados por atraer a la inmigración, esto comporta que se haya diseñado una compleja regulación partiendo de un principio básico como es el de la preferencia por el mercado de trabajo nacional. Este régimen articula una serie de vías de acceso a partir de un sistema formado por una serie de autorizaciones administrativas que son necesarias previamente al ejercicio de una actividad laboral o profesional. El legislador establece una serie de limitaciones a través de la autorización, que es la que determinará la situación particular y administrativa del extranjero, partiendo en primer lugar por el tiempo de permanencia permitido en España y a la que se le puede añadir la posibilidad de trabajar durante ese periodo.

Una vez está concretado el sujeto al que corresponde la activación de una vía de acceso, este, para conseguir definitivamente impulsarla, ha de sujetarse a un procedimiento que viene determinado en parte en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba 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 Ley Orgánica 2/2009. Es un procedimiento administrativo complejo que desde la perspectiva de un empleador no es nada fácil. Un primer requisito previo que hay que superar es que el acceso de extranjeros a España para realizar una actividad laboral por cuenta ajena se

encuentra condicionado básicamente a que existan determinados puestos de trabajo que no puedan ser cubiertos por aquellos que tienen preferencia, sea porque no existe disponibilidad de estos o porque hay una insuficiencia de trabajadores con un perfil adecuado. Para que se pueda llegar a esta última conclusión el Servicio Público de Empleo Estatal elabora a través de un procedimiento un Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. Un Catálogo que a día de hoy hace al procedimiento prácticamente inútil, ya que desde hace unos años, especialmente desde el año 2012 y hasta la última publicación que se ha tenido acceso en el año 2021, se incluyen en el mismo una serie de ocupaciones residuales que poco tienen que ver con la realidad del mercado de trabajo y, de forma general, con la mayoría de las necesidades de las empresas teniendo en consideración cómo está configurado el tejido productivo español.

Por lo que hace al procedimiento de concesión de una autorización hay que decir que es extenso y laberíntico, si bien en su momento el objetivo era reforzar la cultura de la responsabilidad en el ámbito de la contratación, la práctica ha evidenciado que queda mucho por hacer en esta cuestión, además de que se hace difícil entender que la responsabilidad se fundamente en excesivos y complejos pasos, a veces innecesarios, que impiden la agilización a la hora de tramitar una autorización de este tipo.

La vía de acceso a través de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 38 LOEx. y 62 y ss. RELOEx.) es la institución estrella de la regulación, porque sienta la base y marco general de la regulación del resto de las autorizaciones, pero también se incluyen otro tipo de vías de entrada que el legislador ha creído conveniente habilitar, destinada a una serie de actividades o sujetos que hacen que se regulen de forma particular. En algunos casos la regulación de la autorización administrativa ha jugado un papel fundamental, en la práctica, por tratar de confundir el tiempo permisible para residir temporalmente por tipo de contratación a realizar, como es el caso de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada (art. 42 LOEx. y 97 y ss. RELOEx.), pero la regulación de extranjería no crea nuevas modalidades contractuales. A tenor de la actividad, su ciclo, regularidad, periodicidad, se abre la necesidad de formular una nueva forma de contratación de trabajadores temporeros, ajustada a la actividad real. Es necesario posibilitar una vía de acceso legal a través de una autorización para actividades de temporada o campaña que se ajuste a la modalidad contractual fijo discontinuo. Para ello se



hace imprescindible que una nueva Ley del Estatuto de los Trabajadores trate de introducir elementos de su función protectora e integradora en materia de inmigración, para lo que la normativa de extranjería no ha sido construida. Ello, además del respeto a los Derechos humanos, posibilitaría una migración circular favoreciendo la contratación de trabajadores extranjeros con derechos. En este tipo de vía de acceso el nido de precariedad y explotación es tan amplio que, incluso existiendo una regulación específica que trata de reducirla, la pandemia de COVID-19 ha reflejado situaciones equivalentes a trabajos forzosos y con total desprecio a las normas internacionales de derechos humanos. Estos trabajadores tienen problemas para acceder a servicios básicos como el agua, concretamente en la provincia de Huelva, donde las trabajadoras extranjeras trabajan en condiciones infrahumanas y con bajos salarios y viven en asentamientos donde se producen incendios, corriendo riesgo su vida y donde el relator de Naciones Unidas en el año 2020 llegó a afirmar que las condiciones materiales se sitúan en las peores que se hayan visto en cualquier parte del mundo. En la actualidad se apuesta por una migración circular y de retorno de estos trabajadores, pero sin derechos, sin ninguna estabilidad en el empleo ni posibilidad de integración, debido al amplio margen de rotación de trabajadores como consecuencia del incumplimiento de la normativa laboral sobre contratación. La Gestión colectiva de contrataciones en origen en los últimos años ha sido un mecanismo que solo ha permitido la contratación de trabajadores para el desarrollo de actividades de carácter temporal y en el sector agrícola, además de concentrarse esencialmente en la contratación de mujeres marroquíes.

La pandemia de COVID-19 ha dado una oportunidad para visibilizar el trabajo de las personas que se dedican a trabajos esenciales, si bien no reconocido suficientemente por la sociedad ni por el legislador, donde se da por aceptado que sus condiciones precarias se corresponden por realizar un trabajo menos cualificado. Sin embargo, los trabajadores temporeros de la agricultura han llegado a ser una categoría específica de viajero con funciones o necesidades esenciales enumeradas en la Recomendación (UE) 2020/912 del Consejo de 30 de junio, y los que quedaban al margen de la restricción general temporal de los viajes no esenciales a la UE.

Si existe un migrante objeto de captación es el denominado trabajador extranjero con talento, abriéndose una vía de acceso de carácter selectivo a través de la autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE

(art. 38 ter. y 85 y ss. RELOEx.), donde se permite su movilidad entre los Estados miembros. Si bien estos trabajadores aportan una serie de beneficios económicos a los países receptores, su marcha también provoca daños en sus países de origen a lo que se suma que estos no tienen potencial suficiente para realizar políticas que favorezcan el retorno. De ahí que sea necesario que el legislador tenga en cuenta estos efectos negativos considerando especialmente las repercusiones y efectos en los países menos desarrollados que dificultan su prosperidad. Si bien la regulación de esta vía de acceso se orienta a un régimen flexible, si uno se adentra en la misma sigue perviviendo la esencia de un régimen restrictivo. La UE no es en estos momentos principal lugar de destino de este tipo de migrantes, al existir una regulación restrictiva de la migración, de ello que la Comisión Europea propusiera la sustitución de la Directiva 2009/50/CE para mejorar la capacidad de atraer y retener a este tipo de trabajadores extranjeros y que recientemente ha sido derogada por la Directiva 2021/1883, de 20 de octubre, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación. Pero aún teniendo esta última como objetivo atraer a este tipo de trabajadores extranjeros a través de facilitar su admisión, se sigue manteniendo la preferencia de acceso al trabajo de los nacionales o ciudadanos de la UE.

Cuestión distinta es la que se produce a partir de la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Se crea un marco regulatorio paralelo a la normativa de extranjería, con algunas figuras o vías de acceso duplicadas y que tiene por objeto dirigirse a un colectivo específico de extranjeros donde se establece un régimen más flexible y que como característica principal no exige, por encontrarse en un sector estratégico, someterse a la situación nacional de empleo, facilitándose la entrada y permanencia en territorio español básicamente por una razón de interés económico. La Ley de emprendedores sigue manteniendo los mismos o más defectos de los que adolece la normativa de extranjería, careciendo, además, de una regulación reglamentaria hasta el momento, dejando en la mayoría de casos un amplio margen de discrecionalidad a la Administración que provoca inseguridad jurídica, de ahí que se haga conveniente que el legislador, o un futuro reglamento que despliegue esta ley (DF 10ª LE), por respeto al principio de seguridad jurídica, concretara diversos aspectos esenciales de su regulación, como el que se ha examinado, entre otros, en esta investigación, como sería la duración de cada tipo de autorización así como la de sus posibles renovaciones.

La LOEx. establece una vía de acceso a España para trabajar por cuenta propia (art. 37 LOEx. y 103 y ss. RELOEx.), pero que choca con la regulación dada por la vía de acceso establecida en la LE, al partir esta última desde un punto de vista favorecedor de la actividad emprendedora realizada por extranjeros. Es una vía de acceso donde el legislador parece que ha asumido su poca relevancia, sus requisitos ya la hacen poco atractiva respecto a la regulación dada por la LE.

VII. Si la mayoría de vías de acceso a España tienen como razón el trabajo, existen otras vías de acceso que no tienen esta finalidad principal, pero que ofrecen, o directamente ya llevan incorporada a la autorización, la posibilidad de trabajar. Unas vías ofrecerán esta posibilidad por razones económicas y otras porque el trabajo es, entre otras cosas, una de las vías de integración de los extranjeros. El trabajo, para la gran mayoría de las personas, es una necesidad, sin trabajo no hay capacidad de ingresos y sin ingresos y una mínima capacidad económica no existe una vida digna. Además, la posibilidad de desarrollar una actividad laboral también es una facultad para acceder al sistema de protección social.

En cumplimiento de los compromisos que ha asumido España, la regulación de extranjería contiene una vía de acceso especial que tiene como esencia la protección y salvaguarda de los derechos humanos más básicos, donde el factor trabajo va a tener una especial incidencia en las mismas. Hablamos del derecho de asilo y de la protección subsidiaria donde su reconocimiento no solo ofrece que se otorguen una serie de derechos básicos por tal de que la persona objeto de protección tenga un normal desenvolvimiento de su vida personal y familiar y se favorezca, en parte, su integración. Existen otros derechos que van a ser el punto fundamental de su integración y con estos se les ofrece una oportunidad de alcanzar una vida digna, hablamos, entre otros, del derecho al trabajo que será el medio por donde se pueda asegurar un medio de vida y se disminuya su vulnerabilidad. Sin embargo, en la mayoría de países existe un enfoque restrictivo del derecho al trabajo de los refugiados, los datos muestran que estos tienen una tasa de empleo más baja en comparación con la población nativa y otros migrantes, lo que comporta que sean uno de los grupos más vulnerables del mercado laboral. En la mayoría de los países existe un enfoque restrictivo del derecho al trabajo de los refugiados, con independencia de que sean economías con ingresos bajos o altos. Las dificultades en el acceso al trabajo comporta que las personas refugiadas estén ocupadas en empleos irregulares. La protección que se otorga a los refugiados y

especialmente por lo que respecta a su acceso al trabajo ha de ir más allá, se ha de incorporar a los trabajadores refugiados en las políticas laborales y de integración identificando especialmente sus necesidades.

Otra vía de acceso especial es la que se abre para los apátridas, donde en España está teniendo una notable incidencia el caso de los ciudadanos saharauis. En este caso, la Administración ha sido restrictiva tanto en la forma y lugar de iniciar el procedimiento como reacia en el reconocimiento del estatuto de apátrida, así como de su nacionalidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha ido configurando una jurisprudencia que facilita que estos ciudadanos puedan acceder a esta vía de acceso con unas mínimas garantías.

En el contexto de la UE la reubicación es un mecanismo de solidaridad, un mecanismo de distribución o transferencia de personas necesitadas, o que ya se benefician de alguna forma de protección internacional, desde un país de la UE a otro país de la UE en el que se les concederá una protección similar. Sin embargo, el reasentamiento es definido como una vía legal hacia Europa. En la UE se han aprobado diferentes programas de reasentamiento, pero de carácter específico, de ahí que la Comisión propusiera en 2016 un Reglamento para establecer un marco de reasentamiento de la Unión. En la Comunicación relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, de 23 de septiembre de 2020, se ha instado al Parlamento Europeo y al Consejo a concluir rápidamente las negociaciones sobre ello, y la Recomendación (UE) 2020/1364, de 23 de septiembre de 2020, trata de promover la figura del reasentamiento entre los Estados miembros, tratando de aumentar el número de Estados que participan en el reasentamiento y en la admisión humanitaria, con el objetivo de proporcionar vías legales para obtener protección en la UE. En España se han ido aprobando diversos programas nacionales de reasentamiento en virtud la Disposición adicional primera de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria donde estos últimos años, para el acuerdo del número de personas que pueden ser objeto de reasentamiento en España, se ha subordinado a que se haya determinado previamente por la UE el número de personas que deben ser reasentadas. Como aspecto esencial, el reasentamiento incluye el marco de protección y estatuto que ofrece la Ley 12/2009, en el que se encuadra el derecho a la autorización de residencia y trabajo permanente (DA 1ª y art. 36.1.c) LA). La cuestión sobre el estatuto que se le ha de conceder a las personas reasentadas ha sido cuestión controvertida al concederse en determinados casos la protección

subsidiaria. La reciente STS-CA 1773/2020, de 17 de diciembre, ha tenido que determinar el alcance del párrafo segundo de la DA 1ª LA y ha señalado que los beneficiarios de los programas de reasentamiento quedan asimilados a la condición de refugiado, conforme a lo establecido en el art. 3 LA, aun cuando en estas personas beneficiadas por un programa de reasentamiento no concurren las condiciones que para esta condición se establecen en el art. 3 LA.

VIII. Gestionar las migraciones no es algo novedoso, sí lo es que se pretenda hacer de forma global, a través de la cooperación y que se pretenda conseguir con el máximo consenso posible. Si bien existían y existen textos internacionales que pretendían alguna de estas cuestiones, no había un consenso generalizado, de ello que la mayoría de instrumentos jurídicos no conseguían una adhesión universal. Las migraciones son una cuestión global, existen múltiples factores que son decisivos para que una persona decida migrar a un lugar determinado del mundo, sea de forma forzada, por cuestiones políticas, guerras o por necesidades como la búsqueda de una vida digna a través del trabajo. Los países tratan de subrayar su soberanía y son reticentes a cederla, sin embargo no hay reticencia en algunas cuestiones donde para su justificación se llega a reconocer que es irremediable por ser una consecuencia de la globalización. Las migraciones son una cuestión global, y eso es lo que ha pretendido el reciente Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, los países no pueden gestionar por sí solos a la migración. El Pacto ofrece una gestión de la migración global, antes inexistente, y de forma integral, sin fijarse únicamente en determinados colectivos de migrantes. Previamente a ello, la Agenda 2030 introduce una cuestión esencial para gestionar de forma global la migración: el respeto pleno de los derechos humanos y dispensar un trato humanitario a los migrantes. Así, la migración no ha de ser tratada como una mercancía y el respeto a los derechos humanos de los migrantes es el eje vertebrador que debe acompañar la gestión de la migración. También la Declaración de Nueva York para los refugiados y migrantes de 2016 señala que nos encontramos ante un fenómeno mundial y que por ello se necesitan enfoques y soluciones mundiales, de ahí que se establecieran las medidas para acordar en 2018 un Pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular. El objetivo iba dirigido a la aprobación de un Pacto que estableciera una serie de principios, compromisos y entendimiento entre los Estados miembros sobre la migración internacional en todas sus dimensiones. Dando un paso importante para que no solo se apostara por el sistema de vías de acceso ya establecidas, que podrían ser mejoradas, sino

que también puede incluir la creación y ampliación de vías migratorias seguras y regulares. Esta apuesta reflejaba que la única migración beneficiosa es la que se realiza a través de vías legales.

