

JOKIN ALBERDI BIDAGUREN
JUANA GOIZUETA VÉRTIZ
(Coordinadores)

**ALGUNOS RETOS
DE LA INMIGRACIÓN
EN EL SIGLO XXI**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN , por <i>Jokin Alberdi Bidaguren</i> y <i>Juana Goizueta Vértiz</i> .	7
I	
POLÍTICAS PÚBLICAS DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LA INMIGRACIÓN , por <i>Andreu Olesti Rayo</i>	11
I. EL MARCO DE LAS ACCIONES A DESARROLLAR POR LA UNIÓN EUROPEA: LAS PREVISIONES Y LOS ÁMBITOS DE ACCIÓN PREVISTOS	13
A. El programa previsto en el Consejo Europeo celebrado en Tampere	13
B. El desarrollo del programa de la Haya y el Enfoque Global de la Migración	16
II. LAS REALIZACIONES MÁS SIGNIFICATIVAS EN LA APLICACIÓN DE LOS ÁMBITOS DE ACCIÓN PREVISTOS	18
A. La colaboración con los países de origen de la emigración ...	19
B. La creación de un sistema europeo común de asilo	21
C. La admisión de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea y las medidas para su integración	23
D. La gestión de los flujos migratorios	26
E. La lucha contra la inmigración irregular	31
III. CONSIDERACIONES Y REFLEXIONES FINALES	34

II

CONVIVENCIA E INMIGRACIÓN: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE CONVIVENCIA E INMIGRACIÓN EN EL ESPACIO PÚBLICO , por <i>Rafael Jiménez Asensio</i>	37
---	----

III

EL RÉGIMEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA , por <i>Camino Vidal Fueyo</i>	63
I. INTRODUCCIÓN	63
II. LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR	64
III. EL RÉGIMEN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.....	66
A. Algunos problemas de interpretación que plantea el art. 13.1 CE.....	67
B. Una interpretación alternativa del art. 13.1 CE.....	70
IV. LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS PRECEPTOS DE LA VIGENTE LEY DE EXTRANJERÍA.....	74
V. A MODO DE CONCLUSIÓN	76

IV

LA LIBERTAD DE DESPLAZAMIENTO DE LOS EXTRANJEROS EN TERRITORIO ESPAÑOL: UN REFLEJO DE LA POLÍTICA RESTRICTIVA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA , por <i>Juana Goizueta Vértiz</i>	79
I. INTRODUCCIÓN	79
II. LOS LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO POR PARTE DE LOS EXTRANJEROS	81
A. Las «garantías del contenido» del derecho	81
B. Los límites	88
1. Los límites a la libertad de circulación en territorio español	88
a) Los establecidos con carácter general por los tratados y las leyes	89
b) Los acordados por la autoridad judicial	89
c) Los derivados de los estados de excepción y sitio ...	91
d) Los derivados por razones de seguridad pública, por resolución del Ministro del Interior	92
2. Los límites a la libertad de entrar en el territorio español	94

	Pág.
3. Los límites a la libertad de salir del territorio español ...	96
a) La prohibición de salida del territorio español	96
b) La salida obligatoria del territorio español	98
III. REFLEXIONES FINALES	112
BIBLIOGRAFÍA.....	114

V

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE ACOMPAÑAN AL CIUDADANO EUROPEO EN EL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN , por <i>Juan Ignacio Ugarte-mendia</i> y <i>Daniel Sarmiento</i>	117
I. PLANTEAMIENTO	117
II. LA PROTECCIÓN DEL CIUDADANO EUROPEO EN TRÁNSITO EN ATENCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD (ART. 12 TCE)	120
A. La conexión entre el art. 12 TCE y las libertades de circulación como fuente autónoma de derechos	122
B. La conexión entre el art. 12 TCE y el ciudadano europeo (art. 17 TCE) que ejerce la libre circulación y residencia (art. 18 TCE).....	124
C. El ejercicio de la libertad de circulación y residencia como fundamento de la protección de los Derechos Fundamentales del ciudadano europeo aun en casos en los que el principio del art. 12 TCE juega un papel débil (o residual).....	127
D. El ejercicio de las libertades de circulación como fuente de protección de los Derechos Fundamentales del ciudadano europeo frente a su propio Estado	133
III. EL EFECTO DIRECTO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA DEL ART. 18.1 Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE QUIEN LO EJERCE.....	136
A. El efecto directo del derecho a la libre circulación y residencia del art. 18.1 TCE y los DFUE como límites a las restricciones estatales de ese derecho.....	137
B. Los DFUE como límites a las restricciones estatales de los Derechos Fundamentales del ciudadano que ejerce la libre circulación y residencia	141
IV. ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS.....	144

