

Irradiación principalista de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros sobre su reglamento

Andrée Viana Garcés
Universidad Carlos III
andree.viana@uc3m.com

Resumen

En el artículo 2bis2 de la vigente lodyle, el legislador impone a las administraciones públicas la obligación de basar el ejercicio de sus competencias en los 10 principios que enumera. Esta norma se define por dos notas: (a) determina el acervo jurídico mínimo y obligatorio que deben tener en cuenta las administraciones para que sus decisiones estén asentadas sobre una base válida. En consecuencia, las administraciones públicas tienen la obligación de realizar ejercicios de ponderación porque, (b) el legislador LODYLE deja un margen importante para la discrecionalidad administrativa. Si bien no deja a discreción de la administración la posibilidad de proteger los principios del 2bis2, es ella la que decide el grado en que puede promover uno u otro en cada caso que reglamente. El efecto ponderado de la relación de precedencia elegida por la administración dependerá de la corrección en su argumentación y no de parámetros más rígidos u objetivos. Esto, que en ciertos contextos puede suponer ventajas para la construcción de un ordenamiento justo y equitativo, también implica serios riesgos cuando los operadores jurídicos arrastran la tradición discriminatoria y mercantilizada de un sistema normativo, como ha sido el de extranjería en España.

Palabras clave

Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Política inmigratoria. Norma de principios. Ponderación. Relaciones de precedencia.

Principalist irradiation of the Organic Law on the Rights and Liberties of Foreigners on its regulation

Abstract

In article 2bis2 of the current LODYLE, the legislator mandates Public Administrations to base the exercise of their competencies on the 10 principles which it enumerates. This law is characterized by two things: (a) it determines the extent of the minimum and mandatory legal acquits which Public Administrations must keep in mind in order to ensure that their decisions are based on a solid legal foundation. As a consequence, Public Administrations are obligated to weigh different options, because (b) the LODYLE legislator allows Public Administrations a broad margin of discretion. Although public administrations are not given any liberty when it comes to protecting the principles of article 2bis2, they are the ones who decide to what extent they promote one principle over another each time they regulate.

The adequation of the order of priorities chosen by a Public Administration will depend on the precision of its argumentation and not stricter or more objective parameters. This situation, which in certain contexts facilitates the creation of a more equitable and just legal system, also implies serious risks when legal operators carry with them the connotations of a discriminatory and commercialized legal system, which has been the case for migratory law in Spain.

Keywords

Organic Law on the Rights and Liberties of Foreigners in Spain. Immigration policy. Principles standard. Weighting. Relation of precedence.

1. ANOTACIONES NATURALEZA Y EL FUNCIONAMIENTO DEL ART. 2BIS.2 LODYLE

La ley Orgánica 2/2009, que modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjerios en España y su integración social* (en adelante LODYLE), incorpora al ordenamiento una norma de especial importancia para la conformación del sistema jurídico de extranjería. El artículo 2bis.2, ordena a todas las Administraciones Públicas basar el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto de una serie de *principios* contenidos en la misma disposición.

Para comprender el alcance de esta norma, conviene acotar el significado de los *principios*, así como su forma de operar, en general y dentro del sistema jurídico administrativo en particular.

Conviene formular una advertencia previa. Las disquisiciones teóricas sobre los *principios* jurídicos no han alcanzado un consenso respecto de su definición, su aplicación, su naturaleza y utilidad, e incluso sobre su existencia como categoría normativa. Sin embargo, como el objeto de este escrito no es fundamentar una determinada posición sobre esos problemas teóricos, sino comentar la relación entre el artículo 2bis.2 de la LODYLE y su nuevo Reglamento, se tendrá por cierta la premisa de que los *principios* existen como tipo normativo y que tienen una utilidad determinada dentro de la configuración de los sistemas jurídicos.

Según la teoría más difundida sobre la materia¹ las normas pueden ser de dos tipos. Principios y reglas. La característica básica de los *principios* es que son mandatos de optimización². Es decir, son normas que tienen una estructura abierta o *incondicionada*, distinta de la estructura silogística de las reglas. Los principios ordenan que algo sea cumplido en la mayor medida posible. Esa *mayor medida posible* se modula por las condiciones jurídicas –determinadas por las demás normas que entran en juego en un asunto concreto–, y por las reales –que vienen dadas por las circunstancias fácticas de cada caso–.

Desde otra perspectiva, se ha advertido que los principios constituyen una opción de ética jurídica. Es decir, que los presupuestos contenidos en ellos no equivalen exactamente a una ética material-normativa universal y atemporal, sino que deben ser relativizados temporalmente para que la *ética* que proponen sea entendida como parte

¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

² Aunque posiblemente es la más conocida, la tesis de Alexy no es aceptada pacíficamente. En España varios filósofos del derecho han opuesto argumentos interesantes a su operatividad. Atienza y Ruiz Manero, por ejemplo no admiten que los principios puedan ser cumplidos en distintos grados porque entienden que algunos de esos principios consagran valores superiores del ordenamiento, como la igualdad, norma que debe ser observada de manera absoluta. Admiten que hay otros principios que contienen directrices o normas programáticas, cuya aplicación sí que puede ser nivelada. Vid, Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996.

de una opción ética-práctica³. En todo caso, si bien el enfoque de este texto no permite profundizar sobre ese debate, resulta útil anotar que desde esa óptica la existencia del artículo 2bis2 dentro del sistema normativo de extranjería, no garantiza la bondad de sus soluciones, pero sí supone un intento de que cualquier norma o decisión en la materia resulte congruente –éticamente– con el resto del ordenamiento⁴.

1.1. Principios: ¿también en el sistema de producción normativa del derecho administrativo?

Algunas particularidades de los *principios* reclaman especial atención cuando se trata de definir su impacto en el ejercicio de la potestad reglamentaria y de planeamiento de políticas públicas. Por ahora basta resaltar una de ellas. A diferencia de lo que sucede con las normas constitucionales, una técnica muy común para incluir principios en una Ley que determinará la actividad administrativa consiste en recurrir a normas que contienen *programas finales*⁵. En sí mismas estas normas tienen una estructura abierta, *incondicionada*, pero además con alguna frecuencia indican los *principios* que informan la competencia administrativa correspondiente. Sus mandatos no obedecen a una lógica de *todo o nada* porque su cumplimiento casi siempre compromete varios intereses jurídicamente protegidos. Por eso, de acuerdo con el mandato constitucional de garantizar la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 C.E), el método adecuado para cumplir lo dispuesto en este tipo de normas consiste en *ponderar* los bienes jurídicos (principios e intereses) en conflicto, con el propósito de conseguir el fin establecido.

No es extraño que la administración se encuentre ante asuntos en los que un principio prohíba una solución y el otro la permita. Para alcanzar una decisión *ponderada*, debe determinar cuál de los dos principios tiene más peso en las circunstancias específicas. Es decir que la Administración debe identificar las condiciones del caso para definir, de acuerdo con ellas, qué principio precede al otro. Técnicamente, se trata de establecer *relaciones de precedencia condicionada* entre los principios comprometidos. Eso quiere decir que, si las condiciones del caso varían, la solución respecto de la primacía de un principio sobre el otro también puede variar.

