

Colección Estudios Sociales

Núm. 17

La regulación de la inmigración en Europa

Eliseo Aja y Laura Díez (coordinadores)

Kay Hailbronner

Philippe de Bruycker

François Julien-Laferrière

Paolo Bonetti

Satvinder S. Juss

Giorgio Malinverni

Pablo Santolaya

Andreu Olesti



Obra Social
Fundación "la Caixa"

La inmigración, entendida como desplazamiento de población trabajadora desde un país en desarrollo y con escaso trabajo a otros países más desarrollados que necesitan mano de obra, constituye un fenómeno social universal, de efectos positivos para todos en cuanto beneficia a los dos polos de la inmigración, el país de origen y el de destino. A los primeros inmigrantes les sigue normalmente su familia y sus amigos, y aunque algunos suelen mantener la ilusión del regreso, la mayoría de ellos, y sobre todo sus descendientes, se quedan en el país de destino, contribuyendo a configurar una sociedad más compleja. La inmigración no afecta pues únicamente al trabajo –aunque sea su causa inicial– sino también a la vivienda, la reagrupación familiar, la sanidad, la educación de los hijos, la relación entre culturas y religiones, la participación política y social... en definitiva, a todos los aspectos de la propia sociedad. Cuando la inmigración alcanza un volumen como el que tiene en la Europa actual (y también en España), el cambio se produce en la propia sociedad. Este libro no pretende abarcar un fenómeno tan amplio, y centra su objeto de estudio solamente en uno de los enfoques posibles, la regulación de la inmigración, analizando los aspectos más relevantes del régimen jurídico, es decir, la llegada, los permisos de trabajo y residencia, las infracciones y sanciones y los derechos, esencialmente. El objetivo principal es la exposición comparada de las distintas legislaciones europeas para mejorar la adecuación de las normas a la realidad. En lo esencial esta obra estudia las leyes y demás normas generales sobre la inmigración que existen en los principales Estados de Europa (Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Reino Unido, Suiza y España), así como la propia normativa de la Unión Europea. Los autores son profesores de gran prestigio en sus propios países y en el ámbito europeo.

Colección Estudios Sociales

Núm. 17

La regulación de la inmigración en Europa

Eliseo Aja y Laura Díez
(coordinadores)

Kay Hailbronner, Philippe de Bruycker,
François Julien-Laferrière, Paolo Bonetti,
Satvinder S. Juss, Giorgio Malinverni,
Pablo Santolaya, Andreu Olesti

Edición electrónica disponible en Internet:

www.estudios.lacaixa.es



Obra Social
Fundación "la Caixa"

© Eliseo Aja, Laura Díez, Kay Hailbronner, Philippe de Bruycker, François Julien-Laferrrière, Paolo Bonetti,
Satvinder S. Juss, Giorgio Malinverni, Pablo Santolaya, Andreu Olesti
© Fundación "la Caixa", 2005

La responsabilidad de las opiniones emitidas en los documentos de esta colección corresponde exclusivamente a sus autores. La Fundación "la Caixa" no se identifica necesariamente con sus opiniones.

Edita

Fundación "la Caixa"

Av. Diagonal, 621
08028 Barcelona

Patronato de la Fundación "la Caixa"

Presidente

José Vilarasau Salat

Vicepresidentes

Salvador Gabarró Serra

Jorge Mercader Miró

Isidro Fainé Casas

Patronos

Ramon Balagueró Gañet

M^a Amparo Camarasa Carrasco

José F. de Conrado y Villalonga

Ricardo Fornesa Ribó

María Isabel Gabarró Miquel

Manuel García Biel

Javier Godó Muntañola

M^a Begoña Gorázar Rotaeché

Jaime Iglesias Sitjes

Amparo Moraleda Martínez

Miguel Noguer Planas

Rosa Novell Bové

Justo Novella Martínez

Vicenç Oller Compañ

Montserrat Orriols Peitivi

Magín Pallarès Morgades

Antoni Pie Mestre

Alejandro Plasencia García

Manuel Raventós Negra

Luis Rojas Marcos

Lucas Tomás Munar

Francisco Tutzó Bennasar

Josep Francesc Zaragoza Alba

Secretario (no patrono)

Alejandro García-Bragado Dalmau

Director General

José F. de Conrado y Villalonga

Colección Estudios Sociales

Director

Josep M. Carrau

ÍNDICE

	<u>PÁG.</u>
PRESENTACIÓN	7
<hr/>	
INTRODUCCIÓN	10
Eliseo Aja	
Laura Díez	
<hr/>	
I. ALEMANIA	23
Kay Hailbronner	
1.1. Alemania: ¿De un país de inmigración de facto a un país de inmigración de iure?	23
1.2. Visados, entrada y residencia laboral de extranjeros	31
1.3. Permiso de residencia para otras finalidades	41
1.4. Sanciones, expulsión y ejecución de la expulsión	50
1.5. Derechos y libertades de los extranjeros y tutela judicial	56
Orientación bibliográfica	63
Síntesis de Alemania	64
<hr/>	
II. BÉLGICA	67
Philippe de Bruycker	
2.1. Reparto de competencias entre los distintos niveles de poder de la Bélgica federal en materia de política migratoria	67
2.2. La Ley de 1980	70
2.3. La política de visados	72
2.4. Control de las fronteras exteriores	74
2.5. Estancia de extranjeros	77
2.6. Inmigración económica	83
2.7. Alejamiento de extranjeros	90

	<u>PÁG.</u>
2.8. Procedimiento y derecho de recurso de los extranjeros	94
2.9. Posibilidades de legalización de extranjeros en situación irregular	97
2.10. Derechos individuales de los extranjeros	100
Síntesis de Bélgica	107
<hr/>	
III. FRANCIA	110
François Julien-Laferrrière	
3.1. Introducción	110
3.2. Las condiciones de entrada en Francia	110
3.3. La residencia en Francia	119
3.4. Los derechos de los extranjeros en Francia	131
3.5. Las medidas de alejamiento del territorio francés	134
Síntesis de Francia	142
<hr/>	
IV. ITALIA	145
Paolo Bonetti	
4.1. La evolución del Derecho de la inmigración italiano	145
4.2. Visados de entrada y control fronterizo	150
4.3. Vías de entrada legal por razones económicas y de empleo. Contingente para la entrada laboral	155
4.4. Permiso de residencia y trabajo	163
4.5. Inmigración irregular	166
4.6. Derechos culturales, civiles y sociales de extranjeros	173
Síntesis de Italia	182
<hr/>	
VI. REINO UNIDO	185
Satvinder S. Juss	
5.1. La migración hacia el Reino Unido: realidad y datos estadísticos	185

	<u>PÁG.</u>
5.2. Una cuestión preliminar: la discrecionalidad extrarreglamentaria del Ministerio del Interior	190
5.3. Requisitos de entrada y residencia para extranjeros	192
5.4. Medidas contra la entrada y estancia ilegales	200
5.5. El permiso de trabajo para la inmigración laboral	205
5.6. Reconocimiento de la ciudadanía y nacionalidad	211
Síntesis del Reino Unido	213
<hr/>	
VI. SUIZA	216
Giorgio Malinverni	
6.1. Introducción	216
6.2. La entrada en Suiza	220
6.3. La residencia	221
6.4. El estatuto de los extranjeros	231
6.5. Las medidas de alejamiento	234
6.6. El derecho a ejercer una actividad lucrativa	238
Síntesis de Suiza	239
<hr/>	
VII. ESPAÑA	242
Pablo Santolaya	
7.1. Introducción. La inestabilidad del marco normativo de extranjería	242
7.2. Posibilidades de entrada legal por motivos laborales	243
7.3. La expedición de visados y su control	246
7.4. El control en frontera	248
7.5. Permisos de residencia	251
7.6. Autorizaciones para trabajar	257
7.7. Inadmisión a trámite de las solicitudes	259
7.8. Campañas de regularización	261

	<u>PÁG.</u>
7.9. Expulsión	262
7.10. Los derechos políticos de los extranjeros	267
7.11. Derechos sociales. La importancia del empadronamiento	270
7.12. La administración de la extranjería	271
Algunas cifras estadísticas	272
Orientación bibliográfica	273
Síntesis de España	274
<hr/>	
VIII. UNIÓN EUROPEA	277
Andreu Olesti Rayo	
8.1. Introducción	277
8.2. La admisión de los nacionales de terceros estados	279
8.3. El control de la inmigración irregular	298
8.4. Consideraciones y reflexiones finales	311
<hr/>	

Presentación

El tema de la inmigración ha sido objeto de estudio en varios volúmenes de esta Colección de Estudios Sociales, fundamentalmente por tratarse de un fenómeno nuevo en nuestro país, y, por consiguiente, poco conocido y poco estudiado. Precisamente, por tratarse de un fenómeno poco conocido y poco estudiado la Colección se abrió con un volumen dedicado a la inmigración extranjera en España. Esto fue en 1999, cuando la inmigración todavía no había alcanzado el volumen y la importancia que ha alcanzado en estos momentos. Le siguieron a lo largo de estos años tres volúmenes más, en total pues, cuatro de los dieciséis volúmenes publicados. Con esto sólo queremos señalar la importancia que siempre le hemos dado a este tema.

La inmigración, entendida como desplazamiento de población trabajadora desde un país en desarrollo y con escaso trabajo a otros países más desarrollados que necesitan mano de obra, constituye un fenómeno social universal, de efectos positivos para todos en cuanto beneficia a los dos polos de la inmigración, el país de origen y el de destino. A los primeros inmigrantes les sigue normalmente su familia y sus amigos, y aunque algunos suelen mantener la ilusión del regreso, la mayoría de ellos, y sobre todo sus descendientes, se quedan en el país de destino, contribuyendo a configurar una sociedad más compleja. La inmigración no afecta pues únicamente al trabajo –aunque sea su causa inicial– sino también a

la vivienda, la reagrupación familiar, la sanidad, la educación de los hijos, la relación entre culturas y religiones, la participación política y social... en definitiva, a todos los aspectos de la propia sociedad. Cuando la inmigración alcanza un volumen como el que tiene en la Europa actual (y también en España), el cambio se produce en la propia sociedad.

Este libro no pretende abarcar un fenómeno tan amplio, y centra su objeto de estudio solamente en uno de los enfoques posibles, la regulación de la inmigración, analizando los aspectos más relevantes del régimen jurídico, es decir, la llegada, los permisos de trabajo y residencia, las infracciones y sanciones y los derechos, esencialmente. El objetivo principal es la exposición comparada de las distintas legislaciones europeas para mejorar la adecuación de la normas a la realidad. En lo esencial esta obra estudia las leyes y demás normas generales sobre la inmigración que existen en los principales Estados de Europa (Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Reino Unido, Suiza y España), así como la propia normativa de la Unión Europea.

Los autores son profesores de gran prestigio en sus propios países y en el ámbito europeo. Enumerar los méritos de todos sería demasiado largo, pero puede apuntarse la calidad de algunos para revelar su posición destacada en Europa. El profesor Kay Hailbronner es catedrático de Derecho Público de la Universidad de Konstanz, en la que dirige además el Centro de Derecho Internacional sobre la inmigración y las cátedras Jean Monnet de Derecho Europeo y Robert Schumann para las relaciones entre la UE y China. Su último libro es Immigration and Asylum Law and the Policy of the European Union (La Haya, 2000, Kluwer) y ha sido en 2000-01 miembro del Comité Independiente para elaborar la nueva política de inmigración de Alemania. El profesor François Julien-Laferrrière es catedrático de Derecho Público de la Universidad París-Sur y director del Instituto de Estudios de Derecho Público. Ha publicado el estudio básico de la legislación francesa en su libro Droit des étrangers (París, 2000, PUF) y es profesor del curso sobre el derecho de los refugiados que organiza cada año el Alto Comisionado de las Naciones Unidas. El profesor Philippe de Bruycker enseña Derecho Comunitario en la Universidad Libre de Bruselas, última-

mente ha publicado L'emergence d'une politique européenne d'immigration (Bruselas, 2003, Bruylant) y es el fundador de la Red Odysseus, que coordina a centros y expertos del derecho de la inmigración de todos los Estados de la Unión Europea. De forma semejante, los demás autores extranjeros (como Malinverni, S. Juss, Bonetti) y españoles (Santolaya y Olesti, catedráticos de Cantabria y Barcelona) poseen el máximo reconocimiento académico y la condición de expertos destacados en el derecho de la inmigración.

Además, este libro ha sido preparado por un equipo amplio de profesores españoles que tradujo los originales de los profesores extranjeros, discutió con los autores europeos las principales dimensiones de la legislación de inmigración y ha realizado el resumen que acompaña a cada uno de los estudios. La distribución de los trabajos, por países, ha sido la siguiente: Eduard Roig (Alemania), Marco Aparicio (Bélgica), Miguel Ángel Cabellos (Francia), Vicenç Aguado (Italia), David Moya (Reino Unido) y José Antonio Montilla (Suiza). Laura Díez ha realizado el resumen de España y además, junto con Eliseo Aja, ha llevado a cabo la coordinación general. Este trabajo y buena parte de los autores que han colaborado en el mismo participan en una línea de estudio más amplia que lleva a cabo el Instituto de Derecho Público de Barcelona y se inscribe en el proyecto de investigación sobre el papel de las instituciones en el ámbito de la inmigración del Ministerio de Ciencia y Tecnología (BJU2002-2881), cuyo director es Eliseo Aja, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona.

José F. de Conrado y Villalonga

Director de la Obra Social de "la Caixa"

Barcelona, abril 2005

Introducción

Eliseo Aja y Laura Díez

La inmigración actual en Europa

La emigración ha existido siempre y en casi todas las latitudes del planeta, pero presenta características muy distintas según el período histórico en que se produce y las causas que la generan, como muestra la comparación, por ejemplo, entre la primera emigración que formó los Estados Unidos de América y la que se desarrolla ahora en Europa.

Europa es un destino de inmigración relativamente reciente, porque hasta la Segunda Guerra Mundial había sido tierra generadora de emigrantes hacia todo el resto del mundo. El cambio se produjo cuando Alemania, Francia, Bélgica, Reino Unido, Holanda... y los demás países europeos devastados por la contienda mundial comenzaron a buscar trabajadores extranjeros en los Estados periféricos de la propia Europa y en las antiguas colonias, para realizar la reconstrucción y atender a la nueva fase de desarrollo económico. Las primeras oleadas de inmigrantes salieron de Italia, Grecia, España, Portugal y Yugoslavia, aunque también de Marruecos y Turquía, además de la población que llegó a Inglaterra desde la India, y a Francia desde el Caribe y África, especialmente tras la declaración de independencia de muchas antiguas colonias.

Esta primera inmigración a Inglaterra, Francia y el centro de Europa fue muy importante, pero se cortó radicalmente en 1973-74 como conse-

Nota: Eliseo Aja y Laura Díez Bueno, catedrático y profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona.

cuencia de la «guerra del petróleo» y de la crisis económica consiguiente. Todos los Estados cerraron sus fronteras a nuevos inmigrantes, aunque realmente la llegada de trabajadores extranjeros continuó, a menor ritmo, a través de la reagrupación familiar, justamente en los países que ya tenían más inmigrantes. También prosiguió por vías indirectas (muy importantes en los años noventa), como el derecho de asilo que, siendo una figura jurídica muy distinta, genera consecuencias socioeconómicas semejantes cuando los refugiados provienen de países pobres, y por alguna vía especial como la inmigración desde Turquía hacia Alemania, en virtud del Acuerdo de Asociación con la UE.

Una segunda inmigración importante se produjo en los años finales del siglo xx cuando los Estados periféricos de Europa que habían sido origen de la anterior emigración (Italia, España, Grecia y Portugal) se convirtieron a su vez en países de destino, por razones diferentes en cada país, pero relacionadas en todo caso con el desarrollo económico propiciado por la Unión Europea, la pérdida de población nacional por la fuerte caída de la tasa de nacimientos y la crisis sociopolítica de la antigua Europa del Este y de algunos países latinoamericanos y africanos.

Los dos movimientos migratorios recibidos por Europa a mitad y a final del siglo xx, y los dos grupos de países receptores, presentan algunos caracteres comunes y otros diferentes, explicables también por los cincuenta años que les separan. Sin duda, en el origen de toda la emigración opera el doble eje de causas de expulsión y atracción (*push-pull*) que explicaron los primeros estudiosos del fenómeno, siendo su causa principal la diferencia para obtener un trabajo y su remuneración entre el país de origen y el país de destino. Pero los motivos que impulsan las corrientes migratorias hacia Europa se han extendido, multiplicado y diversificado en los últimos años por causas que generalmente se aluden a través del fenómeno de la globalización, y en todo caso sus posibilidades se han difundido por el desarrollo inmenso de los medios de comunicación. Más allá de los caracteres de los dos movimientos migratorios, las características comunes difuminan la inicial diferencia entre los países receptores (Alemania e Italia, Francia y España...), lo cual resulta decisivo para los planteamientos de la Unión Europea, como se verá.

Pero hay una nota que distingue esencialmente la primera inmigración de la última y es la vocación de permanencia de la población inmigrante reciente. Mientras la primera ola inmigratoria se consideraba como un fenómeno pasajero, porque se confiaba en el regreso de los inmigrantes a sus países de origen (la expresión alemana *Gastarbeiter*, trabajador-invitado/huésped, es bien significativa), en la actualidad existe la convicción de que se trata de una población llegada para quedarse. Si esto es verdad, y todo indica que una parte importante de la población que ha venido y ha conseguido una mínima estabilidad se quedará, significa que, en términos gráficos, la población de Europa ha dejado de ser sólo blanca y cristiana, para adoptar una diversidad de color, creencias y culturas que sin duda se reflejarán en todos los ámbitos.

Diferencia aparente y semejanza de fondo de las normas de los Estados

La primera impresión al examinar las normas sobre inmigración de los Estados europeos es que existen grandes diferencias entre los del centro y los del sur, entre todos éstos y los países nórdicos. Se suele decir, incluso, que esta es la razón de que las normas de la Unión Europea en el ámbito de la inmigración se estén aprobando lentamente y dejando en manos de cada Estado las soluciones normativas reales. Pero las políticas públicas de los Estados no son tan diferentes, una vez que el porcentaje de inmigración se sitúa en torno al 8%-10%, que es la media en la mayoría de países europeos (es inferior en los países nórdicos). En buena parte, el último movimiento de inmigración ha igualado a los Estados del sur de Europa con los primeros países receptores. Ciertamente persisten algunas diferencias, como la existencia o no de contingentes, la participación o no en el sistema Schengen y el volumen importante de inmigración en situación irregular, pero los rasgos esenciales de la inmigración y su regulación no son tan diferentes como suele decirse.

Si se analizan con atención las líneas fundamentales de las normas de inmigración de los distintos Estados europeos se puede observar una orientación general común. Su pieza básica es la obtención del permiso de traba-

jo, que lleva aparejada la del permiso de residencia, a partir de la contratación en el país de origen. El permiso de residencia condiciona la permanencia legal en el país de destino, pero un trabajador extranjero no puede obtener el permiso de residencia si no tiene el permiso de trabajo antes de emprender el viaje. La gran diferencia entre los inmigrantes y los trabajadores nacionales (los extranjeros no pueden trabajar sin permiso de trabajo, que se gestiona en el país de origen) genera el círculo vicioso de la inmigración irregular: un trabajador extranjero –si no ha llegado con los permisos desde su país– no puede trabajar porque no tiene permiso de residencia y no puede obtener permiso de residencia porque no tiene permiso de trabajo (aunque podría tener un trabajo o incluso lo tiene de manera irregular). Tanto en este supuesto como en la reagrupación familiar, la concesión del visado en el país de origen es el principal medio de control de la inmigración.

Otro elemento común es la intervención en la contratación del criterio de preferencia en favor del desempleado nacional o del comunitario, o del extranjero con permiso, de forma que el empleador deberá contar primero con los potenciales trabajadores que están en el país y, sólo cuando se haya comprobado que ninguno de ellos demanda el trabajo o encaja en el perfil requerido, podrá contratarse a un extranjero procedente de un país extracomunitario. En general, la valoración del mercado de trabajo opera para la concesión inicial del permiso de trabajo, pero no para las renovaciones posteriores, porque el inmigrante ya reside en el país. También es habitual la limitación de los permisos iniciales al ejercicio de la actividad laboral concreta o a un territorio determinado, impidiendo que el inmigrante inicial cambie de localidad. Dentro de este sistema de contratación en origen la mayor diferencia entre los países radica en la existencia o ausencia de un contingente o cuota anual de trabajadores inmigrantes.

La normativa de casi todos los Estados se parece también en los rasgos generales del sistema de permisos de residencia, que suele ser temporal al principio y va seguido de renovaciones, hasta alcanzar el permiso permanente o indefinido, normalmente al cabo de cinco años de trabajo y residencia continuados en el país. Pese a la diferencia en los detalles de los permisos de residencia, pueden extraerse una serie de elementos comunes significativos en los distintos países analizados. Para comenzar, su obtención

se vincula a la existencia de medios de vida suficientes, que pueden venir determinados por el desarrollo de una actividad laboral, aunque también puede obtenerse un permiso de residencia por reagrupación familiar o por razones humanitarias.

En este punto, conviene señalar que Francia y la nueva ley alemana condicionan la obtención del permiso de residencia permanente al conocimiento de la lengua del país y de su sistema legal. En varios Estados se prevén circunstancias que permiten acortar el tiempo de residencia para acceder al permiso indefinido. En todo caso, a partir de éste, el trabajador extranjero queda prácticamente equiparado con el nacional respecto a la legislación laboral. También la reagrupación presenta semejanzas normativas entre los Estados, que aún se acrecentarán por la aprobación reciente de una directiva comunitaria en la materia.

En el ámbito de las infracciones y sanciones aparecen mayores diferencias, pero algunas son nominales (la «expulsión» se reserva en Francia para las infracciones de orden público, mientras que en los demás países incluye la estancia irregular), otras representan modalidades menores (la concreta graduación de las sanciones, la duración de la detención en centros para asegurar la expulsión) y otras tienen repercusiones más teóricas que prácticas (la existencia de la figura de la devolución-retorno para responder a la entrada ilegal al margen de la frontera o su inclusión en la expulsión general). Pero los objetivos generales de la política sancionadora son bastante comunes, y en todos los países se considera la expulsión como respuesta a una infracción de las normas de extranjería (especialmente la carencia de permiso de residencia) e incluso en la mayoría se configura la expulsión como pena alternativa o adicional a determinados delitos cometidos por los extranjeros, pese a los problemas de legalidad que acarrea esta intervención del derecho penal y de los jueces en la política de extranjería. También es común a casi todos los Estados la escasa eficacia de la política de expulsiones como respuesta a la irregularidad, por las dificultades, tanto jurídicas como materiales, de realizar un volumen importante de expulsiones; pese a todo, una vez más, las diferencias entre países se refieren al volumen.

Cabe pensar que existen diferencias superiores a las expuestas entre los Estados, pero son más fácticas (políticas, sociales...) que jurídicas, aunque también este elemento intervenga. La principal es la existencia o no de una vía general para llegar como trabajador extranjero, que en algunos países no existe, y en caso de haberla si funciona o no mediante la técnica del contingente. En los países más desarrollados se abre paso la idea, en los últimos años, de establecer cuotas de trabajadores muy cualificados y necesarios en algunos sectores (informática, enfermería), pero el sentido del contingente es más general, como vía real de inmigración que se utiliza en Suiza y en otros países desde hace décadas. Otra gran diferencia, especialmente entre los primeros y los últimos países receptores de inmigración, estriba en el volumen de extranjeros en situación irregular y su conexión con la economía sumergida, que tiene distinto origen y razón de ser, pero se alimenta de la existencia de un mercado de trabajo ilegal. Esta relación explica otras diferencias sustanciales del derecho de la inmigración, como la existencia o no de regularizaciones extraordinarias y masivas, que muestran el fracaso de la legislación y a la vez generan nuevos problemas.

La debilidad constitucional de los derechos de los inmigrantes

Las constituciones vigentes apenas se refieren a la inmigración, y esta ausencia genera consecuencias negativas, porque la Constitución es la norma suprema del ordenamiento que define los valores democráticos aplicables a los grandes sectores sociales y vincula a todos los poderes públicos para lograr su cumplimiento. La debilidad de la regulación constitucional deja un espacio excesivo al legislador ordinario y al gobierno, permitiendo que la propia legislación sobre la inmigración se convierta en objeto de lucha electoral y partidista, en ocasiones con tintes demagógicos. En casi todos los países existe esta experiencia negativa del debate sobre la inmigración. La ausencia de normas constitucionales ha conducido a la intervención de los tribunales constitucionales para reducir las limitaciones de los derechos de los extranjeros realizadas por la ley en países como España, Francia, Alemania, Italia o Bélgica.