VI

INMIGRACIÓN Y DERECHOS SOCIALES: UN BINOMIO DE LIBERTAD E IGUALDAD , por <i>Sonia García Vázquez</i>	149
I. INTRODUCCIÓN: LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS EXIGIBLES	149
II. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN: UN INSTRUMENTO BÁSICO EN ORDEN A LA CONSECUCCIÓN DE LA IGUALDAD SOCIAL.....	154
III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS INMIGRANTES Y REFUGIADOS	164
IV. LAS SOMBRAS DE INCONSTITUCIONALIDAD QUE SE CIERNEN SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE SINDICACIÓN Y HUELGA EN LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA.....	174
BIBLIOGRAFÍA.....	182

VII

MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS. SU DESPROTECCIÓN FRENTE A LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA , por <i>Elena Arce Jiménez</i>	187
I. MARCO NORMATIVO GENERAL	187
II. PROTECCIÓN DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO	188
III. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO	191
A. Determinación de la edad.....	191
B. Documentación del menor	194
C. Repatriación o reagrupación familiar del menor.....	197
D. Capacidad de actuación del menor extranjero	198

VIII

COMBATIENDO LA INMIGRACIÓN IRREGULAR: LA INSUFICIENCIA DE LAS REGULARIZACIONES Y LAS SANCIONES , por <i>Ángeles Solanes Corella</i>	201
I. INTRODUCCIÓN: LA INVASIÓN	201
II. LAS VÍAS LEGALES PARA LA MOVILIDAD MIGRATORIA ...	203
III. FORMAS DE COMBATIR LA IRREGULARIDAD (I): LAS REGULARIZACIONES.....	211
IV. FORMAS DE COMBATIR LA IRREGULARIDAD (II): LAS SANCIONES	220
V. OTRAS VÍAS FRENTE A LA IRREGULARIDAD	226

IX

ENTRE LAS MIGRACIONES Y EL DESARROLLO. DEBATES Y PARADOJAS SOBRE UN CODESARROLLO INCIPIENTE,
 por *Carlos Gómez Gil* 232

I. INTRODUCCIÓN, PRESENTACIÓN 233

II. MIGRACIONES Y EL DESARROLLO 235

III. LOS ORÍGENES DE LAS POLÍTICAS DE CODESARROLLO . 239

IV. QUÉ ENTENDEMOS POR CODESARROLLO 240

V. DILEMAS, PARADOJAS Y CONTRADICCIONES ENTRE LAS MIGRACIONES Y EL DESARROLLO..... 242

VI. LAS REMESAS DE DIVISAS Y SU CAPACIDAD DE TRANSFORMACIÓN GLOBAL 248

A. El coste en las transferencias de remesas 250

B. El impacto y las potencialidades de las remesas sobre el desarrollo 255

C. Los retos en las potencialidades de las remesas 263

VII. CONSIDERACIONES FINALES 264

BIBLIOGRAFÍA..... 267

X

INMIGRACIÓN Y DIVERSIDAD CULTURAL EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN. DE LA MULTICULTURALIDAD A LA INTERCULTURALIDAD,
 por *Gurutz Jáuregui Bereciartu* 271