Ninguno de los principios, en abstracto, tiene prelación sobre el otro, porque no deben establecerse relaciones de primacía incondicionada o abstracta. Son las circunstancias de cada caso las que justifican y determinan las *relaciones de precedencia*. Pongamos como ejemplo un hipotético asunto susceptible de ser reglamentado en el

³ En este sentido, ver Diez-Picazo, Luis, introducción a Wieacker, Franz. *El principio general de la buena fe*. Editorial Civitas, Madrid, 1986.

⁴ En un sentido similar, Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas, problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992

⁵ La expresión es tomada de José María Rodríguez de Santiago, quien sostiene una tesis similar a la que se expone aquí en Rodríguez de Santiago, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

que entren en colisión los principios consagrados en el artículo 2bis2 g) y f). El g) ordena la lucha contra la inmigración irregular, y el f) ordena la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las Leyes reconocen a todas las personas.

Supongamos que la administración debe decidir una solución jurídica para el caso en que un menor esté en territorio español sin sus documentos en regla. De acuerdo con el principio g) resultaría prohibido consentir o fomentar su estancia en España como consecuencia de su estatus administrativo irregular. En cambio, de acuerdo con el principio f) habría que responder a la obligación de amparo y protección consagrada en la LOPJM⁶, y proteger el interés superior del menor de permanecer en su núcleo familiar como dice la CDN⁷, en consecuencia, según el principio f) resultaría permitida su permanencia en España priorizando la condición de menor sobre la de extranjero irregular. Las soluciones *absolutas* de g) y f) son opuestas. La Administración deberá diseñar una solución ponderada para estos casos mediante una relación *de precedencia condicionada* entre esos dos principios.

En 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*, (en adelante reglamento de la LODYLE o RLODYLE)⁸ se regula un asunto similar, en el que la Administración resuelve que si el menor es, además, hijo de residente, sólo adquirirá el permiso de residencia si, entre otras condiciones, acredita que ha permanecido al dos años en España. Es decir condiciona la concesión del permiso al hecho de que el menor resida de forma irregular en el país durante un período más bien prolongado. Al margen de las dudas sobre la proporcionalidad de esta solución, ella resulta interesante para lo que aquí se comenta. Al no regularizar la situación del menor sin dilaciones, el RLODYLE no realiza de manera absoluta las garantías de las que gozaría el menor de acuerdo con el principio f), con la LOPJM⁹ y la CDN¹⁰. Y, aunque tampoco opta por las soluciones más radicales que se derivarían del principio g), sí pareciera que la opción de dejar al menor en situación irregular durante un tiempo largo, responde a un uso del poder simbólico del derecho para enviar a la sociedad un mensaje sobre la lucha contra la inmigración irregular. En esa solución, la administración intenta ponderar los mandatos de ambos principios de acuerdo con la opción *ética jurídica* que determina la política migratoria actual, y establece una relación de precedencia condicionada en la que se da cierta preferencia al principio g) en la medida en que las medidas de protección derivadas del f) no operan de manera inmediata, sino que quedan condicionadas a requisitos favorables a la *concienciación ciudadana* sobre la posición oficial ante la inmigración irregular.

6 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor

7 Convención sobre los Derechos del Niño Ratificada por España en 1990

8 Artículo 186. 1

9 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

10 Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990

En conclusión, en el sistema de producción normativa administrativa en general, y en el del sistema jurídico de extranjería en particular, los principios operan mediante relaciones de *precedencia condicionada* que permitan soluciones acordes a la *ley de la colisión*, con el propósito de no afectar arbitrariamente ningún interés comprometido.

1.2. Prerrogativas del legislador principialista.

Cierto es, como se dijo, que la Administración debe ponderar para adoptar una decisión en la que más de un principio resulte comprometido. Pero hay que dar un paso atrás en la secuencia lógica de la producción normativa, para reconocer al legislador la posición y función que le corresponden.

De acuerdo con el sistema de fuentes español lo natural es que, en situaciones de tensión entre principios, sea el legislador el primero en ponderar, en decidir qué principio precede a los demás. En consecuencia, en los casos en que existen diversas posibilidades teóricas para el establecimiento de *la relación de precedencia*, el legislador puede elegir una opción y a ella queda vinculada la Administración, especialmente para el ejercicio de su potestad reglamentaria¹¹. Esta importante posición en el proceso de producción normativa adjudica al legislador la responsabilidad de realizar ejercicios de ponderación mediante normas técnicamente correctas, que permitan una disminución en el nivel del desplazamiento de poder que puede ocurrir dentro de la estructura del Estado si hay un exceso en la tendencia *principialista* del sistema jurídico¹². En efecto, cuanto más concreta sea la ponderación legislativa tanto menor será el margen libre para la argumentación ponderativa de las administraciones y de los jueces.

En este sentido, el artículo 2bis.2 es bastante peculiar. En ese precepto, el legislador formula un *programa final*. Impone a las administraciones una finalidad vinculante: que el ejercicio de sus competencias esté siempre basado en los 10 principios relacionados en esa lista. Esta norma, curiosa, puede definirse por dos notas. La primera es que determina el acervo jurídico mínimo y obligatorio que deben tener en cuenta las administraciones para que sus decisiones estén asentadas sobre una base válida. De esa forma, la ley concreta el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad en materia de extranjería. De esta primera nota deriva, como consecuencia lógica, que la administración de extranjería tiene la obligación de realizar ejercicios de ponderación porque, –y aquí la segunda nota constitutiva del artículo 2bis2–, el legislador LODYLE no agota todas las facultades que le otorga su primacía como ponderador, sino que deja un margen importante para la discrecionalidad en la

11 En el mismo sentido, ver Rodríguez de Santiago, José María, *La ponderación...*, Óp. Cit., y Lorenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001

12 A muchos preocupa que el uso frecuente de *principios* termine por desplazar todo el poder constitutivo del derecho hacia los jueces como consecuencia de que la ponderación es, sobre todo, una técnica de resolución de casos concretos.

regulación y actuación administrativa. En lugar de determinar, de entrada, varias relaciones de precedencia condicionada entre los principios que han de guiar la política inmigratoria, los identifica indicando que informarán toda actuación administrativa y obligando a respetarlos sobre cuales quiera otros que no estén contenidos en la lista. En otros términos, establece una relación de precedencia abstracta que favorece a los principios del 2bis.2 respecto de cualquier otro que entre en colisión a la hora de tomar una medida en política inmigratoria¹³.

El artículo 2bis.2 es, pues, una pieza esencial en el derecho de extranjería, porque con él, el legislador establece el bloque de principios que irradiará el diseño y funcionamiento de todas las instituciones jurídicas de esta área, cada vez más especializada, del Derecho. Es la norma que contiene los fundamentos rectores para la interpretación de la regulación existente y para la confección de cualquiera otra posible¹⁴. De esa manera, los principios del art. 2bis.2 suponen una restricción del espacio de interpretación de las normas, pero sus efectos no se agotan ahí, sino que –y ésta es su característica más importante– aunque han sido agrupados en un artículo sobre política inmigratoria, su naturaleza jurídica más que política les dota de valor normativo y los convierte en verdaderas disposiciones jurídicas vinculantes para las administraciones. Así es como los contenidos del artículo 2.bis2 de la LODYLE se constituyen en la base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza del sistema inmigratorio español.

