

Unión Europea, inmigración y el nuevo Reglamento de la ley de «extranjería» española: un comentario crítico

Antonio GOMEZ MOVELLAN

Realizar un comentario crítico del nuevo reglamento de la ley de libertades y derechos de los extranjeros requiere enmarcar esta reforma en el contexto de las reformas legislativas y reglamentarias que se están produciendo en los Estados miembros de la Unión Europea. En primer lugar abordaremos brevemente el asunto de la inmigración y la Unión Europea y después analizaremos los contenidos del nuevo reglamento de «extranjería».

LOS ACUERDOS DE SCHENGEN, LA UNION EUROPEA Y LA INMIGRACION

A partir de los años cincuenta, en Europa, se relajaron los controles de inmigración existentes y se adoptaron unos estatutos de asilados muy avanzados y ello sin duda tuvo que ver con la expansión económica de ese período; sin embargo, desde 1974 se comienza a escuchar en los países de la Comunidad Europea la expresión «cierre de fronteras». Con la llegada de la crisis y el estancamiento económico y el crecimiento del desempleo todos los gobiernos europeos sin excepción van a reformar sus legislaciones sobre extranjeros y asilados; estas reformas tienen en común algunos rasgos:

- Se refuerza el predominio de las normas estatales sobre convenciones generales internacionales.
- Se produce una mayor dispersión de las normas nacionales creando una mayor inseguridad jurídica para los extranjeros.
- Se incrementan las normas de policía.
- Se refuerzan los requerimientos para la adquisición de nacionalidad y para la adquisición de residencia legal y acceso al mercado laboral.
- Se refuerzan los requerimientos para la concesión de asilo y se incrementa, en este campo, la discrecionalidad administrativa.
- Se rebajan los requerimientos para las expulsiones de extranjeros.

Hasta la entrada en vigor del Tratado de Maastricht no existían unas políticas comunes —en la Comunidad Europea— en relación a estos asuntos de extranjeros pero la supresión de las fronteras interiores previstas en el Acta Unica Europea exigía desarrollar unas políticas de cooperación. Anteriormente a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, se creó un espacio de cooperación intergubernamental sobre estos asuntos en el cual participaron algunos países de la entonces Comunidad Europea; esos acuerdos se denominaron de Schengen ya que esta fue la ciudad luxemburguesa donde se firma-

ron el 14 de junio de 1984. Los Acuerdos de Schengen tuvieron un antecedente en el denominado Grupo de TREVI (cooperación policial contra el terrorismo, radicalismo, extremismo y violencia internacional) grupo reunido desde 1976 y que estaba constituido por los ministros de Justicia e Interior de los países miembros de la Comunidad Europea; el grupo de TREVI estaba encargado de examinar la cooperación relativa a la lucha antiterrorista, narcotráfico, derecho de asilo y políticas de migraciones; de este grupo se desgajó el «grupo ad hoc de inmigración» para examinar estos asuntos y los de asilo junto a un grupo de cooperación jurídica. Estos tres grupos tras el tratado de Maastricht de febrero de 1992 han tomado otra dimensión ya que como tales han sido disueltos y constituidos en un solo grupo denominado de «coordinación» que tiene como objetivo proponer iniciativas comunitarias sobre estos asuntos; de este grupo salió el proyecto de resolución de la ya creada «Europol», embrión de policía europea encargada de asuntos de terrorismo, narcotráfico, crimen organizado e inmigración ilegal.

El acuerdo de Schengen se constituye en principio fuera del sistema institucional de la Comunidad Europea, como un acuerdo intergubernamental de algunos países miembros de la misma. Los cinco primeros firmantes del acuerdo fueron los países del Benelux además de Francia y Alemania. El acuerdo se compone de 32 artículos y no deja de ser una primera declaración de intenciones que ha de desarrollarse en convenios concretos de aplicación. El objetivo del Acuerdo se expresaba con detalle en su artículo 17: «En materia de circulación de personas, las partes intentaran suprimir los controles en las fronteras comunes y a transferirlos a las fronteras externas. Con este fin, los países firmantes se comprometerán a armonizar las disposiciones legislativas y reglamentaria relativas a las prohibiciones y restricciones que se deben de aplicar en las fronteras y sobre todas aquellas medidas complementarias necesarias para salvaguardar la seguridad interior y obstaculizar la inmigración ilegal de los estados no miembros de la Comunidad Europea.» Posteriormente a la firma de los Acuerdos se han unido los siguientes países: Italia, Grecia, España y Portugal. El Acuerdo ha sido desarrollado a través de un convenio de aplicación que sólo en parte está en vigor. Este convenio compuesto de 142 artículos pretende establecer los siguientes objetivos:

- Abolición total de los controles en las fronteras interiores.
- Una política común de visas.
- Lucha contra la emigración clandestina y es-

tablecimiento de normas comunes de repatriación.

- Establecimiento de redes de cooperación policial y posibilidad de la persecución policial transfronteriza.
- Intercambio de información a través del Sistema de Información Schengen (SIS). La implantación de este sistema ha constituido uno de los mayores obstáculos para la entrada en vigor de la supresión de los controles fronterizos internos ya que en esta base de datos se encuentran los datos de todos los extranjeros que han entrado en la comunidad procedentes de terceros países y los que han sido denegada su entrada o tienen procesos judiciales pendientes (la denominada lista de no admisibles o «lista negra» —sic—); el objetivo esencial del sistema de información es el control de las fronteras exteriores.
- Una política de asilo común y el examen por un único país del expediente de asilo.