En general, se reconocen al extranjero los derechos esenciales de la persona, a veces con mención a los tratados internacionales, pero se trata de derechos mínimos de carácter civil e individual, mientras que se introducen limitaciones y se rechaza la igualdad en la extensión de otros derechos fundamentales y se deja a la voluntad de parlamentos y gobiernos los derechos de los inmigrantes (de los trabajadores extranjeros y sus familias), que requieren la puesta en marcha de políticas públicas específicas (formación profesional, enseñanza de la lengua del país, atención cultural o religiosa, etc.).

En la legislación de todos los Estados los derechos laborales de los extranjeros en situación regular son los mismos que tienen los trabajadores nacionales y casi siempre existe también igualdad en las prestaciones sociales correspondientes, aunque en algún caso la consolidación de un derecho se alcanza con el permiso definitivo de residencia. La educación, la sanidad, las ayudas para vivienda, etc. corresponden de manera general a los inmigrantes con residencia legal y la política de casi todos los Estados se orienta, como se subrayó en la cumbre de Tampere, hacia la equiparación de los inmigrantes en situación de residencia estable con los nacionales. Incluso en casi todos los países se abre una nueva fase del reconocimiento de algunos derechos mínimos a los inmigrantes en situación irregular, lo que constituye una paradoja, en un enfoque tradicional del derecho, pero responde a las necesidades esenciales de las personas (atención médica elemental, educación de los niños al margen del estatus de sus padres, etc.).

Frecuentemente, la dimensión de las diferencias y su efecto discriminatorio dependen más de la tradición y la cultura democráticas del país que de la concreta configuración legal. En muchos países, la normativa de extranjería presenta caracteres negativos que no se dan en otros sectores. Es frecuente el cambio de normas y su provisionalidad, la abundancia de disposiciones ambiguas que dejan un gran margen de apreciación a los funcionarios, la remisión de los derechos de los inmigrantes, órdenes e instrucciones de mínimo rango, el retraso sistemático en la resolución de los expedientes administrativos... En conjunto, las deficiencias de la normativa de algunos países provocan inseguridad jurídica y precariedad en los trabajadores extranjeros y sus familias.

Estos defectos merecen una crítica muy seria, porque el principio de legalidad esencial al Estado democrático de derecho debe regir la actuación de los poderes públicos respecto a todas las personas, incluidos naturalmente los extranjeros. Una cosa es la potestad del Estado para controlar los flujos de la inmigración (el volumen de inmigración que el país puede asumir en condiciones razonables) y otra muy distinta es que aplique a los extranjeros tratamientos contrarios al principio de legalidad. No puede haber parámetros distintos para la actividad del funcionario cuando se dirige a un trabajador nacional o a un extranjero, ni puede existir un concepto diferente de arbitrariedad para uno y para otro, sin que padezca la democracia.

En general, puede observarse una progresiva equiparación entre los derechos de los nacionales y los extranjeros residentes, pero se trata de una mejora lenta y desigual. La evolución hacia la igualdad se ha producido también en los derechos políticos, porque hace pocos años los extranjeros carecían de los típicos derechos de reunión, asociación, expresión... que en la actualidad se les reconoce, aunque a veces aún persisten brechas de diferencia. Pero ésta sigue siendo abismal en el derecho de sufragio: la mayoría de países estudiados niega el derecho de voto a los extranjeros, tanto en su vertiente activa como pasiva, en todo tipo de elecciones, de forma que un número importante de trabajadores residentes en el país quedan al margen de la participación en la política, con la consiguiente deficiencia democrática que representa.

La negación del voto y la participación política a personas que lleven muchos años de residencia en el país, sujetas a las mismas leyes y pagando idénticos impuestos que todos los ciudadanos, tiene un origen atávico en la desconfianza hacia el extranjero. En los años sesenta se abrió el primer reconocimiento al sufragio de los extranjeros en las elecciones locales de algunos países, y esta admisión generó la esperanza de que el derecho de voto se extendería hacia las elecciones generales. Pero la evolución no ha seguido esta dirección, o al menos no lo ha realizado con el ritmo que cabía esperar.

El Consejo de Europa aprobó el 5 de febrero de 1992 un convenio sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local, que esta-

blece diferentes niveles y vías de intervención y en último extremo propone reconocer el derecho de sufragio en el ámbito local después de cinco años de residencia regular. El convenio ha entrado en vigor en 1997, tras la aprobación por cuatro Estados miembros, pero sólo unos pocos de los más de cuarenta que integran el Consejo de Europa lo han ratificado; son Suecia, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Países Bajos, prácticamente los mismos que habían reconocido el derecho de voto con anterioridad.

No obstante, algunos pequeños avances se observan últimamente en países como Suiza y Bélgica. Pese a que en el ámbito federal no se reconoce a los extranjeros derechos políticos, los cantones suizos pueden reconocerles estos derechos en los comicios locales y en las votaciones cantonales o comunales, y efectivamente así lo han hecho tres cantones suizos. En cambio, en Alemania el Tribunal Constitucional Federal declaró la inconstitucionalidad de la ley del *Land* de Hamburgo que reconocía a los extranjeros el sufragio activo en las elecciones locales.

El cambio más reciente lo representa Bélgica donde, tras un debate muy intenso y complejo a nivel federal, el Parlamento adoptó a principios de 2004 una proposición de ley para garantizar el derecho de voto (por tanto, sólo activo) de los extranjeros en las elecciones comunales, de forma que podrán votar en las próximas convocatorias si así lo solicitan por escrito en el municipio donde residen y siempre que cumplan con dos condiciones: comprometerse a respetar la Constitución, las leyes belgas y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y haber establecido su residencia principal en este país de manera ininterrumpida durante los cinco años anteriores a la petición.

Lógicamente, la estructura unitaria o federal del Estado condiciona fuertemente la elaboración y ejecución de las normas de inmigración, como sucede en cualquier otro ámbito político-social importante, porque la existencia de un solo poder (Estado unitario) o de varios poderes (Estado federal y, en general, descentralizado) modifica notablemente la estructura normativa y las políticas públicas. Los países estudiados en este libro reflejan casi todas las variantes que existen en Europa: algunas formas federales clásicas (Alemania y Suiza) y otras más recientes (Bélgica), frente a modelos

más unitarios, aunque con descentralización administrativa (Francia), así como formas políticas de descentralización parcial (Reino Unido), y descentralización política en tránsito a mayor autonomía (Italia). En los ámbitos decisivos de la inmigración (trabajo y residencia), Suiza y Alemania ofrecen alternativas distintas, ambas con elementos interesantes, pero la regla común es que la aprobación de la ley y la gestión en los países de origen es competencia de la federación y, en cambio, la aplicación de la legislación en el interior es competencia de los cantones o *Länder*, y en general parece un criterio razonable.

En España, una vez más, el Estado autonómico muestra sus virtudes y defectos de forma acusada, porque si bien en algunos aspectos existe una importante descentralización (las políticas de educación, sanidad, servicios sociales... de la inmigración corresponden a las comunidades autónomas), en cambio la capacidad de decisión sobre los ámbitos del control de flujos es mínima y ni siquiera hay una participación en las decisiones generales que sea consecuente con las tareas que después corresponderá ejercer a las comunidades autónomas, porque el Consejo Superior de Política de la Inmigración es débil y poco funcional. Esta falta de descentralización en el ámbito más específico de la inmigración coincide con los defectos notables de la gestión de los flujos, tanto en la contratación en origen (fracaso de los contingentes) como en la aplicación de la legislación en el país. A diferencia de los Estados con tradición liberal, España y otros países europeos no han trasladado aún los criterios generales de la descentralización política al ámbito de la inmigración.

La Constitución Europea como perspectiva

La política de inmigración no formaba parte de las competencias originarias de la Comunidad Económica Europea, ni siquiera en el principio de la Unión Europea. No obstante, la incidencia de la política comunitaria en materia de inmigración se ha ido desarrollando paulatinamente a través de otros elementos que sí forman parte del ámbito de decisión comunitario, como la libre circulación de personas, y mediante la colaboración entre los gobiernos de algunos Estados, especialmente a través del Acuerdo

de Schengen de 1985 y su convenio de aplicación de 1990. El Tratado de Amsterdam (en vigor desde 1999) introdujo un nuevo título en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea denominado «visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de las personas». Establecía que en un período de cinco años desde su entrada en vigor (el plazo acababa en mayo del 2004) se deberían adoptar, entre otras, las medidas relativas a garantizar la ausencia de controles en las fronteras internas y el establecimiento de normas comunes sobre la entrada por las fronteras externas, estancias por períodos superiores a los tres meses y modelo común de visado, para conseguir la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

La actividad de la Unión Europea durante estos años ha pasado por aprobar algunas normas generales (esencialmente las directivas sobre reagrupación familiar y reconocimiento de los residentes de larga duración de otro país, que se analizan en el capítulo correspondiente), que han sido de elaboración muy lenta y presentan un contenido acomodado a la exigencia de los Estados, suponiendo una escasa innovación normativa. El procedimiento normativo se caracteriza, en primer lugar, por la unanimidad en el Consejo, lo que posibilita el veto de cualquier Estado y la conversión de la norma en un mínimo común normativo al preexistente en los Estados; y, en segundo lugar, se caracteriza por la intervención sólo consultiva del Parlamento europeo, de modo que los intereses en juego son esencialmente los propios de los ministerios del Interior, con una tendencia a la negociación entre Estados más que a la formulación de estrategias generales. Tampoco la actuación dirigida a controlar la circulación y estancia irregulares ni la persecución del tráfico ilegal de personas presenta grandes avances, y pese al reconocimiento de la conveniencia de iniciativas conjuntas su concreción encuentra casi siempre posiciones enfrentadas de los Estados.

En el nuevo proyecto de Tratado Constitucional de la Unión Europea el tratamiento de la inmigración continúan las ambigüedades dominantes hasta ahora, pero comportan un cambio importante en el procedimiento normativo, que a partir de ahora será el legislativo ordinario, con decisión por mayoría cualificada en el Consejo (y, en consecuencia, con superior prota-

gonismo de la Comisión) y la codecisión con el Parlamento europeo. Por otra parte, se comunitariza plenamente la normativa y gran parte de las políticas de la inmigración, porque los artículos III-153 y siguientes pretenden asegurar la «política común en materia de asilo, inmigración y control de fronteras exteriores», para lo cual se encomienda a las futuras leyes comunitarias la regulación de los visados, los medios de control de las fronteras exteriores, las condiciones en que los extranjeros pueden circular libremente durante períodos cortos, así como la política de asilo y casi todas las políticas de inmigración (artículo III-163), incluida la integración, salvo la fijación eventual del contingente que cada Estado desee mantener.

Pero al mismo tiempo que se formulan estos objetivos ambiciosos, el proyecto de Tratado Constitucional no dice casi nada de los derechos ni del estatuto jurídico de los trabajadores provenientes de terceros países y en concreto la parte II, que contiene la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, ignora prácticamente su existencia. Esto se explica porque la primera versión de la Carta, aprobada en Niza, dejó sin tratar su situación porque la inmigración era una materia polémica y débil (entonces) desde el punto de vista de las competencias comunitarias y en la segunda etapa, al incluirse la Carta en el proyecto de Tratado Constitucional no se ha querido reabrir la discusión de ningún tema importante, para no dificultar aún más su aprobación. Por ello, la nueva Constitución europea sólo se refiere a la inmigración como competencia y políticas públicas, pero apenas la contempla en los derechos y libertades y ni siquiera en las orientaciones de los principios rectores.

Efectivamente, las menciones directas son mínimas y se reducen a «las condiciones laborales equivalentes» a las que disfrutaban los ciudadanos de la Unión para los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en los Estados miembros (15.3); la protección frente a las expulsiones colectivas (prohibidas) y frente a la devolución, expulsión o extradición que signifique grave riesgo de pena de muerte, tortura o trato inhumano (19), en buena parte cubierto por el principio de *non refoulement* internacional y por el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; también se incluye la posibilidad de dirigirse al Defensor del Pueblo y

de ejercer el derecho de petición, porque en ambos casos los artículos 43 y 44 se refieren a la persona física que resida en un Estado miembro; por último, el artículo 45.5 posibilita la concesión de libertad de circulación y residencia para los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.

A partir de esta somera regulación, que casi equivale al silencio, cabría una interpretación formal que sostuviera la no aplicación de los derechos en absoluto a los inmigrantes de terceros países, pero sería desbordada de manera inmediata por los pronunciamientos de los tribunales, que cuentan con la jurisprudencia innovadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Esto significa que el estatuto jurídico de los inmigrantes de terceros países, y en concreto el reconocimiento de sus derechos, tendrá que volver a realizar respecto a la Constitución europea el largo camino seguido respecto a las constituciones de los Estados: el reconocimiento de sus derechos se deduce de la comparación con los nacionales para ser tratados primero como personas (derechos que se reconocen a todos), después como trabajadores y parte de las clases populares (derechos y políticas sociales) y quizás, al final, como ciudadanos (derechos políticos y sufragio).

Como se ve, queda muy lejos el ideal apuntado hace unos años sobre la posible concesión directa de ciudadanía europea a los residentes de larga duración en un Estado miembro, provenientes de terceros países. Queda la esperanza de que la experiencia ayude a conseguir antes la igualdad en todos los derechos que no requieran distinguir al extranjero por esta condición específica, y en este caso, es probable que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, junto con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituyan la vía principal para el reconocimiento de los derechos de los inmigrantes en el sistema jurídico europeo.

I. Alemania^(*)

Kay Hailbronner

Universidad de Konstanz

1.1. Alemania: ¿De un país de inmigración de facto a un país de inmigración de iure?

Alemania sigue siendo uno de los países del mundo que recibe un mayor número de inmigrantes, aunque la entrada de solicitantes de asilo, principal factor tradicional de crecimiento, se ha reducido de manera sustancial en los últimos años. En el año 2002, aproximadamente 7,34 millones de extranjeros residían en Alemania, lo que significa en torno a un 8,9% de la población total. La media de incremento anual desde los 686.000 extranjeros de 1960 hasta la cifra actual está entre 200.000 y 300.000 personas. La mayor parte de ellos provienen de Turquía (26,1%), Yugoslavia (8,1%), Italia (8,3%), Grecia (4,9%) y Polonia (4,3%). Sólo el 25,3% de los extranjeros residentes en Alemania son nacionales comunitarios. La conversión de Alemania en un país de inmigración de facto fue el resultado, fundamentalmente, de acuerdos específicos de reclutamiento de trabajadores con países que, en aquellos años, se configuraban como exportadores de mano de obra, en especial Italia, España y Grecia. Los acuerdos multiplicaron el número de extranjeros de los 280.000 registrados en el sistema de seguridad social en 1960 hasta 2.320.000, 13 años después. La política de reclutamiento se detuvo en 1973 a causa de la recesión económica de aquel año. Sin embargo, el flujo de nuevos inmigrantes continuó hasta 1985, a pesar de la reducción de las cifras de extranjeros empleados. En junio del

(*) El significado de la última reforma legal se explica en la página 66.

Nota: La traducción y la revisión del artículo, así como el resumen final y la nota de actualización, han sido realizadas por Eduard Roig Moles, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona.

año 2000, 1.963.000 extranjeros trabajaban en Alemania. Incluso con el crecimiento económico de los noventa, las cifras de extranjeros empleados en el año 1998 eran sensiblemente inferiores a las de 1972, aunque en aquel momento el número total de extranjeros residentes se había doblado hasta situar la cifra en 7,32 millones.

La idea original subyacente a los acuerdos de reclutamiento era el carácter temporal de la estancia de los extranjeros en Alemania, en el marco de un sistema de rotación de trabajadores. Tras un período inicial de dos años de residencia, y una posible prórroga de dos años más, los extranjeros debían volver a sus países de origen y dejar espacio para un nuevo trabajador extranjero, si ello resultaba necesario. Pero ese concepto alemán del «trabajador invitado» nunca funcionó en la realidad por diversos motivos. Uno de ellos fue la falta de interés del sector económico alemán por un concepto rotatorio: la constante y repetida formación de nuevos trabajadores resultaba tan costosa como ineficiente. Adicionalmente, y de forma esperable, los extranjeros desarrollaron una vida familiar en Alemania y pasaron a considerar la posibilidad del retorno como meramente teórica a pesar del crecimiento de las tasas de desempleo y la reducción de posibilidades de competir en un mercado laboral que, tras el cambio tecnológico, se basaba en altos requisitos de cualificación, lo que reducía la competitividad de los trabajadores inmigrantes, fundamentalmente no cualificados: en efecto, la segunda generación de extranjeros residentes había llegado a Alemania frecuentemente tras una escolarización parcial o total en sus países de origen; e incluso la siguiente generación de extranjeros, nacida ya en Alemania, habitualmente era incapaz de competir adecuadamente en un mercado laboral sometido a una rápida evolución. Así, en el año 2002, la tasa general de desempleo del 7,8% se eleva para los extranjeros hasta el 18%. Pero las estadísticas muestran igualmente considerables diferencias entre los porcentajes de, por ejemplo, los nacionales yugoslavos y los turcos (cuya tasa asciende hasta un espectacular 20,2%), indicando así los diversos problemas de integración que se presentan para distintos colectivos de inmigrantes.

El incremento sustancial de la población extranjera en los años ochenta y noventa sólo parcialmente se debió a la progresiva reagrupación familiar. Otra sustancial parte de los nuevos extranjeros debe atribuirse a los

movimientos de refugiados. En el año 1992, el número de solicitantes de asilo alcanzó su máximo absoluto con 438.000 personas, cifra que significaba más de las tres cuartas partes del total de solicitantes en toda la Comunidad Europea. Desde entonces (tras diversas reformas restrictivas) el número se ha reducido progresivamente hasta los aproximadamente 50.000 solicitantes en el año 2003. En los últimos años, el flujo neto de inmigrantes en Alemania ha sido muy bajo o incluso nulo, lo que debe atribuirse ante todo al retorno a su patria de los refugiados de la Guerra de Bosnia, 300.000 de los cuales abandonaron Alemania entre 1997 y 1999.

En el año 2001, 876.480 extranjeros han entrado en Alemania, mientras que 606.494 personas han dejado el país, lo que arroja una inmigración neta de aproximadamente 270.000 personas (incluyendo la categoría de los nacionales extranjeros de origen alemán, a cuyo específico régimen jurídico se hará referencia más adelante). Se espera que ante el fin de la repatriación de los refugiados de las guerras civiles en los Balcanes, la inmigración neta se mantendrá en unas 200.000 o 300.000 personas anuales. Los refugiados suponen en Alemania un porcentaje sustancial de todos los extranjeros residentes. De 1.100.000 refugiados residentes en 2002, 131.000 gozaban de la condición de asilado, mientras que 75.000 tenían un estatuto específico derivado directamente de la Convención de Ginebra; 173.000 eran judíos inmigrantes de los antiguos estados soviéticos; 416.000 eran refugiados de facto (en la mayor parte de los casos con un estatuto de «tolerancia» al que nos referiremos más adelante); 164.000, solicitantes de asilo, y 173.000, refugiados de la guerra civil de Bosnia (hasta 2001). En estas cifras no se incluyen los llamados «alemanes étnicos» y sus familiares provenientes de la antigua URSS, de acuerdo con una previsión especial de la Constitución (artículo 116.1) que reconoce a los alemanes de origen dispersos tras la Segunda Guerra Mundial un derecho al retorno. La entrada de descendientes de estos alemanes que fueron objeto de dispersión se ha elevado en los últimos años hasta 3.300.000 personas, en una tendencia decreciente que en 2003 sumó 90.000 nuevas entradas.

Con la admisión de elevadas cifras de trabajadores extranjeros y la subsiguiente entrada de sus familiares, la inmigración siguió creciendo de facto a pesar de la negativa política y doctrinal a considerar Alemania como

un país de inmigración estable en el sentido de un país con una política de atracción de trabajadores extranjeros. Como «país de inmigración reticente», en palabras de Philip Martin, Alemania tuvo dificultades para desarrollar un tratamiento legal adecuado para un amplio número de inmigrantes cuya larga permanencia en su territorio convertía la República Federal en su auténtica patria, a pesar de mantener jurídicamente su estatuto de extranjeros.

Esta conversión en un país de inmigración de facto no se ha desarrollado, sin embargo, completamente al margen del derecho y los controles administrativos. Aunque la Ley de extranjería de 1990 no conoce como tal el estatuto de inmigrante (entendido como extranjero que pretende residir establemente por motivos laborales, ajenos a la reagrupación o al asilo) sí prevé la existencia de permisos permanentes que llegan a proteger de modo casi absoluto contra una eventual expulsión excepto en el caso de graves delitos, y que, incluso, asumen un derecho ilimitado de acceso al trabajo por cuenta propia o ajena. Sin embargo, como culminación de la estabilidad, no existe una vía automática de acceso a la nacionalidad alemana, en la forma de un camino previsto y de desarrollo generalizado. En cualquier caso, la reforma de la ley de nacionalidad que entró en vigor en enero del año 2000 ha facilitado sustancialmente los procesos de nacionalización: los extranjeros pueden ahora adquirir la nacionalidad alemana tras ocho años de residencia legal siempre que posean un permiso de residencia, no dependan de la asistencia social, carezcan de antecedentes penales y tengan un conocimiento suficiente del idioma alemán. En el año 2002, 154.547 personas adquirieron la nacionalidad. Pero los solicitantes deben todavía demostrar la pérdida o renuncia de su nacionalidad previa, aunque la ley prevé diversas excepciones si la renuncia resulta imposible o desproporcionada; es esta resistencia a la doble nacionalidad el obstáculo que sigue complicando el acceso a la nacionalidad alemana de manera muy considerable. Adicionalmente la reforma ha previsto una forma de adquisición basada también en el *ius soli* para los menores residentes durante ocho años, quienes sin embargo asumen la obligación de optar entre la nacionalidad alemana y su propia nacionalidad de origen con el acceso a la mayoría de edad. Este mecanismo significó en el año 2000 la adquisición de la nacionalidad alemana en tales condiciones por parte de 41.257 niños.

El año 2002 significa un cambio fundamental en la política migratoria alemana, de modo simultáneo a lo ocurrido en otros países europeos, con el anuncio de la efectiva entrada en vigor de la iniciativa de la «carta verde» que debía permitir el acceso y trabajo de especialistas extranjeros en alta tecnología por un período de residencia de hasta cinco años. La nueva norma, aprobada en julio de 2000 (Reglamento sobre permisos de residencia para trabajadores altamente cualificados en los sectores de tecnología de la información y la comunicación), determinaba la posibilidad de conceder un permiso de residencia especial a los nacionales de terceros países con las necesarias titulaciones en el área de la tecnología de la comunicación e información, o con un contrato que reconociera sus capacidades en este ámbito y que determinara un salario mínimo de 100.000 marcos (40.000 euros) anuales; el permiso se limitaba a la duración del contrato, con un máximo final de cinco años de residencia. La regulación resultaba también de aplicación a los extranjeros que hubieran realizado análogos estudios en Alemania. Aunque el correspondiente programa del Gobierno Federal preveía hasta 20.000 entradas por este motivo, sólo unas 13.000 personas se han beneficiado hasta hoy de la previsión.

Aunque el programa de la «carta verde» se ha visto un tanto superado por la crisis de los sectores tecnológicos, y en sí mismo no significaba realmente una modificación legal fundamental, pues partía de las reglas generales de admisión temporal de extranjeros para sectores específicos de la economía, la reforma resultó el punto de inicio de un debate global, reclamado por todos los partidos políticos y centrado en la adecuada combinación de los elementos de inmigración (y de nuevas entradas por razones laborales en especial) y de integración social en el marco de una nueva reforma general de la política de inmigración.

En este marco, una Comisión Federal independiente, establecida en el año 2000 y compuesta por expertos en la materia, debía encargarse de proponer recomendaciones concretas para la futura política de inmigración, incluyendo en especial la cuestión de los criterios, principios y procedimientos de establecimiento de una demanda de inmigrantes, así como las técnicas de mejora de su control. La Comisión describió en su Informe final

(«Ordenación de la inmigración – impulso de la integración», de 4 de julio de 2001) los retos que debe afrontar Alemania del siguiente modo:

- «Alemania se enmarca en una economía global crecientemente convergente, en la que la formación y cualificación de los trabajadores se convierte en un elemento crucial de crecimiento económico. El mantenimiento de la competitividad del país dependerá crecientemente del intercambio internacional de información y de la cooperación con personas de diversos orígenes nacionales para desarrollar nuevas soluciones y nuevas formas de trabajo y pensamiento.

- La población alemana envejece y decrecerá considerablemente a lo largo del siglo XXI. Los efectos de esta evolución se proyectarán no sólo sobre el mercado laboral, sino también sobre la capacidad de innovación de la economía y la sociedad si no se toman las adecuadas medidas al respecto.