1.3. Paradojas del 2bis2 respecto de la discrecionalidad administrativa

Parte de la doctrina ha señalado con razón¹⁵ que puede hablarse de dos sentidos distintos de ponderación: como procedimiento argumentativo, y como resultado. El primero se refiere a la aplicación del test de proporcionalidad compuesto a su vez por los test de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El segundo, en cambio se refiere a la decisión final, a una solución que responda a *la ley de colisión*, es decir, cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que ha de retroceder, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del principio que prevalece de acuerdo con las circunstancias del asunto. Es en este segundo sentido, que se exigirá la ponderación a la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

Eso supone que, si bien el legislador dejó un rango de discrecionalidad considerable a la Administración al indicarle solamente el conjunto de principios que debía

13 Parafraseando a Zagrebelsky el conjunto de principios del art.2bis.2 desempeñan el mismo papel que los axiomas en los sistemas de lógica formal, y deberían constituir una suerte de “sentido común” del derecho de extranjería. Sin embargo, cuando el legislador iguala e unifica el poder normativo de contenidos de naturaleza jurídica tan dispar como los derivados de las necesidades del mercado y los propios de los derechos fundamentales, priva a este sistema normativo, justamente y por desgracia, de todo sentido común.

14 Larenz, Karl, *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1993.

15 Rodríguez de Santiago, José María, *La ponderación...*, Óp. Cit.,

respetar en todas sus decisiones y no las posibles relaciones de precedencia entre ellos, lo cierto es que no cualquier aplicación de dichos principios va a ser válida. Sólo lo será si respeta el principio de proporcionalidad respondiendo a la mencionada ley de colisión. Así, cuando sea posible adoptar varias decisiones igualmente proporcionadas fruto del proceso de ponderación, la administración podrá adoptar legítimamente la que considere más conveniente y oportuna, pero en los casos en que sólo sea procedente una decisión legal y ponderada, sólo podrá decidir de esa manera, disminuyendo así su margen de discrecionalidad.

Además, aunque parezca una obviedad, también es cierto que la protección de los principios mencionados por el legislador no queda a discreción de la administración, pero sí, en cambio, el grado en que ésta puede promover uno u otro en cada caso que reglamente. La administración (en especial el gobierno), puede inclinarse a favor, por ejemplo, de soluciones que privilegien las necesidades del mercado sobre la garantía del ejercicio de los derechos. Esas opciones serán técnicamente válidas siempre que el sacrificio de los contenidos relativos a derechos resulte justificado correctamente por la necesidad de ordenar los flujos migratorios atendiendo las demandas del mercado. Esto supone, sin duda, un amplísimo margen de discrecionalidad que resulta del igual valor normativo que se reconoce a todos los principios contenidos en el artículo 2bis.2¹⁶

2. PARÁMETROS DE VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DE EXTRANJERÍA: LOS PRINCIPIOS DEL 2BIS²¹⁷

La enumeración de los principios que deben protegerse por las Administraciones en ejercicio de todas sus competencias, incluida la reglamentaria, es una herramienta muy útil para la tarea analítica y crítica de las normas. Dicho de otra forma, la existencia del artículo 2.bis.2 produce efectos también respecto de la tarea académica o judicial de interpretación del RLODYLE. Su existencia obliga al intérprete de las normas administrativas a identificar qué principio o principios, de los del 2bis.2, se

16 Un razonamiento similar pero a escala constitucional y sobre la discrecionalidad sustantiva del legislador, puede encontrarse en Alexy, Robert, "Sobre los derechos constitucionales a protección", en García Manrique, Ricardo (ed.), *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

17 Los documentos presentados al Gobierno durante el proceso de consolidación del texto del Reglamento fueron una importante fuente de información crítica para escribir este capítulo. Especialmente el documento de *Valoración y propuestas de CEAR ante el nuevo reglamento de la ley de extranjería*, presentado por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, el 22 de febrero de 2001; el documento de *Valoración y propuestas al Borrador de Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*, presentado por la Federación de Asociaciones de SOS Racismo del Estado español; la *Propuesta de ACPE al proyecto de reforma del Reglamento de la LODYLE*, presentada por la Associació catalana de professionals de l'estrangeria, el 24 de febrero de 2011; y el *Dictamen del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes sobre el borrador del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (FIS/2011/D2)*, presentado por el del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, Dirección general de integración de los inmigrantes del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

encuentran comprometidos o desarrollados en cada una de ellas, para después, valorar si la solución jurídica que ofrecen es o no ponderada.

Los límites de este trabajo no permiten hacer el análisis exhaustivo de todas las normas del RLODYLE bajo la lente de los principios. Ese sería el trabajo ideal. Un trabajo así, permitiría descubrir todas las materias administrativas que se cobijan bajo la sombrilla de un mismo principio o de la combinación ponderada –o no– de varios de ellos. Resultaría muy útil para una comprensión sistemática no sólo de los aciertos y errores en materia de proporcionalidad, sino sobre todo del discurso axiológico, de la opción de ética jurídica que soporta el Reglamento.

Se intentará, en cambio, un análisis parcial, de algunas normas del RLODYLE a la luz los principios. El resultado será un acercamiento imperfecto, por incompleto, al reglamento. Por eso, este ejercicio no puede ser la base para derivar conclusiones generales de ningún tipo, y menos de cara a definir la lógica axiológica del reglamento. La única pretensión de esta muestra analítica es ofrecer un ejemplo del tipo de lectura crítica que puede hacerse de las soluciones administrativas, a partir de las propias opciones *principalistas* legislativas.

2.1. (a) Principio de Coordinación con políticas europeas: ambigüedades de un compromiso débil

Ciertamente es el legislador LODYLE el primer responsable de marcar las pautas de coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea. Sin embargo, el reglamento puede servir de mecanismo, si no para corregir desviaciones legislativas, sí para re-enfocar algunas políticas mediante la modulación o rediseño de requisitos o detalles de funcionamiento administrativo. En ese sentido, tomarse en serio el principio (a) significa hacer apuestas reglamentarias para acercar la política española a las líneas marcadas por Europa, cuando ello redunde en beneficio de otros principios rectores, como el de la garantía de los derechos (f) o el de la efectividad del principio de no discriminación (e).

Los artículos 14¹⁸ y 21¹⁹ del Reglamento plantean un problema interesante, heredado de los artículos 25.5 y 28.1 de la LODYLE. El problema es que las medidas de

18 Artículo 14. *Registro de entrada en territorio español*.1. Las entradas realizadas en territorio español, de acuerdo con lo previsto en los artículos 12 y 13, por extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario de extranjería, podrán ser registradas por las autoridades competentes en el Registro Central de Extranjeros, a los efectos de control de su periodo de permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

2. El sistema de registro de entradas en España será regulado mediante Orden del titular del Ministerio de la Presidencia dictada a propuesta de los titulares de los Ministerios del Interior y de Trabajo e inmigración.