Además del convenio de aplicación Schengen existen otros convenios intergubernamentales que han afectado a la políticas de extranjeros; en primer lugar está el denominado Convenio de Dublín de 1990 por el cual se quiere terminar con el fenómeno de los «refugiados en órbita» o refugiados en éxodo por la Unión Europea intentando encontrar un Estado que se avenga a admitir su solicitud de asilo. Este convenio establece que serán los países que dejen entrar a una persona de terceros países quienes examinen y resuelvan los expedientes de asilo con efectos para toda la Unión.

Posteriormente a este convenio, que aún no es de entera aplicación, los ministros sobre inmigración de la Unión Europea adoptaron una serie de reglas sobre inmigración en reuniones en Londres (1992) y Copenhague (1993) estas reglas insisten en la necesidad de aplicar en su totalidad el convenio de Dublín y dan unas series de recomendaciones para que los Estados no examinen las solicitudes de asilo denominadas abusivas e infundadas. También en estas reuniones se dan criterios —siempre restrictivos— para la armonización de las legislaciones sobre reagrupación familiar y en materia de expulsión de extranjeros.

Como se ha dicho, todos estos acuerdos impulsados en el seno de la Unión tienen un carácter intergubernamental y no comunitario. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de Maastricht los asuntos de extranjeros, asilo, migraciones... entran de lleno en lo que se denomina el «tercer pilar» y que afectan a los temas de Justicia y de Seguridad interior. El tercer pilar, sin embargo, es el pilar menos comunitario de la Unión Europea ya que las políticas que se adopten son políticas que deben de adoptarse por unanimidad y son políticas de coordinación pero no obligan a la legislación interna. Sólo en el caso de las políticas de visado obliga a la adaptación de la legislación interna y de hecho existen varios proyectos de reglamentos comunitarios para la fijación de listas de países a los que obligatoriamente se les exigirá visado y también un reglamento sobre los controles en las fronteras externas o comunitarias.

Existen problemas de aplicación tanto de orden ju-

rídico interno como —y esto es más importante— de orden político de cada país para establecer normas comunitarias que se superpongan a las normas internas, aunque es indudable que en políticas de visas, ya prácticamente nos encontramos con normas de aplicación común o por lo menos con reglamentos muy armonizados y en un futuro existirá un reglamento más detallado de obligado cumplimiento para todos los Estados. En cuanto a la política de asilo las modificaciones constitucionales que han tenido que producirse en algunos países como Alemania indica que estamos a las puertas de normas o reglamentos comunes que afectaran a las reglamentaciones nacionales de asilo. Más difícil será el establecimiento de normas comunes para la nacionalidad y las normas de residencia de extranjeros aunque en todos los países la tendencia es a restringir y obstaculizar el libre establecimiento de trabajadores de terceros países. Otra tendencia en todas las modificaciones que se vienen produciendo en las reglamentaciones sobre esta materia de extranjeros es que se impulsan la discrecionalidad administrativa alejando a estas reglamentaciones de un posible control judicial.

EL CASO ESPAÑOL

En España pese a ser un país de inmigración reciente se ha adaptado una legislación sobre extranjeros muy restrictiva y las modificaciones producidas a partir de los años ochenta tienden a endurecerla aún más. No es cuestión de examinar con exhaustividad la legislación sobre la materia pero lo primero que hay que decir es que España está a la cabeza en la aplicación de las decisiones que se han ido tomado en lo que se ha denominado el espacio Schengen. En los años ochenta se produce la reforma del código civil sobre la nacionalidad, la ley de asilo y refugio de 1984 y su Reglamento de 1985 y la ley de derechos y libertades de los extranjeros de 1985 —de ahora en adelante ley de extranjería— y su reglamento de 1986 el cual ha sido modificado en febrero de 1996 y que comentaremos más adelante. Si la ley de asilo y refugio del 84 era una ley bastante generosa y adaptada a los convenios internacionales, la ley de extranjería nació con una vocación restrictiva y policial. La entrada en vigor de la ley de extranjería supuso que una gran parte de los residentes extranjeros en España se convirtieran en inmigrantes ilegales de ahí que el gobierno tuvo que establecer unos procesos de regularización extraordinarios para legalizar su residencia de acuerdo a los nuevos criterios restrictivos de la ley. A partir de los años noventa se producen una serie de reformas normativas tanto en las leyes como en sus reglamentos que tienen como justificación el hecho de que España se está convirtiendo en un país de inmigración y que ello, en el contexto de la Europa sin fronteras, supone el control de los flujos migratorios. El control de flujos migratorios significa que todos los derechos de entrada y residencia legal de extranjeros deben estar supeditados a las posibilidades económicas, sociales y de control por parte de los agentes públicos etc., de un Estado y ello da lugar a una total discrecionalidad de las administra-