- Ya en la actualidad no es posible responder a la demanda de puestos de trabajo de alta cualificación, a pesar de la existencia de 3,9 millones de desempleados que, por su parte, deberían reintegrarse establemente al mercado laboral».

La Comisión remarcaba que aunque un 40% de los extranjeros se encuentran en Alemania desde hace más de 15 años, todavía no se ha desarrollado un concepto, adecuado y orientado al futuro, de ordenación de la inmigración e integración de los extranjeros en la sociedad alemana. En este sentido, el tradicional principio político y normativo según el cual «Alemania no es un país de inmigración» resulta hoy insostenible, pues ignora los efectos enriquecedores de la inmigración sobre la sociedad alemana, tanto en sus aspectos culturales cuanto económicos. Aunque el envejecimiento de la población, y la disminución de sus cifras totales, no puede evitarse por completo a través del fenómeno migratorio, sí puede suavizarse mediante políticas activas y combinadas de familia y de inmigración. La entrada ordenada de trabajadores cualificados debería incrementar la disponibilidad de puestos de trabajo estable y valorado, y por ello contribuiría a estabilizar el sistema de seguridad social. Aunque la Comisión reconoce que es imposible predecir las futuras demandas de mano de obra de modo fiable, subra-

ya la necesidad de un sistema migratorio flexible que responda a las líneas de demanda de mano de obra relevantes tanto en términos numéricos como de cualificación. Se reconoce así que la inmigración a Alemania debería estructurarse de modo que no entre en conflicto con las posibilidades de empleo para la población nacional, a la vez que se impulsa la perspectiva del aumento en la inmigración cualificada a medio y largo plazo.

Así, la Comisión ha sugerido un nuevo modelo migratorio, abriendo vías adicionales de entrada al país y formalizando el tránsito del antiguo modelo de cierre a la inmigración hacia un nuevo acercamiento basado en la ordenación y orientación de la entrada de trabajadores extranjeros. Sin embargo, la Comisión descarta el sometimiento a cupos máximos de cualquier posibilidad de entrada. La contingentación de la entrada sólo podría referirse a la inmigración por motivos laborales, mientras que tanto el asilo como la reagrupación familiar deben excluirse de cualquier limitación cuantitativa. Sin embargo, la estrategia global de inmigración debe realizarse teniendo en cuenta también estas áreas en las que es imposible una limitación de la entrada. Por lo tanto, la política migratoria general, incluyendo el contingente de entrada por motivos laborales, debería basarse en estudios y previsiones anuales sobre las probables entradas por cualquier motivo, determinando sólo entonces los límites máximos de inmigración permanente y temporal por motivos de trabajo. La fijación de tales límites debe orientarse a la respuesta a desarrollos sociales y económicos, a la situación del mercado laboral y al potencial real de integración existentes en cada momento, y su concreción anual se realizaría en la forma de una resolución reglamentaria del Gobierno sometida a la aprobación del Parlamento y basada en recomendaciones de un «Consejo de la Inmigración» compuesto por expertos y representantes de diversos grupos sociales.

Sobre la base de las recomendaciones de la Comisión, el Parlamento federal aprobó una nueva ley de inmigración («Ley sobre el fomento y limitación de la inmigración y de regulación de la residencia y la integración de ciudadanos de la Unión y extranjeros», de 20 de junio de 2002) que sin embargo, sería anulada por la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (en adelante TCFA) de 18 de diciembre de 2002, por no haber con-

tado con la preceptiva aprobación de la Cámara de representación territorial, el *Bundesrat*. En el año 2003, de nuevo la Cámara Baja discutió y aprobó el proyecto de ley que el Gobierno había presentado tras la anulación; la nueva negativa del *Bundesrat* a su aprobación ha llevado en el año 2004 a la discusión del texto en el comité de conciliación entre ambas Cámaras, que busca un compromiso entre la mayoría conservadora del *Bundesrat* y la propuesta del Gobierno federal.

La negociación en su estado actual (junio de 2004) muestra importantes elementos de consenso entre ambas posiciones: (a) la necesidad de un concepto integrado de entrada y permanencia de extranjeros, orientado a la satisfacción de los intereses económicos y sociales de Alemania; (b) la previsión de mecanismos de inmigración permanente, así como de formas de impulso de la integración social de los extranjeros; (c) la regulación de un sistema flexible de entrada de trabajadores cualificados, a partir de los intereses económicos y la demanda laboral existente en Alemania; (d) el incremento del control de la entrada y permanencia ilegal de extranjeros cuya presencia no responde a los intereses de Alemania; (e) la expulsión de los extranjeros en situación irregular; (f) la previsión de obligaciones de los inmigrantes destinadas a su integración, especialmente en materia de conocimiento del idioma alemán, y (g) el mantenimiento, pero no la extensión, de las categorías de entrada y residencia por motivos humanitarios, en especial de asilados y refugiados.

Sin embargo, otros elementos se han constituido hasta ahora como puntos de constante y persistente desacuerdo: en especial debe hacerse referencia a la cuestión de la limitación y restricción de la entrada de inmigrantes por razones laborales. La oposición conservadora considera que las previsiones del texto en discusión comportarán un sustancial incremento de la inmigración, que se justificaría además no tanto en las necesidades de trabajadores cualificados cuanto en las previsiones demográficas. Los intereses del mercado laboral alemán, con 4 millones de desempleados en el momento actual, fundamentan para estas fuerzas políticas el mantenimiento fundamental de la exclusión de entradas por motivos laborales y la intensificación del examen, para una eventual y excepcional autorización en cada

caso, de si existen (a nivel federal y no regional como hasta ahora defiende el proyecto) alemanes o extranjeros comunitarios que puedan responder a las demandas de trabajo existentes. Por lo tanto, sostienen estas fuerzas políticas, debería descartarse la regulación del proyecto que prevé la posibilidad de una inmigración basada exclusivamente en un sistema selectivo de puntos en función de las habilidades y capacidades del extranjero, y que no exige una previa oferta laboral desde Alemania. Por otro lado, y en cuanto a las políticas de integración, se critica la falta de medidas sancionadoras para los extranjeros que rechacen participar en los programas de integración públicos (cursos de idioma esencialmente). Finalmente, las previsiones del proyecto en materia de definición de refugiado (persecución no necesariamente estatal, persecución por razón de sexo como nuevas formas que vienen a englobarse en el concepto de perseguido político que da lugar al asilo) llevarían igualmente, en la opinión de la oposición conservadora, a una extensión incontrolable de la entrada de inmigrantes. Finalmente, otras propuestas de enmienda del proyecto tienden a una mejora de los controles referidos a la lucha contra el terrorismo internacional (previsiones de denegación de entrada o de expulsión ante indicios de participación en organizaciones terroristas o de apoyo al terrorismo), o con carácter más general en la lucha contra la delincuencia (expulsión de extranjeros sentenciados a penas de prisión superiores al año...).

Ante la imposibilidad de predecir si será posible alcanzar un acuerdo, el siguiente texto se refiere tanto a la vigente Ley de 9 de julio de 1990 y sus normas de desarrollo como a los términos del debate actual.

1.2. Visados, entrada y residencia laboral de extranjeros

1.2.1. El visado y la entrada del extranjero

Los extranjeros necesitan para su entrada y permanencia en el territorio federal de un permiso de residencia. El Acuerdo de Schengen y las normas comunitarias (sobre formato de visado uniforme y sobre la lista de terceros países exentos o sometidos a la obligación de visado) fijan los

requisitos mínimos para el cruce de las fronteras y los requisitos de visado para estancias de corta duración. Sin embargo, el uso fraudulento de las previsiones de Schengen para la inmigración ilegal estable a través de los visados de corta duración es un fenómeno creciente en los últimos años. Resulta por lo tanto necesario proceder a una mejor regulación comunitaria que, a diferencia de lo que ocurre hasta hoy, se extienda a las condiciones materiales para acordar el visado. Por lo que se refiere al procedimiento y valor del visado en las normas alemanas actuales, los detalles personales y la información adicional de los solicitantes de visado se almacenan en un registro federal bajo estrictas condiciones de confidencialidad, y en ocasiones, incluso, no puede introducirse en el sistema la decisión consular sobre una solicitud de visado. En cualquier caso, las autoridades de los Länder (competentes en materia de control interno de la inmigración) no pueden acceder a esos datos que permitirían un control más estricto y efectivo de la estancia irregular y sobre todo del uso del visado de corta duración para entradas que ocultan la voluntad de una residencia estable. La Comisión Federal ha sugerido obligar a las representaciones diplomáticas a comunicar y registrar en todo caso las decisiones correspondientes con la fecha de resolución y la duración del visado, así como introducir la obligación consular de fotocopiar el pasaporte de los solicitantes durante el procedimiento de solicitud, almacenando tales fotocopias, que deberían ser accesibles por parte de las autoridades internas de inmigración. Tampoco se ha llegado a un acuerdo, hasta hoy, que permita tomar los datos dactilares de los solicitantes para compararlos con los disponibles en base a anteriores solicitudes de asilo o procedimientos de extranjería en general, aunque en ciertas circunstancias específicas el visado sí exige que el extranjero permita un control sobre sus huellas dactilares.

1.2.2. Entrada ilegal y eventual regularización

La ley de extranjería excluye en principio la posibilidad de una solicitud de permiso de residencia a partir de una entrada ilegal, y con ello las posibilidades de regularización *a posteriori* de situaciones de irregularidad. Sólo excepcionalmente puede presentarse una solicitud en este sentido si la

entrada se produjo regularmente y (elemento de difícil cumplimiento) tras más de seis meses de estancia legal en Alemania, o en el caso de prórrogas de la estancia por motivos no laborales y con un máximo de tres meses de vigencia. El proyecto de ley de inmigración cambiaría sustancialmente esta situación, pues a pesar de mantener en su artículo 5 la exigencia de principio de entrada legal con visado, permite exceptuar de estos requisitos a los extranjeros que satisfagan las exigencias de fondo generales para obtener el permiso de residencia, o en casos especiales en los que la exigencia de visado resulte desproporcionada. Estas previsiones modificarían profundamente la práctica actual, creando una vía abierta a la regularización más o menos ordinaria, y depararían probablemente problemas considerables derivados del control judicial de la razonabilidad (concepto obviamente abierto y discutible) de la decisión administrativa, y consecuentemente conducirían a prolongados procesos judiciales que vendrían a complicar las posibilidades de control efectivo de la prolongación de una estancia en condiciones de ilegalidad.

El proyecto introduce además una causa adicional de rechazo en caso de puesta en peligro del libre orden democrático o la seguridad de la República, participación en actos de violencia, amenaza o incitación pública a la misma. Igualmente si el extranjero es miembro de, o apoya, una organización terrorista de carácter internacional. En casos concretos puede acordarse una excepción a la denegación de entrada, si el extranjero pone en conocimiento de la autoridad las actuaciones de tales organizaciones y se distancia de modo fiable de sus acciones peligrosas para la seguridad de Alemania.

En cuanto a las sanciones referidas a la entrada ilegal, la ley de extranjería vigente prevé que si un extranjero es rechazado en frontera, el contratista que lo transportó deberá retornarlo a su país de origen. La Directiva comunitaria 2001/51, de 28 de junio de 2001, exige la previsión de sanciones «disuasorias, efectivas y proporcionadas» para los transportistas que introducen extranjeros que no disponen de los documentos requeridos, lo que la ley alemana ha convertido en multas de hasta 5.000 euros. Adicionalmente, la Directiva (y la ley alemana de trasposición) prevé que los Esta-

dos miembros obligarán a los transportistas que no estén en disposición de efectuar el retorno a encontrar medios alternativos de transporte o a asumir los costes de estancia y devolución del extranjero en cuestión.

No existen informaciones precisas sobre el número de residentes en situación de ilegalidad en Alemania. Aunque las estimaciones varían entre 100.000 y 1 millón de personas, cifras basadas en especulaciones de muy discutible base, es dudoso que en efecto exista tal elevado número de personas sin permiso de residencia ni resolución administrativa alguna de tolerancia y al margen de los registros policiales, de las autoridades de extranjería o de los servicios sociales. La fuente fundamental de inmigrantes en situación irregular ha sido el uso del asilo y las repetidas solicitudes de permisos humanitarios o de tolerancia por razones económicas. Se ha desarrollado en este sentido un debate a partir de las elevadas cifras de solicitudes de asilo rechazadas que, sin embargo, no conducen al retorno del extranjero por su falta de cooperación en el retorno o expulsión, la destrucción de documentos y la ocultación de la identidad real, situaciones que fundamentan la mayor parte de residencias ilegales persistentes. En este sentido, se han desarrollado esfuerzos constantes de mejora de la eficacia en la expulsión y para agilizar los procedimientos de asilo ante la Oficina Federal de Reconocimiento de Solicitantes de Asilo y los consecuentes procesos judiciales. En el año 2000, aproximadamente el 34% de los procedimientos ante la Oficina Federal se concluyeron en menos de un mes y el 62% en el plazo de tres meses. Sin embargo, en un número sustancial de procedimientos judiciales de impugnación judicial, los casos se prolongan a lo largo de diversos años. En el 10% de los casos el procedimiento duró más de cinco años y en alguno de los supuestos hasta 12, aunque existen grandes diferencias entre los diversos *Länder*. Dado que la duración de estos procesos, y la consiguiente residencia del extranjero en Alemania, significa un claro incentivo para presentar una demanda de asilo por razones fundamentalmente económicas, la Comisión federal ha propuesto mejoras en los medios y actuación de los tribunales: la opción de un juzgado unipersonal especializado o la introducción de límites temporales que reduzcan la duración de los procesos a unos seis meses.

Sin embargo, el núcleo de los esfuerzos de control de la inmigración irregular se ha centrado en la introducción de sanciones, el desarrollo de una coherente política de retorno y el desarrollo de acuerdos de readmisión con los países de origen (aspectos que se tratarán en el apartado 1.4 de este trabajo).

1.2.3. Entrada y residencia por motivos laborales, permisos de trabajo y contingentes

En cuanto al muy regulado acceso al mercado laboral, la ley prevé un complicado sistema de permisos de trabajo, definido en el Reglamento de 18 de diciembre de 1990 sobre permisos de residencia basados en motivos laborales y sobre permisos de trabajo. En el caso de entrada, si un extranjero solicita un visado por razones de trabajo, el consulado alemán contactará con la autoridad de extranjería competente del correspondiente *Land* recabando su consentimiento. Las autoridades de extranjería, a su vez, consultarán a las oficinas de trabajo del propio *Land* para determinar si el extranjero obtendrá un permiso de trabajo para la oferta en cuestión. La ley de extranjería de 1990 no contiene previsión alguna para el caso de trabajo por cuenta propia. Las autoridades de extranjería, en consecuencia, hacen uso de un poder discrecional que permite la entrada por este motivo sólo en casos excepcionales, normalmente tras consulta de las correspondientes cámaras de comercio o autoridades análogas. El permiso de trabajo para ya residentes sólo puede obtenerse si el solicitante posee un permiso de residencia que no excluya el acceso al empleo; exclusión que puede obedecer bien a las características generales del tipo de permiso de residencia en cuestión (reagrupación familiar, por ejemplo), bien a una previsión concreta del permiso individual del extranjero afectado.

Ello significa en la práctica que ante la dificultad de una entrada por motivos laborales el acceso de los extranjeros al permiso de trabajo se produce fundamentalmente como consecuencia de la inmigración basada en otras razones (reagrupación familiar, asilo, refugio, permisos humanitarios y legalización de entradas irregulares). Al margen de los ciudadanos comunitarios, que por otro lado no contribuyen ya de modo fundamental al merca-

do laboral alemán, los extranjeros pueden entrar en Alemania con fines laborales tan sólo en casos muy excepcionales. El artículo 10 de la ley de extranjería de 1990 remite la existencia y regulación de la posibilidad de entrada por razones laborales a un Reglamento del Ministerio del Interior (que debe en cualquier caso ser aprobado por el *Bundesrat*), que se encarga de determinar los detalles de los permisos de residencia por razones de empleo y precisa las restricciones a particulares categorías de ocupación o tipos de empleo y grupos de extranjeros. El reglamento, con carácter general, aborda detalladamente y de manera harto complicada previsiones de residencia en razón de formación laboral, trabajadores temporales y categorías específicas, tales como cocineros, profesores, artistas, científicos, directores empresariales, deportistas profesionales o sacerdotes. En estos casos, y al margen de algunas previsiones específicas, el permiso se limita a un período determinado y a un número de renovaciones también máximo. En algunos supuestos, además, el permiso no puede convertirse en un permiso de régimen general y por lo tanto con perspectivas de estabilidad indefinida; en otros supuestos el cambio es posible sólo cuando se transforma la finalidad de la residencia, paradigmáticamente en casos de matrimonio con alemanes o con residentes del régimen general.

En términos numéricos la entrada por trabajos temporales en base a programas bilaterales con otros trece Estados constituye la magnitud más relevante de entradas por motivos laborales. Durante los seis primeros meses del año 2003 entraron en Alemania por este concepto 430.000 extranjeros, que obtuvieron permisos de residencia de hasta dos años, esencialmente en el sector de la construcción. Otras 221.625 personas de los países del Este de Europa obtuvieron permisos especiales de residencia que permiten trabajar en Alemania durante períodos de un máximo de tres meses al año. Otras categorías de permisos de residencia temporal y limitada por razones laborales se refirieron a categorías especiales de puestos de trabajo, tales como el personal especializado de empresas multinacionales, directores de empresa, profesores, cocineros especializados, hasta poco más de 2.000 casos por cada grupo. La reducida relevancia de las reglas específicas para la admisión de trabajadores cualificados en puestos de trabajo que no pueden cubrirse por la población alemana (las citadas reglas sobre la

«Carta Verde») se muestra también en las muy reducidas cifras de permiso de residencia general por razones laborales.

A partir de esta situación, la citada Comisión para la reforma ha propuesto una doble línea estratégica de acción en la que una política activa de fomento familiar y otra flexible y moderna de política de la inmigración deben conjugarse para hacer frente al descenso demográfico y sus consecuencias en el mercado laboral. Así, la política de fomento de la entrada de inmigrantes debería concentrarse en personas con estudios universitarios y evitar la entrada de personal poco cualificado, con la flexibilidad suficiente en cualquier caso para responder simultáneamente a las demandas del mercado laboral alemán y de la situación en los países de origen. En su modelo de concreción de estas líneas para la futura política de inmigración, la Comisión propone la adopción de nuevas normas legales que pongan de manifiesto la evolución desde la política de cierre de fronteras adoptada en los inicios de los setenta hacia la nueva orientación de fomento e impulso selectivo de la inmigración por razones laborales. Tales nuevas previsiones deberían fundarse en un sistema de puntuación selectiva (cupos de permisos a distribuir en base a la valoración de habilidades y capacidades) orientada a la entrada de personas jóvenes y cualificadas profesionalmente (con énfasis en las cualificaciones generales y no en las necesidades más concretas y coyunturales de cada momento) con la perspectiva de una residencia indefinida. Además debería incrementarse el número de extranjeros estudiantes en las universidades alemanas. En cambio las necesidades laborales urgentes, sobre todo las poco cualificadas, deberían cubrirse con una inmigración temporal, limitada a estancias de cinco años como máximo, y dependiente de la coyuntura laboral en cada momento. Adicionalmente el personal altamente cualificado (investigadores, científicos o personal directivo) debería ser objeto de condiciones menos estrictas y estar exceptuado incluso del sistema selectivo por puntos. Con carácter general se recomienda la apertura de la posibilidad de que los estudiantes o los extranjeros que tengan un permiso de residencia limitado puedan optar al pase a la residencia permanente en base al mismo sistema de puntuación selectiva.

A las sugerencias de la Comisión subyace una orientación general de fomento de la movilidad laboral internacional (de ingreso y de regreso) como modo de incrementar el interés de la inmigración a Alemania. La Comisión prevé una necesidad global (incluyendo tanto la inmigración laboral permanente como la temporalmente limitada) de aproximadamente 20.000 personas (más sus correspondientes familias) para el primer año. Y ello sin descuidar la vertiente de necesaria reforma del propio sistema laboral y social alemán para los ciudadanos nacionales, con el objetivo de modificar el actual desarrollo demográfico y de evitar el surgimiento de actitudes xenófobas que podrían verse incluso impulsadas por una política excesivamente unilateral respecto del fomento de la inmigración.

El proyecto de ley de inmigración en discusión ha asumido buena parte de estas propuestas, estableciendo un permiso ordinario de residencia por razones de trabajo, sometido a un examen de las autoridades laborales sobre la situación nacional del empleo en el ámbito local correspondiente. Y junto a éste, el artículo 90 de la nueva Ley prevé un permiso de residencia indefinido y trabajo para trabajadores altamente cualificados (definidos como científicos con un especial conocimiento técnico, docentes en puestos prominentes o personal ejecutivo y especialista) sometido simplemente a la aprobación de la administración laboral en torno a la concurrencia de ese carácter de alta cualificación sin mención a las ofertas de trabajo ni a la situación nacional del empleo. Se prevé también una regulación específica del trabajo por cuenta propia, que somete la residencia basada en tal actividad a una especial circunstancia económica regional que rinda tal actividad beneficiosa para el sistema económico o signifique un aporte de capital extranjero.

Los preceptos más controvertidos de la nueva propuesta están en torno al modelo de inmigración selectiva a través del sistema de puntuación de los solicitantes que da lugar a un permiso de residencia indefinido. La puntuación se determina a partir de una serie de factores entre los que se consideran fundamentalmente los de edad, cualificaciones profesionales y académicas, condición civil, conocimiento de lenguas, relaciones previas con Alemania o nacionalidad de origen. La selección de los inmigrantes a tra-

vés del citado sistema de puntuación obviamente presupone la determinación previa de un contingente máximo, fijado por la Oficina Federal de Inmigración previa consulta con un Consejo asesor y representativo de los intereses concurrentes en la materia.

Probablemente ni la inmigración basada en un sistema selectivo de puntuación ni la previsión de permisos de residencia en base a una necesidad local de mano de obra sobrevivirán al debate parlamentario, a diferencia de las previsiones específicas para personal altamente cualificado o para trabajo por cuenta propia, que pueden considerarse como generalmente aceptadas por todas las posiciones políticas.

En cambio, una más estricta conexión del acceso a la residencia con las exigencias de integración social sí puede obtener el acuerdo necesario en el Parlamento. La Comisión, de hecho, ha enfatizado el carácter cooperativo del proceso de integración, en el cual debe participar no sólo el país y la sociedad de acogida, sino también el propio extranjero.

De ahí la presencia de las nuevas previsiones sobre integración sociocultural. La disponibilidad para aprender alemán se considera como particularmente importante para facilitar la integración y el acceso a otras formas públicas de fomento de la misma. El informe de la Comisión se detiene en detalladas propuestas al respecto, como por ejemplo el apoyo específico al aprendizaje de alemán por parte de las madres inmigrantes o la necesidad de que el propio estado asuma la contratación de extranjeros como muestra de la nueva política de integración activa. La importancia de la reagrupación para el núcleo familiar es otro de los elementos especialmente destacados por la Comisión por su eficacia integradora. Por otro lado, debería evitarse la discriminación de la religión musulmana, por ejemplo superando la situación actual referida a la educación religiosa en las escuelas. La nacionalización, por último, se presenta como el último paso en un proceso exitoso de integración, considerando que la prohibición de doble nacionalidad sigue constituyendo uno de los principales obstáculos para el acceso a la nacionalidad alemana de los residentes de larga duración, a pesar de la introducción en la normativa de elementos propios del *ius soli* en el año 2000. Por ello la Comisión recomienda el aumento de excepciones a la

prohibición de doble nacionalidad, especialmente para los residentes de larga duración.

Los partidos de la oposición, favorables a la introducción de los requisitos de integración, han criticado repetidamente la falta de mecanismos sancionadores que respalden el cumplimiento de estas previsiones. La ley de inmigración, en efecto, prevé cursos de integración obligatorios, que comprenden un curso básico y otro avanzado de lengua alemana, y un curso orientativo sobre el sistema legal, la cultura y la historia alemanas. Un extranjero que tenga derecho a acceder a estos cursos (extranjeros residentes, por lo tanto) estará obligado a asistir a los mismos si no es capaz de comunicarse en alemán en un nivel básico. Si en estos casos el extranjero no asiste a los cursos, la ley prevé tan sólo una citación a título admonitorio e informativo de las posibles consecuencias negativas con vistas a un proceso de nacionalización. Los partidos de la oposición consideran estas previsiones insuficientes, y proponen en cambio la previsión de sanciones concretas, así como de un reparto de los costes económicos de los cursos correspondientes entre el extranjero y su empleador.