19 Artículo 21. *Forma de efectuar la salida* 4. Las salidas de territorio español de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario de extranjería podrán ser registradas por las autoridades competentes en el Registro Central de Extranjeros, a los efectos de control de su periodo de perma-

control y registro consagradas en esas normas podrían ocultar un control de fronteras exteriores, pero también internas. Si esto último es cierto, las disposiciones son contrarias a las indicaciones expresas de la Comisión Europea sobre aplicación del Título III²⁰ del Código de Fronteras Schengen²¹. En un informe reciente, la Comisión se ocupó específicamente de las inspecciones de seguridad sobre personas y, aclaró que la supresión de los controles en las fronteras interiores implica la supresión de vigilancia fronteriza, que los controles deben limitarse a verificar la identidad del viajero y no deben comprobar si el nacional de un tercer país está en posesión de un visado o de un permiso de residencia, porque eso excede los controles de identidad por razones de seguridad comercial o de transporte. Además, aclaró que las compañías aéreas no pueden obligar a los nacionales de un tercer país a demostrar la legalidad de su estancia mediante la presentación de visados o permisos de residencia, de manera que incluir tales exigencias en los contratos de viaje supone una burla a la supresión del control fronterizo en las fronteras interiores²².

La posible contradicción entre el informe de la Comisión y el RLODYLE surge de la interpretación de sus disposiciones de acuerdo con el principio del efecto útil de las normas²³. Dado que en las fronteras externas ya existen sistemas de control y registro de información como el SIS II, el sistema de información de visados (VIS) o EURODAC, puede que no tenga ningún efecto adicional poner en marcha otros con similares objetivos. En cambio, los controles y registros de los arts. 14 y 21 RLODYLE sí tendrían efectos útiles en las fronteras internas, en donde no hay nada similar. Así, podría entenderse que el reglamento regula un control de fronteras internas del espacio Schengen y que por eso contradice las políticas europeas en la materia, apartándose –en consecuencia– del principio a) del art. 2bis2 LODYLE.

Otro ejemplo interesante se encuentra en el capítulo II, sobre autorización de estancia por estudios²⁴, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado. En efecto, de acuerdo con el principio a) del art. 2bis.2 LODYLE, el reglamento debería establecer una opción coherente con la directiva 2004/114 de 13 de

nencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

El sistema de registro de salidas de España será regulado en la Orden prevista en el artículo 14.2 de este Reglamento.

²⁰ Sobre Fronteras Interiores.

²¹ Reglamento (CE) n° 562/2006 del Código de Fronteras Schengen (COM 2010/554 de 13-10-2010).

²² Comisión Europea, COM (2010) 554 final. *INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO sobre la aplicación del título III (Fronteras interiores) del Reglamento (CE) n° 562/2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)*, Bruselas, 13 de octubre de 2010

²³ Según el referido principio, cuando de dos sentidos jurídicos que se le otorgan a una norma, uno produce consecuencias jurídicas y el segundo no, debe preferirse aquel que conduzca a que se den las consecuencias jurídicas.

²⁴ Para una visión profunda y extendida sobre las autorizaciones de estancia, véase Esteve, Francia, “Régimen especial de estancia: estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales y voluntariado”, en VVAA, *La nueva regulación de la migración y la extranjería en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

diciembre de 2004²⁵, pero en realidad la contradice al establecer que la situación de estudios conlleva un permiso de estancia y no uno de residencia, como dispone la norma europea²⁶.

2.2. (b) Principio de ordenación migratoria de acuerdo con demandas de mercado. *Vector principal de la política de extranjería*

La vinculación entre inmigración y necesidades del mercado laboral, que ya estaba presente en el Reglamento de 2004, ha sido la línea lógica que ha fundamentado las decisiones políticas más importantes del Gobierno en los últimos años. No se puede decir que el RLODYLE establezca una *relación de precedencia* abstracta a favor de este principio frente a todos los demás y para todos los casos, pero sí, como era previsible, el reglamento refleja de manera general ese enfoque mercantilista de la planeación política en inmigración.

Una de las medidas en las que con mayor fidelidad se aplica el principio (b) es la de los programas de retorno voluntario. A grandes rasgos, estos programas permiten a los inmigrantes regresar a sus países de origen bajo el compromiso de no volver a España en un período de 3 años, a cambio de prestaciones económicas provenientes de las ayudas por desempleo a las que tengan derecho. Para acogerse a los programas los inmigrantes deben ser nacionales de alguno de los 20 países extracomunitarios que tienen suscrito con España un convenio bilateral en materia de Seguridad Social²⁷, deben estar inscritos como demandantes de empleo en el Servicio Público de Empleo correspondiente, encontrarse en situación legal de desempleo como consecuencia de la extinción de la relación laboral, tener reconocido el derecho a la prestación por desempleo del nivel contributivo, sin compatibilizarlo con un trabajo a tiempo parcial; y comprometerse a retornar al país de origen en el plazo máximo de 30 días naturales contados desde la fecha del primer pago de la prestación; asimismo se deben comprometer a regresar, en su caso, en compañía de los familiares reagrupados sin una autorización de residencia independiente, a renunciar a sus permisos de residencia y trabajo, y a no retornar a España en el plazo de 3 años para residir y/o realizar una actividad lucrativa o profesional. Transcurrido ese periodo de 3 años, los trabajadores y las trabajadoras pueden solicitar nuevamente la autorización para trabajar y residir en España. Y, los que se hayan acogido a planes específicos tendrán preferencia para incorporarse al contingente anual de trabajadores extranjeros no comunitarios. Las personas que se

25 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.

26 **Artículo 12 Permiso de residencia expedido al estudiante**

1. Al estudiante le será expedido un permiso de residencia por un período de un año al menos, renovable si su titular sigue satisfaciendo las condiciones de los artículos 6 y 7. Si la duración del programa de estudios fuera inferior a un año, el permiso de residencia abarcará la duración de los estudios.

27 es decir Andorra, Chile, Filipinas, República Dominicana, Argentina, Colombia, Marruecos, Túnez, Australia, Ecuador, México, Ucrania, Brasil, Estados Unidos, Paraguay, Uruguay, Canadá, Federación Rusa, Perú, Venezuela.

acojan al retorno voluntario y que posteriormente regresen a España, recuperarán su condición anterior como residentes temporales o permanentes.

Se trata, sin duda, de una aplicación radical del principio (b) de acuerdo con la que se maximiza la proyección de las necesidades de mercado sobre la ordenación de los flujos migratorios. En un intento por respetar la libertad de los inmigrantes, la Administración no los obliga a retirarse del territorio español, pero sí estimula su salida sobre la base de su situación de desempleo. Es decir, de un lado el Gobierno incentiva el regreso a sus lugares de origen de aquellos inmigrantes cuya fuerza de trabajo ya no puede ser absorbida por los mercados nacionales, golpeados por la crisis global. Y de otro, les facilita volver después de un tiempo, cuando sistema económico haya recuperado su capacidad y con ella sus niveles de demanda laboral.