Si bien surge la necesidad de regular la migración a nivel global, el contexto no ayudaba a que fuese a través de una norma jurídica con obligado cumplimiento en todos sus términos, una técnica que no es la primera vez que se lleva a cabo. La falta de consenso y de éxito por sumar adhesiones lleva a que las expectativas jurídicas cambian a acuerdos que no sean jurídicamente vinculantes. El Pacto para una Migración, Segura, Ordenada y Regular forma parte de este tipo de acuerdos, su contenido refleja una premisa “presenta un marco de cooperación no vinculante jurídicamente (...) su propósito es fomentar la cooperación internacional sobre la migración, reconociendo que ningún Estado puede abordar la migración en solitario, y respetar la soberanía de los Estados y sus obligaciones en virtud del derecho internacional”. El hecho de reconocer derechos a todas las personas es un punto de inflexión donde los Estados son reticentes a ceder soberanía. El Pacto no es jurídicamente vinculante, pero su adopción conllevará que finalmente incida en las políticas migratorias de los Estados democráticos. El Pacto desembocará en normas jurídicas en materia migratoria, nuevas normativas partirán del propio Pacto, otras existentes evolucionarán hacia el Pacto. La adopción del acuerdo comporta obligaciones políticas que los Estados democráticos han de seguir, es exigible, y los ciudadanos tienen el derecho de defender y reclamar frente a sus gobernantes el cumplimiento de las obligaciones adquiridas. El Pacto marcará en las próximas décadas las políticas migratorias. Contiene una serie de principios, derechos y concordancias con múltiples normas jurídicas que posibilitan su compatibilidad y complementariedad, y ofrece la posibilidad de que estas puedan ser interpretadas prestando su atención. Este hito mundial a favor del diálogo y la cooperación internacional reconoce que ningún Estado puede abordar la migración en solitario, pero a su vez respeta su soberanía y sus obligaciones en virtud del derecho internacional. Trata de abordar la migración con una visión positiva lejos de otras fórmulas vistas desde un punto de vista opuesto y, sobre todo, respetando los derechos más básicos de las personas migrantes. Todos los países del mundo serán alguna vez lugar de origen, tránsito y destino.

Dos cuestiones son cruciales en este Pacto Mundial, por un lado, la existencia de una responsabilidad compartida de cara a reducir la migración irregular, donde el enfoque integral

del que se habla pretendería facilitar la migración segura, ordenada y regular reduciendo la incidencia de la migración irregular y sus efectos a través de la cooperación internacional y una combinación de las diferentes medidas expuestas en el Pacto. Por otro lado, la responsabilidad compartida de abordar las necesidades y preocupaciones mutuas sobre la migración y la “obligación primordial de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de sus estatus migratorio”. El Pacto se centra en las personas y nos lleva a que estas sean el núcleo fundamental de cualquier política migratoria que debe ir orientada a respetar su dignidad y los derechos inherentes a esa condición.

IX. De los 23 objetivos que incluye el Pacto hay que destacar particularmente el objetivo número 5: “Aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular”. Este objetivo puede tener una notable incidencia en España. En primer lugar, porque el objetivo que se marca es el aumento de la disponibilidad de las vías de migración regular, y en segundo lugar, el término flexibilidad denota la capacidad de que las vías de migración tengan una regulación fácilmente adaptable, que tengan capacidad para acomodarse a cada necesidad y momento, lo que conllevaría a una regulación que no sea rígida, sujeta a normas inflexibles, en definitiva, que las vías de migración regular sean susceptibles a los cambios y que a su vez faciliten y no dificulten la migración. La fórmula para llevar a cabo este objetivo pasa a detallarse en el compromiso que asumen los Estados y que se circunscribe, entre otras acciones, en adaptar las opciones y las vías de migración regular de tal manera que se facilite la movilidad laboral y el trabajo decente reflejando la realidad demográfica y del mercado de trabajo. La movilidad laboral es destacable en este objetivo ya que de las diez acciones necesarias para su cumplimiento seis se refieren de forma concreta a la movilidad laboral. Es una cuestión relevante a la que el Pacto ha querido dar la significación que tiene, de los 258 millones de migrantes internacionales existentes en todo el mundo en el año 2017, 164 millones eran trabajadores migrantes, constituyendo el 59,2% de todos los migrantes internacionales y el 70,1% de todos los migrantes en edad de trabajar. Pero el Pacto no se refiere a cualquier movilidad, junto ha ella y al mismo tiempo ha de facilitar el trabajo decente. Existen sectores donde cada vez más se necesita mano de obra extranjera cualificada, y si bien España está muy a la cola de otros países debido a su modelo productivo, el panorama puede cambiar con la puesta en marcha de los Fondos de recuperación lanzados por

la UE para transformar la economía y que en España se orienta hacia la transición ecológica, la transformación digital, la igualdad de género y la cohesión social y territorial.

España necesita un cambio sustancial de la política migratoria, nuestra regulación es restrictiva y un referente para los cambios es el cumplimiento de este objetivo. España es un país donde acuden muchas trabajadoras migrantes, la migración en España se ha feminizado, ello comporta que las políticas migratorias deban tener en cuenta la perspectiva de género.

Por otro lado, la movilidad laboral dentro de la UE es relativamente baja respecto las dimensiones del mercado de trabajo y la población en edad de trabajar en la UE. Los datos expuestos en la red EURES reflejan que en España la libertad de circulación de los trabajadores españoles no se está ejerciendo con plenitud, ni se está trabajando su potencial a la vista de los resultados. Se hace imprescindible examinar y revisar las opciones y vías existentes en España. Las actuales vías de acceso para trabajar han de adaptarse a las necesidades reales de mano de obra y han de permitir hacer frente al vaciamiento de muchas partes del país. Se hace imprescindible un cambio en profundidad del actual sistema de autorizaciones para mejorarlo, dotarlo de flexibilidad y establecer nuevas vías de acceso en función de las necesidades que se prevean. Incluir flexibilidad en la regulación de la migración no ha de ser entendido como un elemento puntual de oportunidad según la conveniencia que acontece en un momento determinado, o como última opción o vía de escape porque la regulación existente no ha conseguido la finalidad o el objetivo previsto, o para reparar una situación que previamente la regulación no tenía contemplada en orden a dar una solución a un caso concreto. Se ha de reevaluar el sistema actual de contratación sustentado sobre la prioridad del mercado de trabajo nacional. El actual modelo que viene a reflejar la situación nacional de empleo del país representado por el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura no está teniendo la utilidad que le corresponde. Es un sistema que parte de un problema y no de las necesidades, esto plantea problemas de eficiencia y eficacia. El legislador ha mostrado que determinados colectivos privilegiados no han de someterse a este proceso y que el interés económico, como razón imperiosa, es título suficiente por el que se facilita y agiliza la concesión de visados y autorizaciones a través de un procedimiento más ágil y rápido.



La prioridad principal por el mercado de trabajo nacional conllevará a medio plazo que España no pueda competir con otros países que flexibilizan la entrada a sus países de trabajadores extranjeros, ya de por sí más competitivos por la existencia de salarios mayores, mejores condiciones sociales, laborales, etc., más en los actuales contextos de competencia global por atraer al denominado talento, pero no solo hay que referenciarse a este perfil de trabajador extranjero, la pandemia de COVID-19 ha reflejado nuestras debilidades y necesidades del mercado de trabajo y la posibilidad de volver a ocupar la España vaciada, que lejos del trabajo manual, los trabajadores más cualificados han encontrado en estos lugares una opción para vivir y trabajar lejos de las ciudades masificadas. Nuestro sistema está orientado a detectar las necesidades coyunturales y no tanto las estructurales.

Los planes de movilidad son necesarios y en algunos casos imprescindibles para la movilidad laboral de determinados grupos de personas, por ello es necesario poner en marcha más planes de este tipo. Pero el acceso a la información es limitado y los folletos relativos a los mismos incluyen información genérica. Además, solo una pequeña parte de los demandantes de empleo logran ser finalmente colocados, teniendo en consideración el número de países que participan. España puede tomar ejemplo en los planes de movilidad emprendidos por la UE y a nivel regional, pero orientándose hacia los trabajadores extranjeros. Los proyectos pilotos es un primer paso. Pero en esta cuarta acción, sobre impulsar planes de movilidad laboral con derechos y con perspectiva de género, tanto en España como a nivel de la UE aún queda mucho por hacer, podríamos decir que está en una fase inicial que hace falta consolidar y abrirse, además, a otros colectivos de trabajadores que no se encuentran en sectores tan específicos y que se dirigen a extranjeros con una determinada cualificación.

Los visados humanitarios pueden ser una vía de entrada para obtener refugio, escapar de la miseria, de la pobreza y de la guerra. España cuenta en su legislación con la solicitud de protección internacional en embajadas y consulados (art. 38 LA), que permite atender casos que se presentan fuera del territorio nacional, pero el elemento principal para otorgarlo es que en la persona solicitante corra peligro su integridad física, lo que limita la posibilidad de concederse. Esta institución necesita de un desarrollo reglamentario que evite vacíos en la interpretación legal y situaciones de desprotección.

Se ha de resolver el problema de encaje en las tradicionales figuras de las personas que huyen por consecuencia de los efectos del cambio climático, con el objetivo final de evitar situaciones de desprotección y que puedan ser admitidas y recibir asistencia, estableciendo diferentes instrumentos y cláusulas abiertas que posibiliten vías de acceso destinadas para estas personas.

Se deberían de reformular varias cuestiones que afectan a la reagrupación familiar con el objetivo de ampliar sus posibilidades de ejercicio y con ello vías de entrada. Hay dos cuestiones destacables. En primer lugar, los extranjeros pueden ejercer el derecho a la reagrupación familiar pero han de soportar un tiempo de espera mínimo de un año, sin tener en cuenta si la actividad por la que ha sido contratado el migrante puede tener continuidad desde buen principio. Además, siguen existiendo familiares que solo podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiriera la residencia de larga duración.

En la actualidad, las becas para estudiantes extranjeros que deseen venir a España para estudiar son limitadas, existiendo tanto instituciones públicas como privadas que lo posibilitan. En cambio el programa Erasmus +, que tiene por objeto financiar proyectos de movilidad y cooperación transfronteriza en los ámbitos de la educación, la formación, la juventud y el deporte para el periodo 2021-2027, dentro de Europa y fuera de su territorio, ha duplicado su presupuesto e incorpora una dimensión más internacional en la cooperación con terceros países.



## BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR, UNHCR: *Más allá de la detención: Una estrategia mundial para apoyar a los gobiernos a poner fin a la detención de solicitantes de asilo y refugiados. 2014-2019.* 2014. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9650.pdf>
- ACNUR: *Arranca en España el primer programa de patrocinio comunitario con seis familias refugiadas sirias.* 23/03/2019. <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2019/3/5c9e2a604/arranca-en-espana-el-primer-programa-de-patrocinio-comunitario-con-seis.html>
- ACNUR: *Consideraciones de protección internacional con respecto a las personas que huyen de la República Árabe Siria, actualización II.* Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2013. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52b806914>
- ACNUR: *El Asilo es de todos.* Agencia de la ONU para los Refugiados, <https://acnur.org/5ba256784>
- ACNUR: *Guía práctica para parlamentarios. Guía sobre el derecho internacional de los refugiados,* núm. 2, 2001.
- ACNUR: *Manual sobre la protección de las personas apátridas.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 2014. <https://www.refworld.org.es/docid/55e94c964.html>
- ACNUR: *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.* Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, Ginebra, 26 de enero de 2007. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf>
- ACNUR. *El Asilo es de todos. Movimientos forzosos de población y solidaridad internacional.* ACNUR, Agencia de la ONU para los Refugiados. <https://acnur.org/5ba256124>

- AJA, E.: “Introducción: el marco general de los derechos de los inmigrantes”. En la obra colectiva: *Los derechos de los inmigrantes en España*. Coordinador: Eliseo Aja. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2009.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “El derecho a inmigrar”, en la obra colectiva: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel-Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer*. Coordinadores: María Emilia Casas Baamonde, Federico Durán López, Jesús Cruz Villalón. Ed. La Ley, Madrid, 2006.
- ALIJA FERNÁNDEZ, R. A.: *El sistema universal de protección internacional de los derechos humanos*. Ed. FUOC. Fundació por la Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona. 2016.
- ALMOGUERA, P.; LÓPEZ, E.; MIRANDA, J.; VALLE, C.: “El proceso inmigratorio en España y su incidencia en las estructuras demográficas actuales”. *Espacio y Tiempo: Revista de ciencias humanas*, nº 24, 2010.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “El trabajador extranjero. El derecho a la Seguridad Social y a la asistencia sanitaria del extranjero”, en la obra colectiva: *El extranjero en el Derecho español*. Editado: LACRUZ, J.M.; MARTÍN, I.; VARGAS, M. Ed. Dykinson, S. L. Madrid, 2019.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Algunas notas sobre las teorías explicativas de los flujos migratorios y la multidimensionalidad del hecho migratorio”, en la obra colectiva: *Tratamiento jurídico de la inmigración*. Coordinadores: Jaime Cabeza, Natividad Mendoza. Ed. Bomarzo, Albacete, 2008.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.; “Residencia temporal en virtud de reagrupación familiar”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos Quintana. Coordinadora: Gloria P. Rojas Rivero. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “Artículo 1. Delimitación del ámbito” En la obra colectiva: *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*. Director: Faustino Cavas Martínez. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas), Aranzadi, Madrid, 2011.
- AMORES CONRADI, M.A: “Artículo 11”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I. Directores: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, María

Emilia Casas Baamonde. Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid. 2018.