En cuanto al acceso al trabajo, el principio fundamental en la normativa previa a la reforma es que, con la excepción de los ciudadanos comunitarios y de aquellos titulares de permisos de residencia permanentes, todo extranjero debe poseer un permiso de trabajo para poder acceder al mercado laboral. La ley distingue entre un permiso general de trabajo (llamado *Arbeitserlaubnis*) y un permiso especial (llamado *Arbeitsberechtigung*): el primero depende de un previo examen sobre la situación nacional del mercado laboral en Alemania privilegiando el acceso de nacionales alemanes o de extranjeros con el permiso especial. Por lo tanto, este último equipara a los extranjeros con los nacionales alemanes y comunitarios en el régimen de acceso a los puestos de trabajo. El permiso especial se obtiene cuando los extranjeros son titulares de un permiso de residencia ordinario y han residido regularmente durante seis años en Alemania o pueden probar que han trabajado durante los últimos cinco años: en consecuencia la mayoría de los extranjeros residentes acceden libremente al mercado laboral, aunque existen restricciones relevantes para algunas categorías, como los períodos de

espera de cuatro años para cónyuge e hijos de extranjeros con permiso de residencia por razones humanitarias (infra) o la exclusión absoluta de los solicitantes de asilo durante el período de tramitación de la solicitud (regla que el Gobierno Federal pretende cambiar por un período de espera de un año mientras el procedimiento de resolución siga pendiente). Los refugiados de guerra, los extranjeros en situación de tolerancia y los titulares de permisos por razones humanitarias no se encuentran automáticamente excluidos del mercado de trabajo, pero la administración laboral considera sus casos de modo muy restrictivo, asumiendo con carácter general la inexistencia de sectores que no puedan ser cubiertos por nacionales alemanes o comunitarios.

1.3. Permiso de residencia para otras finalidades

1.3.1. Categorías de permisos de residencia

La ley de extranjería de 1990 pretendía facilitar la integración de extranjeros a través de una mayor seguridad respecto de su estatuto de residentes. En consecuencia, las cláusulas de apreciación discrecional de la Administración debían sustituirse por derechos reglados basados en claros requisitos. Sin embargo, la ley buscaba simultáneamente limitar la entrada de extranjeros en Alemania, por ejemplo a través de la exclusión absoluta de la posibilidad de la consolidación de una residencia permanente cuando el extranjero ha obtenido un permiso sólo para una estancia temporal y limitada. El sistema, hoy todavía vigente, se concretó en cuatro diversos permisos de residencia: el permiso ordinario (limitado temporalmente en los primeros años, pero orientado a la permanencia), el permiso permanente, el permiso temporalmente limitado (sin posibilidad de acceso a la residencia indefinida) y, finalmente, el permiso por causas humanitarias, a los que debe añadirse la previsión de títulos específicos para los solicitantes de asilo y para los nacionales comunitarios.

El permiso ordinario tiene una vigencia temporal limitada, pero bajo ciertas circunstancias permite su consolidación en la forma del permiso permanente. Se trata del permiso propio de las reagrupaciones familiares, refu-

giados ya reconocidos y en general otras personas cuya residencia no se funda sobre razones limitadas temporalmente. El permiso permanente, que no se somete a restricciones e implica una mayor protección frente a la expulsión, constituye de hecho un estatuto de inmigrante estable por oposición a la idea formal de la inmigración temporal. La residencia por motivos temporales, o residencia temporal limitada, se restringe tanto en sus causas como en su duración, y engloba tanto las visitas turísticas o familiares y las estancias médicas como los estudios o el empleo temporal. Su elemento definitorio es la imposibilidad de pasar a la residencia permanente o indefinida desde este estatuto. El permiso humanitario puede acordarse en base a una decisión política general o a través de decisiones individuales. Se trata fundamentalmente de un permiso temporal pero que, tras un número determinado de años, puede transformarse en un permiso ordinario si se satisfacen ciertas condiciones.

De acuerdo con una recomendación de la Comisión sobre la reforma, el proyecto de ley en discusión ha intentado simplificar el esquema expuesto a través de la previsión tan sólo de un permiso de residencia temporal y un permiso de residencia permanente que permite a su titular el acceso a las actividades económicas sin sometimiento a límites temporales o geográficos. El proyecto prevé que un extranjero accederá al permiso permanente si, entre otros requisitos, ha residido en base al permiso temporal durante cinco años y dispone de medios económicos para su manutención así como de un seguro de jubilación. Adicionalmente debe encontrarse libre de antecedentes penales, autorizado a trabajar y debe tener un conocimiento adecuado del idioma alemán y del sistema legal y social. Estos requerimientos se consideran cumplidos si el extranjero ha seguido y aprobado un curso de integración, aunque se prevén exenciones de tal requisito en casos de circunstancias especiales. A diferencia de la ley de 1990 además, el proyecto prevé el acceso inmediato al permiso permanente para algunas categorías de extranjeros.

1.3.2. Reagrupación familiar

Los beneficiarios de la reagrupación familiar constituyen el grupo más numeroso de residentes extranjeros en Alemania. Los procesos de reagrupación de los años setenta y ochenta vinieron a significar aproximadamente la mitad de la población extranjera residente en suelo alemán. Las estadísticas en materia de visados indican 104.000 visados de reagrupación en el año 2000.

La reagrupación encuentra su fundamento en el artículo 6 de la propia Constitución Federal, y su desarrollo detallado en la ley de extranjería. Cónyuges e hijos solteros menores de 16 años tienen un derecho a reunirse con sus familiares residentes en Alemania. Los hijos de los asilados ven ampliado este derecho hasta el cumplimiento de los 18 años. La ley de registro de uniones de hecho de 16 de febrero de 2001 ha extendido el derecho de reagrupación a las parejas homosexuales bajo ciertas condiciones. En cualquier caso, el derecho de reagrupación se somete a que el reagrupante sea titular de un permiso de residencia indefinido o de un permiso temporal que pueda derivar en un permiso permanente, y que cuente con medios económicos suficientes así como con una vivienda adecuada. Si no se cumplen tales requisitos, la reagrupación familiar se remite finalmente a la discrecionalidad de las autoridades de extranjería. Se excluye en cualquier caso la reagrupación familiar de los solicitantes de asilo o de aquellos cuya orden de expulsión ha sido suspendida. Cuando el reagrupante es un nacional alemán, la ley resulta más generosa, pues permite la reagrupación de menores hasta los 18 años; finalmente, para el caso de nacionales de la Unión, las previsiones de la ley asumen las normas comunitarias que obligan a permitir la reagrupación de hijos hasta los 21 años y de ascendientes siempre que el reagrupante asuma su manutención.

La Comisión ha criticado la complejidad y heterogeneidad de estas previsiones. Pero parece poco probable que la nueva normativa consiga proceder a su simplificación. El proyecto del año 2002, en la línea contraria, incluye incluso algunas restricciones adicionales para la reagrupación de menores: así prevé que la reagrupación puede reducirse hasta los doce años como edad máxima, a menos que la persona a reagrupar posea un conoci-

miento suficiente del idioma alemán. En el caso de menores de 12 años, ambos padres (o uno solo si éste detenta en exclusiva la custodia) deben poseer un permiso de residencia indefinida o permanente. Es posible sin embargo aceptar excepcionalmente algún reagrupamiento fuera de estos casos a partir de los intereses y el bienestar del menor, la situación familiar y las expectativas de integración del menor, por ejemplo en función de su conocimiento del idioma, posibilidades de exención duramente criticadas por los partidos de la oposición, que consideran que la excepción se convertirá en la regla de decisión.

La reciente directiva sobre reagrupación familiar de 2003 incide en cierto grado en el debate sobre la reagrupación en Alemania. Sin embargo, debe recordarse que el artículo 4 de la directiva permite a los Estados mantener el límite de 12 años siempre que el Estado miembro verifique si se dan las condiciones para la integración previstas en una norma en vigor en el momento de despliegue de la directiva. Adicionalmente, los Estados miembros pueden exigir, sin más requisitos, que las solicitudes de reagrupación se presenten antes del cumplimiento de los quince años de edad, previsión sin embargo que el proyecto de ley alemán (todavía) no ha asumido.

1.3.3. Permisos por causas humanitarias y de regularización frente a la imposibilidad de expulsión

En este ámbito, los proyectos de reforma no alteran las grandes líneas de la normativa hoy en vigor. Junto a la posibilidad de entrada legitimada a partir de una decisión política del Ministerio del Interior, o el órgano que el mismo designe (artículo 22), se prevé la posibilidad de una orden del Gobierno del correspondiente *Land* que provea con carácter general con un permiso de residencia a nacionales de Estados concretos o a grupos determinados por otros conceptos a partir de razones humanitarias o intereses públicos.

La protección temporal en casos de refugiados de guerra o de conflictos civiles se encuentra expresamente regulada con la idea fundamental

de garantizar una protección general sin necesidad de entrar en exámenes individuales. Sin embargo, la práctica no ha respondido a estas expectativas en la medida en que la protección de los casos que debían incluirse en estos supuestos se ha realizado a través de otras figuras basadas en exámenes y resoluciones individuales: esencialmente la solicitud de asilo o la tolerancia, pues Federación y *Länder* no fueron capaces de acordar el correspondiente reparto de costes en el caso de adopción de estas órdenes generales de protección temporal.

El proyecto en discusión prevé una cláusula general de residencia por motivos humanitarios. Junto al asilo, se prevé ahora que la imposibilidad de expulsión (de hecho o de derecho) lleve a acordar un permiso de residencia. Tan sólo si el extranjero ha facilitado información falsa o ha defraudado a las autoridades en referencia a su identidad o nacionalidad, o ha dejado de colaborar del modo mínimo exigible a la ejecución de la expulsión, se evita el acceso a la residencia regular. La idea básica de la previsión está en reemplazar la actual situación de «tolerancia», en precario, por un permiso de residencia. Ciertamente la oposición ha criticado, con acierto, la nueva regulación en la medida en que el acceso inmediato a un estatuto de residencia en casos de imposible expulsión debilita sustancialmente cualquier política efectiva de expulsión e incentiva de hecho la residencia ilegal. Por ello, aunque en principio la idea de regularizar a las personas no expulsables resulta razonable, el actual instrumento de la suspensión de la expulsión y estatuto de «tolerancia» no puede ser sustituido sin más por el acceso a un permiso de residencia.

La ley de 1990 no contiene una previsión general de regularización de inmigrantes clandestinos. La política de inmigración alemana se ha basado siempre en el principio básico según el cual la inmigración ilegal no debería retribuirse con procedimientos individuales o generales de regularización basados simplemente en la estancia clandestina en el país. Nunca se ha intentado seriamente proceder a una regularización de extranjeros en situación irregular o sin documentación. El sistema general de registro administrativo vinculado al alquiler de una vivienda en conexión con la necesidad general de presentar un documento de identidad, permiso de trabajo, etc., ha evitado

la existencia de un número sustancial de inmigrantes clandestinos y jamás se ha cuestionado seriamente la necesidad de expulsar a las personas en esta situación. Ello no significa, sin embargo, que la cuestión de la regularización de los inmigrantes sin permiso de residencia no se haya planteado. Todo programa o previsión regularizadora, sin embargo, se ha dirigido a personas sin permiso de residencia porque se ha rechazado su solicitud exclusivamente de asilo, o porque no han podido ser expulsadas debido a imperativos fácticos o de protección de sus derechos. Al margen de las anteriores, no existe previsión legal alguna que posibilite la regularización de alguien que no se encuentra por lo menos en un estatuto de «tolerancia» (imposibilidad de expulsión a la que nos referimos de inmediato).

El permiso de residencia por circunstancias excepcionales es el instrumento fundamental para la regularización de personas que no cumplen los requisitos para acceder a otro permiso. Debe distinguirse, sin embargo, del estatuto de tolerancia, que en puridad no constituye un permiso o estatuto de residencia, sino una simple suspensión de una orden de expulsión ya dictada. De acuerdo con la ley, la tolerancia sólo puede acordarse de modo temporal, cuando una expulsión resulta imposible o inaceptable por razones de hecho o de carácter humanitario. Sin embargo, a pesar de la dicción de la ley, esta situación se ha convertido de hecho casi en un estatuto de residencia especial: en términos legales el extranjero sigue obligado a abandonar el país aunque la orden de expulsión no sea ejecutada; pero existe un derecho a disfrutar de la situación de tolerancia, es decir a un reconocimiento administrativo que otorga determinados derechos, en los casos de imposibilidad de la expulsión, en especial cuando existe un obstáculo a la ejecución previsto expresamente de la ley (tortura, pena de muerte, causas derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, peligro inminente para la vida o integridad personal en caso de retorno). Corresponde además a la discrecionalidad de las autoridades de inmigración la decisión de adoptar una resolución de tolerancia en caso de razones humanitarias o personales o cuando los intereses públicos requieren la permanencia temporal del extranjero en Alemania. Debe notarse sin embargo que la tolerancia no debe considerarse estrictamente como un instrumento de regularización, puesto que no afecta la obligación de abandonar el país. Su término de vigencia es

de un año, renovable en una ocasión, y tras su expiración el extranjero puede ser deportado, aunque si la tolerancia ha durado más allá de un año, la ejecución de la expulsión debe notificarse por lo menos un mes antes de su realización.

Aunque la tolerancia como tal no es un instrumento regularizador, resulta inseparable en la práctica de las posibilidades de regularización en Alemania, puesto que se requiere la situación de tolerancia para poder otorgar un permiso por razones excepcionales a los extranjeros que carecen de permiso de residencia, independientemente de su entrada legal o ilegal y, para ello, deben haber sido objeto de una expulsión. Así, el esquema de la regularización en Alemania se desarrolla en un doble estadio: las personas en situación irregular detectadas y objeto de orden de expulsión son toleradas en un primer momento si su expulsión resulta imposible. Tal tolerancia puede decretarse en base a una decisión general de paralización de las expulsiones para determinada categoría de extranjeros u obedecer a decisiones de casos individuales. En un segundo momento, las personas en situación de tolerancia acceden a la regularidad en virtud de un permiso excepcional, de nuevo a partir de una decisión, individual o colectiva, adoptada por las autoridades superiores del *Land* de acuerdo con el Ministerio del Interior. El permiso de residencia excepcional no necesariamente tiene carácter permanente: se reconoce por dos años y puede renovarse posteriormente, aunque la ley se opone a la renovación si las razones que impedían la expulsión han desaparecido. Sólo tras ocho años de posesión de un permiso excepcional se accede al permiso permanente, y siempre que se satisfaga el resto de requisitos para el acceso a este tipo de permisos. Por lo tanto, las diversas fases del proceso de regularización no se siguen una a otra automáticamente. Los extranjeros tolerados durante un tiempo sustancial pueden verse obligados al retorno a menos que cumplan los requisitos de acceso al permiso excepcional o se vean cubiertos por una decisión política general de regularización.

La cuestión de la regularización se ha planteado en Alemania fundamentalmente en el contexto de las solicitudes de asilo, que habían dado lugar a tolerancias prolongadas subsiguientes al rechazo de la solicitud. Frecuente-

mente esta situación se acordaba además en base a previsiones generales que garantizaban a grupos de extranjeros una tolerancia que podía eventualmente culminar en el acceso al permiso de residencia por razones humanitarias. En términos generales la opinión pública alemana no se muestra muy favorable a programas de regularización a gran escala, aunque, como se decía antes, la regularización puede tener lugar tanto a través de decisiones individuales como generales. Tanto las confesiones religiosas como las organizaciones de ayuda a refugiados han deplorado en diversas ocasiones el carácter restrictivo de las acciones regularizadoras adoptadas. El SPD y el Partido Verde han demandado en el pasado en repetidas ocasiones, y sin éxito, una actualización del artículo 100 de la Ley, que como regla de regularización excepcional en su momento, determinó que un extranjero cuya solicitud de asilo hubiera sido rechazada y hubiera accedido al estatuto de tolerancia puede acceder a un permiso de residencia por razones excepcionales si en el momento de entrada en vigor de la Ley (1-1-1991), llevaba más de ocho años en Alemania en base a la tolerancia o como solicitante de asilo.

Así, en el año 1995 el Partido Verde y el SPD presentaron varias propuestas de modificación de las leyes de extranjería y del procedimiento de asilo que pretendían determinar una regulación uniforme de los solicitantes de asilo rechazados que llevaban largo tiempo residiendo en Alemania. Las propuestas preveían que un solicitante de asilo que llegara de un determinado grupo de países (Afganistán, Irak, Irán, Kuwait, Laos, Libia, Burma) y perteneciera a una categoría también delimitada (esencialmente grupos étnicos o religiosos objeto de persecución) tuviera acceso inmediato al permiso por razones humanitarias, si hubiera solicitado el asilo antes de 1 de marzo de 1993 y no se hubiera resuelto su solicitud tras dos años de espera, y siempre que la Oficina Federal no hubiese considerado la solicitud manifiestamente carente de fundamento o el extranjero hubiese dado pie a una orden de expulsión. La propuesta se derivaba de la idea de que ni la Oficina Federal de Asilo ni los tribunales administrativos serían capaces de solucionar el colapso derivado del incremento de solicitantes de asilo. Por lo tanto, un programa general de regularización dirigido a colectivos con un porcentaje general de acceso al asilo superior al 30% y cuyas solicitudes no se habían resuelto tras una larga espera podía contribuir a la reducción de la

presión extraordinaria derivada del dramático incremento de las solicitudes. El Gobierno Federal, sin embargo, no aceptó la propuesta considerando que los programas de regularización sólo deben usarse como «ultima ratio», limitada a circunstancias excepcionales y casos auténticamente difíciles. En cambio, no debía acudir a este tipo de expediente para solucionar problemas o insuficiencias en la organización administrativa de los procedimientos de asilo. Adicionalmente, el Gobierno Federal apuntaba al hecho de que cada regularización favorece a las personas que consiguen prolongar su residencia, irregular, a través de la presentación de recursos que impiden la terminación de los procesos de asilo. La perspectiva de regularización –particularmente si tales regularizaciones se prolongan o renuevan regularmente– llevaría inevitablemente a un aumento en las solicitudes de asilo.

Sin perjuicio de estas objeciones básicas al propio concepto de regularización, el Gobierno Federal, en acuerdo con los *Länder*, aprobó el 29 de marzo de 1996 un programa de regularización que se formalizó a partir de la facultad de los Gobiernos de los *Länder* de reconocer permisos de residencia por razones humanitarias o derivadas del derecho internacional para determinados grupos de extranjeros (cónyuges y familiares de residentes) siempre con el acuerdo del Ministerio del Interior, y centrándose casi invariablemente en solicitantes de asilo rechazados y que en principio deben abandonar el país. Frecuentemente, tras una decisión general de suspensión de la expulsión para un grupo de estos extranjeros (por razón de nacionalidad, de etnia, etc.), se recurre a una fórmula general de acceso a un permiso de residencia, aunque debe recordarse que tal residencia, basada en motivos humanitarios, no conlleva automáticamente el acceso a la residencia indefinida. En la práctica, sin embargo, es habitual que las personas afectadas satisfagan en su momento los requisitos adicionales antes mencionados (entre otros, los 8 años de residencia regular) y puedan acceder a ese permiso indefinido.

1.3.4. Estudiantes y personas en formación laboral

La ley de extranjería asume el principio de estricta separación entre la admisión por razón de estudios o formación profesional y la admisión por

trabajo u otras razones. Los estudiantes deben abandonar Alemania tras la finalización de sus estudios, sin poder presentar solicitud alguna de prolongación de su residencia con finalidad laboral puesto que se considera un elemento de interés público su retorno al país de origen para poner en práctica allí sus conocimientos. En la actualidad existe, sin embargo, un amplio consenso en el sentido de revisar esta política. En el nuevo proyecto de ley de inmigración, un extranjero en situación de residencia por estudios (universitarios o análogos) puede solicitar la prórroga de su permiso tras finalizar sus estudios y con la finalidad de buscar trabajo. Adicionalmente un extranjero puede obtener un permiso de residencia para asistir a cursos de idioma y, en casos excepcionales, para el seguimiento de cursos de nivel escolar. Tales reglas pueden presentar algunos problemas menores de compatibilidad con el todavía no aprobado proyecto de Directiva europea sobre las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razón de estudios, formación vocacional o servicio voluntario, especialmente con las provisiones referidas a un derecho de entrada de extranjeros que solicitan la admisión en una universidad o establecimiento educativo análogo.

1.4. Sanciones, expulsión y ejecución de la expulsión

La ley de extranjería contiene diversas previsiones sancionadoras para nacionales de terceros países, considerando en especial como causas de expulsión la entrada ilegal, la residencia ilegal y la adquisición fraudulenta del permiso. Adicionalmente se penaliza también la cooperación con la entrada y residencia ilegal. La Comisión ha sugerido prever más claramente las condiciones de punibilidad en este último caso, de modo que las personas que actúan por razones humanitarias puedan quedar exentas de sanción penal. El proyecto del año 2002 ha introducido nuevas previsiones penales en materia de tráfico de personas, con la tipificación agravada de supuestos de tráfico con finalidad de lucro, en el marco de una organización, o que resulten en la muerte de los afectados. El tráfico simple se castiga ahora con penas de hasta cinco años de prisión, y en caso de uso de armas o trato inhumano de las víctimas, las penas oscilan entre los seis

meses y los diez años de prisión. Para las modalidades más graves de tráfico, el artículo 96 prevé penas mínimas de tres años. También pueden imponerse multas o sentencias de prisión de hasta tres años para los casos de entrada ilegal o de suministro incompleto o falso de información para la obtención de un permiso de residencia, propio o ajeno. Existe en este sentido un consenso general sobre la necesidad de un agravamiento de las penas para el tráfico organizado.

Las previsiones de combate y castigo del trabajo irregular se encuentran en diversos preceptos, esencialmente en el artículo 304 y siguientes del Código Social. El empleo ilegal puede resultar en sanciones para los empleadores o empresas, a la vez que los trabajadores pueden ser sancionados hasta con la expulsión.

En cuanto a las sanciones en general, la ley alemana distingue entre la orden administrativa de expulsión (*Ausweisung*) y su ejecución (*Abschiebung*). La orden de expulsión significa la pérdida de vigencia de un permiso de residencia o la orden de salida para una persona sin permiso. La orden de expulsión impide que se acuerde un nuevo permiso de residencia durante un período determinado y establece una base para la ejecución real y forzosa de la expulsión por parte de las autoridades. La ejecución significa el alejamiento real del extranjero del territorio alemán. Normalmente la notificación de la próxima ejecución de la expulsión debe realizarse por escrito y determinando un período de salida voluntaria. Frecuentemente existen razones que se oponen a la ejecución de la expulsión, tales como la persecución en el país de origen, las posibilidades de sometimiento a tortura, trato inhumano o peligros sustanciales para la vida y la libertad. En la práctica, los obstáculos de hecho, como la falta de documentos de viaje o la enfermedad, juegan un papel aún más relevante como impedimentos de la ejecución de la expulsión y llegan hasta dar lugar a la repetidamente citada institución de la «tolerancia».

La ley de extranjería de 1990 ha introducido una división entre las causas de expulsión que dan lugar obligatoriamente a una orden de expulsión (expulsión obligatoria), aquellas que dan lugar normalmente a una orden de expulsión (expulsión habitual) y aquellas que pueden ser sancionadas con

expulsión (expulsión discrecional) si la administración lo considera adecuado. Mientras que la expulsión obligatoria no permite excepciones si concurren ciertas condiciones, la expulsión habitual permite un recurso más frecuente a especiales razones que eviten su imposición, y la expulsión discrecional exige una adecuada ponderación entre los intereses públicos y los de la persona afectada. Por ello, la Ley de 1990 distingue entre diversas categorías de personas: los extranjeros que poseen un permiso de residencia cualificado o han nacido en Alemania o entraron en ella como menores de edad y han residido legalmente en el país durante un tiempo mínimo, así como los cónyuges o parejas de hecho registradas disfrutan de una especial protección frente a la expulsión, pues sólo pueden ser objeto de la misma por vulneraciones graves del orden público.

El proyecto de 2002 ha mantenido en principio el sistema anterior, con algunos cambios referentes a las razones de expulsión y con reformas más importantes en los procedimientos de retorno y ejecución de la expulsión. La expulsión obligatoria se prevé ahora para sentencias a prisión de más de tres años o en caso de diversos delitos que sumen condenas superiores a ese período a lo largo de cinco años naturales; igualmente debe procederse a la expulsión si el extranjero ha sido encarcelado como resultado de una sentencia por tráfico de drogas o por actuaciones lesivas del orden público en el marco de reuniones o manifestaciones prohibidas, siempre que la sentencia no haya sido suspendida en un sistema de *probation*. La oposición quisiera incluir en esta categoría también la condena penal por tráfico de inmigrantes. En el marco de la expulsión discrecional, un extranjero puede ser expulsado si su estancia vulnera la seguridad pública o el orden público u otros intereses sustanciales de Alemania, definidos de modo más preciso en el propio proyecto. La estancia irregular acostumbra a enmarcarse en el supuesto general de la expulsión habitual frente a la obligatoria y a la discrecional.