Este tipo de programas, de acuerdo con el principio (b) inserta, rigurosamente, en la gestión migratoria, mecanismos de gestión de recursos (fuerza de trabajo) según las necesidades del sistema de producción.

2.3. (d) Principio de igualdad efectiva entre hombres y mujeres: frágil perspectiva de género

Sigue siendo deficiente el compromiso del Derecho y especialmente del Derecho de extranjería, con la igualdad de las mujeres. Ya hace tiempo es evidente que las mujeres migrantes aparecen en las normas como esposas, trabajadoras domésticas o víctimas de violencia de género o del tráfico con fines de explotación sexual. Parece que, en esto, los discursos jurídicos preconiben realidades que terminan auto cumpliéndose, de manera que, efectivamente las mujeres migrantes son *esposas, trabajadoras domésticas* y en ocasiones *víctimas*²⁸. Sin embargo, el RLODYLE sólo las visibiliza cuando pretende dar tratamientos específicos a las situaciones que determinan esas categorías, por ejemplo cuando prevé los efectos del divorcio sobre la situación administrativa de una *mujer-esposa* extranjera, o cuando intenta proteger-salvar a la *mujer-víctima* de malos tratos o de explotación sexual. Pero el principio d) no alcanza a irradiar la visión global de la inmigración en el reglamento. Ese déficit de irradiación de la perspectiva de género, produce errores de concepción ética-jurídica del sistema, y errores de técnica.

En efecto, desde una visión ética, la ausencia de una perspectiva de género en el reglamento se hace evidente cuando las situaciones de marginalidad de los sectores de mercado *feminizados* que ya son suficientemente conocidas constituyen inmensos puntos ciegos de la normativa. Y desde una visión técnica, como sólo se centra en medidas concretas y aisladas para atender o *salvar a mujeres esposas y mujeres víctimas*, no ofrece un tratamiento coherente para todas.

²⁸ Mestre i Mestre, Ruth, "Trabajadoras de cuidado. Las mujeres de la ley de extranjería" *Revista aportes andinos*, 2004, Ecuador.

Un ejemplo del déficit *ética-jurídica*, se encuentra en el artículo 54.5b y 6²⁹ RLO-DYLE, que detalla los documentos que deben presentarse para acreditar medios económicos para obtener la residencia por reagrupación. Si bien el numeral 5 advierte que el interesado puede presentar los medios de prueba que considere oportunos para demostrar sus ingresos, el numeral 6 prevé una comprobación oficial del resultado obtenido mediante las pruebas allegadas por el interesado. Se trata de una consulta realizada de oficio por la Oficina de Extranjería competente de la situación de alta y las bases de cotización de la seguridad social.

Este requisito no tiene en cuenta las condiciones especiales del amplio colectivo de empleadas del hogar. En este sector, tanto para quienes trabajan para una sola familia como para quienes lo hacen para varias, la base de cotización es una cantidad fija independiente de lo que perciben, por lo que no se ajusta a la capacidad económica real de la trabajadora. La ausencia de una advertencia sobre las condiciones especiales de ese sector laboral coloca a este colectivo de mujeres trabajadoras en desventaja comparativa respecto de los trabajadores de otros sectores del mercado y probablemente impide una demostración de ingresos que resulte verosímil a ojos de la Administración. Esta medida no parece responder al principio d) como mandato de optimización de la igualdad de género, ni respeta de forma estricta el principio de no discriminación (e).

De otra parte, un ejemplo de los problemas técnicos que se producen por la ausencia de una perspectiva de género sistemática, se encuentra en el artículo 134 RLO-DYLE. Como mecanismo de persuasión para que las mujeres inmigrantes en situación irregular denuncien a sus maltratadores, cuando hayan sido víctimas de violencia de género³⁰, este artículo prevé la concesión de un permiso de residencia por cinco años a la víctima, siempre que el proceso penal contra el acusado termine con sentencia condenatoria. El borrador del Reglamento concedía este tipo de visado por cinco años sólo a esta *categoría* de mujeres inmigrantes, dándole un trato más garantista que el que correspondía al resto de mujeres víctimas de violencia doméstica. En la versión definitiva del reglamento se corrigieron todos los artículos que otorgaban permisos a mujeres víctimas de violencia doméstica, pero por la falta de un control global del sistema normativo de extranjería en clave de género, se quedó en una situación de desventaja (o al menos de indefinición) la ex mujer de ciudadano europeo víctima de violencia doméstica de acuerdo con lo prescrito en el artículo 9.4 del Real Decreto 240/2007 sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudada-

29 54.5. Sin perjuicio de la presentación de cualquier documento o medio de prueba que, a juicio del solicitante, justifique la disposición de los medios, podrá aportar la siguiente documentación:

(...)

6. De alegarse la realización de una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, la Oficina de Extranjería competente comprobará de oficio la información relativa a la afiliación y alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social del solicitante, y, en su caso, las bases de datos de cotización.

30 Para una exposición más extensa sobre el tratamiento de la violencia de género en el Reglamento, véase Acale, María, "La residencia de mujeres víctimas de violencia de género", en *La nueva regulación de la migración...* (op. cit.).

nos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo³¹.

2.4. (e) Principio de igualdad: cláusula reducida de aplicación deficiente

El legislador LODYLE dejó claro en la enunciación del principio antidiscriminatorio del literal e) que sus efectos protegen a aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, excluyendo por tanto a quienes viviendo en España estén en situación irregular y, desde luego, a quienes adelanten sus trámites para vivir y trabajar legalmente en España pero aún se encuentren en el extranjero. Es una cláusula antidiscriminatoria reducida. EL ámbito de aplicación subjetiva del principio es perfectamente determinado, lo que facilita tomárselo en serio. Aún así, no en todos los casos el RLO-DYLE ofrece respuestas jurídicas que optimicen su mandato.

Uno de los ejemplos más interesantes sobre la deficiente aplicación del principio (e), lo trae el artículo 54 que determina los medios de vida que debe acreditar quien quiera reagrupar a su familia. Esta disposición utiliza el IPREM³² como indicador básico para calcular los ingresos mínimos que debe acreditar quien esté interesado en solicitar una reagrupación. Se trata de una técnica extraña en la práctica política y administrativa. Es el Salario Mínimo Interprofesional (en adelante SMI) el que se usa normalmente para este tipo de mediciones, porque al ser establecido por el propio Gobierno como retribución mínima salarial referida a la jornada legal de trabajo, se entiende comúnmente que es la cantidad suficiente para el sustento económico de una unidad familiar.

Así, teniendo en cuenta que el Gobierno aplica el SMI como baremo para establecer la sostenibilidad de las familias españolas, es discriminatorio y desproporcionado.

³¹ Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo

Artículo 9. Mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia, en caso de fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, *separación legal* o cancelación de la inscripción como pareja registrada, en relación con el titular del derecho de residencia.

4. En el caso de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, *separación legal* o cancelación de la inscripción como pareja registrada, de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con un nacional de un Estado que no lo sea, éste tendrá obligación de comunicar dicha circunstancia a las autoridades competentes. Para conservar el derecho de residencia, deberá acreditarse uno de los siguientes supuestos: c. Cuando se acredite que han existido circunstancias especialmente difíciles como haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio o situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista una orden de protección a su favor o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia doméstica, y con carácter definitivo cuando haya recaído sentencia en la que se declare que se han producido las circunstancias alegadas.