I. GLOBALIZACIÓN: UN NUEVO MUNDO, UNOS NUEVOS CONFLICTOS 271

II. GLOBALIZACIÓN Y DIVERSIDAD CULTURAL 274

III. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE CIUDADANÍA..... 279

IV. UNIVERSALIDAD Y PARTICULARIDAD: DOS REALIDADES COMPLEMENTARIAS 282

V. ¿MULTICULTURALIDAD O INTERCULTURALIDAD?..... 285

BIBLIOGRAFÍA..... 289

PRESENTACIÓN

Jokin ALBERDI BIDAGUREN
Juana GOIZUETA VÉRTIZ

El origen de este libro radica en el curso de verano «El vigente régimen jurídico de la inmigración» organizado por el Área de Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Constitucional, Administrativo y Filosofía del Derecho de la Universidad del País Vasco con la colaboración de la Dirección de Inmigración del Gobierno Vasco y la Diputación Foral de Guipúzcoa y que se celebró en Donostia-San Sebastián los días 9 a 11 de julio de 2007 en el marco de los XXVI Cursos de Verano-XIX Cursos Europeos de la UPV/EHU. El libro recoge, en concreto, las reflexiones e ideas de las que nos hicieron partícipes los ponentes que participaron en el curso.

Esta iniciativa, que surge gracias a la inquietud común que sentimos por el tema de la inmigración quienes suscribimos estas páginas hubiera quedado en un mero proyecto de no ser por la colaboración prestada por los compañeros del Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Donostia-San Sebastián, área que en todo momento ha apoyado esta iniciativa editorial. El reconocimiento debe hacerse también extensivo a Rafael JIMÉNEZ ASENSIO y a Alejandro SAIZ ARNAIZ, sin cuya intervención estas páginas difícilmente hubieran visto la luz. Por ello, aprovechamos estas líneas para mostrar públicamente nuestro más sincero agradecimiento a todos ellos.

La idea de celebrar este curso responde a la necesidad de articular un foro de encuentro que posibilite la reflexión y proporcione un espacio de debate multidisciplinar que permita disertar, desde el ámbito académico, sobre algunos de los principales retos de la actual política

migratoria común. Y ello con el propósito de coadyuvar a articular algunas respuestas a ciertos problemas de no fácil solución o, en su caso, a mejorar la respuesta normativa a algunas de las cuestiones que regula la actual legislación de extranjería.

Siempre resulta una tarea ardua conocer con exactitud y precisión cuáles son las cifras de la inmigración. A pesar de ello puede constatar-se que en las últimas décadas asistimos a un proceso de inversión en la circulación de los flujos migratorios. España, a pesar de que tradicionalmente ha sido tierra de emigración, puede en la actualidad ser catalogada como un «país de inmigración». Además, podría afirmarse que soporta una nada desdeñable presión migratoria. Una realidad a la que, probablemente, contribuye el hecho de que España se erige en frontera exterior de la Unión Europea y, por consiguiente, en la puerta de entrada a Europa de los extranjeros extracomunitarios. Estas afirmaciones vendrían avaladas por el hecho de que, a día de hoy se contabilizan, de modo aproximado, 4 millones de extranjeros en territorio nacional, que representan el 10 por 100 de la población total del país, de los que, según datos publicados por el Observatorio Permanente de la Inmigración en abril de 2007, a 31 de marzo del 2007 3.236.743 tendrían la condición de «residentes», lo cual implica un incremento del 7,11 por 100 respecto a 31 de diciembre de 2006. Todo ello, a nuestro parecer, bien podría constatar que la inmigración constituye una realidad susceptible de ser calificada de arraigada o consolidada y en creciente y constante aumento.

Parece evidente, por lo tanto, que la inmigración es uno de los grandes desafíos de la teoría y práctica democráticas del Estado constitucional de nuestros días. Una realidad que presenta múltiples y variadas aristas. Un problema al que no se puede dar solución sino desde la reflexión profunda y el debate serio, y no desde una posición que relativice el problema o, desde aquella otra que, de otro modo, a pesar de no hacerlo, piense sin embargo que la mejor política de extranjería frente a la inmigración es la que no existe o no se hace.