Se ha desatado un relevante debate político en el año 2001 en torno a la noción de una política de ejecución de la expulsión más efectiva. A finales del año 2000, había 234.682 personas cuya expulsión estaba pendiente, de acuerdo con el registro del Ministerio del Interior. 261.506 personas fue-

ron requeridas para abandonar el territorio federal pero no pudieron ser expulsadas por obstáculos legales o de hecho. Estas personas tienen derecho a un estatuto de tolerancia de acuerdo al artículo 55 de la Ley de 1990. Las razones de la falta de ejecución de la expulsión se encuentran en un informe reservado de los Ministerios del Interior. No existen datos precisos sobre las razones del fracaso de la ejecución de la expulsión o sobre los intentos fallidos de expulsión. De acuerdo con diversas fuentes, puede asumirse que por lo menos 10.000 procedimientos de ejecución de la expulsión (un tercio de los intentados en el año 2000) se saldaron con un fracaso debido a las actuaciones imputables al propio extranjero (destrucción de documentos, ocultación de identidad, resistencia frente a la expulsión o las medidas de identificación, o la ejecución de la correspondiente orden...). Otro grupo de obstáculos proceden de la falta de cooperación de los Estados de origen. En el caso de identificaciones dudosas es necesario recibir de tales Estados los documentos de viaje o identidad, y los Estados de origen a menudo requieren datos documentales más allá de la prueba efectiva de la correspondiente nacionalidad o identidad. En ocasiones la confirmación de la nacionalidad puede depender de la expresa declaración del afectado. En otros casos el tránsito por terceros países deviene necesario, y, dado que los policías no pueden ejercer sus facultades coercitivas en estados de tránsito, el éxito del procedimiento depende a menudo de la cooperación de estos Estados.

La Comisión sobre Inmigración ha enfatizado la necesidad de una política de retorno y expulsión realmente efectiva, como parte de una política de inmigración creíble. Los procedimientos de asilo devienen vacíos de sentido si los extranjeros rechazados consiguen mantener su residencia de hecho en Alemania. Las propuestas de la Comisión en este ámbito incluyen en particular el desarrollo de una política coherente y coordinada entre la Federación y los *Länder*. La existencia de intereses y objetivos divergentes entre las autoridades estatales y federales, así como las diferentes prácticas de las policías regionales, están haciendo extremadamente difícil el desarrollo de una práctica creíble y disuasoria de la expulsión. Incluso en el nivel federal resulta necesaria una mejor coordinación interministerial (por ejemplo, entre los Ministerios de Exteriores e Interior). Adicionalmente se recomienda que se considere la opción de concentrar las medidas de ejecu-

ción de la expulsión en una autoridad federal única. La Comisión se refiere también a los intentos de establecer autoridades centralizadas de expulsión en algunos *Länder*, incluso de modo cooperativo entre algunos de ellos. En el contexto de procedimientos de expulsión más eficaces, la Comisión también recomienda el almacenamiento de copias de los pasaportes tratados por las autoridades de extranjería, la previsión de un servicio central de referencia para las autoridades locales y regionales implicadas, una mejor coordinación con embajadas y consulados o un punto de contacto para las ONG.

Se mantiene la posibilidad de restringir la permanencia de los extranjeros afectados por órdenes de expulsión no ejecutadas al territorio del *Land* correspondiente, y se prevé la posibilidad de imponer condiciones adicionales de residencia. Además, los *Länder* pueden establecer «servicios administrativos de salida» que impulsen la salida voluntaria a través de formas de apoyo y asesoría. Una propuesta de la oposición prevé la posibilidad de centros de internamiento previos a la salida, de los *Länder*, para extranjeros sometidos a la ejecución de la expulsión si se supera un período de salida voluntaria, existen razones para sospechar que ésta no se llevará a cabo, el extranjero no dispone de pasaporte, ha violado sus deberes de cooperación en el proceso de expulsión o ha cometido un delito. Adicionalmente, las autoridades de extranjería podrán restringir las posibilidades de trabajo de los afectados e imponer obligaciones de comparecencia regular ante los órganos administrativos competentes.

Los preceptos referidos al internamiento judicial previo a la expulsión no han cambiado sustancialmente en el proyecto en discusión. De acuerdo al artículo 62.2, los extranjeros serían internados por decisión judicial y para la garantía de la ejecución de la expulsión, si (1) el extranjero ha entrado ilegalmente en el país, se ha agotado el período de salida voluntaria y ha cambiado su lugar de residencia sin la notificación necesaria; (2) el extranjero no ha cumplido con sus obligaciones de comparecencia a los efectos de ejecución de la expulsión; (3) el extranjero ha rehuído la expulsión por otros medios, o (4) existe una sospecha fundada de que el extranjero escapará a la ejecución de la expulsión. Normalmente, el internamiento no debe exceder de dos semanas, siempre que las causas que impiden la

ejecución no sean imputables al propio extranjero, en cuyo caso puede extenderse hasta un máximo de doce meses.

El internamiento judicial para la preparación de la decisión de ejecución de la expulsión es también posible si tal decisión no puede adoptarse de modo inmediato y la ejecución se complicaría sustancialmente o se frustraría sin el internamiento. En tal caso, la duración no debe exceder las seis semanas. La oposición ha propuesto ampliar el ámbito de aplicación de esta previsión considerablemente hasta una cláusula general de posibilidad judicial de internamiento si el retorno voluntario no está asegurado y la ejecución se dificultaría sustancialmente sin la privación de libertad.

La mayor controversia en el ámbito sancionador se centra en la abolición de la institución de la tolerancia, mecanismo que define un estatuto limitado y débil para el extranjero en casos de imposibilidad temporal de expulsión. Bajo la ley vigente, esta institución se muestra como una suspensión de la ejecución de expulsión sólo cuando tal ejecución parece en principio posible, pues en caso contrario correspondería inmediatamente un permiso por razones humanitarias. En la práctica, sin embargo, la mayor parte de decisiones de tolerancia se han referido a personas que no pueden ser expulsadas en absoluto, impidiendo así el acceso inmediato a los permisos de residencia humanitaria que eventualmente podrían derivar en permisos de residencia ordinarios y posteriormente en permisos permanentes, y que además dan derecho al acceso a prestaciones sociales más generosas que la tolerancia.

El proyecto del año 2002 suprime la figura de la tolerancia con la finalidad de facilitar la integración, pues obliga a las autoridades de inmigración a acordar en estas situaciones un permiso de residencia formal, a menos que el extranjero sea responsable de las causas que impiden la ejecución de la expulsión, casos en los que la actual tolerancia se sustituye por un simple certificado de suspensión de la expulsión. Sin embargo, la completa eliminación de la institución no sólo creará dificultades adicionales para proceder a la expulsión, sino que permitirá también la estabilización inmediata del estatuto del extranjero pendiente de expulsión y significará un incentivo más a través de la previsión de ayudas sociales y de la conversión de la situa-

ción en una residencia estable. Parece así poco probable que la propuesta actual se mantenga finalmente, aunque existe también una razonable preocupación por evitar que la tolerancia se convierta en un estatuto de facto mantenido durante excesivos años. Esta preocupación sin embargo podría satisfacerse a través de la clarificación de las condiciones de acceso al permiso por razones humanitarias.

1.5. Derechos y libertades de los extranjeros y tutela judicial

1.5.1. Marco constitucional

La Constitución distingue entre derechos garantizados exclusivamente a los alemanes y derechos reconocidos a cualquier persona. Los ciudadanos comunitarios, en razón de la primacía del derecho comunitario, se encuentran equiparados tanto en los derechos materiales como en sus garantías procesales al estatuto de los alemanes. Los nacionales de terceros países, en cambio, no se benefician del acceso al Tribunal Constitucional Federal para la protección de las libertades de asociación y reunión, de circulación y de libre elección del trabajo o profesión. Sin embargo, y a través de las leyes ordinarias, los extranjeros se encuentran esencialmente equiparados a los nacionales en los derechos citados, con alguna especificidad en la creación de asociaciones y con el sometimiento a condiciones especiales en el acceso al trabajo o a las actividades económicas. Incluso aunque hayan nacido en Alemania o hayan desarrollado en ella la mayor parte de su vida, los extranjeros no gozan de un derecho constitucional a la residencia.

El TCFA ha desempeñado un papel muy relevante en el desarrollo de un modelo diversificado de derechos de residencia, esencialmente a través del uso de las cláusulas constitucionales de protección de la familia y del principio general de proporcionalidad.

En el año 1987, el Tribunal debió enfrentarse a un recurso contra la necesaria espera de tres años para el acceso de los esposos a la residencia (BVErfGE, vol. 76, 1). El Tribunal afirmó que el artículo 6 de la Constitu-

ción, a pesar de proteger el matrimonio y la familia, no establecía un derecho de reagrupación a favor de los esposos o hijos extranjeros, aunque las autoridades administrativas y los tribunales estaban obligados a considerar adecuadamente los intereses de protección de la institución familiar en cada solicitud de reagrupación. En consecuencia, un requerimiento general de tres años de período de espera aprobado con la finalidad de bloquear el incremento de solicitudes de reagrupación resultaba inconstitucional. El Tribunal expresamente rechazó la posibilidad de cualquier limitación numérica o contingente para los casos de reagrupación familiar, y afirmó que el tratamiento de los miembros de la familia a partir de un concepto de «cola de espera» resultaba incompatible con la protección constitucional de familia y matrimonio, puesto que de este modo se impediría una consideración particular de las circunstancias existentes en cada caso.

Por otra parte el principio general de proporcionalidad ha sido usado con frecuencia por el TCFA para controlar la actuación administrativa en los casos de denegación de la renovación de residencia o de expulsión por vulneración del orden público (BVerfGE, 35, 382, 49, 168; 50, 166; 51, 386; etc.). El Tribunal Supremo Federal en el orden contencioso-administrativo ya señaló en el año 1979 (sentencia de 13-11-1979, BVerwGE 59, 112, 114) que un extranjero no podía ser expulsado por infracciones menores tras varios años de residencia legal; por el contrario deben existir graves razones para privar a un extranjero de su estabilidad social y económica en Alemania. Una numerosa jurisprudencia posterior se ha enfrentado con la tarea de desarrollar un adecuado balance entre los legítimos intereses del extranjero y los propios del orden público, determinando profundamente la interpretación posterior de las previsiones en materia de expulsión. Así, la facultad general de proceder a una expulsión por violación del orden público se ha visto sustancialmente restringida en el caso de extranjeros que disfrutaban de un estatuto de residencia permanente o cualificado; en igual sentido, la Ley de 1990 así como el proyecto actualmente en discusión contemplan un complejo sistema de protección de los extranjeros nacidos en territorio alemán o que entraron en él como menores, según el cual en estos casos sólo la existencia de infracciones muy graves puede llevar a la expulsión. Sin

embargo, el legislador todavía no ha asumido la recomendación del Parlamento Europeo, sostenida por una línea minoritaria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Beljoudi vs. Francia*, de 26 de marzo de 1992, voto particular), según la que los extranjeros nacidos o educados en el país de destino disfrutaban de una protección absoluta frente a la expulsión. En cualquier caso, debe recordarse que el TEDH ha restringido sustancialmente el derecho de los Estados parte a expulsar a estos extranjeros incluso en el caso de muy graves infracciones o delitos cuando han perdido sus vínculos con el país de origen (vid. *STEDH Moustaquim vs. Bélgica*, de 18 de febrero de 1991; Serie A No. 193; *Berrehab vs. Holanda*, de 21 de junio de 1988, Serie A No. 138).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, sin embargo, no ha llevado a superar la tradicional distinción entre derechos de los nacionales alemanes y derechos de toda persona, aunque se han realizado diversos intentos para defender que la conversión de Alemania en un Estado de hecho receptor de inmigración estable obligaba a considerar la distinción constitucional entre extranjeros y nacionales como obsoleta. El Tribunal, sin embargo, jamás ha asumido esta línea. Una aproximación más matizada plantea una futura y gradual asimilación de los extranjeros que termine eventualmente en su plena igualdad en los derechos constitucionales: así, el artículo 3 de la Constitución, que reconoce el principio de igualdad ante la ley, se ha usado para defender la necesidad del trato igual de extranjeros y nacionales en el ámbito social por lo menos, y en materias de competencia regional, incluyendo los derechos de participación política a ese nivel. La teoría constitucional predominante, sin embargo, ha insistido en que a pesar de la conversión de facto de Alemania en un país de inmigración permanente, no existe obligación constitucional alguna de prever la asimilación de los extranjeros a los nacionales en cuanto al disfrute de los derechos constitucionales. Se defiende así acertadamente que la Constitución no prohíbe la igualdad de derechos, pero que la realidad fáctica de la inmigración no significa una garantía constitucional de dicha igualdad.

En el especialmente polémico sector del derecho de sufragio, una decisión fundamental de 31 de octubre de 1990 del TCFA declaró inconsti-

tucional la ley del *Land* de Hamburgo que reconocía el derecho de los extranjeros al sufragio activo en las correspondientes elecciones locales (BVerfGE, 83, 37 y 83, 60). El Tribunal argumentó que, de acuerdo al artículo 20 de la Constitución, todo poder emana del pueblo, concepto que en el contexto constitucional alemán se limita a los nacionales alemanes. La sentencia contiene un expreso rechazo del argumento referido a un cambio en la concepción constitucional de la democracia y el ejercicio de los derechos constitucionales a partir de la transformación de la realidad migratoria en Alemania. Ciertamente, el Tribunal reconoce la necesidad democrática de una progresiva convergencia entre los titulares de derechos políticos y las personas sujetas al ejercicio del poder estatal, pero tal convergencia es una tarea del legislador a través de la reforma de la ley de nacionalidad, que puede reaccionar a los cambios de hecho en la población del país. Más recientemente se han realizado otros intentos de garantizar iguales derechos a los extranjeros en el ámbito de las elecciones locales, siguiendo la reforma en este sentido adoptada para los nacionales comunitarios. Sin embargo, la extensión a los nacionales de terceros Estados exigiría una reforma constitucional (y la correspondiente mayoría de dos tercios de las cámaras).

1.5.2. Derechos sociales

El acceso a las prestaciones sociales de Federación, *Länder* y entidades locales puede depender de la nacionalidad (así en caso de víctimas de guerra o de delito), de la residencia regular (con carácter general las prestaciones del Código Social: artículo 30), o de una residencia regular ordinaria, no limitada temporalmente (así las ayudas a la educación de los hijos de la ley federal sobre subvenciones a la educación). Las prestaciones de seguridad social (enfermedad, pensiones, etc.) dependen normalmente de la existencia de un empleo regular, independientemente de la legalidad o estatus de residencia.

De acuerdo con la ley sobre prestaciones a los solicitantes de asilo, éstos y otros nacionales de terceros países obligados a abandonar Alemania sólo pueden acceder a niveles reducidos de prestaciones sociales durante un período de tres años: fundamentalmente se trata de las ayudas referidas a

vivienda y comida, y a muy reducidas cantidades de dinero en efectivo. La idea subyacente es la reducción de los incentivos para solicitar el asilo o prolongar los procedimientos administrativos y judiciales de extranjería cuando las razones de la inmigración son fundamentalmente económicas. Tras tres años, se aplican ya las previsiones generales de la Ley de Asistencia Social, que garantiza a toda persona independientemente de su nacionalidad o estatuto de residencia el acceso a prestaciones financieras para el desarrollo vital, la maternidad y otras necesidades. De este ámbito se excluye tan sólo a los extranjeros que hayan entrado en Alemania exclusivamente para disfrutar de estas prestaciones; si la entrada obedece a la obtención de prestaciones sanitarias, la asistencia correspondiente se limita al tratamiento médico indispensable de patologías graves y urgentes.

De acuerdo con las cifras del año 2003 de la Oficina Federal de Estadística, los extranjeros hacen uso de la asistencia social en un grado muy superior a los ciudadanos alemanes. Dejando de lado los beneficios especiales garantizados por la ley de asistencia social para asilados, un 8,4% de los extranjeros dependen de la asistencia social frente a un 3,9% de los alemanes. De ellos, especialmente, los menores de edad (13,4%) y los mayores de sesenta años (12,8%) reciben asistencia social. La razón fundamental es la mayor afectación de la situación de desempleo en el colectivo inmigrante (un 19% de media en el año 2002 frente al 10,8% de los alemanes). El déficit de integración resulta patente a partir del exageradamente bajo nivel de calificación profesional, puesto que el 22% de los receptores de asistencia social de nacionalidad extranjera carecen de certificado escolar alguno, y un 85% no han recibido ninguna formación profesional (datos de la Oficina Federal de Estadística referidos a la asistencia social en Alemania en el año 2003). En contraste con el proyecto del Gobierno, los partidos de la oposición en el *Bundestag* quisieran abolir el acceso a la asistencia social tras tres años de residencia tolerada, a fin de reducir los incentivos para una permanencia ilegal en el país. Las ONG en cambio, así como las confesiones religiosas, defienden intensamente las previsiones actuales, pues la reducción del acceso a la asistencia social tan sólo significaría, en su opinión, un agravamiento de la situación social y los problemas de criminalidad, trabajo irregular y marginalidad.

1.5.3. Tutela judicial

La Constitución (artículo 19.4) garantiza el acceso de los extranjeros a la tutela judicial. Cuando sus derechos son violados por una autoridad pública, los afectados pueden recurrir a los tribunales. Sin embargo, la Constitución no excluye la reducción del número de instancias judiciales o la existencia de previsiones especiales en materia de medidas cautelares y efectos suspensivos de los correspondientes recursos. El proyecto en discusión no modifica las previsiones básicas en este ámbito, que prevén algunas limitaciones especiales en materia de recursos judiciales en procedimientos de asilo.

El artículo 77 del nuevo proyecto prevé así que la denegación o restricción de un visado antes de la entrada del extranjero en territorio federal no requerirá motivación ninguna, ni información sobre los recursos judiciales correspondientes; igualmente, el rechazo en frontera no requerirá constancia escrita. En este sentido se ha defendido sin éxito que con ello se violaba el derecho a una tutela judicial efectiva, aunque la crítica ha provocado que consulados y embajadas asuman como una práctica constante la motivación sucinta de sus resoluciones cuando la solicitud se refiere al visado de reagrupación familiar.

El proyecto mantiene también la regla del actual artículo 72 de la Ley de 1990 que excluye los efectos suspensivos de un recurso contra la denegación de una autorización o renovación de residencia o contra una orden administrativa de internamiento.

Adicionalmente se ha introducido en este proyecto una disposición de restricción del acceso a los tribunales. El rechazo de una solicitud de permiso de residencia (desde el interior del país) en base al sistema de selección por puntos, así como de un visado por razones turísticas o de un visado o pasaporte extendido en frontera no podrá ser recurrido ante los tribunales. La denegación (excepto en el caso del turismo) sí permitirá una subsiguiente solicitud del extranjero ante los correspondientes consulados, ante cuya decisión sí será posible recurrir a la tutela judicial. Las ONG de protección de derechos humanos han reaccionado de modo especialmente

crítico ante estas previsiones, argumentando que equivalen a la denegación de la tutela judicial efectiva. Sin embargo la posibilidad de recurso tras la denegación de la oficina consular permite sostener que se han respetado las previsiones constitucionales a este respecto.

En términos generales, la cuestión del acceso a la tutela judicial es altamente controvertida. En Alemania el derecho de presentación de recursos judiciales de los solicitantes de asilo ha venido siendo objeto de restricciones desde hace años. A pesar de las reducidas posibilidades de recurso en los casos de asilo, sí existe una variedad de procedimientos ante tribunales administrativos frente a la denegación de las solicitudes (normalmente subsiguientes) de permisos por razones humanitarias o de tolerancias. La variedad de procedimientos administrativos y judiciales crea frecuentemente la impresión de un sistema judicial inefectivo, aunque la realidad es que los obstáculos fácticos y legales a la ejecución de un altísimo número de expulsiones llevan a numerosos e insuperables problemas de hecho y de derecho.

En este sentido, debe destacarse la jurisprudencia del TEDH sobre obstáculos a la expulsión. En especial, la sentencia *D vs. Reino Unido* (de 2 de mayo de 1997) ha despertado una cierta inseguridad jurídica en la medida en que impide la expulsión de un extranjero porque constituye un trato inhumano el sometimiento al peligro de deterioro en una grave enfermedad que no cuenta con tratamiento médico apropiado en su país de origen. Los tribunales alemanes, en desarrollo de esta doctrina, dedican actualmente considerables esfuerzos a la determinación de las condiciones médicas de tratamiento en los países de origen en casos de enfermedades graves, incluyendo tratamientos psiquiátricos.

La gravedad del problema puede mostrarse a partir de la introducción en las propuestas de reforma de la previsión, altamente polémica, de los «tribunales humanitarios», encargados de los casos de órdenes de expulsión tras un inapelable rechazo definitivo de la solicitud de asilo o permiso de residencia por razones humanitarias. El proyecto de ley de inmigración, en efecto, prevé el establecimiento de unos órganos especiales que pueden acordar un permiso de residencia al margen de las condiciones generales, siempre a solicitud de un órgano administrativo de los *Länder* (determina-

do por la correspondiente ley de cada *Land*), si la residencia se justifica en razones humanitarias o personales de carácter perentorio. La nueva previsión significa la reinstauración de órganos de designación política que, tras el agotamiento de todas las instancias administrativas y judiciales, pueden recomendar el reconocimiento o la renovación del permiso. La Comisión de Inmigración no pudo llegar a un acuerdo en este aspecto, pues existe un rechazo de principio en algunos de sus miembros hacia la previsión de instituciones políticas de revisión que a su vez pueden ser objeto de un control judicial. En la Comisión de conciliación entre las dos Cámaras parlamentarias se ha intentado excluir la posibilidad de revisión judicial de estas decisiones para evitar la apertura de nuevas formas de escapar a la efectiva expulsión. Si esta opción, construida sobre la base de la consideración de las decisiones de estos órganos como decisiones políticas no sometibles a control judicial, es compatible con las previsiones del artículo 19 de la Constitución (derecho a la tutela judicial) es altamente dudoso.

Orientación bibliográfica

Con carácter general, para la situación bajo el régimen de la Ley de 1990 pueden verse los trabajos de K. Hailbronner, *Ausländerrecht*, tres volúmenes de actualización periódica, Heidelberg, y G. Renner, *Ausländerrecht in Deutschland*, Beck, 1998.

Para el estatuto constitucional de los extranjeros vid. especialmente K. Doehring y J. Isensee, *Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland*, 32. *Veröffentlichung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer* (1974); y H. Quaritsch, en: J. Isensee/P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V (1992), así como el trabajo de C. Tietze, en: Starck (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy – A Comparative Analysis*, 1999.

Síntesis de Alemania

La población extranjera en Alemania alcanza en la actualidad los siete millones de residentes, y supone el 9% del total (una cuarta parte son comunitarios). Tiene una distribución territorial y por nacionalidades de origen muy desigual: más del 25% corresponde a nacionales turcos y, en segundo lugar, un 8% procede de la antigua Yugoslavia. La política de inmigración alemana ha venido dominada por la existencia de un número muy importante de extranjeros residentes de larga duración que entraron en el país en la década de 1960. Desde la crisis económica de 1973, en cambio, Alemania cerró las puertas formalmente a nuevos inmigrantes por razones laborales, pero a pesar de esa exclusión expresa de la entrada de nueva inmigración laboral estable (no así la limitada temporalmente, de importancia numérica y socioeconómica reducida), la población inmigrante en Alemania ha crecido constantemente y hasta las cifras citadas a través de: (a) la importancia de las vías de entrada no laboral (reagrupación familiar y asilo o residencia humanitaria); (b) la situación jurídica especial de los nacionales turcos gracias al Acuerdo de Asociación con la UE y a la tradición de la inmigración desde ese país, y (c) la muy especial situación de los alemanes de origen que retornan desde los países del Este tras la caída del muro de Berlín.

Recientemente se ha reformado por completo la normativa de extranjería que databa de inicios de los años noventa. El debate, que quizás resultó más interesante por sus argumentos que sus propios resultados, tal como se ha explicado en el trabajo, ha culminado en el año 2004 con una ley llamada por primera vez de inmigración, y no simplemente de régimen de los extranjeros. Se asume así finalmente la existencia, y en ocasiones hasta el fomento, de una inmigración estable hacia Alemania frente a la concepción de la normativa previa que se basaba en el carácter temporal de la inmigración laboral.