ciones sobre el derecho de recepción de extranjeros. Esta política de control de flujos migratorios es la imperante en todos los países de Europa de ahí que todo el edificio jurídico —en materia de extranjeros— construido desde los años cincuenta en los países europeos haya sido demolido por las reformas legislativas impulsadas a partir de los años ochenta. En la proposición no de ley aprobada por el Congreso de Diputados del Estado español en el año 1991 se concreta esta nueva política, así en su preámbulo se puede leer: «se insta al gobierno a desarrollar una política activa de inmigración en la que los poderes públicos tomen la iniciativa en la canalización y organización de los flujos de inmigración legal en función de las necesidades de mano de obra de la economía española y de la capacidad de absorción de nuestra sociedad». Esta orientación es la que se ha seguido ya que a partir de 1993 el Gobierno fija unos contingentes anuales para las autorizaciones de permisos de trabajo para extranjeros no comunitarios. Y también a partir de esta fecha se produce las reformas normativas necesarias para garantizar esta política de cupos. Se comienza reformando la legislación civil sobre adquisición de nacionalidad (Ley 18/1990 de 17 de diciembre) en la cual se suprimen las reglas favorables a los emigrantes españoles o sus descendientes y se introduce la exigencia de justificación por el interesado de buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española para la adquisición de nacionalidad española. Además, en el caso de adquisición de nacionalidad, se obstaculizan los trámites administrativos de tal forma que una tramitación normal, hoy se puede demorar casi tres años. Se procede a continuación a modificar la ley de asilo y refugio de 1984 por la ley de modificación 9/1994, de 19 de mayo, esa reforma se justifica por los compromisos que el gobierno español ha ido adquiriendo en el marco Schengen o en el de la Unión europea de armonización de legislación en materia de asilo y tiene un sentido claramente restrictivo, tratando de frenar las solicitudes de asilo, por la no admisión a trámite.

En fin, si éstas han sido las modificaciones legales más significativas habría que añadir que ellas han ido acompañadas por toda una «normativa» de rango menor que afecta a las condiciones de entrada, de expulsión de extranjeros, de libertades y derechos de los trabajadores extranjeros, de condiciones laborales etc., y que en general significan trabas administrativas y mayores requerimientos. En el caso español todo ello ha ido acompañado, además, por la pérdida de privilegios de los nacionales iberoamericanos en la legislación de extranjeros.

COMENTARIO CRITICO SOBRE EL REAL DECRETO 155/1996 DE 2 DE FEBRERO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY DE «EXTRANJERIA»

La aprobación de un nuevo reglamento de «extranjería» venía siendo reclamado por las organizaciones de inmigrantes y por las organizaciones no gubernamentales de asistencia y defensa de derechos de los inmigrantes. En verdad, la mayoría de

estas organizaciones (desde Caritas hasta SOS Racismo) vienen criticando desde hace años la legislación y la normativa reglamentaria que sobre extranjeros se ha ido desarrollado. Todas estas organizaciones han señalado que una ley como la de extranjería no puede ser mejorada con un buen reglamento. Tienen razón. Pero lo justo sería decir que la ley orgánica del 7/1985 sobre extranjería no permite un desarrollo progresista de la reglamentación sobre extranjeros. La ley de extranjería es tan dura que tuvo que ser el Tribunal Constitucional quien en su sentencia 115/1987, declaró inconstitucional algunos de sus enunciados.

El nuevo reglamento de extranjería ha sido presentado por el gobierno como una disposición favorable para los inmigrantes y los extranjeros que quieran fijar su residencia en España. Algunas ONG'S han declarado que este reglamento es menos malo que el que había, aunque han señalado las limitaciones del mismo. Lo que se podría decir, para hacer una justa valoración, es que este reglamento supone un esfuerzo racionalizador técnico-jurídico de cierta «normativa» publicada en forma de ordenes ministeriales o no publicadas —«circulares» ministeriales— que estaba dispersa y que conducía a amplificar la discrecionalidad en la ejecución administrativa del Reglamento anterior. En todo caso, éste nuevo reglamento no soluciona el problema ya que siguen existiendo ambigüedades en la redacción que van a posibilitar una ejecución arbitraria de los procedimientos administrativos; precisamente la arbitrariedad y la discrecionalidad administrativa son algunos de los rasgos que caracterizan este Reglamento: anunciamos que en poco tiempo nos vamos a encontrar con toda una maraña de «normativa» de ejecución del Reglamento (órdenes ministeriales, circulares de ejecución etc.) que van a crear inseguridad jurídica y perplejidad para los abogados y ONG'S que realizan los trámites de extranjería.

El nuevo reglamento no supone ningún cambio esencial ni en el contenido de derechos de extranjeros ni para la adquisición de la residencia —aunque ha introducido el nuevo permiso de «residencia permanente»— ni para la salida de los mismos y tampoco lo supone para los «trámites» de expulsión o devolución, ni mucho menos para la garantía de los extranjeros ante las prerrogativas administrativas del control del flujo migratorio tanto en la entrada como en la salida. El reglamento sigue siendo la norma ejecutoria de una ley esencialmente dedicada al control de los extranjeros y de su flujo y no a la garantía de derechos y de fomento de la integración del inmigrante; como ha dicho el profesor Fernández Rozas: «en el fondo, tras una fachada de ley reconocedora de los derechos y libertades de los no nacionales, se esconde una normativa de carácter policial, sumamente rígida, que no tiene nada que envidiar a las recientes leyes dictadas en los países europeos de acogida a los trabajadores inmigrantes».