Transcurridos seis meses... deberá solicitar una autorización de residencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 96.5 Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. ...

³² Indicador público de renta de efectos múltiples.

nado exigir que un inmigrante acredite que ingresa mensualmente el 150% del IPREM, es decir, cerca de 800 €, como requisito para reagrupar a un miembro de su familia, cuando se entiende que 640€ es un salario que permite sostener a una familia española. Lo que indica el principio de no discriminación es que se utilicen parámetros iguales para medir situaciones iguales. Una familia española puede vivir con los mismos recursos mínimos que una extranjera, por lo que no hay razones para aplicar indicadores diferentes para unos y otros.

Otro ejemplo importante de infracción al principio de no discriminación (e) se encuentra en los artículos 61.4d y 71.4. Ambos exigen que estén escolarizados los menores a cargo del solicitante de renovación de permisos de residencia –por reagrupación familiar el primero, y de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena el segundo–. Es cierto que el art. 9.4 de la LODYLE prevé la obligación de presentar informe de escolarización tanto para las renovaciones como para el acceso a la autorización de larga duración; no lo es, en cambio, que de la no escolarización se derive la denegación de la autorización. Dado que la motivación de cualquier solución para el absentismo escolar debe ser siempre la protección del interés superior de los menores, que es el bien jurídico que debe protegerse en cualquier intervención pública relativa a un menor de edad, como se deriva de la LOPJM, la medida parece infundada o con un fundamento contrario a derecho. Ciertamente, la grave afectación a los intereses del menor descarta de plano que la motivación de la disposición sea la correcta.

Además, constituye una medida discriminatoria, pues no hay ninguna previsión similar aplicable a los españoles que se encuentran en esas mismas condiciones. Para mantener la coherencia en la política contra el absentismo escolar y respetar la cláusula antidiscriminatoria, los efectos de la no escolarización de menores deben ser los mismos establecidos por la legislación educativa para todas las personas que viven España.

De otra parte, la exigencia de escolarización de menores como condición para renovar permisos de residencia convierte el absentismo escolar, que es una situación desgraciadamente más frecuente de lo deseado, en una causa de irregularidad sobrevenida del menor. Irregularizar al menor no es una medida apta para lograr su escolarización. En cambio, agrava su situación de exclusión social y vulnerabilidad jurídica.

En resumen, los artículos comentados contienen una medida desproporcionada que, sin justificación admisible afecta el principio de no discriminación (e), y se aleja del mandato de luchar contra la irregularidad generando situaciones de irregularidad sobrevenida.

2.5. (f) Principio de garantía de los derechos: los derechos, pero no en serio

La formulación del principio f) en el artículo 2bis.2 es generosa en su contenido. Visto así, podría esperarse que se impusiera como una fuerte restricción a la discre-

cionalidad administrativa. Sin embargo, como ya se comentó antes, al otorgar la misma fuerza normativa *prima facie* a los derechos constitucionales y a las necesidades del mercado, el legislador amplía peligrosamente el margen de maniobra en los ejercicios de ponderación administrativa. A la vez, no hay que olvidar que en la *ley de colisión* no importa tanto la fuerza normativa abstracta de los principios, como el peso que cobra cada uno en las condiciones de cada caso. Esta regla abre la posibilidad de exigir a la Administración que, en ejercicio de la potestad reglamentaria, proteja los derechos constitucionales y les reconozca primacía sobre las demandas del mercado en los casos en que aquellos resulten comprometidos seriamente.

Este vaivén de probabilidades de éxito y derrota de los derechos en las decisiones administrativas, trae consigo una especie de lógica condescendiente. La primacía del principio f) dependerá, seguramente, de la manera en que se presente argumentativamente cada caso, pues en esa primera exposición ya recaen matices sobre la gravedad de ciertos hechos y sobre la necesidad de proteger determinados bienes jurídicos. De nuevo, aquí se debilita la perspectiva de que la Administración opte por una *relación de precedencia condicional* a favor de los derechos, pues como es conocido, el discurso mercantilista de la gestión migratoria es la principal línea axiológica en el diseño de la política de extranjería en España.

Podría decirse que casi todas las normas del Reglamento comprometen, en mayor o menor medida, algún derecho. Pero aquí, como en los anteriores apartados, sólo daremos unos pocos ejemplos. Esta vez, relacionados principalmente con el derecho de asilo y con los derechos del menor. El respeto a ambos tipos de derechos debería estar presente de forma transversal en todo el ordenamiento de extranjería, entre otras razones porque tanto las personas en riesgo que solicitan protección internacional como los menores de edad migrantes son colectivos altamente vulnerables que merecen una especial salvaguardia jurídica.

Un caso ilustrativo es el del artículo 6.3 RLODYLE. La norma dispone que las misiones diplomáticas y oficinas consulares españolas expidan documentos de viaje y salvoconductos a extranjeros cuya protección internacional haya sido determinada por España en aplicación de la legislación española sobre protección internacional o para proceder a su evacuación hacia países con los que existan acuerdos de cooperación a tal efecto.

Esta medida no desconoce del todo el principio f), aplicado en este caso al derecho de asilo y refugio, pues reconoce la posibilidad de expedir documentos de viaje a quienes gocen de la protección internacional asumida por España. Sin embargo, puede decirse que la solución no responde al principio como mandato de optimización, es decir no otorga la mayor protección posible sino una menor.

En ese sentido, las organizaciones sociales han insistido, con razón, en que deberían expedirse documentos de viaje o salvoconductos a personas cuya protección, a la vista de los indicios y las pruebas aportadas, pudiera ser asumida por España. Esta

solución otorgaría la mayor garantía posible al derecho de asilo, respetaría las normas internacionales y sería coherente con la legislación española³³ que reconoce que el traslado a España es un paso previo a la formalización de la petición de protección internacional. Además sería consecuente con los hechos demostrados en la práctica administrativa, pues ya son suficientes los casos dramáticos sobre todo de menores no acompañados y de personas en situación de riesgo inminente, que no han podido superar el bloqueo en sus países por deficiencias en la documentación.

El otro ejemplo interesante se encuentra en el artículo 23.6, que prevé los casos en que se suspende la ejecución de una resolución de devolución. El literal b de esa norma dispone que la ejecución de la resolución quede suspendida cuando se formaliza una solicitud de protección internacional. De nuevo, esta medida supone una importante garantía al derecho de asilo, pero no alcanza a ser una realización óptima del principio f), porque desatiende las circunstancias reales de la práctica administrativa. La práctica ha demostrado que desde que una persona manifiesta su voluntad de solicitar protección hasta que su solicitud se formaliza, pasan varios días en los que podría ejecutarse la resolución de devolución e impedirse, con ello, el efectivo ejercicio de su derecho a la protección internacional. Por eso, para dar un desarrollo óptimo al mandato del principio f) en este caso, la medida reglamentaria debería haber previsto que el momento que determina la suspensión de la devolución es aquél en que se manifiesta la voluntad de presentar una solicitud de protección, necesariamente anterior al de su formalización.