Este libro pretende visualizar el problema y aportar claves para la búsqueda de soluciones. En concreto, se quiere ayudar a articular o, en su caso, mejorar la respuesta normativa que se prevé, principalmente, en relación con la distribución competencial en materia migratoria y los derechos de las personas inmigrantes.

Los textos que se publican en esta obra tienen sentido si fijamos nuestra mirada, esencialmente, en la no exclusividad de la competencia estatal en materia de inmigración y en la necesidad de abordar ésta desde una perspectiva transversal. Aspecto este último que permite sumergirnos en el controvertido tema de los derechos de las personas inmigrantes.

La delimitación de competencias entre las diversas instancias de poder que intervienen en materia migratoria resulta una cuestión problemática. Por ello es preciso hilar fino para lograr deslindar, con la mayor nitidez posible, el papel que están llamadas a desempeñar en materia de política de inmigración las distintas instituciones — europeas, estatales, autonómicas y locales—. Hay datos significativos que justifican la necesidad de abordar el tema de la distribución competencial en este terreno. En concreto, a partir del Tratado de Ámsterdam se articulan las bases jurídicas que posibilitan —al margen de la competencia estatal en materia de extranjería *sensu stricto* (entrada, residencia, trabajo de los extranjeros y su régimen de infracciones y sanciones)— el desarrollo de acciones en el seno de la política migratoria por parte de las instituciones de la Unión Europea. Además, las reformas estatutarias han previsto de modo generalizado referencias tanto a competencias autonómicas como a competencias locales en la materia. Se inicia, de esta forma, un proceso de reconocimiento de la actuación en materia migratoria desarrollada en la escena local. De todo cuanto acaba de decirse y, de forma principal, de las políticas públicas de las instituciones europeas y locales en materia de inmigración se ocupan los trabajos de OLESTI RAYO y JIMÉNEZ ASENSIO.

Además, la progresiva y acelerada conversión de nuestro país en tierra de inmigración unido al confuso régimen constitucional existente en relación con los derechos fundamentales de las personas extranjeras, conlleva una doble consecuencia: por un lado, una política restrictiva en materia de extranjería destinada, principalmente, a controlar los flujos legales de entrada de quienes quedan al margen de aquel régimen «privilegiado» aplicable al ciudadano comunitario.

Y, por otro lado, un endurecimiento de la normativa de los derechos de los extranjeros que deriva en una situación de absoluta desprotección para aquellos sujetos en situación de especial vulnerabilidad como son los menores extranjeros no acompañados o los inmigrantes irregulares. De todo ello, puede encontrar el lector cumplida referencia en las aportaciones de VIDAL FUEYO, GOIZUETA VÉRTIZ, SARMIENTO y UGARTEMENDIA, GARCÍA VÁZQUEZ, ARCE JIMÉNEZ y SOLANES CORELLA.

Finalmente los dos últimos textos, cuya autoría corresponden a los profesores GÓMEZ GIL y JÁUREGUI BERECIARTU, abordan temas de capital importancia como son, por un lado, el codesarrollo en cuanto espacio novedoso, atractivo y repleto de potencialidades desde el cual poder intervenir y generar un nuevo impulso en las políticas de inmigración y cooperación al desarrollo, tanto en los países del Norte como del Sur. Y por otro lado, los retos globales de la inmigración y el consiguiente planteamiento de un cuarto tipo de ciudadanía: la ciudadanía cultural que viene a sumarse a la tan manida tríada de la ciudadanía civil, política y social.

Esperamos que este libro, que se encuadra en el marco del proyecto de investigación «La protección de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea» (EHU 06/43), dirigido por Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, y del grupo consolidado de investigación en Derechos Fundamentales y Unión Europea del Sistema Universitario Vasco (IT-448-07) cuyo director es Gurutz JÁUREGUI BERECIARTU, satisfaga las expectativas del lector interesado en el tema.