En los últimos años, y en torno al debate sobre la nueva ley de inmigración, la tradicional posición de cierre a la entrada de nuevos inmigrantes por razones laborales se ha sometido a revisión a partir de una orientación

política consensuada que pretende impulsar la entrada en sectores laborales de especial cualificación no cubiertos por los nacionales alemanes. Tras la aprobación de las primeras reformas a finales de los noventa, de fomento de la entrada y residencia estable de especialistas en informática, el reciente debate sobre la nueva ley de inmigración se ha centrado en la posibilidad, finalmente rechazada, de establecer un sistema de selección (y por lo tanto un cupo) por capacidades sociolaborales de los extranjeros que pretenden entrar en Alemania, al margen por completo de una previa oferta formal de empleo, y del mantenimiento de las vías generales de la reagrupación familiar y del asilo.

Por otra parte, el debate de los últimos años ha destacado las carencias de integración social de los extranjeros residentes. La filosofía de cierre de fronteras a la inmigración estable, aunque desmentido por los importantes flujos derivados de la reagrupación y el asilo, ha provocado que la normativa alemana no se ocupara hasta el momento de las medidas de integración social de los residentes de larga duración (más allá de su integración en el sistema de servicios públicos y prestaciones sociales generales tras una residencia prolongada en Alemania). Las reformas recientes abren en cambio algunas vías en este sentido tanto a través de una creciente apertura de las formas de nacionalización como mediante la introducción de políticas de fomento de la integración sociocultural, incluso con un componente coercitivo en ocasiones intenso (exámenes de lengua y cultura obligatorios hasta la previsión de sanciones en caso de no superarlos). Igualmente ha renacido el debate sobre el derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales (hasta hoy vetado constitucionalmente) y sobre el desarrollo de diversos estatutos de derechos de los residentes a partir de su progresivo y efectivo arraigo, dando así entrada al principio de proporcionalidad en este ámbito.

Por último, la lucha contra la inmigración irregular se lleva a cabo a través de tres líneas diversas: (a) el refuerzo de los controles previos a la entrada, y en especial del visado y los mecanismos técnicos de información y coordinación entre los países de la UE y entre las propias autoridades alemanas; (b) el incremento de la eficacia de las políticas de expulsión, tanto

a través de su efectiva ejecución como de la pérdida en lo posible de los beneficios sociales de que disfrutaban todavía los extranjeros que no son efectivamente expulsados del país a pesar de dictarse una orden de expulsión, y (c) finalmente, una mejor regulación de las posibilidades de regreso a la regularidad en aquellos casos en que la expulsión deviene imposible, reduciendo en lo posible el tiempo pasado en el estatuto incierto de la orden de expulsión pendiente de ejecución, todo ello a pesar de mantener formalmente un principio opuesto a cualquier posibilidad de regularización a partir de una entrada irregular.

Nota de actualización

El trabajo del profesor Hailbronner recoge la discusión generada en Alemania en torno a la reforma de la normativa de extranjería en los años 2003 y 2004. El 30 de julio de 2004, el Parlamento alemán aprobaba definitivamente la nueva Ley de inmigración, publicada en el Boletín Oficial de 5 de agosto de 2004 (BGBl 41, p. 1950 y ss.) (que entrará en vigor el 1 de enero de 2005), que cerraba el debate del que da cuenta el trabajo aquí publicado. Se ha optado por mantener el trabajo original, previo a la aprobación de la reforma, en la medida en que el mismo recoge no sólo los términos fundamentales de la reforma aprobada sino también las alternativas finalmente rechazadas, pero de gran interés para el debate general europeo en el que se enmarca la presente publicación.

La nueva Ley descarta finalmente el recurso a contingentes o cuotas y sistemas selectivos de entrada laboral, y mantiene en lo esencial el cierre de fronteras para la entrada con la finalidad de ocupar puestos de trabajo no cualificados. Las reformas en este ámbito se cifran finalmente en una cierta flexibilización de las posibilidades de entrada laboral para puestos cualificados, pero siempre a partir de ofertas individualizadas de trabajo, en la permanencia en régimen laboral de estudiantes formados en Alemania, y en una pretendida simplificación de los procedimientos de autorización. Igualmente se han introducido algunas de las alternativas presentadas en el texto en materia de requisitos y obligaciones de integración sociocultural de los extranjeros, a la vez que algunas reglas nuevas que favorecen la posibilidad de expulsión de extranjeros en relación con la protección de la seguridad nacional y frente al terrorismo. Por otro lado, la Ley incide también en algunas instituciones características del derecho de extranjería alemán a las que se refiere el texto, reforzando la situación de tolerancia con un nuevo estatuto más formalizado para los extranjeros que no pueden ser expulsados, o introduciendo nuevas estructuras en forma de comisiones en los diversos *Länder* para la resolución de los casos más complejos.

II. Bélgica

Philippe de Bruycker

Universidad Libre de Bruselas

2.1. Reparto de competencias entre los distintos niveles de poder de la Bélgica federal en materia de política migratoria

Como apunte previo conviene hacer referencia, dado que este informe se enmarca en un estudio de Derecho comparado, a que Bélgica es un Estado federal particularmente complejo dotado de dos planos de entidades federales (las tres Regiones –Bruselas capital, Flandes y Valonia– y las tres Comunidades –la flamenca, la francesa y la germanófono–). La política migratoria depende de la competencia del poder federal a título de las competencias residuales que por el momento siguen en su ámbito de acción. Este poder es competente en materia de legislación de entrada y permanencia en territorio belga de los extranjeros así como de su aplicación, de modo que la política migratoria depende en buena medida del gobierno federal, y más concretamente de su Ministro de Interior.

Sin embargo, existen dos importantes excepciones a la competencia del poder federal. En primer lugar, las Comunidades son competentes en materia de «política de acogida e integración de los inmigrantes» (artículo 5 de la Ley especial de reformas institucionales de 8 de agosto de 1980). Esta competencia comprende tanto las personas recién llegadas como los llamados inmigrantes de segunda o tercera generación. De todas formas,

Nota: La traducción y la revisión del artículo, así como el resumen final que le acompaña, han sido realizadas por Marco Aparicio, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Girona.

hay que tener en cuenta que la política de ayuda social que afecta a muchas de las cuestiones referidas a los extranjeros en situación irregular o a los peticionarios de asilo en función del estado del procedimiento de reconocimiento de su estatus de refugiados, continúa dependiendo en parte de la competencia del poder federal. Por otra parte, debe subrayarse que la Región de Bruselas-capital, en comparación con las otras dos Regiones, cuenta, de manera destacada, con la más alta tasa de extranjeros en su territorio, a lo que se suma la extrema complejidad del reparto de competencias que en el terreno de integración social se produce entre las dos Comunidades lingüísticas presentes en la mencionada Región. Hay que recordar que Bruselas es un territorio bilingüe en el que las Comunidades flamenca y francesa pueden intervenir de modo concurrente en la creación de instituciones, de modo que las cuestiones que se relacionan directamente con las personas son asumidas en el nivel regional de una manera bastante peculiar. Así, existen tres comisiones comunitarias (flamenca, francesa y comunal) que son instituciones particulares en Bruselas.

En segundo lugar, las Regiones son competentes en «la aplicación de normas relativas al empleo de los trabajadores extranjeros» (artículo 6 de la Ley especial de reformas institucionales, de 8 de agosto de 1980). La misma ley precisa que «la supervisión de la aplicación de tales normas depende de la autoridad federal. La constatación de las infracciones puede ser igualmente realizada por agentes debidamente habilitados a tal fin por las Regiones». Esta precisión fue añadida en 1993 con el objeto de poner fin al debate entablado entre el poder federal y las Regiones a propósito de la supervisión del respeto de las normas relativas al permiso de trabajo. Existe una competencia paralela en la materia, ya que tanto el poder federal como los poderes regionales pueden designar a inspectores competentes para la persecución del fraude, aunque el marco normativo de carácter legal sea competencia únicamente del poder federal.

En Bélgica, como sucede en otros países, los extranjeros deben en principio disponer de dos autorizaciones diferentes, una para residir y otra para trabajar. Las legislaciones que regulan la estancia y el trabajo de los extranjeros son objeto de textos distintos y requieren una coordinación para

que su aplicación práctica resulte coherente. Las dificultades pueden aparecer porque la aplicación de tales normas depende de Administraciones diferentes en el marco de un Estado declarado oficialmente federal desde 1993 que ha decidido repartir la materia entre distintos niveles de poder. La concesión del permiso de trabajo a los extranjeros está atribuida a las Regiones por el hecho de que esta cuestión forma parte de la política de empleo, materia de su competencia. La competencia regional es de ejecución, de modo que las Regiones son competentes para la concesión individual del permiso de trabajo pero no para las normas que regulan de modo general dicha materia, que sigue correspondiendo al poder federal. No obstante, la competencia de las Regiones no debe ser subestimada: por tradición y también por propia naturaleza, las normas en materia de permisos de trabajo otorgan a la autoridad competente un amplio poder discrecional. Tales autoridades disponen de un notable margen de maniobra en el ejercicio de sus competencias, aunque sólo sean de ejecución. Por tanto, las Regiones deben respetar las normas federales que regulan la materia, que pueden llegar a contener previsiones que determinen la concesión de permisos para ciertos casos o la exención de ciertos supuestos de la necesidad de obtener los citados permisos.

De todo ello resulta que el peso decisivo en la regulación de la inmigración de trabajadores extranjeros en realidad no está verdaderamente ni del lado del poder federal ni del lado de las Regiones. El hecho de que además deba tenerse en cuenta la competencia en materia de integración social de los extranjeros de las Comunidades presentes, hace que todos los niveles de poder se hallen implicados en la política migratoria. Por esta razón el 31 de marzo de 1992 se creó una conferencia interministerial de política migratoria que reúne a representantes de todos los gobiernos (federal, comunitarios y regionales). Se trata del órgano llamado a desarrollar la necesaria cooperación de los diferentes niveles de poder implicados.

Por otra parte, la Ley especial de reformas institucionales, de 8 de agosto de 1980, fue modificada en 1993 para prever en su artículo 92 bis 3c) que «la autoridad federal y las Regiones concluirán un acuerdo de cooperación para la coordinación de las políticas de concesión de los permisos

de trabajo y de concesión de los permisos de estancia, así como de las normas relativas al empleo de los trabajadores extranjeros». A partir de tal previsión se concluyó un acuerdo, que nunca fue publicado en el diario oficial, referido tan sólo a la coordinación de los controles en materia de empleo de los trabajadores extranjeros, lejos por tanto de responder a las exigencias del mencionado artículo 92 bis. En este contexto, hay autores que propugnan una refederalización de la materia, advirtiendo de la conexión entre la política de acceso al mercado de trabajo y la política de inmigración y también de la dificultad de concebir una política regional diferenciada, por la razón de que los permisos de trabajo concedidos por las Regiones acaban otorgando de todos modos acceso al trabajo en la totalidad de Bélgica. La inexactitud de tales argumentaciones se debe al hecho de que antes de la reforma de 2003 (*infra*) de las reglas relativas al permiso de trabajo, ninguna disposición regulaba tal cuestión, que sin embargo resulta esencial. En principio, un permiso de trabajo no es válido más allá de la Región que lo concede, y otra cosa distinta es que el titular de un permiso concedido por una Región que realice actividades laborales en el territorio de otra Región sea considerado exento de la obligación de solicitar un nuevo permiso.

2.2. La Ley de 1980

Las reglas aplicables a la admisión de extranjeros se recogen en la Ley sobre el acceso al territorio, la estancia, el establecimiento y el alejamiento de los extranjeros de territorio belga, de 15 de diciembre de 1980, y su Real Decreto de ejecución de 8 de octubre de 1981. Estos dos textos conforman el llamado estatuto administrativo de los extranjeros. Al margen de estas dos normas, deben consultarse otros textos para lo referente al acceso de los extranjeros al trabajo, sus derechos sociales, la integración, etc.

La Ley de 15 de diciembre de 1980 fue adoptada por unanimidad en el Parlamento, algo unimaginable en el contexto político actual, y se basa en una doble lógica: por un lado, en la distinción entre varias categorías de extranjeros; por otro lado, en la separación de diferentes momentos en el recorrido del extranjero que pretende entrar y permanecer en Bélgica.

Por lo que respecta a las categorías, la ley distingue entre cuatro grupos de extranjeros: los extranjeros «ordinarios» o de «derecho común», a los que se aplican las disposiciones generales de la ley, y después otras tres categorías de extranjeros privilegiados a los que se les aplican «disposiciones complementarias o derogatorias»: los ciudadanos comunitarios y sus familiares y los extranjeros familiares de una persona de nacionalidad belga, los refugiados y los estudiantes.

En relación con el recorrido del extranjero, la ley diferencia claramente entre la entrada (es decir, el acceso por la frontera), la estancia corta por un máximo de tres meses, la estancia para más de tres meses y el establecimiento. A cada una de estas situaciones le corresponde una medida de alejamiento del territorio particular (rechazo, orden de abandono del territorio, reenvío o expulsión) así como distintos títulos de estancia y registros especiales de personas.

La ley, al igual que el real decreto de ejecución, ha sido modificada tras 1980 en numerosas ocasiones, generalmente desde un planteamiento restrictivo bajo la presión de las circunstancias políticas, que han cambiado muy rápidamente tras su adopción, o en respuesta a las obligaciones europeas de Bélgica, algo que se seguirá dando en los próximos años. La ley ha perdido en parte su claridad inicial a base de añadidos (*bis, ter, quater*). Asimismo, la lógica de relacionar el tipo de estancia con el tipo de medida de alejamiento no ha sido siempre respetada en el curso de las posteriores modificaciones. Hoy en día es difícil encontrar un consenso político incluso en el seno de una mayoría gubernamental para modificar esta ley, aunque seguramente sea necesario refundir al menos su texto para tener en cuenta las circulares administrativas y la jurisprudencia. En la legislatura anterior a la actual, se presentó un anteproyecto de ley sobre el procedimiento de asilo que finalmente no prosperó. El futuro dirá si las múltiples discusiones que Bélgica deberá abordar en los próximos años para transponer las Directivas europeas permitirán desbloquear el debate.

2.3. La política de visados

La política de visados para estancias de corta duración es parte integrante de la política migratoria europea. Tras el Convenio de Schengen y el Tratado de Maastricht, viene siendo en algunos aspectos de regulación comunitaria, al margen de ser materia de cooperación entre los Estados miembros. Estos aspectos deben ser tenidos en cuenta para evaluar el alcance de la normativa belga sobre la cuestión.

Casi ninguna disposición legal regula la concesión de los visados. El artículo 2 de la ley indica simplemente que el visado, cuando es exigido, es concedido por un «representante diplomático o consular belga o de un Estado parte de una Convención internacional relativa al paso de las fronteras exteriores de Bélgica». El artículo 15 del Convenio de Schengen al referirse a los requisitos de concesión de los visados se remite a las condiciones de paso de las fronteras exteriores que establece en su artículo 5 y que son un total de 5 (documento de identidad; justificación del objeto de la estancia; disponer de medios de subsistencia suficientes; no incurrir en ningún supuesto de no admisión; no ser considerado como potencial peligro para la conservación del orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de alguno de los Estados participantes en la cooperación reforzada prevista por el Convenio de Schengen). Existe una sexta condición para la concesión de los visados relativa a la necesidad de contar con un «seguro de enfermedad en viaje», añadida al listado mediante una decisión del Consejo de 22 de diciembre de 2003.

Ni la Ley de 15 de diciembre de 1980 ni su reglamento de ejecución abordan las condiciones de concesión de los visados, aunque el artículo 3 bis de la ley aporta una precisión esencial relativa a los medios de subsistencia. Esta disposición prevé que «la prueba de la suficiencia de los medios de subsistencia puede ser aportada por medio de un certificado de responsabilidad por costes de salud, retorno y repatriación del extranjero». Este requisito no corresponde tan solo a los extranjeros a los que se les exige visado, sino también aquellos que están exentos del mismo en virtud de las normas europeas, cuestión que deberemos examinar seguidamente, junto

con las reglas relativas a las fronteras exteriores (*infra*). Hay que tener en cuenta también dos casos en los que las autoridades encargadas del control de las fronteras exteriores pueden rechazar al extranjero que pretenda entrar (*infra*) y por consiguiente tales causas pueden justificar la denegación del visado: se trata de los supuestos en los que el extranjero «es considerado como potencial peligro para la tranquilidad pública, el orden público o la seguridad nacional de Bélgica» o los casos en los que «el extranjero haya sido devuelto o expulsado del Reino en un momento no anterior a los últimos diez años, no habiendo sido la medida suspendida o revocada». Así las cosas, la concesión de los visados depende de un poder discrecional: aunque las decisiones deben estar efectivamente motivadas (*infra*), las razones de denegación no se hallan enumeradas de manera cerrada en un listado, a diferencia de lo que sucede con los motivos de rechazo de entrada al territorio belga (*infra*).

El visado debe ser solicitado por el extranjero en el país de origen o de residencia. El artículo 11 del real decreto de ejecución de la ley prevé sin embargo que «el extranjero que no tenga la posibilidad de obtener en tiempo oportuno el visado de viaje podrá, excepcionalmente, ser autorizado por las autoridades encargadas del control fronterizo en la entrada del Reino». En este caso, el visado tendrá una validez de tres días como máximo.

La naturaleza de los requisitos de concesión de los visados dota a las autoridades belgas (no exclusivamente embajadas y consulados ya que ciertas decisiones sólo las puede tomar la Administración central, el Ministerio de Interior) de una competencia ampliamente discrecional, en particular por lo que respecta al objeto y a las condiciones del viaje proyectado y la posesión de medios de subsistencia suficientes. Se deduce además muy claramente de las normas europeas que rigen esta materia que el visado para estancias cortas es un instrumento de política migratoria y que las autoridades competentes para su concesión se hallan precisamente encargadas de evaluar el riesgo migratorio que presenta el solicitante, entrando a valorar si resulta sospechoso de querer establecerse de manera irregular una vez expirado el período de validez de su visado.

Las posibilidades de los extranjeros de efectuar viajes a Bélgica o a otros países de la UE pueden verse restringidas por la exigencia del visado. Por esta razón conviene interesarse por el régimen de las decisiones de rechazo o denegación. La denegación del visado es un acto administrativo que, como cualquier otro acto del mismo tipo, debe ser motivado en virtud del Derecho común aplicable a la Administración, tal y como queda regulado desde una ley de 1991. La denegación del visado se halla igualmente regulada por el Derecho común por lo que respecta a los recursos, lo que ofrece, independientemente de los recursos administrativos no organizados (*non organisés*), la posibilidad de interponer un recurso de anulación ante el juez administrativo (Consejo de Estado). Dado que el extranjero se encuentra hipotéticamente fuera del territorio belga o, más excepcionalmente, en la frontera, es evidente que este tipo de recursos son bastante difíciles de accionar y relativamente poco interesantes puesto que obligan al juez a una anulación del acto administrativo y no a la concesión del visado. No hemos encontrado ningún ejemplo de decisión sobre este ámbito. La materia de los visados es claramente pues, tanto en el Ordenamiento belga como de modo más general en Derecho comunitario, un ámbito en el que se puede avanzar para mejorar en la protección de los intereses de los extranjeros que pretenden desplazarse.

2.4. Control de las fronteras exteriores

La cuestión del control de las fronteras, como la política de visados, está cada vez más regulada en el nivel europeo: además del acervo Schengen, los Estados miembros de la UE cooperan cada vez más en el plan operacional.

El artículo 2 de la Ley de 15 de diciembre de 1980 es, aparentemente, muy generoso: esta disposición viene a reconocer un derecho de entrada al territorio belga que beneficia al extranjero que tiene los documentos necesarios (en principio un pasaporte, con visado si el extranjero es de nacionalidad de un tercer país para el cual exista la exigencia de visado a nivel europeo). La ley, al referirse a la entrada no enumera ninguna otra

condición, pero se debe tener en cuenta que en su artículo 3 prevé siete casos en los cuales se puede denegar el acceso al territorio a un extranjero: si no lleva los documentos necesarios (ni pasaporte ni visado cuando sea exigible); si no lleva documentos que justifiquen el porqué y las condiciones de la estancia prevista; si no tiene medios de subsistencia suficientes para la duración de su estancia y el retorno a su país; si está registrado como no admisible según el Sistema de Información Schengen (S.I.S); si se considera que puede comprometer las relaciones internacionales de Bélgica o cualquier otro Estado signatario del Convenio de Schengen; si se considera que puede comprometer el orden público o la seguridad nacional de Bélgica; si ya ha sido reenviado o expulsado de Bélgica en los diez años anteriores sin que se haya suspendido o revocado la medida.

A excepción de los dos últimos casos, los otros cinco supuestos están relacionados con las condiciones de paso de fronteras exteriores enumeradas en el artículo 5 del Convenio de Schengen. Cuando un extranjero se encuentra en estas situaciones, puede denegársele su acceso al territorio belga. En caso contrario, la Administración debe darle acceso al territorio durante un período máximo de 90 días (en principio).

Pese a lo que pueda parecer del texto de la ley, las posibilidades de denegación dan a las autoridades competentes del control de las fronteras exteriores un poder de apreciación discrecional bastante amplio, concretamente respecto de los medios de subsistencia o de la peligrosidad que supone el individuo para el orden público (una simple amenaza ya basta). Incluso al extranjero que tiene visado puede denegársele el acceso al territorio en la frontera si no cumple con las condiciones previstas en el momento de su entrada en el territorio.

En ejecución del acervo Schengen, Bélgica fijó un importe de referencia (anexo núm. 7 de las instrucciones consulares comunes –J.O.C.E. C 310 de 19 de diciembre 2003, p.52–) para precisar la noción de medios de subsistencia suficientes: además de un billete de vuelta, el extranjero debe disponer de unos 38 euros por día de estancia si se aloja en una casa particular y 50 euros si se aloja en hotel. Asimismo, se puede aportar la prueba de los medios de subsistencia mediante un certificado de asunción de

responsabilidad por parte de un persona física belga o extranjera que se comprometa ante el extranjero y el Estado belga a responder de los costes de sanidad, estancia y repatriación del extranjero durante dos años a partir de su entrada en el territorio. Se trata de una forma de garantía por la cual una persona física es responsable frente al Estado del pago de los costes de estancia, sanidad y retorno del extranjero que, al no tener recursos suficientes, dependería del poder público durante su estancia en el país.

La autoridad competente para el rechazo del extranjero es en principio la que se encarga del control de las fronteras exteriores, es decir, policías habilitados a este fin que disponen de un poder considerable. Pero la ley reserva para el Ministro o su delegado los casos más delicados: así, la apreciación de la amenaza que pueda representar el extranjero para el orden público o la seguridad nacional y los casos en los que se rechace a un extranjero con visado válido. La apreciación de peligro para las relaciones internacionales se reserva sólo al Ministro, que además no puede tomar esta decisión sin antes obtener la conformidad de la Comisión Consultiva de Extranjeros (uno de los órganos previstos para ayudar al Ministro en la aplicación de la ley, compuesto por jueces, abogados y defensores de los derechos de los extranjeros).

La denegación de acceso al territorio se traduce en un rechazo que, según el Ordenamiento belga, es una de las cuatro medidas existentes de alejamiento del territorio (*infra*). El rechazo es un acto administrativo motivado que debe ser susceptible de recurso ante el Consejo de Estado. Aunque en este caso el extranjero se encuentra en la frontera, la posibilidad de recurrir es menos teórica que en la hipótesis del rechazo de la solicitud de visado, aunque el recurso contencioso siga siendo limitado. El Consejo de Estado ha llegado a suspender con base en un recurso de extrema urgencia la decisión de rechazo por no haberse probado la falsificación de documentos y la intención fraudulenta del portador, e incluso ha llegado a ordenar a la Administración, a título de medida provisional, la autorización a los interesados para entrar en Bélgica.

La actualidad más reciente ha llevado al primer plano la problemática de la permanencia de extranjeros en zonas de tránsito aeroportuario. Últi-

mamente han aparecido casos de extranjeros rechazados que habían sido retenidos a la espera de un alejamiento efectivo (*infra*) pero en los que el juez ordenó su liberación. Sin embargo, la Administración decidió no darles acceso al territorio, sino «liberarlos» en la zona de tránsito. Los extranjeros decidieron quedarse allí, impugnando la decisión de rechazo con la esperanza de ser autorizados a entrar en el territorio. Existe el riesgo de que el estatuto de los extranjeros que permanecen en la zona de tránsito se convierta en objeto de controversia; se trata de saber si la mencionada actuación de la Administración se adecua a la decisión del juez de ponerlos en libertad y al mismo tiempo si la permanencia en condiciones materiales difíciles en una zona no prevista evidentemente para la estancia constituye o no un trato inhumano o degradante, contrario al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2.5. Estancia de extranjeros

2.5.1. Lugar de presentación de una solicitud de autorización de estancia provisional

Este tema está regulado por el artículo 9 de la ley. Este precepto contiene una disposición sumaria de interpretación extremadamente compleja, de modo que sería aconsejable reescribir el texto completamente para clarificarla. En su apartado 2, se establece que «el solicitante debe pedir la autorización de estancia en el departamento diplomático o consular belga competente en materia de estancia en el extranjero, según la zona donde decida ir». Por tanto, en principio el extranjero no puede solicitar la autorización de estancia para más de tres meses cuando ya esté en territorio belga, tanto si se encuentra en situación regular (por ejemplo, como titular de un visado de corta duración), como irregular.