Además, en esta misma norma, el Gobierno desobedeció el mandato del principio f) al omitir un caso merecedor de protección especial. Debería haberse previsto que la resolución de devolución también sería suspendida cuando se tratase de menores de edad no acompañados. La ausencia de esa previsión impide la correcta aplicación de la ley y constituye la causa de la desprotección a la que quedan sometidos los menores. En efecto, sólo previendo la suspensión de la devolución a favor del menor no acompañado se hace posible prestarle la protección especial que le reconoce el artículo 35 de la LODYLE como garantía de sus derechos.

El siguiente ejemplo importante respecto del principio f) se encuentra en el artículo 185, sobre la residencia de los hijos de residente nacidos en España. El fundamento de este artículo es la protección del derecho a la vida en familia que, en un primer momento, protege satisfactoriamente, pues permite que los hijos de residentes obtengan la misma autorización de residencia que sus padres, garantizando un estatus regular para los miembros del núcleo familiar.

Sin embargo, la misma norma deteriora seriamente las posibilidades de que el derecho sea ejercido plenamente y a largo plazo. Condiciona la renovación de las autorizaciones de residencia de los hijos al cumplimiento de requisitos más exigentes

³³ Artículo 38 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

que los necesarios para su obtención. Ciertamente, el alto nivel de dificultad que supone la acreditación de los medios de vida exigidos y de la disponibilidad de una vivienda adecuada, aumenta las posibilidades de que las familias incumplan las condiciones para la renovación y los menores queden en situación de irregularidad, poniendo en riesgo la unidad del núcleo familiar.

En este tipo de medidas parece desvelarse una peculiar finalidad que irradia la normativa inmigratoria. Se trata del afán por asegurar que la comunidad extranjera mantenga un nivel económico tan alto que maximice las posibilidades de que su presencia en España contribuya a la activación del mercado. Es un interés que ni siquiera encaja en el principio de la ordenación migratoria según las necesidades del mercado laboral, y aún así, goza de la posición privilegiada en una infundada *relación de precedencia* respecto del principio de garantía de los derechos reconocidos a todas las personas.

En ese sentido, la desproporción de la medida es evidente. Sin un fundamento válido a la luz de los principios del 2bis.2, el RLODYLE sacrifica el mandato derivado del principio f), de proteger el derecho a la vida en familia –especialmente relevante en el caso de los menores de edad–; y además, incumple la obligación de evitar al máximo las situaciones que provoquen irregularidad sobrevenida, apartándose así del principio de la lucha contra la inmigración irregular (g).

2.6. (g) Principio de lucha contra la inmigración irregular: dos caras de un mismo mandato

La inclusión de este principio dentro del artículo 2bis.2 es importante porque su *convivencia* obligada con otros principios permite lecturas alternativas a las que tradicionalmente se ha dado a su contenido. La lucha contra la inmigración irregular tiene como finalidad disminuir la presencia de extranjeros en condiciones administrativas irregulares. Comúnmente se ha entendido que esa finalidad se alcanza con medidas de remedio, como las sancionatorias de multas, internamiento y expulsión, o las de devolución. Sin embargo, existen otros medios aptos para la consecución de ese objetivo, que conforman la otra faceta del principio g), la faceta preventiva de la irregularidad.

En efecto, evitar que se produzcan situaciones que generan irregularidad sobrevenida es igual de importante, o más, que las medidas que atacan a posteriori su ocurrencia en territorio español. De hecho, una combinación abstracta de los principios g), c), e) y f) favorece una lectura del mandato de lucha contra la inmigración irregular, en la que predomina la faceta preventiva sobre la sancionatoria.

En otras partes de este texto se han puesto ejemplos de medidas que no atienden a la necesidad de prevenir la irregularidad sobrevenida. Sin embargo, como no son pocos, todavía se puede ofrecer alguno más.

El artículo 61.3b³⁴ determina las condiciones económicas que debe acreditar el reagrupante para renovar la autorización de residencia de los reagrupados. Para la renovación, el reglamento exige los mismos requisitos que para la concesión inicial de la residencia por reagrupación familiar. En el trámite de consolidación del texto del RLODYLE, el Gobierno fue advertido por las organizaciones sociales e incluso por foros de expertos pertenecientes al propio Ejecutivo, de que esa medida daría lugar a situaciones de irregularidad sobrevenida, pero el texto reglamentario no acogió las sugerencias.

Este análisis pone sobre la mesa un error técnico recurrente en el diseño de este tipo de soluciones administrativas. Como se ha sugerido en ejemplos anteriores, el problema radica en la indiferencia de la disposición normativa ante las condiciones reales que determinan el caso que reglamenta. Una distancia insalvable entre las soluciones jurídicas y los problemas reales.

En las condiciones actuales, conocidas y sobradamente estudiadas por el Gobierno, es previsible que el reagrupante pierda su trabajo y sostenga a su familia con la prestación de desempleo, cuyo monto es muy inferior al exigido por el artículo 61.3, lo que conducirá a la irregularidad a sus familiares, pero no a él³⁵. Es una incoherencia del sistema normativo, que permite la renovación del permiso de residencia de un desempleado cuando cobre la prestación correspondiente pero, en cambio, condena a la irregularidad a su familia, pese a que en la práctica seguramente ya se ha provisto su sustento económico.

Esta ceguera voluntaria del Derecho ante la realidad es determinante para los efectos perjudiciales que produce la norma comentada. El artículo 61.3b RLODYLE genera graves perjuicios para la sociedad, y para la propia Administración. En efecto, la irregularidad de parte de sus miembros pone en peligro la unidad familiar, afectando el principio de garantía de los derechos (f) y dificultando la normal integración de esos extranjeros, dicho de otra forma, la norma perjudica como en efecto dominó la vigencia de algunos derechos y la cohesión social: Pero además, entorpece la eficiencia de las instituciones, pues también es previsible que para cuando el extranjero haya recuperado su trabajo y pueda acreditar los requisitos, la renovación de las autorizaciones de residencia de sus familiares no sea procedente, lo que les obligará a adelantar trámites de arraigo o, incluso, nuevos procesos de reagrupación. Esto supondrá una recarga innecesaria en la administración de extranjería, y la asunción de

34 Artículo 61 *Renovación de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar.*

3. Para la renovación de una autorización de residencia por reagrupación familiar se deberán cumplir los siguientes requisitos: b) Relativos al reagrupante:

2. 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 la Seguridad Social, en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM.

A dichos efectos serán computables los ingresos provenientes del sistema de asistencia social y resultará de aplicación lo previsto en el artículo 54.3 de este Reglamento.

35 Esto, por virtud del art. 38.6b RLODYLE.

procedimientos costosos para el Estado que se habrían podido evitar si la norma hubiese consultado la realidad del asunto regulado.

3. A MANERA DE CONCLUSIÓN. FORTALEZAS Y MINUSVALÍAS DE UNA NORMA DE PRINCIPIOS EN EL SISTEMA DE POLÍTICA MIGRATORIA

El artículo 2bis.2LODYLE es una pieza esencial en el ordenamiento de extranjería. Esto se dijo al principio, y se insiste en ello ahora para indicar algunas claves de su relevancia respecto de los actores a los que afecta su existencia.