La justificación de la redacción de un nuevo reglamento se expresa en el preámbulo del mismo; se justifica esta nueva redacción por los siguientes motivos: «incremento de la población inmigrante», «adaptación de las normas estatales al Tratado de la Unión Europea y al Convenio de Schengen», y se

cita en último lugar —y no es casual— el objetivo de «mejorar la estabilidad y seguridad jurídica de los trabajadores extranjeros».

En efecto, la nueva redacción tiene su justificación en la adaptación normativa al acuerdo Schengen y a su política de garantizar un estricto control del flujo migratorio, que permita a las autoridades gubernamentales ser eficaces ante ese «incremento de la población inmigrante».

LOS CONTENIDOS DEL REGLAMENTO

Un nuevo sistema de visados

Se establece una nueva ordenación para la emisión de visados, documentos que se constituyen en elementos esenciales para el control de la inmigración desde el origen. La reglamentación de visados de tránsito y de estancia menores de tres meses es prácticamente la misma que existía, aunque la disponibilidad de medios económicos se hace ahora muy estricta. En cuanto a los visados de residencia, es decir, aquellos que deben emitirse para los extranjeros que deseen trasladar su residencia a España de forma permanente, su concesión —en el caso de los trabajadores asalariados— por parte de las autoridades consulares estarán en función de la obtención de informes que indiquen fidedignamente, a través de la Dirección General de Migraciones, voluntad y compromiso de un empleador para emplear. Sin embargo la obtención de un visado de residencia no garantiza la entrada. En efecto en el artículo 23.7 se puede leer: «La obtención de un visado de residencia se entiende sin perjuicio de las competencias de las autoridades dependientes del Ministerio de Justicia e Interior para autorizar la entrada y otorgar, cuando proceda, el permiso de residencia». Nos encontramos aquí con una prerrogativa de las autoridades del Ministerio del Interior sobre los actos y resoluciones del aparato consular español, lo que puede crear y creará inseguridad para los extranjeros ya que, incluso con visado de residencia, pueden verse rechazados en la frontera. En cuanto a la emisión de visados de residencia para los extranjeros que quieran realizar actividades lucrativas por cuenta propia, su obtención estará condicionada por las resoluciones e informes del Ministerio de Trabajo y la Dirección General de Migraciones.

En general puede decirse que el denominado visado de residencia está pensado para controlar la entrada de extranjeros desde el origen ya que éstos deberán haber obtenido previamente los precontratos de trabajo correspondientes, si son trabajadores por cuenta ajena. Los visados de tránsito o de estancia menores de tres meses están condicionados por los medios económicos exhibidos y los visados por residencia por reagrupamiento familiar pretenden controlar estrictamente que el reagrupamiento se produzca siempre y cuando el extranjero que solicita el reagrupamiento no sólo esté «legal» en España sino que cumpla otros requisitos muy estrictos. Además todo el sistema de visados no garantiza por sí mismo la entrada de extranjeros ya que ésta, está condicionada por las autoridades del Mi-

nisterio del Interior. En efecto, si bien la emisión de visados entra dentro de lo que podemos denominar actividad reglada de la Administración vemos que su concesión está sujeta a motivaciones muy discrecionales. Así el artículo 32.1 del Reglamento dice: «Para la concesión del visado se atenderá al interés del Estado español y de sus nacionales y a la aplicación de los compromisos internacionales asumidos por España, en el marco de Acuerdos de régimen común de visados. No se concederá visado al extranjero cuya venida a España suponga peligro para el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España.» Como vemos, esta redacción es tan imprecisa e indeterminada que deja la puerta abierta a casi todo. Además la referencia que hace a la condicionalidad de visados a los «Acuerdos de régimen común de visados» puede comprometer —como de hecho ya lo está haciendo— los compromisos privilegiados con los extranjeros iberoamericanos o guineanos ya que si se dice que estos extranjeros están exentos del visado para estancias de tres meses, la «política común de visados» está cada año incluyendo más países iberoamericanos a los cuales se les ha de exigir visado para la entrada en el territorio de la Unión Europea, lo que significa que este régimen privilegiado queda, en la práctica, anulado. Por último queremos hacer mención a la figura de «exención de visado». La exención de visado aparece en la ley como la facultad discrecional de las autoridades gubernativas para no exigir visado a determinados extranjeros que encontrándose en España sin visado o visado caducado puedan, de esta forma, ser protegidos contra la salida o expulsión; en definitiva se trata de legalizar una estancia de un extranjero que no esta legal o en regla en España. Esta actividad discrecional que tienen las autoridades gubernativas —es el gobernador civil quién tiene esa potestad— ha dado lugar a inseguridades y a discriminaciones en la práctica ya que es una facultad, que recogida en la ley, no está reglada ni sometida a ningún control. Se esperaba que un nuevo reglamento tasara la concesión de la «exención de visado» sin embargo esto no ha sido así y la total discrecionalidad en la concesión de la «exención de visados» será la práctica que siga rigiendo, incumpliendo cierta jurisprudencia sobre la materia en la cual se recomendaba reglar esta potestad administrativa.