El apartado 3 del artículo 9 prevé una excepción a la necesidad de la presentación de la solicitud fuera de territorio belga: «en circunstancias excepcionales, el extranjero puede solicitar esta autorización al *bourgmestre* (término que designa la persona que en el nivel municipal desempeña las funciones de alcalde) de la localidad donde vive, y éste la transmitirá al

Ministro o a su delegado. En este caso, la autorización se librará en Bélgica». Esta disposición afectaría tanto a extranjeros en situación regular como irregular (caso que implicaría una solicitud de regularización, hipótesis que desarrollaremos en el punto 2.9). Inicialmente, esta disposición se introdujo en la ley con la idea de evitar que los extranjeros que han encontrado trabajo y cuentan con permiso de trabajo tengan que abandonar el territorio para solicitar la autorización de estancia en el departamento diplomático o consular belga en su país. Una circular del Ministro de Interior de 19 de febrero de 2003 aclara el alcance de esta disposición aunque, dada la complejidad del texto de la ley, a pesar del intento sigue sin estar suficientemente definida. Por otro lado, la relevancia del contenido de las previsiones de la mencionada circular podría empujar a considerar la necesidad de una cobertura reglamentaria, de modo que al haber sido promulgada por una autoridad no competente sería contraria a la Ley.

En la solicitud de autorización a la que se refiere el apartado 3 del artículo 9, el extranjero debe explicar las circunstancias excepcionales que le impiden presentar la solicitud por la vía ordinaria. Según la recién mencionada circular ministerial, «el interesado debe demostrar que le es imposible o particularmente difícil volver a su país de origen o a un país donde sí tiene permiso de estancia para pedir una autorización de estancia en Bélgica. Una estancia de larga duración o el hecho de estar integrado en la sociedad belga no constituyen en sí mismas circunstancias excepcionales». Si el Ministro cree que efectivamente existen circunstancias excepcionales, se declarará el carácter procedente de la solicitud y se examinará a fondo. La circular precisa tres casos en los que «las circunstancias excepcionales son no obstante presumiblemente existentes», siempre que el interesado presente la solicitud de autorización de estancia hallándose en situación de estancia legal (incluyendo la estancia de corta duración): extranjeros que responden a las condiciones de admisión por ser estudiantes (*infra*); los supuestos de cohabitación fuera del matrimonio (*infra*); personas que dispongan de permiso de trabajo como asalariados o tarjeta profesional como trabajadores autónomos. Estos supuestos permiten el cambio de condición de estudiante a trabajador y también ofrecen esa posibilidad a las personas con estancia de

corta duración en el país (por ejemplo, titulares de visado). No obstante, la presentación de esta solicitud no confiere al interesado ningún tipo de derecho de estancia mientras ésta se encuentre sometida a examen.

2.5.2. Condiciones para una estancia de más de tres meses

Como hemos visto anteriormente, la ley distingue entre disposiciones generales aplicables a todos los extranjeros «ordinarios» y disposiciones complementarias y derogatorias aplicables a algunas categorías de extranjeros «privilegiados». Pero esta lógica tiene límites porque las disposiciones generales dan a algunos extranjeros ordinarios un derecho de estancia parecido al de los extranjeros privilegiados. Examinaremos primero el caso de los extranjeros ordinarios, luego el de los extranjeros admitidos de pleno derecho, con categorías distintas, para pasar finalmente al caso de los estudiantes.

Los extranjeros ordinarios

El apartado 1 del artículo 9 de la ley otorga al Ministro o a su delegado competencia para autorizar a los extranjeros a permanecer en Bélgica por un período superior a tres meses. A excepción de los casos de extranjeros admitidos de pleno derecho y los extranjeros privilegiados, de los que hablaremos luego, la ley no prevé ningún tipo de criterio en la concesión, otorgando pues al poder ejecutivo una competencia de tipo discrecional en el ámbito de la admisión de extranjeros. Las decisiones dependerán de la visión que las autoridades tengan de la situación en Bélgica, del interés o la necesidad de admitir a extranjeros. Esta apreciación puede incluir motivos económicos, aunque hay que recordar que el poder federal no tiene competencias para la concesión de permisos de trabajo, materia que corresponde a las Regiones (*supra*).

La autorización de estancia es válida para un período de tiempo ilimitado a no ser que se fije expresamente un límite temporal según las circunstancias del interesado o en relación con la actividad que el mismo realizará en Bélgica. El extranjero dispone de ocho días laborables desde su

entrada en Bélgica para presentar una solicitud de inscripción al registro del municipio donde reside. Esta Administración le libraré un permiso de estancia llamado *certificado de inscripción en el registro de extranjeros* (C.I.R.E.), válido durante un año. Se podrá prolongar o renovar mientras sea válido el permiso de estancia.

Los extranjeros ordinarios pueden consolidar su situación solicitando establecerse en Bélgica. Previamente tienen que ser admitidos como residentes en Bélgica para un período de tiempo ilimitado. El Ministro o su delegado disponen de competencia discrecional en este sentido, pero hay tres casos para los que la ley reconoce el derecho de establecimiento al solicitante: si el extranjero lleva cinco años ininterrumpidos de estancia legal en Bélgica (los años de estancia en el país como estudiante no computan a estos efectos); si el extranjero cumple con las condiciones para adquirir o recuperar la nacionalidad belga; si el extranjero se puede beneficiar del derecho al reagrupamiento familiar.

Por lo que respecta a la primera categoría, la legislación belga resulta acorde con la Directiva 2003/109 de 25 de noviembre de 2003, que precisamente propone la concesión de un estatuto de residente de larga duración a todos los extranjeros de países terceros que lleven cinco años de estancia. Se debe presentar la solicitud de establecimiento en el municipio de residencia del extranjero, que la libraré al Ministerio de Interior para su resolución final. El Ministro dispone de cinco meses para examinar la solicitud. Si en este período de tiempo no se ha emitido ninguna resolución, la decisión se presumirá como favorable. La validez de una autorización de establecimiento es ilimitada. Una vez establecido, el extranjero pasará a estar inscrito en el Registro Civil y se le libraré un documento de identidad para extranjeros válido durante cinco años y renovable. Son pocas las ventajas de un establecimiento en comparación con un permiso de estancia ilimitado, a parte de la validez de cinco años del documento de identidad en comparación con el C.I.R.E., que tiene que renovarse cada año. Tales ventajas se limitan a algunas garantías suplementarias en caso de alejamiento del territorio (*infra*).

Los extranjeros admitidos con estancia de pleno derecho a título de reagrupamiento familiar

De acuerdo con la ley, existen dos grandes categorías de extranjeros que son admitidos de pleno derecho en Bélgica: familiares reagrupables y personas que pueden beneficiarse de un derecho de estancia porque cumplen con las condiciones legales para adquirir o recuperar la nacionalidad belga. Para estos dos casos, la Administración no dispone de poder discrecional. Sólo examinaremos el caso del reagrupamiento familiar, por ser el más interesante y por concernir a mucha más gente que el segundo caso.

Las condiciones para beneficiarse del derecho de reagrupamiento familiar en Bélgica son las siguientes: el reagrupante debe ser admitido o autorizado a residir en el Reino de Bélgica por más de tres meses (por un período de tiempo tanto ilimitado como limitado); los miembros de la familia que pueden beneficiarse del reagrupamiento familiar son el esposo o esposa mayores de 18 años y sus respectivos hijos menores de 18 años; la familia tiene que cumplir con la condición de cohabitación, es decir, que los miembros de esta familia vivan juntos y los niños estén a cargo de sus padres.

No hay ninguna otra condición para beneficiarse del reagrupamiento según el ordenamiento belga, bastante generoso puesto que no formula ninguna exigencia en materia de recursos económicos ni de alojamiento familiar, exceptuando el caso en que el reagrupante sea un estudiante extranjero o que el reagrupado sea un niño discapacitado. No obstante, una ley de 1984, con el expreso objetivo de restringir la inmigración, incluyendo la familiar, introdujo dos limitaciones más al reagrupamiento familiar. En primer lugar, un mismo extranjero no puede solicitar el derecho al reagrupamiento si ya lo ha hecho antes dentro del mismo año o el año siguiente. Se trata pues de una limitación de tipo temporal del ejercicio del derecho al reagrupamiento familiar para evitar reagrupamientos escalonados. En segundo lugar, el extranjero que reside en Bélgica a título de reagrupamiento familiar no puede él mismo reivindicar el derecho al reagrupamiento familiar para hacer venir a su cónyuge o hijos. Se trata pues de una prohibición del derecho de reagrupamiento familiar «en cadena».

Para beneficiarse del reagrupamiento familiar se tienen que seguir los siguientes pasos: una vez en el país, con un visado de larga estancia (del tipo D según la Convención de Schengen), los miembros de la familia deben presentar una solicitud de autorización de estancia en la Administración del municipio donde residan. En esta primera fase, se examina si la solicitud es procedente. El extranjero que pretende ser reagrupado tiene que demostrar que ha entrado en Bélgica de forma regular y presentar los certificados de afiliación o de matrimonio necesarios. Si no los presenta, se declarará no procedente la solicitud. Pero si la solicitud es procedente, el municipio entregará al extranjero un certificado de inscripción válido durante un año, y remitirá la solicitud al Ministerio de Interior para que la examine con más detalle. El Ministerio dispone de un año para emitir una decisión, pudiendo prorrogarse este período de tiempo por un máximo de tres meses más. Durante este tiempo, la policía podrá verificar la cohabitación familiar. En caso de respuesta afirmativa, o en caso de no haber respuesta al término del plazo de tiempo previsto, se librará al solicitante un certificado de inscripción en el registro de extranjeros (C.I.R.E.). En caso contrario, recibirá la orden de abandonar el territorio.

Cabe señalar que en caso de que el extranjero no pueda beneficiarse del derecho al reagrupamiento familiar porque no cumple con las condiciones previstas por la ley, es posible presentar a título de reagrupamiento familiar una solicitud de autorización de estancia que el Ministro puede autorizar o denegar, en ejercicio del poder de apreciación discrecional que le confiere el artículo 9. Dado que el derecho al reagrupamiento familiar está reservado a los esposos casados, el Ministro decretó el 30 de setiembre de 1997 una circular relativa a la concesión de una autorización de estancia con base en la cohabitación dentro del marco de una relación estable, para así reglamentar el reagrupamiento familiar de una pareja no casada (heterosexual u homosexual).

Esta circular, de la que también se puede poner en duda su rango normativo (dada su relevancia debería estar recogida en una norma de tipo reglamentario), es, sin embargo, mucho más restrictiva que las disposiciones relativas al reagrupamiento familiar entre cónyuges: además de las con-

diciones exigibles al matrimonio y de una declaración de vida en común, se exige también disponer de recursos suficientes. Si se reúnen estas condiciones, se autorizará la estancia de la pareja en Bélgica provisionalmente por 6 meses, pudiéndose renovar este período cada semestre durante 3 años antes de recibir un permiso de estancia para un período de tiempo ilimitado. Mientras tanto, se podrán llevar a cabo controles para verificar la cohabitación. Se puede advertir una situación paradójica: la pareja no casada en situación de estancia legal puede presentar más fácilmente una solicitud de estancia por reagrupamiento familiar que el cónyuge, pues se dan por presupuestas las circunstancias excepcionales que recoge la circular de 19 de febrero de 2003 (*supra*).

La cuestión del reagrupamiento familiar volverá a ser actualidad en la vida política debido a la transposición de la Directiva europea de 22 de setiembre de 2003 relativa al derecho al reagrupamiento familiar, que se debe efectuar antes del 2 de octubre de 2005. En términos generales, la legislación belga es mucho menos restrictiva que esta Directiva, exceptuando las disposiciones que limitan el derecho al reagrupamiento familiar en cascada o en el tiempo, y en la duración del examen de la solicitud, que actualmente es de un año o incluso 15 meses, mientras que la Directiva lo reduce a nueve meses en total. No hace falta un cambio radical en el Ordenamiento belga ya que la disposición no afecta al Derecho de los Estados para adoptar o mantener las condiciones más favorables (artículo 3, apartado 5). Pero en cambio el debate político que surgirá quizás haga que la legislación belga decida adoptar algunas de las disposiciones más restrictivas que contiene la Directiva.

2.6. Inmigración económica

En Bélgica no existe una política de cuotas o cupos. El Ordenamiento belga distingue, para la admisión de trabajadores extranjeros, entre trabajador asalariado y trabajador autónomo.

2.6.1. Los trabajadores asalariados

Se acaba de modificar el ordenamiento belga en lo referente a las competencias del poder federal. Este poder, como ya hemos expuesto anteriormente, sólo es competente en el terreno normativo ya que la concesión de los permisos es competencia de las Regiones. Hasta 1999, el ordenamiento belga en esta materia estaba integrado por normas de finales de los años sesenta, desfasadas debido a la evolución del mercado laboral y, sobre todo (según el propio gobierno), porque eran ilógicas y poco claras y daban lugar a inseguridad jurídica. El 30 de abril de 1999 se adoptó una nueva ley sobre el acceso de los extranjeros al empleo. Como tradicionalmente el empleo ha sido siempre regulado por el gobierno, que ha podido modificar el reglamento cuando la evolución de las circunstancias económicas lo ha precisado, el nuevo marco legal optó por fijar sólo los principios generales, confiriendo mucho poder al Ejecutivo. El 9 de junio de 1999 se adoptó un decreto de ejecución con el fin de integrar las distintas disposiciones, hasta entonces bastante dispersas, en un solo texto. Este texto, a su vez, ha sido modificado por un decreto de 6 de febrero de 2003, con el objetivo de simplificar la reglamentación administrativa y coordinar mejor las reglas aplicables a extranjeros en materia de estancia y trabajo. Esta modificación extremadamente rápida del decreto de 1999 refleja las dificultades que supone tener una reglamentación adecuada en la materia.

En principio, cualquier trabajador extranjero tiene que ser titular de un permiso de trabajo antes de poder trabajar en Bélgica. A su vez, el empresario debe obtener previamente una autorización de empleo del trabajador. Volvemos a encontrarnos con la exigencia de que el empresario obtenga la autorización previamente a la entrada del trabajador en territorio belga, de modo que no se concederá tal autorización si el trabajador ya se encuentra en Bélgica, salvo excepciones.

El Real Decreto de 9 de junio de 1999 sólo preveía dos tipos de permiso de trabajo, el A y el B. El Real Decreto de 6 de febrero de 2003 ya incluye un tercer tipo, el C, que no coincide con los permisos C que existían antes de la reglamentación de 1999. Los permisos actuales son los siguientes: el permiso de trabajo A es para un período de tiempo ilimitado

y es válido para todas las profesiones asalariadas; el permiso de trabajo B es para un período de tiempo máximo de 12 meses y se limita a un solo empresario; el permiso de trabajo C es para un período de tiempo limitado y es válido para todas las profesiones asalariadas.

Una de las mayores dificultades que presenta la regulación belga en esta materia es la necesidad de dos autorizaciones distintas (un permiso de estancia y de trabajo para el trabajador extranjero y una autorización de empleo para el empresario) que se hallan reguladas por distintas normativas (una en relación con la estancia de extranjeros y la otra referida al trabajo) no siempre bien coordinadas. Convendría evitar, en principio, toda regulación que impida trabajar a un extranjero con permiso de estancia por más de tres meses. Igualmente, no debería ser posible que un extranjero con permiso de trabajo no tenga autorización para residir en el país. El Real Decreto de 6 de febrero de 2003 se marcó como objetivo articular más coherentemente las disposiciones relativas a la situación laboral y de estancia de los extranjeros, basándose en los siguientes principios:

1. El derecho a estancia precaria (de tiempo limitado) implica derecho a un trabajo limitado si se obtiene previamente un permiso de trabajo B, de tiempo limitado y válido para un solo empresario.

2. El derecho de estancia estable implica el reconocimiento de derecho al trabajo, sin obligación de solicitar un permiso de trabajo. Por lo tanto, estas personas no necesitan dicho permiso (se trata sólo de extranjeros admitidos o autorizados a residir en Bélgica por un período de tiempo ilimitado, extranjeros establecidos gracias al reagrupamiento familiar o refugiados reconocidos por el Estado belga).

3. Las situaciones intermedias (por ejemplo, quienes se hallan legalmente en el país a la espera de un permiso de estancia) recibirán automáticamente un permiso de trabajo C. Se trata de solicitantes de asilo que han presentado una solicitud de estancia considerada procedente y que están a la espera de una decisión final, víctimas de tráfico humano autorizadas a residir en el país, personas regularizadas a condición de que encuentren trabajo, beneficiarios del derecho al reagrupamiento familiar en espera de una decisión definitiva, estudiantes que aún están cursando sus estudios en Bél-

gica mientras trabajan un máximo de 20 horas semanales, y extranjeros autorizados a residir en el país durante un tiempo limitado que puedan obtener un permiso de estancia ilimitado gracias a una disposición legal, reglamentaria o una directiva del Ministro de Interior (por ejemplo, las parejas no casadas que tienen derecho a estancia al principio temporal según una circular de la que ya hemos hablado anteriormente a propósito del reagrupamiento familiar).

Un extranjero que vaya a Bélgica a trabajar y solicite un permiso de estancia como trabajador, puede encontrarse en dos situaciones diferentes: o bien se encuentra en uno de los casos que el Decreto de 1999 considera exentos del permiso de trabajo, caso en el que el empresario tampoco está obligado a obtener la autorización de empleo, o bien tiene que obtener un permiso de trabajo B y seguir los pasos que a continuación detallaremos.

Es el empresario quien debe en primer lugar solicitar la autorización de empleo en la Región donde se va a efectuar dicho trabajo. Tal autorización no se concederá a menos que se cumplan estas dos condiciones: que no sea posible encontrar en el mercado laboral un trabajador apto para el empleo requerido, ni directamente ni mediante una formación profesional adecuada; que el trabajador provenga de un tercer país (ajeno al Espacio Económico Europeo) con el que Bélgica mantenga acuerdos internacionales en materia de mano de obra.

Así pues, la concesión de dicha autorización está sujeta a un examen de no disponibilidad de otra persona en el mercado laboral dentro del Espacio Económico Europeo, que depende de la apreciación de la Región. No obstante, hay una serie de excepciones en materia de empleo en las que no hace falta comprobar la situación del mercado laboral: personal altamente cualificado que gane un cierto salario, altos cargos directivos, investigadores y profesores invitados por una universidad o centro de investigación, deportistas profesionales y artistas del mundo del espectáculo que ganen un cierto salario, así como el cónyuge y los hijos de un extranjero con permiso de estancia. En este último caso, la duración de la autorización está condicionada a la del permiso de trabajo del reagrupante (en el caso de asalariados) o de la tarjeta de identidad profesional (en el caso de trabajadores autónomos), y por

otro lado su concesión no se limita a nacionales de países con los que Bélgica haya firmado acuerdos internacionales en materia de mano de obra.

En cuanto a la autorización de empleo, ésta será otorgada al empresario después de firmar un contrato laboral que observe las condiciones previstas por la ley, siendo necesaria también la previa expedición de un certificado médico que constate que el trabajador no presenta indicios de ninguna enfermedad que pueda dejarlo no apto para el ejercicio de dicho trabajo en un futuro próximo. Esta concesión implica automáticamente el otorgamiento de un permiso de trabajo B al trabajador extranjero válido para un período de tiempo acorde con la autorización de empleo. Tanto la autorización como el permiso son renovables y cabe la posibilidad de que el trabajador cambie de empresario dentro de un mismo ámbito profesional. Con base en este permiso de trabajo, el trabajador extranjero puede solicitar un permiso de estancia válido para un período de tiempo equivalente al permiso laboral.

Este permiso de trabajo B, muy rígido ya que solamente es válido para un único empresario en vez de para una profesión o ámbito laboral, en principio va a permitir que este trabajador pueda consolidar su situación con un permiso de trabajo A, de tiempo ilimitado y válido para todas las profesiones. Se concede este permiso después de haber trabajado en Bélgica durante 4 años con un permiso B dentro de un período de diez años ininterrumpidos de estancia legal. Para los trabajadores provenientes de terceros países con los que Bélgica tiene acuerdos en materia de mano de obra, este período de tiempo se reduce a tres años. Asimismo, puede reducirse a un año si el cónyuge y los hijos de este trabajador viven con él. Con el permiso A, el trabajador podrá obtener un permiso de estancia ilimitado, con el que finalmente ya no hace falta tener permiso de trabajo.

Después de la labor codificadora de 1999, la reforma de 2003 representa un avance importante para los extranjeros al simplificar mucho el proceso de obtención de permisos de trabajo. La sistematización de la concesión de estos permisos para extranjeros con permiso de estancia ilimitado disminuye bastante la carga burocrática tanto para los extranjeros como para las Administraciones regionales, anteriormente casi forzadas a conce-

der de manera automática los permisos, sin poder ni verificar la situación del mercado laboral. Asimismo, la creación del permiso de trabajo C permite que todas las categorías de extranjeros en situación intermedia o sin derecho a estancia ilimitada pero que aspiren a tal estatus (*supra*), puedan obtener, con base en un reglamento y no en una simple circular, un tipo de permiso de trabajo válido para todos los empresarios, mucho más adaptado a sus necesidades que el permiso B. No obstante, nos podemos preguntar qué utilidad tiene mantener el permiso C cuando su concesión queda garantizada tras comprobar la legalidad y el tipo de estancia. La cuestión que se plantea es si no se podría verificar directamente la regularidad del trabajo sobre la base del título de estancia sin que fuese necesario imponer otro permiso que no implica el examen de la situación del mercado de trabajo. En este sentido, la Comisión Europea pretende unificar los permisos de estancia y los de trabajo en un solo documento, tal y como se deduce en la Directiva de 11 de julio de 2001 relativa a las condiciones de entrada y estancia de extranjeros procedentes de terceros países para buscar un trabajo como asalariado o autónomo.

2.6.2. Los trabajadores autónomos

Esta materia está regulada por la Ley de 19 de febrero de 1965 relativa al ejercicio por parte de extranjeros de actividades profesionales como autónomos y por sus decretos de ejecución. La ley dice que todo extranjero que ejerza una actividad como autónomo (incluso si ésta no es remunerada) en tanto que persona física o en una sociedad o asociación, debe ser titular de una tarjeta de identidad profesional y un permiso de estancia. Esta tarjeta sólo es válida para una actividad determinada y durante un máximo de cinco años. Si bien la autoridad competente (se trata en este caso del ministerio federal para la pequeña empresa y no de las Regiones) y los procedimientos de concesión son diferentes respecto de los permisos para los trabajadores asalariados, los grandes principios son en cambio comunes a ambas materias.

Según la profesión, el tipo de permiso de estancia del extranjero y la existencia o no de tratados internacionales o recíprocos entre Bélgica y un tercer país, hay una serie de supuestos que quedan exentos, supuestos

ampliados por el Real Decreto de 3 de febrero de 2003. Este decreto busca exonerar a los extranjeros con permiso de estancia ilimitado de la necesidad de obtener la tarjeta profesional. Anteriormente, estos extranjeros tenían la obligación de solicitar y renovar su tarjeta profesional, hecho bastante inútil porque pese a ser ya titulares de un permiso de estancia para un período de tiempo ilimitado, en cambio sin dicha tarjeta no se les permitía desempeñar actividades como autónomos. Como sucede en el caso de las personas de nacionalidad belga, estos trabajadores extranjeros tenían que cumplir con las condiciones previstas para las profesiones reglamentadas y poseer la titulación necesaria, hecho que pone encima de la mesa la cuestión de la homologación de títulos extranjeros. Los otros supuestos de exención se refieren a los miembros de la familia de una persona de nacionalidad belga, los refugiados reconocidos y toda una serie de profesionales para los que la exención sólo es válida para una estancia corta de tres meses como máximo (hombres o mujeres de negocios, conferenciantes, periodistas, deportistas y artistas).