- ARANGO, J.; MAHÍA, R.; MOYA, D.; SÁNCHEZ-MONTIJANO, E.: *Inmigración y asilo, en el centro de la arena política*. Anuario CIDOB de la inmigración, Ed. CIDOB, Barcelona.

- ARROCHA, P.; DE LA MORA, F.; DE LA FUENTE, J.R.: “Migración: la perspectiva multilateral”. *El Universal*. 28/07/2019.  
<https://www.eluniversal.com.mx/nacion/sociedad/migracion-la-perspectiva-multilateral>

- ASQUERINO LAMPARERO, M. J.: “El tratamiento del despido objetivo por ineptitud sobrevenida”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216/2019. Ed. Aranzadi, S.A.U.

- BALLBÉ, M.: “El Futuro del Derecho Administrativo en la Globalización: Entre la Americanización y la Europeización”. *Revista de Administración Pública*, núm. 174, Madrid, 2007.

- BALLESTER PASTOR, M.A.: *El trabajo de los extranjeros no comunitarios*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- BANCO MUNDIAL: *Cifra sin precedente de remesas a nivel mundial en 2018*. Comunicado de prensa. 8/04/2019. <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2019/04/08/record-high-remittances-sent-globally-in-2018>

- BASEIRIA, J.; GIRONA, R.; LÓPEZ, C; MARTÍNEZ, M.; ROJO, E.; CAMAS, F. (Coord.): *L'atribució de competències en matèria d'immigració derivades de l'Estatut d'autonomia de Catalunya*. Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms. Barcelona, 2010.

- BAVIERA PUIG, I.: “La experiencia <<au pair>>: entre el intercambio cultural y el trabajo doméstico”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216/2019. Ed. Aranzadi, S.A.U.

- BELTRÁN AGUIRRE, J.: “El requisito de –residencia- exigido a los extranjeros para el acceso a prestaciones y Servicios públicos: su alcance a la luz de la doctrina del TC.” *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 11/2015, parte Estudios, Ed. Aranzadi, Madrid, 2015.

- BENLLOCH SANZ, P.: “Comentario al artículo 38.ter de la Ley de Extranjería”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Ley de extranjería y su nuevo Reglamento*. Director: Faustino Cavas Martínez. Ed. Civitas, Pamplona, 2011.

- BORRAJO INIESTA, I.: “*El espacio de libertad, seguridad y justicia: origen, evolución y configuración actual*”, en la obra colectiva: *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo VIII. Director: Jose María Beneyto Pérez. Ed. Aranzadi, Madrid, 2016.
- BRANDOLINI, E.: *La portabilidad del derecho de previsión social en la legislación comunitaria: comparación con otras áreas del mundo y su posible extensión*. Tesis doctoral. 2015. <https://www.tesisenred.net/handle/10803/327019#page=1>
- BURGOS GOYE, C.: “Artículo 42. Régimen especial de los trabajadores de temporada”, en la obra colectiva: *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social*. Dirección y coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fenández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, Granada, 2012.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L.; AYSA-LASTRA, M.: “El pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular. Un contrato social internacional”. En la obra colectiva: *Inmigración, elecciones y comportamiento político. Anuario CIDOB de la Inmigración*. Dirs.: Joaquín Arango, Ramón Mahía, David Moya, Elena Sánchez-Montijano. Barcelona (noviembre de 2019).
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L.; AYSA-LASTRA, M.: “Estudio introductorio: el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, un paso histórico hacia un “contrato social internacional”, en la obra colectiva: *El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*. Un modelo para armar. Dirs.: Lorenzo Cachón, María Aysa-Lastra. Ed. Hacer. Barcelona, 2019.
- CACHÓN, L.: *Acuerdos bilaterales de migración de mano de obra: estudio de casos*. Estudios sobre migraciones internacionales. Ed. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, 2004.
- CALVO GALLEGO, J.F.: “De las migraciones por el empleo a las migraciones en el empleo: las normas como ventaja competitiva entre Estados y el riesgo de dumping social”. *RTSS, CEF*, núm. 416 (noviembre 2017).
- CALVO, L.M.; FERNANDEZ, M.J.; KREIENBRINK, A.; SANZ, C.; SANZ, G.: *Historia del Instituto Español de Emigración. La política migratoria exterior de España y el IEE del franquismo a la transición*. Ed. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid, 2009.

- CAMAS RODA, F.: “El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la Unión Europea. ¿Un nuevo inicio para la política de inmigración de la Unión Europea?” -Material inédito-: en prensa para publicación por *Documentación Laboral*, 2021.
- CAMAS RODA, F.: “Análisis del régimen especial de traslados intraempresariales a España de trabajadores extranjeros extracomunitarios.” *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 431/2019.
- CAMAS RODA, F.: “Comentario a los artículos 79 (Elaboración del contingente) y 80 (Procedimiento) del R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (*B.O.E., núm. 6, de 7 de enero de 2005*)”, en la Obra Colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos Quintana. Coordinadora: Gloria P. Rojas Rivero. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007.
- CAMAS RODA, F.: “El pasado siempre vuelve: estado de la inmigración irregular y protección de los trabajadores extranjeros”. *Revista Trabajo y Derecho*, nº38, 2018.
- CAMAS RODA, F.: “El tratamiento por la Unión Europea de la inmigración económica por motivos laborales (con las aportaciones de Naciones Unidas adoptadas desde 2016”, en la obra colectiva: *Medidas legales y fiscales para la creación de empresas*. Directora: Ana María Delgado. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2019.
- CAMAS RODA, F.: “La adecuación de la normativa de extranjería sobre empleo de los inmigrantes respecto de las reformas laborales adoptadas y de la actual situación de crisis económica”. *Revista Relaciones Laborales*, 2/2013.
- CAMAS RODA, F.: *Comentario a la Orden gubernativa de prórroga automática de las autorizaciones de residencia y/o trabajo de extranjeros*. Blog del autor. 25 de mayo de 2020. <https://www.ferrancamass.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/prorroga-autorizaciones/ia433>
- CAMAS RODA, F.: *Reseña sobre la Directiva 2014/36/UE: extranjeros temporeros*. El Diario de Ferran Camas sobre Derecho del Trabajo, inmigración y propuestas culturales. 31 de marzo de 2014. [https://www.ferrancamass.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/Rese%C3%B1a+sobre+la+Directiva+2014%7C\\_%7C36%7C\\_%7CUE%3A+extranjeros+temporeros/ia86](https://www.ferrancamass.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/Rese%C3%B1a+sobre+la+Directiva+2014%7C_%7C36%7C_%7CUE%3A+extranjeros+temporeros/ia86)



- CAMAS RODA, F.: *Trabajo decente e inmigrantes en España. Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente*. Ed. Huygens. Barcelona, 2016.
- CAMAS, F. (Dir.); CAMÓS, I.; GARCÍA, A.; MARTÍNEZ, M.; SERVAIS, J.M.; SOLÉ, M.; ROJO, E.: *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones Laborales*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.
- CAMÓS VICTORIA, I.; ROJO TORRECILLA, E.: “La convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias”. *Revista Migraciones*, núm. 16, 2004, Ed. Universidad Pontificia Comillas.
- CAMÓS VICTORIA, I.: “L’atribució d’efectes jurídicolaborals a la relació empresari-treballador en què falta el permís de treball”. En la obra colectiva: *La immigració a Catalunya Avui. Anuari 2002*. (AJA, E. y NADAL, M., Editors). Ed. Mediterrània, 2003.
- CAMOS VICTORIA, I.: “Visados para la búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.
- CAMPO CABAL, J. M.; ARÁNZAZU, R. M.: “A vueltas con la inmigración selectiva por razón de talento: comentario de urgencia al real decreto-ley 11/2018”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. Aranzadi, S. A. U., núm. 49/2018.
- CAMPO CABAL, J.M.; ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “El doble canal de autorizaciones de trabajo y residencia de los profesionales altamente cualificados y de investigadores”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. Ed. Aranzadi S.A.U., núm. 47/2018.
- CANALDA CRIADO, S.: “Precarización de la contratación atípica y pobreza laboral” *Revista de Información Laboral*. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, núm. 8/2018.
- CARDENAL CARRO, M.: “Permiso de trabajo y modalidades contractuales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Ed. Aranzadi, S.A.U. Cizur Menor, núm. 6/2005.
- CARRETERO PALACIOS, A.: *Migraciones y género. La feminización de la migración transnacional*. Ed. Consejería de justicia e interior de la Junta de Andalucía, 2014.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: “Sección 4ª. Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. Artículo 63”, en la obra colectiva: *Comentarios al*

Reglamento de Extranjería. Directora: Margarita. I. Ramos Quintana. Coordinadora: Gloria P. Rojas Rivero. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.

- CASTELLI, N.: *Las migraciones internacionales. Una mirada crítica a la regulación internacional y europea desde la perspectiva laboral*. Ed. Bomarzo, 2019.

- CASTILLO DAUDÍ, M.: “Libertad de circulación y soberanía del Estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional”. *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 31, 2016.

- CEAR: *El Pacto Global sobre Refugiados*. Comisión Española de Ayuda al Refugiado 2019. <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2019/01/PACTO-GLOBAL-REFUGIADOS-CEAR.pdf&ved=2ahUKEwjyqeiztdrwAhUB3IUKHSBOB58QFjAAegQIBxAB&usg=AOvVaw2dYcTZ6v6rLjxnkbydDCtd>

- CEAR: *Informe 2019: Las personas refugiadas en España y Europa*. Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Madrid, 2019. [https://www.cear.es/wp-content/uploads/2019/07/INFORME\\_CEAR\\_2019.pdf&ved=2ahUKEwjs3Kj7jODwAhVNPcAKHUIxDTIQFjAAegQIBxAB&usg=AOvVaw1MaXbsIV3riTxZN6uxCM6B](https://www.cear.es/wp-content/uploads/2019/07/INFORME_CEAR_2019.pdf&ved=2ahUKEwjs3Kj7jODwAhVNPcAKHUIxDTIQFjAAegQIBxAB&usg=AOvVaw1MaXbsIV3riTxZN6uxCM6B)

- CEAR: *Informe sobre discriminación de personas migrantes y refugiadas en España*. Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 2016. <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe-discriminaci%C3%B3n.pdf>

- CEAR: *Una mirada hacia el sistema de asilo canadiense*. Resumen ejecutivo. Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Madrid, 2019. [https://www.cear.es/wp-content/uploads/2019/09/ResumenEjecutivo\\_InformeCanad.pdf](https://www.cear.es/wp-content/uploads/2019/09/ResumenEjecutivo_InformeCanad.pdf)

- CEBRIÁN, JUAN. A.; BODEGA, MARÍA ISABEL; LÓPEZ-SALA, ANA M.: “Migraciones internacionales: conceptos, modelos y políticas estatales”. *Revista migraciones*, núm. 7/2000.

- CEINOS SUÁREZ, A.: “Artículo 15. Derecho a la intimidad familiar”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social*. Dirección y Coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fernández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, Granada, 2012.

- CHALOFF, J.; LEMAITRE, G.: *Gérer les migratios de travailleurs hautement qualifiés: une analyse comparative des politiques migratoires et des enjeux des migratios dans les pays*

de l'OCDE. Document de travail de l'OCDE sur les Questions sociales, emploi et migration, núm. 79, París, 2019. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/225488071868.pdf?expires=1602585230&id=id&accname=guest&checksum=0573B6600F3F9BC4212E694AD79BDC48>

- CHARRO BAENA, P.; BENLLOCH, P.: *Guía Práctica de Contratación Laboral de Extranjeros*. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

- CHARRO BAENA, P.; SÁNCHEZ TRIGUEROS. C.: “Artículo 40. Supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo, en la obra colectiva: *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social*. Dirección y Coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fernández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, Granada, 2012.

- CHARRO BAENA, P.: “Capítulo XIV. Política de empleo y extranjería”, en la obra colectiva: *Tratado de extranjería*. Coordinador: Alberto Palomar. Ed. Aranzadi, Madrid, 2020.

- CHARRO BAENA, PILAR; RUIZ DE HUIDOBRO, JOSÉ MARÍA: “La mal llamada Ley de extranjería: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes?”. *Revista la Ley digital*, núm. 4, 2000.

- CHARRO BAENA, PILAR.: *Las autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*. Ed. Aranzadi, Elcano, 2000.

- CHUECA, SANCHO, A.G.: “La libertad de circulación de trabajadores en el EEE”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 35/2014.

- COMIISÓN EUROPEA: *Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Bruselas, 16/10/2019, COM/2019/481 final.

- COMIISÓN EUROPEA: *Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Bruselas, 1/07/2020, COM(2020) 274 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1600416395466&uri=CELEX:52020DC0274>

- COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa*. Bruselas, 6/04/2016. COM/2016/0197 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*. Bruselas, 6/03/2019. COM(2019) 126 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0126&qid=1621420447777>
- COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al cumplimiento de la Agenda Europea de Migración*. Bruselas, 2017. COM/2017/558 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y asilo*. Bruselas, 23/09/2020. COM (2020)609 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:609:FIN>
- COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo. Fortalecer las vías legales hacia Europa: un componente indispensable de una política migratoria equilibrada y global*. Contribución de la Comisión Europea a la reunión de dirigentes celebrada en Salzburgo los días 19 y 20 de septiembre de 2018. COM/2018/635 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión Directrices relativas a los trabajadores de temporada en la UE en el contexto de la pandemia de COVID-19*. (2020/C 235 I/01). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.CI.2020.235.01.0001.01.SPA>
- COMISIÓN EUROPEA: *Enfoque Global de la Migración y la Movilidad*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM/2011/0743 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Erasmus+*. *Guía del programa*. Versión 2 (2021): 8/04/2021.
- COMISIÓN EUROPEA: EURES. Estadísticas. 30/06/2021. <https://ec.europa.eu/eures/eures-apps/cvo/page/statistics?lang=es>

- COMISIÓN EUROPEA: *Fortalecer las vías legales hacia Europa: un componente indispensable de una política migratoria equilibrada y global*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Bruselas, 12/09/2018. COM(2018) 635 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0635&from=EN>
- COMISIÓN EUROPEA: *Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Bruselas 7/5/2002. COM (2002) 233 final. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0233:FIN:ES:PDF>
- COMISIÓN EUROPEA: *Hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Bruselas, 2016, COM/2016/0197 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la actividad de EURES de julio de 2018 a junio de 2020*. Bruselas. COM(2021) 46 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0046&from=ES>
- COMISIÓN EUROPEA: *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la actividad de EURES entre enero de 2016 y junio de 2018*. Bruselas. COM(2019) 164 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52019DC0164>
- COMISIÓN EUROPEA: *Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*. Comunicación de la Comisión. Bruselas. 16/05/2018. COM/2018/301 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*. Comunicación de la Comisión. Bruselas, 6/03/2019, COM/2019/126 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*. Comunicación de la Comisión. Bruselas. 14/03/2018. COM/2018/250 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*. Comunicación de la Comisión. Bruselas. 2018. COM/2018/250 final. *Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*. Comunicación de la Comisión. Bruselas. 2018. COM/2018/301 final.

- COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre los efectos del cambio demográfico*. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM/2020/241 final. Bruselas, 17/6/2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0241&from=ES>
- COMISIÓN EUROPEA: *La gestión de la migración en todos sus aspectos: avances en el marco de la Agenda Europea de Migración*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Bruselas, 4/12/2018, COM/2018/798 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. /COM/2013/0837 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Plan de acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015-2020)*. Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 27/05/2017, COM/2015/0285 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión para 2021-2027*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 24/11/2020. COM (2020) 758 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. 7/06/2016. COM (2016) 377 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0377>
- COMISIÓN EUROPEA: *Plan de política de asilo. Un planteamiento integrado de la protección en toda la UE*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 2008. COM/2008/0360 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Programa de trabajo de 2016. No es momento de dejar las cosas como están*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 27/10/2015, COM/2015/0610 final.

- COMISIÓN EUROPEA: *Programa de trabajo de la Comisión para 2018*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 2017. COM/2017/650.
- COMISIÓN EUROPEA: *Programa de trabajo de la Comisión para 2019. Cumplir lo prometido y prepararnos para el futuro*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 23/10/2018, COM/2018/800 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. COM(2016) 378 final, Bruselas, 7/06/2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0378&from=ES>
- COMISIÓN EUROPEA: *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una red europea de servicios de empleo, al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo*. COM/2014/06 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014PC0006&from=ES>
- COMISIÓN EUROPEA: *Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes*. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM/2010/373 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Una Agenda Europea de Migración*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, COM/2015/240 final. [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication\\_on\\_the\\_european\\_agenda\\_on\\_migration\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_es.pdf)
- COMISIÓN EUROPEA: *Una asociación mundial para erradicar la pobreza e impulsar el desarrollo sostenible después de 2015*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité de las Regiones, Bruselas, COM/2015/044 final. [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:afc5ef38-ad24-11e4-b5b2-01aa75ed71a1.0015.01/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:afc5ef38-ad24-11e4-b5b2-01aa75ed71a1.0015.01/DOC_1&format=PDF)



- COMITÉ DE DERECHO HUMANOS DE NACIONES UNIDAS: *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*. Observación n ° 15 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. 27° período de sesiones, 1986. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11)
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: *Observación n ° 27 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. Comentarios Generales aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comentario General n° 27, Libertad de circulación, artículo 12. 1 de noviembre de 1999. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11)
- COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*. 16 de noviembre de 2017. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/343/68/PDF/G1734368.pdf?OpenElement>
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Aplicación del Pacto para una Migración segura, ordenada y regular sobre la base de los valores de la UE*. (2020/C14/02). Empleo, Asuntos Sociales y Ciudadanía. 15/01/2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019IE1355&from=ES>
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*. Bruselas, 27/01/2021, p. 1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020AE4226>
- CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL: *Migración: una cuestión de trabajo decente*. Punto 6 del orden del día. Elewijt, 17-18 de octubre de 2011.



- CONSEJO DE ESTADO: Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. 7 de abril de 2011.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Migración legal: el Consejo adopta la Directiva sobre la tarjeta azul para atraer a trabajadores altamente cualificados*. Nota de prensa. Bruselas, 7 de octubre de 2021. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/10/07/legal-migration-council-adopts-blue-card-directive-to-attract-highly-qualified-workers/>
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Pacto europeo sobre inmigración y asilo*. Bruselas, 2008.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Programa de Estocolmo*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ajl0034>
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Programa de la Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea*. Bruselas, 2005. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XG0303\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XG0303(01)&from=ES)
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Recomendación (UE) 2020/912 del Consejo de 30 de junio de 2020 sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE y el posible levantamiento de dicha restricción*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32020H0912>
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA: *Informe 2/2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*. Madrid, 2019.
- CONSEJO EUROPEO: *Conclusiones del Consejo Europeo de 14 de diciembre de 2018*. Secretaria General del Consejo. Bruselas.
- CONSEJO EUROPEO: *Conclusiones del Consejo Europeo de 20 de junio de 2019*. Secretaria General del Consejo. Bruselas.
- CONSEJO EUROPEO: *Consejo Europeo de Tampere. Conclusiones de la presidencia. Una política de asilo y migración común de la Unión Europea*. Tampere, 1999.
- CONSEJO EUROPEO: Consejo Europeo, 20 y 21 de junio de 2019. Conclusiones. Bruselas. <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2019/06/20-21/>

- CORDERO ZÁRRAGO, E.: “30 años del acuerdo de Schengen”. *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 7/2015. Ed. Aranzadi.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros”, en la obra colectiva: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*. Coordinadores: María Emilia Casas, Federico Durán, Jesús Cruz. Ed. La Ley, Madrid, 2006.
- DE LUCAS MARTÍN, J.: “Superar el vínculo de nacionalidad: La potencialidad del artículo 15 de la DUDH”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 35, 2014.
- DE LUCAS, J.: “Capítulo VI. Políticas migratorias sin libertad de circulación. La UE, en guerra frente a la inmigración y el asilo”. En la obra colectiva: *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*. Coordinador: Liborio Luis Hierro. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.
- DE LUCAS, J.: “Una oportunidad perdida para la política de inmigración. La contrarreforma de la Ley 8/2000 en España”, en la obra colectiva: *Trabajadores migrantes*. Javier de Lucas, Salomé Peña, Ángeles Solanes. Ed. Germania, Valencia, 2001.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *La contribución de la inmigración a la economía española. Informe anual 2019*. Volumen II. Madrid. 2020.
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril”. *Revista de Estudios políticos (nueva época)*, núm. 163. Madrid. 2014.
- DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M.: *La Constitución Española. Textos y sinopsis de cada artículo*, art. 1.2 CE. <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=1&tipo=2>
- DIARIO EL PAÍS: *Trump retira a EEUU del pacto de la ONU sobre migración*. El País. 3 de diciembre de 2017. [https://elpais.com/internacional/2017/12/03/estados\\_unidos/1512328745\\_030954.html](https://elpais.com/internacional/2017/12/03/estados_unidos/1512328745_030954.html)
- DIARIO LA VANGUARDIA: “Hungria amenaza con abandonar el Pacto sobre Migración”. *La Vanguardia*. 31 de enero de 2018. <https://www.lavanguardia.com/vida/20180131/44432567939/hungria-amenaza-con-abandonar-el-pacto-sobre-migracion-de-la-onu.html>

- DIARIO PUBLICO: “La ultraderecha tiñe el mapa de Europa: está en cinco gobiernos y 22 parlamentos de la UE”. *Diario Público*. 21 de enero de 2020. <https://www.publico.es/internacional/politica-europea-ultraderecha-tine-mapa-europa-5-gobiernos-22-parlamentos-paises-ue.html>
- DOUE: *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales* (2007/C303/02), de 14/12/2007. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32007X1214%2801%29>
- El diario de Ferran Camas. *Agenda Europea de Migraciones cuatro años después*. Web del autor. <https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/Agenda+Europea+de+Migraciones+cuatro+a%C3%B1os+despu%C3%A9s./ia396>
- El Diario de Ferran Camas. *Agenda Europea de Migraciones cuatro años después*. 11/11/2019. <https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/Agenda+Europea+de+Migraciones+cuatro+a%C3%B1os+despu%C3%A9s./ia396>
- El Diario de Ferran Camas. *Octubre: repaso a 20 normativas, iniciativas políticas y resoluciones judiciales en materia social publicadas durante el mes*. 1/11/2020. <https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/octubre-normativas/ia452>
- El Diario de Ferran Camas. *Reseña sobre la Directiva 2014/36/UE: extranjeros temporeros*. 31/03/2014. [https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/Rese%C3%B1a+sobre+la+Directiva+2014%7C\\_%7C36%7C\\_%7CUE%3A+extranjeros+temporeros/ia86](https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/Rese%C3%B1a+sobre+la+Directiva+2014%7C_%7C36%7C_%7CUE%3A+extranjeros+temporeros/ia86)
- El Diario de Ferran Camas. *Septiembre: comentario a la normativa española y europea y a las sentencias judiciales en materia laboral, de protección social y de inmigración*. 30/09/2020. <https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/Septiembre%3A+Comentario+a+la+normativa+espa%C3%B1ola+y+europea+y+a+las+sentencias+judiciales+en+materia+laboral%2C+de+protecci%C3%B3n+social+y+de+inmigraci%C3%B3n/ia450>
- ELVIRA PERALES, A.: *Libertad de circulación de personas en la Unión Europea*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2017.

- ESPINAR VICENTE, J. M.; GUZMÁN PECES, M.: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*. Ed. Dykinson, S. L. Madrid, 2017.
- ESPINOSA CALABUIG, R.: “El trabajador extranjero en España”, en la obra colectiva: *Nacionalidad y extranjería*. Director: Enrique Fernández Masiá. Ed. Tirant lo Blanc. Valencia, 2018.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Artículo 33. Régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado”, en la obra colectiva: *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social*. Dirección y Coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fernández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares. Granada, 2012.
- ESTEVE PARDO, J.: *La actividad de la Administración*, Ed. UOC, Barcelona, 2016.
- ETUC: *Unions refer first exploitation cases to new European Labour Authority for investigation*. <https://www.etuc.org/en/pressrelease/unions-refer-first-exploitation-cases-new-european-labour-authority-investigation>
- EUR-LEX: *La Haya: 10 prioridades para los próximos cinco años*. Acces to European Union Lax. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A116002>
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Artículo 1- Dignidad Humana. <https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/1-dignidad-humana>
- FAJARDO DEL CASTILLO, T.: “El Pacto mundial por una migración segura, ordenada y regular: un instrumento de soft law para una gestión de la migración que respete los derechos humanos”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 38, diciembre 2019.
- FELLER, E.; VOLKER, T.; NICHOLSON, F.: *Protección de los refugiados en el derecho internacional*. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional. Ed. Icaria, Barcelona, 2010.
- FERNÁNDEZ ASPERILLA, A. I.: “La mitad de los españoles que emigraron durante el franquismo lo hicieron de forma irregular”. *El diario.es*. 30 de enero de 2019. [https://www.eldiario.es/sociedad/inmigracion-franquismo-historia-xenofobia\\_128\\_1732181.html](https://www.eldiario.es/sociedad/inmigracion-franquismo-historia-xenofobia_128_1732181.html)

- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 38 ter. Residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados”, en la obra colectiva: *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. Dirección y Coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fenández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, Granada, 2012.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Los profesionales altamente cualificados en el derecho migratorio”. *Revista de Justicia Laboral*, núm. 55/2013, Ed. Lex. Nova.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M<sup>a</sup> B.: “Comentario al artículo 39 de la Ley de Extranjería”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Ley de extranjería y su nuevo Reglamento*. Director: Faustino Cavas. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M<sup>a</sup> B.: “Régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros en España”, en la obra colectiva: *Tratado de Extranjería. Aspectos Civiles, Penales, Administrativos y Sociales*. Coordinador: Alberto Palomar. Ed. Aranzadi, Navarra, 2020.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M<sup>a</sup>.B.: “Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España”, en la obra colectiva: *Tratado de Extranjería. Aspectos Civiles, Penales, Administrativos y Sociales*. Coordinador: Alberto Palomar. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Adquisición de la nacionalidad española”, en la obra colectiva: *Nacionalidad y Extranjería*. Director: Enrique Fernández. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Artículo 35. Procedimiento y requisitos”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.
- FINOTELLI, C.: “Objetivo 5: Aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular”, en la obra colectiva: *El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*. Editores: Lorenzo Cachón, María Aysa-Lasta. Ed. Hacer. 2019.
- GALA DURÁN, C.: *Desplazamientos transnacionales de trabajadores por parte de sus empresas fuera de la Unión Europea: aspectos de Seguridad Social*. Blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Nuevos retos del mercado laboral: pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento. Noviembre de 2020.

<http://grupo.us.es/iwpr/2020/11/23/desplazamientos-transnacionales-de-trabajadores-por-parte-de-sus-empresas-fuera-de-la-union-europea-aspectos-de-seguridad-social/>

- GARCÍA MURCIA, J.; CEINOS SUÁREZ, A.: “Artículo 51. Procedimiento”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos Quintana. Coordinadora: Gloria P. Rojas Rivero. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.

- GERONIMI, E.: *Acuerdos bilaterales de migración de mano de obra: modo de empleo. Estudios sobre migraciones laborales*. Ed. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2004.

- GIMÉNEZ BACHMAN, M: “El trabajador extranjero en España”, en la obra colectiva: *Nacionalidad y extranjería*. Directores: Carmen Parra, Marc Giménez. Ed. Huygens, Barcelona, 2016.