El control de entrada

El régimen que se establece para el control de entrada es el mismo que ya existía en el anterior Reglamento. La autorización de entrada es competencia de las autoridades policiales de los puestos de entrada o fronterizos. En primer lugar hay que decir, como ya se ha señalado, que el portar un visado en regla no garantiza la entrada. Además del visado se exigen los títulos de viaje y la acreditación de medios económicos. En el anterior reglamento los portadores de visados de residencia estaban exentos de acreditar los medios económicos y sin embargo en la redacción del nuevo Reglamento no se dice nada sobre la cuestión lo que es, en el mejor de los

casos una omisión injustificable desde el punto de vista de la «técnica» jurídica o en el peor, una omisión intencionada para dar pie a una mayor discrecionalidad administrativa en los puestos de control de entrada. En cuanto a las exigencias sanitarias que se establecen en el Reglamento algunas nos parecen injustificables desde todo punto de vista, en especial aquella que hace referencia a la drogadicción como una causa de prohibición de entrada. Sin duda alguna esta exigencia sanitaria está copiada de la normativa norteamericana y refleja el papantismo existente en Europa respecto a la legislación americana antidroga, además establecer la drogadicción como causa sanitaria para la prohibición de entrada exigiría la realización de un control antidoping en frontera lo cual creemos no se va a realizar y si se realizara, creemos que estaría violando derechos fundamentales de la persona. Además de estas causas sanitarias estarían las causas tradicionales de prohibición de entrada, a saber: haber sido expulsado de España, los reclamados por delitos graves por otros países, los que «realicen actividades contrarias a los intereses españoles» —una causa totalmente indeterminada— y «los que tengan prohibida la entrada en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España»; aquí, sin decirlo, se está refiriendo a los que figuran en la lista de «no admisibles» o «lista negra» del Sistema de Información de Schengen y que son los que ha sido expulsados por residencia ilegal u otras causas en el espacio Schengen.

Finalmente el Reglamento prohíbe la entrada a aquellos que se hallen incurso en los supuestos contemplados en el artículo 26.1 de la ley de extranjería, a saber: «aquellos que hayan sido condenados, dentro o fuera de España por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año». Verdaderamente el mantenimiento de esta causa de prohibición de entrada es contraria a cualquier concepción de los derechos humanos fundamentales y responde a una concepción de contención del delito puramente represiva y nada resocializadora y está en la línea de las leyes de «prevención de la peligrosidad social». Piénsese el drama que sería el negar la entrada a un joven del tercer mundo que se va a reencontrar con su madre, residente en Europa, porque éste joven haya cometido un pequeño robo en su país de origen. Afortunadamente, de momento, es imposible la verificación de muchas de estas situaciones pero el hecho que se contemplan en el Reglamento manifiesta la «filosofía» claramente policial y no protectora o integradora que sustentan sus redactores.

La denegación de entrada supone una carga para el transportista que haya transportado al extranjero hasta el puesto de entrada ya que el Estado español le hace responsable de la devolución al lugar de procedencia o a un tercer Estado donde se le garantice su admisión. Esta situación de transferencia de «autoridad» a las compañías aéreas o marítimas o de transporte por carretera ha sido criticada, creemos que con razón, por estas compañías máxime cuando el Reglamento está admitiendo la denegación de entrada de portadores de visados.

La permanencia en España: el permiso de trabajo, la residencia permanente o la Green Card española

La permanencia en España de los trabajadores inmigrantes —estamos obviando en este comentario del Reglamento la situación de los extranjeros «ricos» ya que éstos no tienen, en verdad, problemas de ningún tipo ni aquí ni en ningún país del mundo— está supeditada —en general— a la obtención de un permiso de trabajo bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia; la antigua división de permisos de residencia ha sido «simplificada» en las siguientes modalidades: inicial, ordinario, permanente y circunstancias excepcionales. La inclusión de un permiso de residencia permanente a partir de los cinco años de residencia legal, es sin duda un avance ya que el anterior reglamento no consideraba —contrariamente a la mayoría de las legislaciones y de los convenios internacionales al respecto— una situación de residencia permanente. Dejando claro que la introducción de la residencia permanente es un avance legal —y en nuestra opinión social— debemos decir que su efecto no es milagroso. El efecto que tiene en otras legislaciones como la norteamericana con su «green card», es, a la larga, la de disuadir en la adquisición de la nacionalidad a los trabajadores regularizados y además su implantación suele ir acompañada con movimientos y presiones de lobbys conservadores para restringir el acceso a la nacionalidad. En efecto, en España hasta ahora —y todavía sigue siendo así— los iberoamericanos con residencia legal de cinco años continuada o los procedentes de otros países con diez años podían solicitar la nacionalidad y esto ha hecho que hoy la administración esté tardando dos años o dos años y medio en la concesión de la nacionalidad. En muchos países estos lobbys conservadores a los que nos hemos referido, vienen a decir lo siguiente: «ustedes, extranjeros, ya tienen su "green card", su residencia permanente, no nos fastidien más, no quieran ser ahora nacionales como nosotros» y lo que se hace, al final, es presionar y lograr, con un amplio apoyo social, la modificación de las legislaciones sobre nacionalidad, endureciéndolas. Esto es lo que ha ocurrido en EE.UU., Suiza y hasta en Australia.

Entonces, pensamos, el permiso de residencia permanente ha de considerarse un avance social y legal siempre y cuando no vaya, en un futuro próximo, acompañado de una reestricción en las condiciones de acceso a la nacionalidad.