Es importante para el ciudadano. Una labor de publicidad y pedagogía política con el fin de dar a conocer el contenido y posibles alcances de esta norma es necesaria. Conviene que los ciudadanos conozcan el repertorio de principios que fundamenta las decisiones públicas en esa materia. De esta forma, esos principios constituirán una declaración transparente de las posibles motivaciones de la política de extranjería. Así, la dinámica democrática se enriquecerá con ciudadanos informados y capaces de guiar sus posiciones de acuerdo con criterios menos ingenuo respecto de las posiciones oficiales frente al fenómeno migratorio.

Es importante para las administraciones. La forma en que ha sido construido el artículo 2bis.2 como se ha expuesto antes, tiene un doble efecto, al parecer contradictorio, sobre la libertad con que cuentan las administraciones en la creación normativa y en la toma de decisiones en general. De una parte la existencia de esa norma limita la discrecionalidad administrativa y de otra parte le abre amplios márgenes discrecionales.

La limitación de la discrecionalidad como consecuencia de la existencia del 2bis2 opera, como se ha dicho antes, en la medida que la administración queda obligada a dar preferencia a los principios que él contiene siempre que se le presente un conflicto entre cualquiera de ellos y otros bienes jurídicos protegidos. El rango orgánico de la norma y su especialidad, otorgan a estos principios absoluta preponderancia aún cuando la administración de extranjería deba elegir entre ellos y otros que también hayan sido protegidos por el legislador.

Si es el propio legislador orgánico el que, en ejercicio de su posición privilegiada de ponderador, resuelve normativamente un caso concreto, estableciendo una determinada relación de precedencia entre uno de los principios del 2bis2 y otro cualquiera, la administración no tendrá más opción que acogerse a esa disposición.

Así, además de la limitación en el margen de acción administrativa que supondría una intervención ponderadora directa del legislador, la obligación que impone la LODYLE a las administraciones, consistente en privilegiar el bloque de principios del 2bis2 en las relaciones de precedencia frente a otros intereses jurídicos, limita su discrecionalidad y por tanto el margen de error en que puede incurrir al reglamentar o resolver cuestiones en materia inmigratoria.

Pero de otra parte, como también se ha dicho antes, la estructura interna del 2bis2 supone una amplia concesión a la administración para decidir los niveles de protección que otorga a uno u otro principio en sus decisiones reglamentarias y en sus demás actuaciones.

Una de las características propias de la aplicación y ponderación de principios consiste en que el efecto ponderado de una relación de precedencia depende en gran parte de la corrección en su argumentación y no de parámetros más rígidos u objetivos. Esto, que en ciertos contextos puede suponer grandes ventajas para la construcción de un ordenamiento justo y equitativo, también supone serios riesgos cuando los operadores jurídicos arrastran la tradición discriminatoria de un sistema normativo, como ha sido el de extranjería en España.

La equiparación normativa y ética de principios de valor constitucional tan diverso como el de la protección de los derechos y el de la necesidad de satisfacer las demandas del mercado laboral, permite que la administración, válidamente, privilegie los intereses económicos en perjuicio de los derechos de las personas migrantes. Aunque el perjuicio de los derechos en teoría no podría ser excesivo, lo cierto es que su exceso o moderación dependerán de la calidad de la argumentación jurídica que soporte la norma. Es decir que el sacrificio de un derecho puede considerarse admisible si, en el ejercicio de argumentación que motiva la decisión administrativa, ésta ha sido capaz de revestir de suficiente importancia la necesidad de responder a las condiciones del mercado.

La existencia de este tipo de riesgos, vista desde otra perspectiva, significa que el artículo 2bis2 de la LODYLE ha revestido a la administración de un importante papel como agente constructor –o destructor– de la democracia sustancial. Podría servir, incluso, como estímulo para el surgimiento de administraciones comprometidas que reviertan la tendencia contraigualitaria del sistema de extranjería.

Finalmente, es importante para los jueces. La existencia de una lista exhaustiva de los únicos criterios en los que la administración puede basar sus decisiones y actuaciones en materia inmigratoria, amplía el rango de actuaciones administrativas susceptibles de ser controladas judicialmente. Ciertamente la imposición legal de ese bloque de principios, desde la perspectiva de la función judicial, constituye una vía de entrada para revisar decisiones que antes podían resultar sustancialmente inmodificables. Este bloque de principios con fuerza normativa desplaza los criterios de conveniencia, oportunidad o experticia en parte de la construcción de la política migratoria. En efecto, dado que esos principios informan de manera directa las finalidades que debe satisfacer la administración en sus actuaciones, ésta no podrá oponer al juez los tradicionales artificios que durante tanto tiempo sirvieron como escudo de arbitrariedades administrativas.

Sin embargo, la ya comentada estructura de la norma será un lastre para un control judicial que pretenda ser garantista. En efecto, dada la igualdad de condición

normativa que recubre a todos los principios del 2b2, los jueces no podrán sustituir o revocar una relación de precedencia elegida por la administración si ésta ha cumplido correctamente sus cargas argumentativas y ha justificado el perjuicio de un principio con la importancia de satisfacer el que se ha privilegiado.

Es decir, si en un caso concreto resultan posibles e igualmente justificables (argumentativamente) varias soluciones ponderadas, el juez no podría sustituir la relación de precedencia elegida por la administración por la que sea de su preferencia, pues siendo igualmente válidas las dos, debe respetarse la opción del operador jurídico competente. Podrá hacerlo, en cambio, si logra demostrar que es insostenible, técnicamente, la argumentación jurídica que motiva la norma o decisión administrativa. Ciertamente, habrá de ser una muy burda motivación, de lo contrario, el juez no encontrará espacio para intervenir significativamente.

En resumidas cuentas, el artículo 2bis2 abre puertas a los jueces, pero no les llevan más que a reducidos y monótonos espacios que no les permiten movimientos sofisticados ni construcciones progresistas. Con ese horizonte, no es probable que los jueces, ni siquiera los más garantistas y comprometidos, opongan un sentido común jurídico más cercano a los valores universales de la justicia social, la inclusión, la igualdad y la diversidad. No se ha dispuesto un escenario para que el poder judicial revierta las tendencias excluyentes del sistema jurídico inmigratorio. No al menos en el corto plazo.

En conclusión, el artículo 2bis2 de la LODYLE es importante. No cabe duda.

Las dudas atienden sobre todo a aspectos que se proyectan sobre los efectos que generarán sus minusvalías como norma de garantía. Caben dudas razonables sobre el uso adecuado que le darán las administraciones, sobre la conveniencia de que el artículo permita infinitas posibilidades de deconstrucción del sistema jurídico y político inmigratorio, sobre la posibilidad incierta de que la ponderación ocupe su lugar en la práctica administrativa de extranjería...

Y desde luego, las dudas nacen todas de la misma semilla: la de los peligros de una norma de esa naturaleza en el seno de un ordenamiento jurídico especial, tradicionalmente anti-igualitario y mercantilizado.