- GOBIERNO DE ESPAÑA, INJUVE: Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. 26/03/2021. <http://www.injuve.es/europa/noticia/nuevo-programa-erasmus-2021-2027>

- GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030: Objetivo 4. Educación de calidad. <https://www.agenda2030.gob.es/objetivos/objetivo4.htm>

- GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES.: *60 aniversario del primer acuerdo sobre emigración firmado por España con la RFA*. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. [https://www.inclusion.gob.es/cartaespana/es/noticias/Noticia\\_0575.htm](https://www.inclusion.gob.es/cartaespana/es/noticias/Noticia_0575.htm)

- GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DEL INTERIOR: *Avance de datos de protección internacional, aplicación del Reglamento de Dublín y reconocimiento del estatuto de apátrida*. [http://www.interior.gob.es/documents/642012/9639326/Avance\\_datos\\_proteccion\\_internacional\\_2018\\_12\\_31.pdf/e5eb6d13-6552-4269-b4b0-33f87a0ccf1c](http://www.interior.gob.es/documents/642012/9639326/Avance_datos_proteccion_internacional_2018_12_31.pdf/e5eb6d13-6552-4269-b4b0-33f87a0ccf1c)

- GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DEL INTERIOR: *Guía de documentos para saharauis*. Colección archivo general serie guías de fuentes. Ed. Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior. 2013. [http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201237/Guia\\_de\\_documentos\\_para\\_saharauis\\_126130633.pdf/e9c5887f-4e62-456a-9718-a893cf3879e2](http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201237/Guia_de_documentos_para_saharauis_126130633.pdf/e9c5887f-4e62-456a-9718-a893cf3879e2)

- GOBIERNO DE ESPAÑA, SEPIE: *YGCA. Young Generation as Change Agents. Generaciones Jóvenes como Agentes del Cambio*. Ministerio de Universidades. <http://www.sepie.es/ygca/index.html>
- GOBIERNO DE ESPAÑA: AECID. Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. <https://www.aecid.es/ES/becas-y-lectorados/convocatorias-maec-aecid/becas-para-pa%C3%ADses-socios-de-am%C3%A9rica-latina-%C3%A1frica-y-asia>
- GOBIERNO DE ESPAÑA: *Comunicado conjunto entre España y las Naciones Unidas: colaborar para el desarrollo sostenible*. Gobierno de España, Naciones Unidas, 2019.
- GOBIERNO DE ESPAÑA: *Informe de Progreso. La implementación de la Agenda 2030 en España*. 2019.
- GOBIERNO DE ESPAÑA: *La Agenda del Cambio. Hacia una Economía Inclusiva y Sostenible*. 2019.
- GOBIERNO DE ESPAÑA: *Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030. Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible*. 2018.
- GOBIERNO DE ESPAÑA: *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: España Puede*. <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Paginas/plan-de-recuperacion.aspx>
- GOERLICH PESET, J.M. “Artículo 39. Gestión colectiva de contrataciones en origen”, en la obra colectiva: *Comentario a la Ley y el Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. Dirección y Coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fernández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, Granada, 2012.
- GOIG MARTÍNEZ, J.M.: “La política común de inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los Tratados de Roma (o la historia de un fracaso)”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, núm. 32, 2017.
- GOIG MARTÍNEZ, J.M.: *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional jurisprudencial y legislativa*. Ed. Universitas Internacional S.L. Madrid, 2004.
- GÓMEZ ORTEGA, S.: *La protección social de los trabajadores extranjeros*. Ministerio de Trabajo y asuntos sociales. Expediente FIPROS-2006/94. Universidad Pablo de Olavide.
- GONZALEZ ENRÍQUEZ, C.: “Luces y sobras en la integración de los migrantes en España”. *Real Instituto Elcano*. 2016.

[http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari38-2016-gonzalez-enriquez-luces-sombras-integracion-migrantes-espana](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari38-2016-gonzalez-enriquez-luces-sombras-integracion-migrantes-espana)

- GRANT, S.: “Consular protection, Legal Identity and Migrants’ Rights: Time for Convergence?”. *LSE’s Middle East Centre Blog*. 17/03/2019. <https://blogs.lse.ac.uk/mec/2019/05/17/consular-protection-legal-identity-and-migrants-rights-time-for-convergence/>

- GUILD, E.: *Security and migration in the 21 st. Century*. Polity Press, Cambridge, 2009.

- GUTERRES, A.: *Con la expansión de la COVID-19, debemos inmunizar a las sociedades contra el virus del odio*. Naciones Unidas, 8/05/2020. <https://news.un.org/es/story/2020/05/1474042>

- GUTERRES, A.: *Lanzamiento de la campaña “verificado”. La información veraz salva vidas*. Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/informacion-veraz-salva-vidas>

- GUTIÉRREZ CASTILLO, VL.: *Espacio de libertad, seguridad y justicia*. Introducción al derecho de la Unión Europea. Ed. UOC, Barcelona, 2015.

- HERRERA, M. J.: “Pacto mundial para la migración a debate”. *Revista tiempo de paz*, núm. 135, 2019. <http://revistatiempodepaz.org/revista-135/>

- HOLZMAN, R.: “La portabilidad de las prestaciones sociales a través de las fronteras”. *Iza World of Labor*. Octubre 2018. <https://wol.iza.org/articles/the-portability-of-social-benefits-across-borders/long>

- HUMANITARIAN CORRIDORS: *Corredores humanitarios: los procedimientos de implementación para su extensión a escala europea*. Humanitarian Corridors-Uspscale a promising practice for clearly linked predeparture and post-arrival support of resettled people-AMIF-2016-AG-INTE. 2019. [https://www.humanitariancorridor.org/wp-content/uploads/2019/12/REPORT\\_ESP\\_WEB.pdf](https://www.humanitariancorridor.org/wp-content/uploads/2019/12/REPORT_ESP_WEB.pdf)

- IGLESIAS BERLANGA, M.: *Competencias. Introducción al Derecho de la UE*. Ed. UOC, 2018.

- INICIATIVA GLOBAL PARA EL PATROCINIO DE REFUGIADOS: <https://refugeesponsorship.org/es>



- INNERARITY GRAU, D.: “¿Qué es eso de la gobernanza?”. *Revista Tiempo de Paz*. Ed. Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, núm. 100, 2011.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Esperanza de vida*. [https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INESeccion\\_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout)
- INTERNATIONAL DETENTION COALITION: *Existen alternativas. Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes*. Melbourne, 2011.
- INTERPOL: *Tráfico ilícito de migrantes*. <https://www.interpol.int/es/Delitos/Trafico-ilicito-de-migrantes>
- IZQUIERDO SANS, C.: “Artículo 13”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo 1. Directores: Miguel Rodríguez-Piñero, María Emilia Casas. Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y derecho internacional privado”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Ed. Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, núm. 35, junio 2018.
- JOVER GÓMER-FERRER, R.; ORTEGA CARBALLO, C.; RIPOL CARULLA, S.: *Derechos Fundamentales de los extranjeros en España*. Ed. Lex Nova, 2010.
- KAHALE CARRILLO, DJAMIL TONY.: “Las diferencias entre la concesión del derecho de asilo y la autorización de permanencia por razones humanitarias”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 32/2013, Ed. Aranzadi.
- KÄLIN WALTER: “La Iniciativa Nansen: crear consenso sobre el desplazamiento en el contexto de los desastres”. *Revista Migraciones Forzadas*, núm. 49, junio 2015. <https://www.fmreview.org/es/cambioclimatico-desastres/kaelin>
- LA MAR DE ONUBA: “Orden Gecco: el sector de los frutos rojos señala al Gobierno como único responsable de las irregularidades en la contratación en origen”. *Revista onubense de actualidad, cultura y debate*. 13 de febrero de 2020. <http://revista.lamardeonuba.es/orden-gecco-el-sector-de-los-frutos-rojos-senala-al-gobierno-como-unico-responsable-de-las-irregularidades-en-la-contratacion-en-origen/>

- LA MAR DE ONUVA: “Contratación en origen de temporeras marroquíes: ¿fraude masivo o caos administrativo?” *Revista onubense de actualidad, cultura y debate*. 11 de febrero de 2020. <http://revista.lamardeonuba.es/contratacion-en-origen-de-trabajadoras-marroquies-fraude-masivo-o-caos-administrativo/>
- LA SPINA, E: “¿Sistema de cuotas y/o patrocinio privado? La acogida de las personas refugiadas en la UE y Canadá”, en la obra colectiva: *Anuario CIDOB de la Inmigración*. Coordinadores: Francesc Fàbregues, Oriol Farrés. Barcelona, 2019.
- LABORATORIO MUNDIAL DE LA MIGRACIÓN DE LA CRUZ ROJA Y LA MEDIA LUNA ROJA: ¿Confinados y excluidos? *Por qué el acceso a los servicios básicos para los migrantes es fundamental para nuestra respuesta y recuperación ante el COVID-19. Informe del Laboratorio Mundial de la Migración de la Cruz Roja y la Media Luna Roja*. Ed. Laboratorio Mundial de la Migración de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, en la Cruz Australiana. 2021. <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/SP-RCRC-Global-Migration-Lab-Locked-down-left-out-COVID19.pdf>
- LARA AGUADO, A.: “Artículo 34. Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados”, en la obra colectiva: *Comentarios a la ley de extranjería y su reglamento*. Director: Faustino Cavas. Ed. Aranzadi, Madrid, 2011.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F.: “Visas humanitarias: al menos una vía legal para los perseguidos”. *Blogs el Periódico*. 27/03/2017. <http://blogs.elperiodico.com/lo-que-europa-decide/2017/03/27/visas-humanitarias-al-menos-una-via-legal-para-los-perseguidos>
- LÓPEZ INSUA, B. del M.: “La recuperación de la universalidad de la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio”. *Revista jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social*, núm. 1/2019. Ed. UPO, Sevilla.
- LÓPEZ INSUA, B. M.: “La complejidad jurídica de las relaciones *au pair* en los países de nuestro entorno: ¿abuso u oportunidad? en tiempos de crisis. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, Ed. Iustel, 2018.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7/2004, núm. 8/2004, Ed. Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor.

- M. SÁNCHEZ V.: “Refugiados, asilo, protección subsidiaria y temporal (I)”, en la obra colectiva: *Nacionalidad y extranjería*. Directores: Carmen Parra, Marc Giménez. Ed. Huygens, Barcelona, 2016.
- MALDONADO VALERA, C.; MARTÍNEZ PIZARRO, J.; MARTÍNEZ, R.: *Protección social y migración. Una mirada desde las vulnerabilidades a lo largo del ciclo de la migración y de la vida de las personas*. Ed. CEPAL (Naciones Unidas), Agencia Alemana de Cooperación, 2018.
- MARCHAL ESCALONA, N.: “Artículo 43. Trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Ley de extranjería y su nuevo Reglamento*. Director: Faustino Cavas. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011.
- MARÍN CONSARNAU, D.: “El derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países que residen en España”, en la obra colectiva: *Nacionalidad y extranjería*. Directores: Carmen Parra, Marc Giménez. Ed. Huygens. Barcelona, 2016.
- MARTÍN ARRIBAS, J.J.; SUÁREZ MALAXECHEVARRÍA, A.: “El derecho de asilo y la protección subsidiaria: reflexiones sobre las aportaciones de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 43/2016. Ed. Aranzadi, 2016.
- MARTÍN PUEBLA, E.: *Hacia una política común de inmigración laboral en la Unión Europea*. Ed. Comares, Granada, 2015.
- MARTÍN SANZ, L. V.: *Movilidad Extranjería y nacionalidad*. Ed. Centro de Estudios Financieros, 2020.
- MARTÍN VILLEGAS, A.: “El derecho de reagrupación familiar en España. Retos y perspectivas”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 38/2015, Ed. Aranzadi, S.A.U.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *La inmigración y el asilo en Europa. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*. ED. Colex, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ ASO, M.: *La eficacia de la protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros*. Tesis doctoral, 2013.

- MERCADER UGUINA, J.R.: “Artículo 23. Actos discriminatorios”, en la obra colectiva: *Comentario a la Ley y el Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. Dirección y Coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fernández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, Granada, 2002.
- MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Informe sobre la aplicación de la Sección de Movilidad Internacional de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a os emprendedores y a su internacionalización*. Gobierno de España. [http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/UnidadGrandesEmpresas/ley\\_14\\_2013/documentacion/Informe\\_anual\\_de\\_la\\_Seccion\\_de\\_Movilidad\\_de\\_la\\_ley\\_14\\_2013.pdf](http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/UnidadGrandesEmpresas/ley_14_2013/documentacion/Informe_anual_de_la_Seccion_de_Movilidad_de_la_ley_14_2013.pdf)
- MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: *Memoria abreviada del análisis de impacto normativo del proyecto de orden TMS//2018, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2019*. Secretaría de Estado de Migraciones. Madrid, 2018. [http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/participacion/historico/informacionpublica/2018/Orden\\_11\\_20181124\\_MAIN\\_gabinete\\_seie.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/participacion/historico/informacionpublica/2018/Orden_11_20181124_MAIN_gabinete_seie.pdf)
- MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: *Preguntas frecuentes sobre la Ley 14/2013*. Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos. [http://extranjeros.inclusion.gob.es/es/UnidadGrandesEmpresas/ley14\\_2013/documentacion/preguntas\\_frecuentes\\_30\\_09\\_2016.pdf](http://extranjeros.inclusion.gob.es/es/UnidadGrandesEmpresas/ley14_2013/documentacion/preguntas_frecuentes_30_09_2016.pdf)
- MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN: *Hoja informativa nº 24 sobre movilidad de titulares de una tarjeta azul-UE expedida en otro Estado miembro de la Unión Europea, de 1 de junio de 2011*. Subdirección General de gestión de la inmigración.
- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Criterios de aplicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. <http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/UnidadGrandesEmpresas/documentos/2019/CriteriosAplicacionLey14-2013Sellado.pdf>
- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Instrucciones DGM 1/2018 sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2016/801: autorización de residencia al estudiante para la búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial*. Dirección General de Migraciones. 21 de diciembre de 2018.

[http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones\\_sgie/documentos/2018/busqueda\\_de\\_empleo.pdf](http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2018/busqueda_de_empleo.pdf)

- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Instrucciones DGM 2/2018 sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2016/801/UE: estudiantes*. Dirección General de Migraciones. 21 de diciembre de 2018.

- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Instrucciones DGM 3/2018 sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2016/801/UE: investigadores*. 21 de diciembre de 2018.  
[http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones\\_sgie/documentos/2018/investigadores.pdf](http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2018/investigadores.pdf)

- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Instrucciones DGM 4/2018 sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la directiva 2016/801/UE: prácticas*. Dirección General de Migraciones. 21 de diciembre de 2018.

- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: *Red Eures (European Employment Services)*. Servicio de Empleo Público Estatal. 2019.  
[https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que\\_es\\_el\\_sepe/convocatorias/Temarios/2019/Oposiciones-Escala-Tecnica-Gestion-OOAA-Empleo/Temas/Tema-44-.pdf](https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/convocatorias/Temarios/2019/Oposiciones-Escala-Tecnica-Gestion-OOAA-Empleo/Temas/Tema-44-.pdf)

- MINISTERIO DEL INTERIOR: *OAR Oficina de asilo y refugio. Asilo en cifras 2019*. Subsecretaría del Interior, Dirección General de Política Interior, Subdirección General de Protección Internacional, Oficina de Asilo y Refugio. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, 2020.  
[http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201562/Asilo\\_en\\_cifras\\_2019\\_126150899.pdf/15f04b97-06e9-4ab0-ba20-7d90ebec1f13](http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201562/Asilo_en_cifras_2019_126150899.pdf/15f04b97-06e9-4ab0-ba20-7d90ebec1f13)

- MIÑARRO YANINI, M.: “Excelencia económica e inmigración femenina: la explotación de temporeras del oro rojo”. *Revista CEF*. núm. 427, 2018, p. 427.

- MIÑARRO YANINI, M.: “Hacia una transición ecológica justa en el ámbito de las relaciones de trabajo y la inmigración”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 451, octubre, 2020. <https://www.laboral-social.com/transicion-ecologica-justa-ambito-relaciones-trabajo-inmigraci%C3%B3n-rtss-cef-editorial-minarro-yanini.html>

- MIÑARRO YANINI, M.: “La inmigración codiciada: el cauce de entrada y permanencia por interés económico”. *Revista Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 31, 32/2017. Ed. La Ley.
- MIÑARRO YANINI, M.: *La dimensión social del Derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio-laboral de los “refugiados”*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2018.
- MOLINA GARCÍA, M.: “Artículo 54. Renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.
- MOLINA MARTÍN, M. A.: *La movilidad geográfica internacionales de trabajadores. Régimen jurídico-laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero*. Tesis doctoral, 2009.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La dimensión socio-laboral del pretendido, ¿o pretencioso?-nuevo “Estatuto promocional del emprendedor”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 369/2013.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto competencial en las materias de empleo, trabajo y protección social”. *Revista Trabajo y Seguridad Social*, núm. 83, 2006.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Pasión reformadora sociolaboral y estés de cierre legislativo (I): más autoempleo y emprendimiento social”. *RTSS. CEF*, núm. 391, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *La dignidad del Trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*. Ed. Laborum, Murcia, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; LÓPEZ INSUA, B. del M.: “Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6/2019. Ed. BOE. Madrid.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “Artículo 10. Derecho al Trabajo y a la Seguridad Social”, en la obra colectiva: *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social*. Dirección y Coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fernández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, Granada, 2012.

- MONEREO PERÉZ, J.L.: “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. Núm. 34/2013, Ed. Aranzadi, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Refugiados y derechos humanos: el estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Ed. Aranzadi, núm. 194/2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “El modelo de política jurídica de inmigración y mercado de trabajo en España”. *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, núm. 29/2012, Ed. Lex Nova.
- MONTILLA MARTOS, J.A.: “El derecho a la reagrupación familiar”, en la obra colectiva: *Los derechos de los inmigrantes en España*. Coordinador: Eliseo Aja. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MONTOYA MEDINA, D.: “El despido del trabajador extranjero en situación irregular”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184/2016. Ed. Aranzadi, S.A.U.
- MORA CABELLO DE ALBA, L.: “El estatuto jurídico multinivel del trabajador migrante”, en la obra colectiva: *Inmigración: retos para el derecho en el siglo XXI*. Directora: María Victoria Cuartero. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.
- MORA CABELLO DE ALBA, L.: “El estatuto jurídico multinivel del trabajador migrante”, en la obra colectiva: *Inmigración: retos para el derecho en el siglo XXI*. Directora: María Victoria Cuartero. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.
- MORENO VIDA, M<sup>o</sup>.N.: “Artículo 36. Autorización de residencia y trabajo”, en la obra colectiva: *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*. Dirección y coordinación: José Luis Monereo, José Antonio Fernández, Luis Ángel Triguero. Ed. Comares, 2<sup>a</sup> Edición, Granada, 2012.
- MORGADES GIL, S.: “Refugiado”. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10/2016.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Tomo XIV. Ed. Agencia Estatal Boletín oficial del Estado, Madrid, 2015.

- MUÑOZ SÁNCHEZ, A.: “Una introducción a la historia de la emigración española en la República Federal de Alemania (1960-1980)”. *Revista iberoamericana. América Latina, España, Portugal*, núm. 46/2012.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad*. Informe del Secretario General, 19 Diciembre 2013, A/HRC/25/28. <https://www.refworld.org/es/docid/52f8d1fa4.html>
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: *Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad*. Informe del Secretario General. 2011, A/HRC/19/43. <https://undocs.org/es/A/HRC/19/43>
- NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO: Comunicado de prensa del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. *Sus vidas corren peligro a menos que las condiciones de los trabajadores migrantes estacionales de España mejoren rápidamente*. Ginebra, 2020. <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26122&LangID=S>
- NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO: Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston, sobre la conclusión de su visita oficial a España, 27 de enero – 7 de febrero de 2020. <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25524&LangID=S>
- NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO: *España: pasarse la pelota en el tema de los trabajadores migrantes víctimas de explotación debe terminar*. Comunicado de prensa del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. Ginebra, 2020. <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26007&LangID=S>
- NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO: *Migración y derechos humanos. Mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional*. 2013. [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR\\_improvingHR\\_ReporsPt.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR_improvingHR_ReporsPt.pdf)



- NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO: *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y trata de personas*. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Traffickingsp.pdf>
- NACIONES UNIDAS: “La cifra de migrantes internacionales crece más rápido que la población mundial”. *Naciones Unidas, 17 de septiembre de 2019*. <https://news.un.org/es/story/2019/09/1462242>
- NACIONES UNIDAS: “La ONU confirma su respaldo al Pacto Mundial de Migración en la Asamblea General”. <https://news.un.org/es/story/2018/12/1448301>
- NACIONES UNIDAS: “No vengán, los regresaremos a sus países, dice Trump a los migrantes desde la Asamblea General”. Noticias ONU. 24 de septiembre de 2019. <https://news.un.org/es/story/2019/09/1462662>
- NACIONES UNIDAS: *Apátridas: sin derecho a tener derechos*. Noticias ONU. 13 de noviembre de 2018. <https://news.un.org/es/story/2018/11/1445531>
- NACIONES UNIDAS: *Datos sobre migración*. <https://www.un.org/es/global-issues/migration>
- NACIONES UNIDAS: *Defender el derecho internacional. ¿Qué es el derecho internacional?* <https://www.un.org/es/our-work/uphold-international-law>
- NACIONES UNIDAS: *El retorno de millones de migrantes por el coronavirus puede provocar una nueva crisis en sus propias naciones*. 24/06/2020. <https://news.un.org/es/story/2020/06/1476452>
- NACIONES UNIDAS: *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2016*. 2016. [https://unstats.un.org/sdgs/report/2016/the%20sustainable%20development%20goals%20report%202016\\_spanish.pdf](https://unstats.un.org/sdgs/report/2016/the%20sustainable%20development%20goals%20report%202016_spanish.pdf)
- NACIONES UNIDAS: *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020*. 2020. [https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020\\_Spanish.pdf](https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020_Spanish.pdf)
- NACIONES UNIDAS: *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos acerca de su visita a España*. Ginebra, 2020. <https://undocs.org/es/A/HRC/44/40/Add.2>

- NACIONES UNIDAS: *International migrant stock 2019*. The dataset presents estimates of international migrant by age, sex and origin. Estimates are presented for 1990, 1995, 2000, 2005, 2010, 2015 and 2019 and are available for all countries and areas of the world. The estimates are based on official statistics on the foreign-born or the foreign population. Naciones Unidas. <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates19.asp>
- NACIONES UNIDAS: *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*. Naciones Unidas. Asamblea General Proyecto de Documento final de la Conferencia. 30 de julio de 2018. <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>
- NACIONES UNIDAS: *Proyecto de documento final de la Conferencia. Nota de la presidencia de la Asamblea General*. A/CONF.231/3. 30 de julio de 2018. <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>
- NACIONES UNIDAS: *Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. 3 de octubre de 2016. A/res/71/1. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10793.pdf>
- NACIONES UNIDAS: *Resolución aprobada por la Asamblea General el 24 de diciembre de 2017. Modalidades para la Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*. 22 de enero de 2018. A/RES/72/244. <https://undocs.org/es/A/Res/72/244>
- NACIONES UNIDAS: Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. A/RES/70/1. [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S)
- NACIONES UNIDAS: *Resolución aprobada por la Asamblea General el 6 de abril de 2017. Modalidades para las negociaciones intergubernamentales del pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular*. Asamblea General de las Naciones Unidas. A/RES/71/280. 17 de abril de 2017. <https://undocs.org/sp/A/RES/71/280>
- NACIONES UNIDAS: *Reuniones de alto nivel del 68º período de sesiones de la Asamblea General. 3 y 4 de octubre de 2013- Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo: "Conseguir que la migración funcione"*. <https://www.un.org/es/ga/68/meetings/migration/>

- NACIONES UNIDAS: *Sin trabajos ni remesas, los migrantes latinoamericanos y sus familias pasan hambre en la pandemia*. Noticias ONU. 10/11/2020. <https://news.un.org/es/story/2020/11/1483852>
- NACIONES UNIDAS: *Verificado*. <https://shareverified.com/es/>
- NAVARRO, V.: *El Estado del Bienestar en España*. Libro basado en las ponencias presentadas en el Seminario “El Estado de Bienestar en España”, realizadas en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Barcelona, los días 18 y 19 de diciembre de 2003.
- NODAR MONTES, P.: “El derecho de asilo: el asilo territorial”. *Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 290, 1997.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Artículo 35”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I. Directores: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, María Emilia Casas Baamonde. Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid. 2018.
- OCDE: *Indicators of Immigrant Integration 2015: Settling In. En España, la lucha de los inmigrantes y sus hijos para integrarse es particularmente difícil*, según un informe de la OCDE. Nota de prensa. Julio 2015. <https://www.oecd.org/els/mig/press-note-Espana.pdf>
- OLESTI RAYO, A.: *Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración*. Blog del autor. <https://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/01AndreuOlestiRayo.htm>
- OPEN ARMS: *Open Arms. Lifeguard. Sea Rescue*. <https://www.openarms.es/es>
- ORDÓÑEZ ECHEVERRÍA, J.J.: *Derecho de extranjería (II): autorizaciones y sanciones*. Ed. UOC, 2018.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D.: “El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 119, 2003.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *El rol de los sindicatos en el ámbito de la migración laboral*. Ginebra, 2014.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: “La OIT advierte de una crisis en relación con los migrantes dentro de la crisis de la COVID-19”. 24/06/2020. [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_749000/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_749000/lang--es/index.htm)

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: “Nuevo acuerdo entre el ACNUR y la OIT para ayudar a las personas desplazadas a encontrar trabajo. 1 de julio de 2016”. [https://www.ilo.org/pardev/news/WCMS\\_495748/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/pardev/news/WCMS_495748/lang--en/index.htm)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Competencias profesionales para la migración y el empleo*. Competencias para el empleo. Reseña de políticas. Ed. OIT. Ginebra. 2018.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Educación Obrera para el Trabajo Decente*. Equipo Multidisciplinario de Trabajo Decente. Ginebra, 2014.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Entra en vigor el Convenio de la ONU sobre los derechos de los trabajadores migratorios*. 2003. [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS\\_075353/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_075353/lang--es/index.htm)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *ILO Global Estimates on International Migrant Workers. Result and Methodology*. Ginebra, 2018. [https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_652001/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_652001/lang--en/index.htm)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe de la Reunión tripartita de expertos sobre las actividades futuras de la OIT en el campo de las migraciones*. 1997.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular. Aportaciones de la Organización Internacional del Trabajo*. 6 de noviembre de 2017.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe Mundial sobre la Protección Social. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2017-2019*. Ginebra, 2017. [https://www.google.com/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_624890.pdf&ved=2ahUKEwj29tmhp7LwAhUIYsAKHZADBfsQFjABegQIABAB&usg=AOvVaw2cl-db6bHk-d\\_9GaJNR0tD](https://www.google.com/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_624890.pdf&ved=2ahUKEwj29tmhp7LwAhUIYsAKHZADBfsQFjABegQIABAB&usg=AOvVaw2cl-db6bHk-d_9GaJNR0tD)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe sobre el trabajo en el Mundo 2014. El desarrollo a través del empleo*. Resumen ejecutivo. Departamento de Investigaciones, 2014.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Las reglas de juego. Una introducción a la normativa de la Organización Internacional del Trabajo*. Edición del Centenario, Ginebra, 2019.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*. Ginebra. 2007.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Migración equitativa. Un programa de la OIT*. Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión. Ginebra. 2014.  
[https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/103/reports/reports-to-the-conference/WCMS\\_243900/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/103/reports/reports-to-the-conference/WCMS_243900/lang--es/index.htm)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Principios generales y directrices para la contratación equitativa y Definición de las comisiones de contratación y los gastos conexos*. Ed. OIT. Ginebra. 2019.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Promover una migración equitativa*. Estudio General sobre los instrumentos de los trabajadores migrantes. Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª reunión. 2016.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Protección social para los trabajadores migrantes: una respuesta necesaria a la crisis de la COVID-19*. Ed. OIT. Ginebra. 2020.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Proteger los derechos en el trabajo de los refugiados y otras personas desplazadas por la fuerza durante la pandemia de la COVID-19. Recomendaciones a formuladores de políticas y constituyentes*. 2020. Ginebra.  
[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms\\_750385.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_750385.pdf)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Readmisión*. División de Gestión de Inmigración y Fronteras de la OIM. 2020.  
[https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/DMM/IBM/2020/sp/readmission-sp.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/IBM/2020/sp/readmission-sp.pdf)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Revisión del plan de acción sobre la gobernanza de la migración laboral en el marco del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*. 335ª reunión, Ginebra, 14-18 de marzo de 2019.  
[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---)

[relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_673399.pdf&ved=2ahUKEwi4uba9stjwAhU9QUEAHZNsCFQQFjAAegQIDRAB&usg=AOvVaw3te72BDZZLb9AGeL-ZTqGQ](https://www.ilo.org/global/documents/meetingdocument/wcms_673399.pdf&ved=2ahUKEwi4uba9stjwAhU9QUEAHZNsCFQQFjAAegQIDRAB&usg=AOvVaw3te72BDZZLb9AGeL-ZTqGQ)