En cualquier caso, el inmigrante se ve sometido a la provisionalidad de la renovación de sus permisos de trabajo durante cinco años hasta conseguir la ansiada «green card» a la española. Además la administración se reserva una facultad discrecional por razones de «seguridad u orden público» para la denegación del permiso de residencia. La introducción de estas facultades administrativas ha sido denunciada en diversas sentencias del Tribunal Supremo ya que estas razones de «seguridad pública» entran de lleno en lo que se denominan conceptos jurídicos indeterminados y pueden dar lugar a todo tipo de arbitrariedades.

El mantenimiento en este reglamento de la denegación de permiso de residencia por tener antecede-

dentes penales no cancelados nos parecen, como ya hemos señalado, atentatorios contra los derechos humanos fundamentales.

Ni que decir tiene que la denegación del permiso de residencia o su no renovación supone la expulsión o devolución del trabajador, pero esto lo veremos en detalle más adelante. Existen además problemas con los permisos de residencia por reagrupación familiar pero lo esencial es que el permiso de residencia para actividades «no lucrativas», es decir, para los trabajadores inmigrantes, está supeditado a la obtención del permiso de trabajo y ésta es en esencia la filosofía del permiso de residencia.

Los permisos de trabajos para los extranjeros —estamos hablando siempre de extranjeros no comunitarios— han sido reordenados de acuerdo a los permisos de residencia. En general la concesión de los permisos de trabajo están condicionados por la «situación del empleo en España». Cuando la Constitución Española señala que «Todos los españoles tienen derecho al trabajo», no está imponiendo, como algunos pudieran pensar, obligación a los poderes del Estado para garantizar el trabajo para todos, lo que está diciendo es que en España, en principio, los españoles tienen derecho al acceso al mercado laboral aunque eso no signifique forzosamente, como todos sabemos, que todo el mundo consigue ejercer un trabajo. El precepto constitucional lo que indica es que los extranjeros, en España, no tiene un derecho de acceso al mercado laboral español; ese acceso sólo es posible para algunos extranjeros: para aquellos que las leyes españolas señalen que puedan acceder al mercado laboral. En efecto, todas las legislaciones del mundo se reservan el derecho al trabajo como un derecho exclusivo para sus nacionales y sólo subsidiariamente para algunos extranjeros. Partiendo de esta filosofía, el derecho español ha ido evolucionando de acuerdo a la evolución del mercado laboral en España. Así se recordará que hasta la entrada en vigor de la ley de extranjería los iberoamericanos no tenían necesidad de tener permiso de trabajo para residir en España y su acceso al mercado laboral por tanto, no tenía ninguna restricción genérica. Ahora esto ya no ocurre así: hoy todos los trabajadores inmigrantes —excepto algunos de sus parientes y algunas otras excepciones— requieren simultáneamente de un permiso de trabajo y de un permiso de residencia para residir en España. Esta pescadilla que se muerde la cola de permiso de trabajo —permiso de residencia y viceversa es algo que no se quiere solucionar. La mayoría de los trabajadores inmigrantes —excepto los que han sido amparados por permisos de residencia de reagrupamiento familiar— están sometidos a la obtención de un permiso de trabajo y en el caso de los trabajadores inmigrantes por cuenta ajena, por un contrato de trabajo. No sólo es la obtención del permiso de trabajo sino la obtención de un trabajo, de un contrato, lo que garantiza el permiso de residencia. Es indudable que esta situación conlleva en sí misma multitud de situaciones en que unos trabajadores inmigrantes con residencia ordinaria legal puedan perderla por el simple hecho de caer en el desempleo.

El nuevo reglamento, en este aspecto, no aporta nada nuevo ya que las limitaciones para la obten-

ción del permiso de trabajo son las mismas que contempla la ley y que contemplaba el reglamento anterior (falta de mano laboral en determinados sectores, situación de desempleo en España...) y además con un sistema de concesión de permiso laboral totalmente discrecional, sobre todo el que se refiere al del trabajador o profesional autónomo, un sistema que además es susceptible de favorecer una inmigración ilegal «regularizada» fraudulentamente; como ha dicho la profesora Pilar Charro: «La aplicación e interpretación estricta y limitativa de la situación nacional de empleo, como criterio a tener en cuenta a la hora de conceder o denegar un permiso de trabajo debería ser revisada porque su aplicación e interpretación actual no asegura en modo alguno el empleo del trabajador nacional; es más podría afirmarse que consigue un efecto contrario al pretendido inicialmente al no dejar más opción que el trabajo clandestino.»

Como novedad en la reglamentación son los denominados «cupos o contingentes» para permisos laborales en determinadas actividades laborales y sectores económicos aunque estos cupos ya se están realizando desde 1993.

La denegación del permiso de trabajo llega consigo —en la mayoría de los casos— la denegación del permiso de residencia.

Podríamos referirnos a muchos otros asuntos, por ejemplo a como quedan los profesionales independientes y como su acceso laboral está condicionada a la colegiación y a las normas que regulan éstas y podríamos ver como en la actualidad, los colegios profesionales están demorando por años la colegiación de los profesionales extranjeros y como se está presionando para restringir los convenios bilaterales de reconocimientos de títulos, etc., y como esto está causando devoluciones y expulsiones de extranjeros, pero verdaderamente este último asunto requeriría por sí solo un tratamiento especial.

Devoluciones, expulsiones, sanciones e internamientos

Expulsiones

Las infracciones contempladas y que son sancionadas con la expulsión son la que ya existían en la anterior redacción a saber, «realizar actividades contrarias al orden público o la seguridad nacional», «por encontrarse ilegalmente en España y no haber obtenido o revisado los permisos correspondientes», «por encontrarse trabajando ilegalmente en España aún teniendo un permiso de residencia», haber sido condenado, dentro o fuera de España por una conducta dolosa, que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año», «por incurrir en ocultación dolosa o en falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior las circunstancias relativas a su situación jurídica en nuestro país» y «por carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales». De éstas sanciones de expulsión están exceptuados algunos colectivos entre ellos los residentes permanentes para los cuales están pensadas

unas multas que van de 50.000 a 2.000.000 de pesetas. Los órganos sancionadores son los gobernadores civiles.

Lo primero que se debe señalar es que el nuevo Reglamento sigue aplicando una medida tan dura como es la expulsión para infracciones diversas y de calidad diferente. Así causa perplejidad que un extranjero que realice actividades contrarias al orden público o atente contra la seguridad del Estado sufra la misma sanción —la expulsión— que un mendigo extranjero o una persona que por no haber renovado su permiso de residencia a tiempo este residiendo ilegalmente. Esta falta de graduación, creemos que viola el principio de proporcionalidad de las sanciones. Lo que en definitiva no se contempla es la condición del «arraigo» del inmigrante, aunque éste sea ilegal, para impedir la expulsión. En definitiva la ley y el Reglamento son extremista y para el inmigrante ilegal —independientemente de los años que hubiera estado residiendo en España— sólo se contempla la posibilidad de la expulsión o la devolución. Este tipo de reglamentaciones lo que provocan son situaciones como la de los EE.UU., donde cientos de miles de personas —con hijos, con decenas de años de residencia ilegal— viven —y mueren— en la semiclandestinidad en los guetos hispanos. Además, el no contemplar ninguna vía para que los ilegales se conviertan en legales genera mayor ilegalidad. Varios informes del Defensor del Pueblo señalan que el «arraigo» debería ser considerado como un factor que impida la expulsión.

Por lo demás, nos parece excesiva la expulsión de un extranjero que haya sido condenado por conducta dolosa en España o fuera de España con pena privativa de libertad por más de un año. Esto se aleja de cualquier principio de resocialización y trasgrede el espíritu de la ley penitenciaria española. Existen otras causas que se podrían comentar y que están afectando ya a una parte de la inmigración en España como puede ser el ejercicio de la prostitución, que en diversas sentencias ha sido catalogada como medio ilícito de vida y ha supuesto la expulsión de mujeres inmigrantes pese a tener sus papeles en regla. El problema es que ni la ley ni el reglamento precisa lo que son «medios ilícitos» de vida o «actividades ilegales».

En cuanto al procedimiento de expulsión hay que distinguir aquellas que son producto de una resolución judicial de las que son de una autoridad administrativa. Los primeros procedimientos se aplicarán a los extranjeros que, incurso en procedimientos por delitos menos graves con sentencia firme o con procedimiento de expulsión en curso, podrán ser expulsados en un plazo que no podrá ser inferior a setenta y dos horas. Igualmente el Nuevo Código Penal establece la expulsión para el extranjero condenado a penas superior a dos años y menores de dos o superior a seis y una vez cumplida la condena en un tercio de la misma, prohibiéndose la entrada por el tiempo de su condena. Creemos que tanto lo establecido en la ley de extranjería como en el Código Penal viola los principios de reinserción social y responde a una concepción xenofoba («maleantes extranjeros fuera de España») además es incluso discriminatoria con los condenados nacionales ya que a éstos no se les da la «oportunidad» de sustituir la

pena de prisión por la «expulsión». En verdad, el mantenimiento de este tipo de concepciones casi en el siglo XXI y en países desarrollados expresa un problema muy profundo de las relaciones entre el Norte y el Sur.

Las demás expulsiones se realizarán previa comunicación y con un período —como mínimo de setenta y dos horas— de alegaciones que no interrumpa el procedimiento de expulsión. En general y si atendemos a las quejas recibidas por el Defensor del Pueblo las alegaciones, en los procedimientos de expulsión, apenas son valoradas por los órganos gubernativos. En definitiva, nos encontramos con unos procedimientos de expulsión muy expeditivos, sin garantías de plazos prudenciales y sin garantías y ningún auxilio en el brevísimo plazo de alegaciones.

Internamientos y detenciones «cautelares»