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Trabajadores migrantes. Selección de instrumentos pertinentes de la OIT*. Organización internacional del Trabajo. <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/migrant-workers/lang--es/index.htm>

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Trabajadores migrantes*. Informe de la Comisión de Expertos. Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión. Ginebra, 1999.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Countering xenophobia and stigma to foster social cohesion in the Covid-19 response and recovery*. IOM, Ginebra, julio 2020. [https://www.iom.int/sites/default/files/documents/countering\\_xenophobia\\_and\\_stigma\\_130720.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/documents/countering_xenophobia_and_stigma_130720.pdf)

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Detención de migrantes y alternativas a la detención*. División de Gestión de Inmigración y Fronteras de la OIM. OIM, 2020. [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/DMM/IBM/2020/sp/migration-detention-and-alternatives-to-detention-sp.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/IBM/2020/sp/migration-detention-and-alternatives-to-detention-sp.pdf)

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Documento temático para el Pacto Mundial. Reunificación familiar*. OIM. 2017. [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/ODG/GCM/IOM-Thematic-Paper-Family-Reunification-ES.pdf&ved=2ahUKEwjytqXF9ebwAhXb\\_rsIHQFuDq0QFjAAegQIBBAB&usg=AOvVaw38taLPQU-Is5Vveym4FEaQ](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/ODG/GCM/IOM-Thematic-Paper-Family-Reunification-ES.pdf&ved=2ahUKEwjytqXF9ebwAhXb_rsIHQFuDq0QFjAAegQIBBAB&usg=AOvVaw38taLPQU-Is5Vveym4FEaQ)

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Fortalecimiento de la cooperación internacional y la gobernanza de la migración con miras a la adopción de un Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular*. No. 27. Diálogo Internacional sobre la migración. Ginebra, 2017. [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/ICP/IDM/2017\\_IDM/IOM%20IDM%202017%20Spanish\\_14Nov17.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/ICP/IDM/2017_IDM/IOM%20IDM%202017%20Spanish_14Nov17.pdf)

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Gestión integrada de las fronteras*. División de gestión de Inmigración y Fronteras de la OIM. [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/DMM/IBM/2020/sp/integrated-border-management-sp.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/IBM/2020/sp/integrated-border-management-sp.pdf)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Glosario sobre migración*. Ginebra, 2019. <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Glosario sobre migración*. Ginebra, 2006. [https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_7\\_sp.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Glossary on Migration*. International Organization for Migration. Geneva, Switzerland, 2019 [https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_34\\_glossary.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Hacia un enfoque integrado de la reintegración en el contexto del retorno*. Ginebra. 2017. [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/DMM/AVRR/towards-an-integrated-approach-to-reintegration-spanish\\_final.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/AVRR/towards-an-integrated-approach-to-reintegration-spanish_final.pdf)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. Ginebra. 2019. <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *La migración en la Agenda 2030. Guía para profesionales*. 2018. <https://publications.iom.int/books/la-migracion-en-la-agenda-2030-guia-para-profesionales>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Lucha contra el tráfico ilícito de migrantes*, p. 1-2. [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/DMM/IBM/2020/sp/counter-migrant-smuggling-sp.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/IBM/2020/sp/counter-migrant-smuggling-sp.pdf)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Marco de Gobernanza sobre la Migración. Elementos esenciales para facilitar la migración y la movilidad de manera ordenada, segura, regular y responsable gracias a políticas migratorias planificadas y bien gestionadas*. Ginebra, 2016.



- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: OIM: la mayoría de las víctimas de la trata de personas a nivel internacional cruzan los puntos fronterizos oficiales”. 2018. <https://www.iom.int/es/news/oim-la-mayoria-de-las-victimas-de-la-trata-de-personas-nivel-internacional-cruzan-los-puntos>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: Portal de datos mundiales sobre la migración. Una perspectiva global. *Integración de los migrantes*. 24/09/2020. <https://migrationdataportal.org/es/themes/integracion-de-los-migrantes>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Portal de Datos Mundiales sobre la Migración*. Una perspectiva global. *Muertes y desapariciones de migrantes*. <https://migrationdataportal.org/es/themes/muertes-y-desapariciones-de-migrantes>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: Portal de Datos Mundiales sobre la Migración. Una perspectiva global. *Tráfico ilícito de migrantes*. <https://migrationdataportal.org/es/themes/trafico-ilicito-de-migrantes>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Portal de Datos Mundiales sobre la Migración*. *Muertes y desapariciones de migrantes*. <https://migrationdataportal.org/es/themes/muertes-y-desapariciones-de-migrantes>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Portal de Datos Mundiales sobre la Migración*. Organización Internacional para las Migraciones. Financiada por los Estados Miembros de la OIM, el Gobierno de Alemania, el Gobierno de Suiza. [https://migrationdataportal.org/es?%3F%3F%3F%3F%3Fi=stock\\_abs\\_&t=2020&i=stock\\_abs](https://migrationdataportal.org/es?%3F%3F%3F%3F%3Fi=stock_abs_&t=2020&i=stock_abs)
- 
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Portal de Datos Mundiales sobre la Migración*. *Remesas*. <https://migrationdataportal.org/es/themes/remesas>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Portal de Datos Mundiales sobre la Migración*. *Tráfico ilícito de migrantes*. <https://migrationdataportal.org/es/themes/trafico-ilicito-de-migrantes>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Portal de Datos sobre la Migración*. *Género y Migración*. <https://migrationdataportal.org/es/themes/genero-y-migracion>



- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Portal de Datos sobre la Migración. Trata de personas.* <https://migrationdataportal.org/es/themes/trata-de-personas>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: Portal de Datos Mundiales sobre la Migración. Una perspectiva global. *Trata de personas.* <https://migrationdataportal.org/es/themes/trata-de-personas>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: Portal de Datos Mundiales sobre la Migración. Una perspectiva global. *Remesas.* 13/04/2021. <https://migrationdataportal.org/es/themes/remesas>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Portal de Datos Mundiales sobre la Migración. Una perspectiva global. Índice de la Política de Migración Laboral.* [https://migrationdataportal.org/es?%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3Fi=stock\\_abs\\_&t=2010&i=impic\\_lab](https://migrationdataportal.org/es?%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3Fi=stock_abs_&t=2010&i=impic_lab)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: Portal de Datos Mundiales sobre la Migración. Una perspectiva global. *Género y Migración.* <https://migrationdataportal.org/es/themes/genero-y-migracion>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Portal de Datos Mundiales sobre la Migración. Índice de la Política de Migración Laboral.* [https://migrationdataportal.org/es?%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3Fi=stock\\_abs\\_&t=2010&i=impic\\_lab](https://migrationdataportal.org/es?%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3F%3Fi=stock_abs_&t=2010&i=impic_lab)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Reintegración. Enfoques eficaces.* Ginebra. 2015. [https://www.iom.int/sites/default/files/our\\_work/DMM/AVRR/reintegrationpositionpaper\\_FINAL\\_SP.PDF](https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/AVRR/reintegrationpositionpaper_FINAL_SP.PDF)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Travesías mortales. Volumen 4. Niños migrantes desaparecidos.* Suiza, 2019. <https://publications.iom.int/fr/system/files/pdf/fatal-journeys-4-es.pdf>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONALES PARA LAS MIGRACIONES: “Nuevas campañas en Centroamérica luchan contra la información migratoria falsa”. IOM. Noticias.

27/10/2020. <https://www.iom.int/es/news/nuevas-campanas-en-centroamerica-luchan-contrala-informacion-migratoria-falsa>

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *Datos estadísticos*. OMS. España. <https://www.who.int/countries/esp/es/>

- ORIHUELA CALATAYUD, E.: “El derecho a solicitar asilo: un derecho en fase terminal por las violaciones del derecho internacional”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 2003.

- OROZCO HERMOSO, M.: *Derecho de extranjería (I): Fuentes y regímenes*. Ed. UOC, 2018.

- PALAO MORENO, G: “Nacionalidad y Derecho Internacional Privado: los conflictos de nacionalidad”, en la obra colectiva: *Nacionalidad y Extranjería*. Director: Enrique Fernández. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- PALOMAR OLMEDA, A; VÁZQUEZ GARRANZO, J.: “El Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria”, en la obra colectiva: *Tratado de Derecho de Extranjería. Aspectos Civiles, Penales, Administrativos y Sociales*. Coordinador: Alberto Palomar. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.

- PALOMAR OLMEDA, A.: “La postestad sancionadora pública en materia de extranjería”, en la obra colectiva: *Tratado de Extranjería, Aspectos Civiles, Penales, Administrativos y Sociales*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2020.

- PARLAMENTO EUROPEO: *Avances con respecto al pacto mundial de las Naciones Unidas para una migración segura, ordenada y regular y al pacto mundial de las Naciones Unidas sobre los refugiados*. Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de abril de 2018, sobre los avances con respecto al pacto de las naciones Unidas para una migración segura, ordenada y regular y al pacto mundial de las Naciones Unidas sobre los refugiados. 18 abril de 2018. C 390/69. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IP0118&from=ES>

- PARLAMENTO EUROPEO: *Conclusiones de la presidencia*. Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000. [https://www.eurparl.europa.eu/summits/lis1\\_es.htm](https://www.eurparl.europa.eu/summits/lis1_es.htm)

- PARLAMENTO EUROPEO: *La evolución histórica de la integración europea. La evolución hacia el Acta Única Europea*. Fichas temáticas sobre la Unión Europea.

<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/2/la-evolucion-hacia-el-acta-unica-europea>

-

- PARLAMENTO EUROPEO: *La gestión de las fronteras exteriores*. Fichas temáticas sobre la Unión Europea. <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/153/la-gestion-de-las-fronteras-exteriores>

- PARLAMENTO EUROPEO: *La libre circulación de personas. Los derechos individuales y colectivos*. Fichas temáticas sobre la Unión Europea. <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>

- PARLAMENTO EUROPEO: *La política de asilo*. Fichas temáticas sobre la Unión Europea. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/151/la-politica-de-asilo>

- PARLAMENTO EUROPEO: *Libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios*. Fichas temáticas sobre la Unión Europea. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/40/la-libertad-de-establecimiento-y-la-libre-prestacion-de-servicios>

- PARRA RODRÍGUEZ, C. “Adquisición de la nacionalidad española”, en la obra colectiva: *Nacionalidad y extranjería*. Directores: Carmen Parra, Marc Giménez. Ed. Huygens, Barcelona, 2016.

- PEÑA OBIOL, S.: “La incorporación del inmigrante al mercado de trabajo desde la actual regulación española”, en la obra colectiva: *Derechos y libertades de los extranjeros en España*. Tomo II. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ed. Gobierno de Cantabria, 2003.

- PÉREZ AMORÓS, F.: “Medidas en el ámbito laboral y de seguridad social para paliar los efectos derivados de la COVID-19 en España”. *Revista Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 3.

- PÉREZ GONZALEZ, C.: “La gestión de las migraciones laborales: Derecho internacional y de la Unión Europea”, en la obra colectiva: *Tratado de Derecho de Extranjería. Aspectos Civiles, Penales, Administrativos y Sociales*. Coordinador: Alberto Palomar. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.

- PÉREZ MEDINA, D.: “La reapertura de la solicitud de asilo en el extranjero. A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de

<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15925-la-reapertura-de-la-solicitud-de-asilo-en-el-extranjero/>

- PÉREZ VERA, E.; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: “Artículo 13.4. El Derecho de Asilo”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I. Directores: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, María Emilia Casas Baamonde. Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid. 2018.

- POLO SÁNCHEZ, M.C.: “Artículo 96. De la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena”, en la obra colectiva *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.

- PUERTA VÍLCHEZ, J. M.: “Capítulo 7. Autorizaciones de residencia y trabajo”, en la obra colectiva: *Memento Experto Extranjería*. Coordinadores: Blas Jesús Imbroda, Carmen Ruiz. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2019.

- QUESADA SEGURA, R.: “La distinción entre “au pair” y la relación laboral al servicio del hogar familiar. Dos relaciones marginadas (Comentario a la STSJ de Castilla y León /Burgos de 18 de febrero de 1999”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 1999.

- RAMOS POLEY, L.: “Sobre los contratos de trabajo de los trabajadores extranjeros autorizados para trabajar al amparo de ofertas de temporada o campaña”, en la obra colectiva: *El Estatuto de los trabajadores 40 años después*. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ed. Ministerio de trabajo y Economía Social. Madrid, 2020.

- RAMOS QUINTANA, M. I.: “ El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica. Ponencia Temática II”, en la obra colectiva: *Derechos y libertades de los extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. TOMO I. Gobierno de Cantabria, 2003.

- RAMOS QUINTANA, M.: “Trabajadores extranjeros e integración social.” *Revista Temas laborales*, nº. 54, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2000.

- RAMOS QUINTANA, M.: *El trabajo de los extranjeros en España*. Ed. Tecnos. 1989, Madrid, p. 161.
- RAMOS QUINTANA, M.I.: “Acceso al mercado de trabajo y condiciones de trabajo de los inmigrantes en el contexto de la crisis económica”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, núm. 28/2011.
- RED DE ESTADOS DE LA INICIATIVA GLOBAL PARA EL PATROCINIO DE REFUGIADOS: *Declaración Ministerial Conjunta. Foro Mundial sobre los Refugiados 2019*. Ginebra, Diciembre de 2019.  
<http://refugeesponsorship.org/uploads/5dfb8dabe3cd5.pdf&ved=2ahUKEwjD4r2T89rwAhUNxoUKHV8oD0gQFjAAegQIABAB&usg=AOvVaw06pxA31nScmyJey-VuGQ4Q>
- RED EUROPEA DE MIGRACIÓN: *Determinación de las necesidades de mano de obra y de migración laboral de nacionales de terceros países en España. Estudio monográfico de la Red Europea de Migración 2015*. Ed. Punto Nacional de Contacto de la Red Europea de Migración en España. 2015.
- RED EUROPEA DE MIGRACIÓN: *Informe anual 2014 de políticas de inmigración y asilo*. Red Europea de Migración. Punto de contacto nacional. Madrid, 2014.  
[http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/redeuropeamigracion/Informe\\_Anuar\\_Politiclas\\_Inmigracion\\_Asilodoc\\_2014/Informe\\_Anuar\\_de\\_Politiclas\\_de\\_Inmigracion\\_y\\_Asilodoc\\_2014\\_ES.pdf](http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/redeuropeamigracion/Informe_Anuar_Politiclas_Inmigracion_Asilodoc_2014/Informe_Anuar_de_Politiclas_de_Inmigracion_y_Asilodoc_2014_ES.pdf)
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*. Ed. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Madrid, núm. 132, 2017.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El derecho al trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, en la obra colectiva: *Derechos y libertades de los extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ed. Gobierno de Cantabria, 2003.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo.” *Revista Temas laborales*, nº. 59, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2001.