En los casos de residencia ilegal por falta de renovación de permisos o por denegación de los mismos, por «actividades contrarias al orden público» o «por carecer de medios lícitos de vida», la Administración o la autoridad gubernativa está capacitada para la detención preventiva del extranjero y con autorización judicial, su internamiento en «centro no penitenciario» durante el tiempo necesario hasta que se resuelva el expediente de expulsión del mismo. Independientemente del juicio que en su momento le mereció al Tribunal Constitucional —que consideró que estas figuras entraban dentro de la constitución— seguimos pensando que la detención preventiva de acuerdo precisamente al artículo 17.1 de la Constitución es inconstitucional, ya que la detención preventiva se inserta en el entorno de la jurisdicción criminal y no en la acción sancionadora de la Administración. Como ha dicho alguien, «se permite la detención preventiva por una autoridad gubernativa por causas que no son constitutivas de delito, ni muchas veces de falta, ni siquiera de infracción de la normativa de extranjería ya que puede presumirse en tanto no se resuelva el expediente de expulsión que son extranjeros residentes legalmente en España». El internamiento en los centros no penitenciarios, aunque con autorización judicial, es un mero artilugio de intentar asimilar un proceso administrativo —como claramente es el de expulsión— con un proceso penal. Creemos, y lo creemos muy respetuosamente, que el Tribunal Constitucional ha sacrificado garantías y derechos atendiendo a la «razón de Estado». Además, en la práctica, la detención preventiva y el internamiento se suele producir en centros y depósitos policiales como muchos extranjeros conocen y han padecido y el trato se suele recibir es el de un delincuente, que como todos sabemos —desgraciadamente— no suele ser el mejor trato. De hecho en encuesta que se han podido realizar entre extranjeros «detenidos» para su expulsión, éstos han confirmado que eran tratados como «delincuentes» y que la policía realmente creía que eran delincuentes, lo que ocurre es que una persona detenida por orden judicial es una persona con más derechos que una persona detenida para ser expulsada.

La devolución a frontera

La devolución es una acción administrativa —una orden del gobernador civil— que no está sujeta a ningún tipo de expediente y afectan a los extranjeros que hayan sido expulsados de España y tenían una prohibición expresa de entrada y aquellos que hayan entrado ilegalmente en España, es decir que no porten los visados correspondientes. Estos extranjeros no tienen ningún tipo de derecho que les ampare en su situación y están a disposición de las autoridades gubernativas y de su acción. La devolución implica normalmente el regreso al país de procedencia —normalmente a costa del transportista que lo haya traído hasta la frontera— pero el problema se presenta cuando el país de procedencia no acepta la entrada de este extranjero y estos extranjeros se convierten en «residentes» de los aeropuertos.

Dos cuestiones finales: una, sobre los plazos de resolución de los trámites administrativos: se contempla con carácter general de tres meses y en el caso de no resolución el silencio administrativo se entenderá desestimatorio. Ni que decir tiene que estos trámites suelen tardar más de tres meses en su resolución lo que indica que la administración no tiene ningún interés o ninguna confianza en poder agilizar la resolución de estos expedientes de extranjería lo que vulnera, al menos esta es nuestra opinión, uno de principios básicos de la acción administrativa: la celeridad. La otra cuestión es un comentario sobre el proceso de regulación que se contempla en la disposición transitoria tercera del Reglamento: es un nuevo proceso de regularización, es decir, de «legalización» a antiguos residentes que han vuelto a caer en la situación de ilegalidad. En fin, ello indica que muchos extranjeros que pudieron «legalizarse» en los dos procesos de regularización anteriores han vuelto a caer en la «ilegalidad» y a ellos está dedicado este nuevo proceso de regularización. Es una especie de «repesca» para los que han vuelto a caer en la horrible pesadilla del permiso de trabajo —permiso de residencia e indica que cada año estos procesos de regularización se restringen más. No es éste el momento para comentar como se producen las bolsas de «ilegales» en países de inmigración pero sólo decir que el sistema de extranjeros en países de fuerte inmigración está

pensado o conduce a garantizar una mano de obra «ilegal» de amplias dimensiones.

Hasta aquí el comentario del Reglamento de extranjería, por supuesto que se podría haber hecho más extenso pero creo que lo fundamental está dicho.

COMENTARIO FINAL

En los países miembros de la Unión Europea existen cerca de diez millones de extranjeros con residencia legal lo que representa menos del 3 por 100 de la población comunitaria. Los extranjeros en situación de estancia ilegal representa, según diversas fuentes, cerca de tres millones.

No estamos —pese a lo que normalmente se afirma— en un momento de vastas oleadas de movimientos migratorios; esos movimientos fueron muy intensos desde finales del siglo XVIII y tuvieron mucho que ver con la expansión colonial del capitalismo. Ciertamente la revolución en los sistemas de transportes y las cada día más marcadas divisiones entre el Norte y el Sur anuncian una presión migratoria intensa. Sin embargo, los flujos migratorios tienden a autorregularse y la caída del empleo en las economías del Norte ponen un límite natural a la intensificación de estos flujos. En Europa, hoy vivimos un período en que se pretende controlar administrativamente los flujos migratorios y la denominada políticas de «cupos» es la concreción de esta tendencia. El espacio Schengen y el control de las fronteras externas pretenden precisamente regular los flujos migratorios. La Europa fortaleza es una realidad. El liberalismo que propugna la Unión Europea —al parecer— sólo rige para algunas cuestiones pero desde luego no para los flujos migratorios donde el proteccionismo es lo imperante. Es esta política proteccionista y antisolidaria la que esta fomentado el racismo y la xenofobia en Europa. Es triste, pero lo que se pretende es regular los flujos migratorios en función de las necesidades estrictas del mercado laboral. Todo lo que no sea esto se convierte en un problema de seguridad y orden público. Así es que no es fácil hacer una predicción sobre el futuro de la inmigración en Europa todo dependerá del desarrollo demográfico y de las capacidades productivas pero en cualquier caso todo está preparado para que los flujos migratorios no trastornen el «orden» de la segura Europa.