- ROJO TORRECCILLA, E.: “Artículo 77. Contingente de trabajadores extranjeros”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.
- ROJO TORRECILA, E.: “Artículo 78. Contenido del contingente”, *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.
- ROJO TORRECCILLA, E.; CAMAS RODA, F.: “Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas”. *Revista Temas Laborales*, núm. 104, 2010.
- ROJO TORRECCILLA, E.: “Inmigración y derechos humanos: retos y perspectivas”. *Ed. Jueces para la democracia*, nº 44, 2002.
- ROJO TORRECCILLA, E.: *La política laboral a debate en el Parlamento Europeo*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 17/10/2019. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/10/la-politica-laboral-debate-en-el.html>
- ROJO TORRECCILLA, E.: *Aproximación al contenido de interés laboral del Proyecto de Reglamento de Extranjería. La residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena (I)*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 13 de febrero de 2011. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2011/02/aproximacion-al-contenido-de-interes.html>
- ROJO TORRECCILLA, E.: *El contenido laboral del nuevo Reglamento de extranjería (I)*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 23 de abril de 2011. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2011/04/el-contenido-laboral-del-nuevo.html>
- ROJO TORRECCILLA, E.: *La política laboral a debate en el Parlamento Europeo*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 17/10/2019. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/10/la-politica-laboral-debate-en-el.html>
- ROJO TORRECCILLA, E.: *Las competencias en materia de inmigración en la sentencia del TC sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 24 de agosto 2010. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2010/08/las-competencias-en-materia-de.html>

- ROJO TORRECILLA, E.: *Nuevas reflexiones sociales y apuntes jurídicos (europeo y estatal) sobre la inmigración, con propuestas de actuación*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 15 de abril de 2014: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/04/nuevas-reflexiones-sociales-y-apuntes.html>
- ROJO TORRECILLA, E.: *Reforma de la normativa de extranjería. La problemática de los menores no acompañados y de los jóvenes extutelados. Texto comparado de los artículos del RD 557/2011 de 30 de abril modificados por el RD 903/2021 de 19 de octubre*. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. 20/10/2021. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/10/reforma-de-la-normativa-de-extranjeria.html>
- ROJO TORRECILLA, E.: *Sigamos hablando de la inmigración (antes, durante y después del Covid-19). Lecturas recomendadas (y una nota previa)*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 10 de abril de 2020. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/04/sigamos-hablando-de-la-inmigracion.html>
- ROJO TORRECILLA, E.: *Trabajo decente, trabajo doméstico, población migrante. El nuevo y cambiante mundo del trabajo*. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Blog del autor. 11 de diciembre de 2018. [http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/12/trabajo-decente-trabajo-domestico\\_11.html](http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/12/trabajo-decente-trabajo-domestico_11.html)
- RUEDA VALDIVIA, R.: “Artículo 33. Régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado”, en la obra colectiva: *Comentario a la ley d extranjería y su nuevo reglamento*. Director: F. Cavas. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.
- RUIZ DE HUIDOBRO, J. M.: “Notas sobre el proceso de reforma legislativa en materia de extranjería e inmigración”. *Revista migraciones*, núm. 4/1998.
- RUIZ SUTIL, C.: “Comentario al artículo 31 de la Ley de Extranjería”, en la obra colectiva: *Comentario a la ley d extranjería y su nuevo reglamento*. Director: F. Cavas. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 3.
- SAGARRA TRÍAS, E.: “Disposición adicional decimoséptima. Autorización de trabajo de los extranjeros solicitantes de asilo”, *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coordinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 1003-1005.

- SALA RIOS, M.; HINTZMANN COLOMINAS, C.: *La empresa: producción, costes y maximización de beneficios*. Ed. FUOC. Fundació per la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2015.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: Régimen general y contingente.” *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*. Ed. Tecnos, Madrid, 2015.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “La nueva gestión colectiva de contrataciones en origen a propósito de la Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010.” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 22/2010, parte Estudio, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.
- SANTOLAYA MACHETTI, P.; ARNALDO ALCUVILLA, A.: “Artículo 13.2 El Derecho de sufragio de los extranjeros”, en la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I. Directores: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, María Emilia Casas Baamonde. Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid. 2018.
- SAURA I ESTAPÀ, J.: *El proceso de internacionalización de los derechos humanos*. Ed. FUOC. Fundació per la Universitat Oberta de Catalunya, 2015.
- SERNA, P.: “La dignidad humana en la Constitución Europea”. *Persona y Derecho*, 52 (2005).
- SOBOTOVICOVA, S.: “¿Quién es quién en el derecho migratorio europeo?”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5/2019. Ed. Aranzadi, Cizur Menor.
- SOBRINO HEREDIA, J.M.: “Dignidad humana”, en la obra colectiva: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Coordinadora: Araceli Mangas, Luis Norberto González. Ed. Fundación BBVA, 2008.
- SOLANES A.: “Sujetos al margen del ordenamiento jurídico: inmigrantes sin papeles”, en la obra colectiva: *Trabajadores migrantes*. Javier de Lucas, Salomé Peña, Ángeles Solanes. Ed. Germania, Valencia, 2001. Ed. Germania, Valencia, 2001.



- SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J.J.: “Límites y soberanía en el orden constitucional español”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19, 2009.
- SOTO MOYA, M.: “Capítulo 6. Autorización de residencia por reagrupación familiar”, en la obra colectiva: *Memento Experto de Extranjería*. Coordinadores: Blas Jesús Imbroda, Carmen Ruiz. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2019.
- SPLINDER, W.; 2015: *El año de la crisis de refugiados en Europa*. UNHCR. ACNUR, La agencia de la ONU para los refugiados. España. 2015. <https://www.acnur.org/es-es/noticias/notas-de-prensa/2353-2015-12-30-16-24-16>
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M: “Artículo 55. Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coodinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M: “Artículo 56. Requisitos”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coodinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M: “Artículo 57. Procedimiento”, en la obra colectiva: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*. Directora: Margarita I. Ramos. Coodinadora: Gloria P. Rojas. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.
- TORRES DEL MORAL, A.: “La soberanía nacional en la Constitución de Cádiz”. *Revista de Derecho Político*. UNED, núm. 82, 2011.
- TORRES RODRÍGUEZ, A. M.: “Capítulo 26. Sanción de expulsión”, en la obra colectiva: *Memento Experto Extranjería*. Coordinadores: Blas Jesús Imbroda, Carmen Sutil. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2019.
- TORRES RODRÍGUEZ, A.M.: “Capítulo 21. Procedimiento para solicitud y reconocimiento de protección internacional”, en la obra colectiva: *Memento Experto Extranjería*. Coordinadores: Blas Jesús Imbroda, Carmen Ruiz. Ed. Francis Lefebvre, 2019.
- TORRES RODRÍGUEZ, A.M.: “Capítulo 24. Reconocimiento del estatuto de apátrida, especial referencia a los saharauis”, en la obra colectiva: *Memento Experto Extranjería*. Coordinadores: Blas Jesús Imbroda, Carmen Ruiz. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2019.

- TORRES RODRÍGUEZ, A.M.: "Capítulo 20. Derecho de asilo y condición de refugiado. Protección subsidiaria", en la obra colectiva: *Memento experto extranjería*. Coordinadores: Blas Jesús Imbroda, Carmen Ruiz. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2019.
- UNHCR, ACNUR: *El cambio climático es la crisis determinante de nuestro tiempo y afecta especialmente a las personas desplazadas*. Entrevista realizada por Tim Gaynor a Andrew Harper, asesor especial de ACNUR sobre acción climática. 30/11/2020. <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2020/11/5fc5dcb54/el-cambio-climatico-es-la-crisis-determinante-de-nuestro-tiempo-y-afecta.html>
- UNHCR, ACNUR: *La crisis de los refugiados saharauis es la más larga y prolongada de la Historia*. La agencia de la ONU para los Refugiados. <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/emergencias/refugiados-saharauis-campamentos-tinduf>
- UNHCR, ACNUR: *Los retos de la inclusión para los refugiados que llegan a Europa*. 2018. [https://eacnur.org/blog/la-inclusion-retos-para-los-refugiados-que-llegan-a-europa-tc\\_alt45664n\\_o\\_pstn\\_o\\_pst/](https://eacnur.org/blog/la-inclusion-retos-para-los-refugiados-que-llegan-a-europa-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/)
- UNHCR, ACNUR: *Refugiados saharauis: 40 años de vida en los campos*. La agencia de la ONU para los Refugiados. <https://eacnur.org/blog/refugiados-saharauis-40-anos-de-vida-en-los-campos/>
- UNHCR, ACNUR: *Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2019*. 2020. <https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf>
- UNICEF: *El derecho de los niños y niñas a vivir con su familia*. La reunificación familiar de niños refugiados y migrantes, y de sus familiares. UNICEF, Comité Español, 2015.
- UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES: *De la España que emigra a la España que acoge*. [http://portal.ugt.org/fflc/exposiciones/06-07-migraciones/sala/01/01\\_texto.htm](http://portal.ugt.org/fflc/exposiciones/06-07-migraciones/sala/01/01_texto.htm)
- UNIÓN INTERPALAMENTARIA Y LA OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO: *La lucha contra la trata de personas. Manual para parlamentarios*. 2009.
- UNIÓN INTERPALAMENTARIA, OIT, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Migración, derechos humanos y gobernanza. Manual para Parlamentarios*, núm. 24, Francia, 2015.

[https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR\\_and\\_Governance\\_HR\\_PUB\\_15\\_3\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf)

- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Annex IX. *General Comment No. 01: Implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22*, 1997. Office of the high Commissioner.

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f53%2f44&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f53%2f44&Lang=en)

- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the high Commissioner. *General recommendation No. 22 on article 5 of the Convention on refugees and displaced persons*, 1996.

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7494&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7494&Lang=en)

- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the high Commissioner. *General comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22*, 2018.

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fGC%2f4&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fGC%2f4&Lang=en)

- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the high Commissioner. *General recommendation No. 20 on article 5 of the Convention Un Treaty Body Database*, 1996.

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7492&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7492&Lang=en)

- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the high Commissioner. *General recommendation No. 13 on the training of law enforcement officials in the protection of human rights*, 1993.

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7485&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7485&Lang=en)

- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the high Commissioner. *Recomendación general n°21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994.

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CEDAW/GEC/4733&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CEDAW/GEC/4733&Lang=en)

- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the high Commissioner. Recomendación general núm. 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres, 2014. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDA.W%2fC%2fGC%2f32&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDA.W%2fC%2fGC%2f32&Lang=es)
- UNITED NATIONS NETWORK ON MIGRATION: *Cuaderno: Aplicación del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (Pacto Mundial para la Migración): Orientaciones para los gobiernos y todos los interesados pertinentes*. Ed. United Nations Network on Migration. 15/10/2020. <https://migrationnetwork.un.org/resources/cuaderno-aplicacion-del-pacto-mundial-para-la-migracion-segura-ordenada-y-regular-pacto>
- UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS: *Remittances matter: 8 facts you don't know about money migrants send back home*. United Nations. 17/06/2019. <https://www.un.org/en/desa/remittances-matter-8-facts-you-don%E2%80%99t-know-about-money-migrants-send-back-home>
- UNITED NATIONS, HIGH COMMISSIONAR FOR HUMAN RIGHTS: *Principles and Guidelines, Supported by Practical Guidance, on the Human Rights Protection of Migrants in Vulnerable Situations*. Geneva, 2018. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>
- UNITED NATIONS: *High-level Dialogue on International Migration and Development. 4-4 october 2013. Making migration work: an eight-point agenda for action*. From the Report of the Secretary General. A/68/190. [https://www.un.org/en/ga/68/meetings/migration/pdf/migration\\_8points\\_en.pdf](https://www.un.org/en/ga/68/meetings/migration/pdf/migration_8points_en.pdf)
- USHAKOVA, TATSIANA.: “El régimen jurídico de los trabajadores altamente cualificados en la UE: entre la unidad y la diversidad”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Ed. Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT. University Press, núm. 1, 2019.
- VALDUEZA BLANCO, M<sup>a</sup> D: *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*. Ed. Lex Nova, Madrid, 2008.
- VANHEULE, D.; VAN SELM, J.; BOSWELL, C.: *Aplicación del artículo 80 del TFUE relativo al principio de solidaridad y de Reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto Financiero, en el ámbito de los controles en las*

*fronteras, el asilo y la inmigración*. Ed. Departamento temático: derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. Bruselas, 2011.

- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “El régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España”, en la obra colectiva: *El extranjero en el Derecho español*. Editado: Belén Alonso-Olea, Juan Manuel Lacruz, Isidoro Martín, Marina Vargas. Dykinson, Madrid, 2019.

- VELASCO RETAMOSA, J.M. “Inmigración irregular en la Unión Europea: La protección de derechos”, en la obra colectiva: *Inmigración: retos para el derecho en el siglo XXI*. Directora: María Victoria Cuartero. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

- VITALE, ERMANNO.: “¿El cumplimiento de la edad de los derechos?”. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 31, 2012.

- VITORINO, A.: *La lucha contra la xenofobia es clave para una recuperación efectiva tras la pandemia de COVID-19*. OIM. Ginebra, 22/05/2020. <https://www.iom.int/es/news/la-lucha-contra-la-xenofobia-es-clave-para-una-recuperacion-efectiva-tras-la-pandemia-de-covid>

- VON DER LEYEN, U.: *Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados. Mi agenda para Europa*. Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024.

- WORLD BANK GROUP, KNOMAD: *Migration and remittances. Recent Developments and Outlook*. April 2019. <https://www.knomad.org/sites/default/files/2019-04/Migrationanddevelopmentbrief31.pdf>

- ZETTER R.; RUAUDEL, H.: “El derecho de los refugiados al trabajo y al acceso a los mercados laborales: limitaciones, retos y caminos a seguir”. *Revista migraciones forzadas*, núm. 58, 2018. <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja024/index.html>