Por su parte, los extranjeros que quieren emigrar a Bélgica para ejercer como autónomos tienen que presentar simultáneamente una solicitud de permiso de estancia y de tarjeta de identificación profesional en el consulado belga o la Administración competente de su lugar de residencia, exceptuando casos particulares donde las condiciones de seguridad de un país impidan al solicitante presentar su solicitud. Esta decisión es competencia del Ministro para la pequeña empresa, de conformidad con el ministerio de Interior, competente en materia de inmigración. La concesión de una tarjeta de identidad profesional no implica la posterior concesión de un permiso de estancia, aunque los casos discordantes son excepcionales en la práctica. El permiso de estancia será válido por el tiempo de validez de la tarjeta de identidad profesional. El examen de las solicitudes, en el que participa un órgano consultivo, está dividido en dos etapas. En esta ocasión, la normativa no establece un tiempo máximo para la resolución, pudiendo el procedimiento durar varios meses.

La primera etapa consiste en determinar el carácter procedente de la solicitud: el Ministro o su delegado examinarán lo referente a la naturaleza de la actividad económica o el tipo de sociedad que se va a formalizar, veri-

ficando que el extranjero cumple con las condiciones legales y reglamentarias, que cuenta con un certificado médico y un certificado de buena conducta o equivalente. En caso afirmativo, se examinará la solicitud a fondo. A tal efecto, la Administración dispone de un poder de apreciación discrecional muy amplio, no restringido en exceso por la ley. La Administración apreciará si la actividad prevista tienen interés para la economía belga (de esta forma, se rechazan solicitudes en relación a la apertura de comercios de sectores ya saturados, mientras que se aceptan solicitudes que implican inversiones que van a crear futuros nuevos empleos), su viabilidad económica, las competencias profesionales del trabajador y los caracteres de la actividad, para evitar actividades asalariadas camufladas en forma de autónomas.

Si la solicitud se acepta finalmente, se concede la tarjeta de identidad profesional. Pero si el Ministro o su delegado rechazan en primera instancia la solicitud, se deberá pedir la opinión del *Conseil d'enquête économique pour étranger*, compuesto por jueces, abogados y funcionarios, cuya función es ayudar a la autoridad competente a tomar una decisión. El Consejo tiene que escuchar las razones del peticionario o de su abogado, de manera que el proceso respeta en dicha fase el principio de contradicción. El Consejo sólo admite opiniones, y su resolución no es vinculante ya que el Ministro (aunque sólo el Ministro, no su delegado) podrá descartar una solicitud en contra de la opinión del Consejo.

En caso de resolución denegatoria, no cabe impugnación, salvo los recursos existentes en el Derecho común por exceso de poder ante el juez administrativo. Por otra parte, la denegación tiene como efecto impedir que el extranjero pueda presentar una nueva solicitud durante los dos años siguientes a la fecha de presentación de la primera, a no ser que el solicitante pueda presentar nuevos elementos de valoración.

2.7. Alejamiento de extranjeros

El alejamiento de extranjeros del territorio belga es competencia de la Administración y no del Poder Judicial. Por eso, las medidas de alejamiento se hallan precisamente fijadas y exclusivamente pueden utilizarse en

los casos marcados por la ley y sólo por los motivos indicados por la ley. Además, como todo acto administrativo, las decisiones tienen que estar formalmente motivadas y son susceptibles de recurso, lo que finalmente las llevará ante el juez contencioso administrativo. La ley distingue claramente entre cuatro medidas de alejamiento en función de la situación del extranjero (*supra*): el extranjero que pretende entrar en el territorio puede ser objeto de *rechazo en frontera*; el extranjero en situación de corta estancia o de estancia irregular en el país puede recibir una *orden de abandonar el país*; el extranjero admitido por más de tres meses puede recibir una *orden de reenvío*; el extranjero establecido en el país, una *orden de expulsión*.

La autoridad competente, la motivación, el procedimiento y los posibles recursos varían según el tipo de medida de alejamiento, otorgando mayores garantías al extranjero en función de la duración o la naturaleza de su derecho a estancia.

Las autoridades competentes para el rechazo en frontera son los agentes del control de fronteras, salvo en tres casos: cuando se trata de apreciar una potencial amenaza para el orden público y la seguridad nacional o cuando el extranjero tiene visado, caso en el que se exige una decisión por parte del Ministro o su delegado; cuando se tiene que valorar una potencial amenaza para las relaciones internacionales (*infra*), caso en el que sólo el Ministro puede tomar la decisión. Tanto el Ministro como su delegado pueden decidir si el extranjero debe o no abandonar el territorio, a excepción del caso en que el extranjero sea considerado peligroso para las relaciones internacionales de Bélgica o de otro país firmante del convenio de Schengen, competencia indelegable del Ministro. Las órdenes de reenvío también son competencia no delegable del Ministro, que compromete su responsabilidad política. Por su parte, la orden de expulsión es competencia del Rey, con el refrendo de un Ministro.

Un extranjero puede ser rechazado por los siete motivos siguientes, que se corresponden con los requisitos exigidos para el paso de las fronteras exteriores: no dispone de los documentos necesarios para entrar en el territorio (pasaporte con o sin visado, según los casos); no presenta los documentos que justifican el motivo y las condiciones de su estancia en el país;

no tiene medios de subsistencia suficientes; es considerado como no admisible según el sistema de información de Schengen (S.I.S); se considera que puede comprometer el orden público o la seguridad nacional; se considera que puede comprometer las relaciones internacionales de Bélgica con otro Estado firmante del Convenio de Schengen; ya ha sido expulsado o reenviado de Bélgica hace menos de diez años.

Un extranjero puede recibir la orden de abandonar el país en los 12 supuestos siguientes, muchos de los cuales coinciden con los supuestos de rechazo: reside en el país sin los documentos necesarios; reside en el país más tiempo del autorizado; no dispone de los medios de subsistencia suficientes; trabaja sin la autorización pertinente; está recogido como no admisible en el sistema de información de Schengen (S.I.S); se considera que puede comprometer el orden público o la seguridad nacional; se considera que puede comprometer las relaciones internacionales de Bélgica con otro Estado signatario del Convenio de Schengen; ya ha sido expulsado o reenviado de Bélgica hace menos de diez años; padece alguna de las enfermedades enumeradas en el anexo de la ley (en otras palabras, se considera una amenaza para la salud pública); ha sido remitido a las autoridades belgas para su posterior alejamiento a otro Estado en virtud de un acuerdo internacional; las autoridades belgas lo remiten a otro país en virtud de un acuerdo internacional; no obtiene el permiso de estancia de pleno derecho al final del período de tiempo establecido por la ley para que la Administración verifique que cumple con las condiciones requeridas (*supra*).

Además hay motivos particulares que permiten decidir la orden de abandono del territorio para estudiantes si se constata que hay irregularidades en el desarrollo de los estudios (no presentación a exámenes sin motivos o prolongación excesiva de los estudios en comparación con los resultados).

El extranjero con permiso de estancia por más de tres meses puede ser reenviado si no respeta las condiciones previstas por la ley (por ejemplo, residir más tiempo del autorizado en su permiso de estancia limitado) o si es una amenaza para el orden público o la seguridad nacional. No basta con una simple amenaza para el rechazo o la orden de abandonar el país, sino que es necesario tener pruebas efectivas.

El extranjero establecido en el país sólo puede ser expulsado si amenaza gravemente el orden público o la seguridad nacional. Al igual que en el caso del reenvío, se exige también una gravedad particular, que deberá ser suficientemente motivada.

La Ley también prevé que, salvo en caso de grave amenaza para el orden público o la seguridad nacional, hay una serie de extranjeros que no pueden ser ni reenviados ni expulsados: el extranjero con situación de estancia legal e ininterrumpida en el país por más de 10 años; el extranjero que cumple con las condiciones establecidas por la Ley para adquirir o recuperar la nacionalidad belga; el extranjero casado con un ciudadano belga; el extranjero con incapacidad permanente de trabajo debido a un accidente laboral o una enfermedad profesional, si el trabajo se ha efectuado dentro del marco de una situación de estancia legal.

El alejamiento es un procedimiento administrativo, no jurisdiccional. De todas formas, la decisión tiene que estar motivada y se tiene que notificar al extranjero mencionando su derecho al recurso. Así pues, no se trata de un procedimiento contradictorio. No obstante, la Ley prevé en caso de expulsión la obligación por parte de la autoridad competente de consultar a la Comisión Consultiva de Extranjeros antes de tomar una decisión de alejamiento. Se trata sólo de una opinión que el Ministro no tiene por qué seguir, pero que ofrece la ventaja de implicar un procedimiento contradictorio para el extranjero.

A raíz de la adopción en los años noventa de una serie de circulares administrativas dirigidas a limitar el reenvío o la expulsión de extranjeros a casos particularmente graves, se pone fin a la conocida como «doble pena» (el alejamiento del territorio como sanción añadida a una pena a la que la persona hubiese sido condenada), respetando sólo las decisiones de dicha índole adoptadas en los diez años anteriores.

En caso de alejamiento del territorio, el extranjero dispone de 8 días para abandonar el país, 15 días en caso de reenvío y un mes en caso de expulsión. Puede estar detenido en centros para evitar que pase a la clandestinidad, sin que esta detención pueda sobrepasar los dos meses. No obstante, el

Ministro o su delegado pueden prolongar esta detención si se cumplen las siguientes tres condiciones: se han empezado a tramitar las diligencias correspondientes para el alejamiento durante los primeros siete días laborables desde la detención; los trámites se hacen con la mayor diligencia; hay la posibilidad de proceder a alejar el detenido en un tiempo razonable.

En cambio, sólo el Ministro puede decidir una segunda prolongación del tiempo de detención. Después de cinco meses, el extranjero será puesto en libertad. No obstante, la detención puede prolongarse por períodos de un mes si así lo exige la salvaguarda del orden público y la seguridad nacional, sin sobrepasar nunca los 8 meses como máximo.

La Corte de Arbitraje (Corte Constitucional belga), ante la petición para que se pronunciara sobre si estas normas eran contrarias a la libertad individual protegida por el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, destacó que «la privación de libertad no constituye en este caso una medida penal sino administrativa para permitir el alejamiento efectivo de extranjeros». La falta de colaboración por parte del extranjero no justifica su privación de libertad. Estas normas no violan la libertad individual porque la prolongación de la detención está subordinada a condiciones estrictas y a un control jurisdiccional (*infra*). No obstante, la Corte censuró una disposición de la ley que podía permitir una detención ilimitada, por considerarla contraria al principio de proporcionalidad (Decisión 43/98, de 22 abril de 1998).

2.8. Procedimiento y derecho de recurso de los extranjeros

La Ley de 15 de diciembre de 1980 ofrece a los extranjeros, gracias a sus muchas disposiciones referidas a las cuestiones de procedimiento y recursos, innovadoras garantías en numerosos aspectos, garantías que diez años más tarde pasarían a formar parte del Derecho común de la Administración. El artículo 62 de la Ley prevé que las decisiones tienen que ser motivadas formalmente, cubriendo tanto elementos de Derecho como elementos de hecho. Conocer los motivos de la decisión es un elemento esen-

cial porque permite tramitar recursos con conocimiento de causa. El mismo artículo 62 prevé que las decisiones tienen que notificarse a las partes interesadas, que recibirán una copia de éstas. Se decreta que el Rey redactará los formularios tipo que figurarán en el anexo de la Ley. Se trata de una garantía elemental pero esencial (por razones de seguridad jurídica). La Ley establece también las vías de recurso y los plazos de presentación de dichos recursos. Asimismo, la Ley de 15 de diciembre de 1980, en lo referente al carácter contradictorio del recurso, amplió a ciertas categorías de nacionales de terceros países a la Comunidad europea las ventajas que el Derecho comunitario prevé para los ciudadanos comunitarios. Por otra parte, introdujo en el ordenamiento belga la suspensión de la ejecución, que no existía en la época. Por el contrario, desde 1987 el legislador ha intervenido para precisar los tipos de decisiones que ya no son susceptibles, con base en el Derecho común, de ser objeto de medidas cautelares de carácter suspensivo. Esta limitación se contrarrestó con la creación en 1991 de un recurso de suspensión provisional y de un recurso de extrema urgencia ante el Consejo de Estado, que en Bélgica es el juez administrativo de Derecho común.

Los recursos previstos para extranjeros son de dos tipos: en primer lugar, los recursos ante el juez contencioso administrativo, regidos en todo por el Derecho común excepto en lo regulado por un reglamento de procedimiento particular de los contenciosos de extranjeros. La particularidad más remarcable es que mientras que el plazo para interponer el recurso es de 60 días en Derecho común, en el caso de los extranjeros se reduce a 30 días. El número de recursos presentados por extranjeros es tal que llegó a suponer en 2001 el 84,87% del total, correspondiendo más de un 70% a los recursos presentados por solicitantes de refugio. Hay quien considera que una situación como la descrita tiene el efecto de transformar el Consejo de Estado, cuya vocación es general, en juez especializado, lo que debe considerarse contrario a la Constitución.

En segundo lugar, existen recursos contenciosos específicos para extranjeros. Prescindiendo de los que son propios de los solicitantes de refugio en el marco del procedimiento de asilo, nos referimos a la demanda de revisión y del recurso al Poder Judicial. Por otra parte, en materia de acce-

so al mercado laboral, hay un recurso administrativo previsto por la Ley de 30 de abril de 1999 (*supra*) que permite que la autoridad competente (dependiendo de cada Región) reexamine el caso. Este último recurso, exige la presentación de una carta certificada durante el mes posterior a la notificación de rechazo o retiro del permiso de trabajo o de una autorización de empleo.

La demanda de revisión es un recurso administrativo previsto sólo para casos concretos regulados por la Ley: la denegación de un permiso de estancia de más de tres meses de pleno derecho, la denegación de una solicitud de establecimiento y los casos de reenvío. Se debe presentar esta demanda en un plazo de 8 días laborables, mediante carta certificada y ante el Ministro, que examinará la decisión tomada por su delegado (se trata de un recurso jerárquico) o reexaminará su propia decisión (en este caso se trataría de una solicitud de gracia). Se trata de un recurso de tipo contradictorio aunque no puede asimilarse a una apelación en la medida que la autoridad del recurso no es un juez. Aun así, presenta dos ventajas para el extranjero: tiene efecto suspensivo de manera que no se puede ejecutar ningún tipo de medida de alejamiento mientras se examina la demanda, y obliga al Ministro a pedir consejo a la Comisión Consultiva de Extranjeros, donde el procedimiento es contradictorio. Incluso se puede presentar un recurso ante el Consejo Estatal contra la decisión del Ministro según las normas que se explicitan a continuación.

Por su parte, el recurso al Poder Judicial está previsto para los supuestos de detención de los extranjeros como medida previa al alejamiento (*supra*) y se presenta ante las jurisdicciones de instrucción penal que intervienen en materia de detención de delincuentes. Se trata de una institución que traduce el recurso de *habeas corpus*, abierto a toda persona privada de libertad. El extranjero puede presentar un recurso contra su detención ante la Cámara del Consejo del Tribunal Correccional, que tiene que emitir una resolución en 5 días laborables tras verificar si las medidas privativas de libertad y de alejamiento del territorio son conformes a la ley, sin poder pronunciarse acerca de su oportunidad. Se puede presentar este recurso cada mes mientras dure la detención. El extranjero puede quedar en liber-

tad si la Cámara del Consejo estima que no se cumplen las condiciones previstas por la ley o si no resuelve en los 5 días laborables previstos como plazo. El propio Ministro debe someter su decisión de prolongar la detención a la consideración de la Cámara del Consejo en el plazo de 5 días laborables, en caso contrario, el extranjero será puesto en libertad. Sin embargo, estos recursos no tienen carácter suspensivo y por tanto no impiden que se ejecute la decisión de alejamiento del territorio antes que el juez se haya podido pronunciar al respecto.

La cuestión de la efectividad de los recursos en el ordenamiento belga ha sido objeto de controversias desde la famosa Decisión de 5 de febrero de 2002 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto *Conka*) en que se condena al Estado belga. A raíz de esta decisión, el Ministerio de Interior aprobó una instrucción interna, que no fue publicada, que prohíbe la ejecución de toda decisión de alejamiento afectada por un recurso de extrema urgencia, que es el que otorga a este tipo de recursos un efecto suspensivo.

2.9. Posibilidades de legalización de extranjeros en situación irregular

El tema de la regularización es uno de los más delicados en Bélgica, y se inscribe en un contexto jurídico que ha evolucionado muchísimo en los últimos 20 años. La Ley de 15 de diciembre de 1980 no incorpora ninguna decisión explícita acerca de posibles regularizaciones. El artículo 9, apartado 3, contiene una norma de procedimiento que permite, en circunstancias especiales, la presentación de la solicitud del permiso de estancia en territorio belga en vez de en su país de origen, teniendo que explicitar las circunstancias especiales y el porqué de su derecho a estancia. Ante la gran cantidad de solicitudes presentadas con base en esta previsión, el Ministro, que en materia de autorizaciones de estancia de más de tres meses dispone de un poder discrecional (fuera de los casos de admisión de pleno derecho), optó por establecer los criterios en función de los cuales la Administración puede conceder la regularización. Nos referimos concretamente a una circu-

lar de 15 de diciembre de 1998 sobre regularización en casos excepcionales. Así, el apartado 3 del artículo 9 de la ley se convirtió progresivamente en norma de fondo. No obstante, siguió siendo objeto de críticas por el valor jurídico incierto de las circulares y por la opacidad del procedimiento administrativo, a pesar de la creación de una comisión de regularizaciones con competencia consultiva, comisión puesta a disposición no del solicitante sino de la Administración y carente de carácter contradictorio.

Las elecciones de 1999 implicaron un cambio político. Mientras que los anteriores gobiernos habían partido de una política de inmigración consistente en no admitir los hechos consumados y que no aceptaba la regularización con base en la duración de las situaciones de estancia irregular, el programa político de la nueva coalición surgida de las urnas preveía una operación de regularización. Después de intentar abordar este tan sensible tema mediante un real decreto que finalmente fue suspendido por el Consejo de Estado tras el recurso presentado por los parlamentarios de extrema derecha argumentando que era necesaria una base legislativa, el Parlamento adoptó el 22 de diciembre de 1999 una Ley relativa a la regularización de la estancia de algunas categorías de extranjeros en territorio belga. Esta legislación, tan compleja como la original, es el fruto de un compromiso político de la coalición gubernamental y prevé cuatro hipótesis, inspiradas por la circular de 15 de diciembre de 1998 (*supra*), de regularización de extranjeros: los solicitantes de refugio cuyos procedimientos de asilo no se hayan resuelto en cuatro años, (en caso de solicitantes con hijos menores de edad, este plazo se reduce a tres años); los extranjeros que no pueden volver a su país de origen por motivos ajenos a su voluntad; los extranjeros enfermos de gravedad; los extranjeros que puedan hacer valer circunstancias humanitarias y que hayan establecido fuertes vínculos con la sociedad belga, habiendo residido en el país más de seis años, (para familias con hijos menores de edad, este plazo se reduce a cinco años).

Se creó una comisión de regularización con competencia consultiva, compuesta por un juez, un abogado y una organización no gubernamental de defensa de los derechos humanos. Esta Ley también pretendió establecer un equilibrio entre el mantenimiento del poder discrecional del Ministro y

su obligación de tener en cuenta el parecer de la Comisión, la cual ofrece garantías de imparcialidad o de apertura de mente. Unas 50.000 personas se regularizaron y de manera generalizada se admitió, pese a las dificultades administrativas que se presentaron, su carácter exitoso, que en buena parte se debió a que los criterios de la Ley habían sido interpretados de manera amplia.

El problema viene dado, no obstante, porque la Ley de 22 de diciembre de 1999 puso en marcha un proceso de regularización de carácter puntual del que sólo se podían beneficiar los extranjeros residentes en Bélgica desde fecha anterior al 1 de octubre de 1999 (aquellos que pudieron presentar sus solicitudes en un plazo de tres semanas desde la implementación de la ley el 10 de enero de 2000). El Consejo de Estado acudió mediante cuestión prejudicial a la Corte de Arbitraje para que determinara si tal previsión no suponía una discriminación entre los extranjeros que se beneficiaron de esta Ley y los que, aún cumpliendo con las condiciones previstas por la Ley de 1999, no pudieron presentar su solicitud por haber expirado el plazo previsto. La Corte respondió negativamente con una Decisión de 17 de diciembre de 2003, a pesar del fracaso de la reforma legislativa destinada a acelerar el procedimiento de asilo y evitar que haya personas que no obtengan respuesta a su solicitud hasta después de tres o cuatro años.

Una nueva circular, de 19 de febrero de 2003, confirma la derogación de la circular de 15 de diciembre de 1998, de forma que el marco legal de regularizaciones que se puso gradualmente en marcha durante los años ochenta y noventa parte de nuevo del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley de 15 de diciembre de 1980. El Ministro ya no tiene poder de apreciación salvo en casos de regularizaciones técnicas, tratándose de personas con derecho a estancia como estudiantes o parejas no casadas que mantengan una relación estable, y personas que pidan beneficiarse, después de un año de ausencia, del retorno a Bélgica donde habían antes residido legalmente pero que ahora se encuentran en la irregularidad porque no han presentado la solicitud de estancia en su país de origen, como exige en principio el artículo 9 de la Ley. El debate sobre las regularizaciones puede volver a ser de actualidad centrado en si conviene reglamentar las posibilidades de obtener

una regularización en todo momento (regularización permanente por oposición a regularización puntual) y, si la respuesta es afirmativa, saber en qué casos. Hay que tener en cuenta que el mundo político consideró desde el principio que la regularización de 1999, única operación de este tipo realizada desde 1974, se trataba de un caso único que no se debía volver a repetir. El Ministro ha tenido que conceder la regularización a casos de candidatos refugiados afganos en huelga de hambre cuyos procedimientos de asilo se habían alargado más de tres o cuatro años. Pero no sabemos cómo podrá limitar en un futuro esta posibilidad solamente a los afganos sin violar el principio de no-discriminación con otras personas que se encuentren en las mismas condiciones.

2.10. Derechos individuales de los extranjeros

El artículo 191 de la Constitución belga dispone que «todo extranjero que se encuentre en territorio de Bélgica goza de la protección relativa a las personas y a las cosas, salvo las excepciones establecidas por la Ley». La Corte de Arbitraje ha interpretado esta disposición en numerosas decisiones (destacan las Decisiones 61/94 de 14 de julio de 1994 y 77/97 de 17 de diciembre de 1997). En primer lugar, ha señalado que de dicho precepto «se deriva que cualquier diferencia de trato desfavorable respecto de un extranjero sólo puede ser establecida por el legislador», confirmando de este modo la reserva de competencia que el artículo 191 dispone a favor del poder legislativo y en detrimento del poder ejecutivo. La Corte constitucional no obstante ha añadido que «el artículo 191 no tiene por objeto exonerar al legislador, cuando establece algún tipo de trato diferenciado, de la obligación de observar los principios fundamentales establecidos por la Constitución; es más, lo que hace es recordarle expresamente que el extranjero que se encuentra en territorio belga goza de la protección relativa a las personas y a los bienes. Del artículo 191, en consecuencia, no se deriva de ninguna manera que a la hora de establecer una diferencia de trato en detrimento de los extranjeros, el legislador pueda dejar de garantizar el respeto de la naturaleza de los principios que se hallen en juego, pues en caso contrario dicha diferencia sería discriminatoria». En otras palabras, los extranjeros pueden bene-

ficiarse del principio de igualdad en relación con los belgas; así, aunque las diferencias basadas en la nacionalidad no estén prohibidas, el juez constitucional en el caso concreto deberá verificar no obstante si la diferencia entre nacionales y extranjeros constituye o no una discriminación contraria al principio de igualdad; igualmente deberá verificar el respeto del principio de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin pretendido. Hay que tener en cuenta, no obstante, que el artículo 10 de la Constitución precisa que sólo los nacionales son admisibles en los empleos civiles (es decir en la función pública) y militares, salvo las excepciones que sean establecidas por la ley para casos particulares.

Dos cuestiones merecen en nuestra opinión una atención especial en razón de su relevancia en Derecho belga. Se trata, por un lado, del acceso de los extranjeros en situación irregular a las ayudas sociales y, por otro lado, de los derechos políticos de los extranjeros.

2.10.1. El derecho a la ayuda social

La cuestión del derecho a la ayuda social de los extranjeros en situación irregular y especialmente de los solicitantes de asilo cuya demanda no haya sido admitida, ha levantado durante muchos años incesantes controversias que se han materializado en una serie de modificaciones legislativas y en decisiones de la Corte de Arbitraje. Sin embargo, hasta el momento no se ha encontrado una solución definitiva a tan delicado problema. Según el artículo 23 de la Constitución, «todos tiene el derecho de llevar una vida conforme a la dignidad humana» y en virtud del artículo 1 de la Ley Orgánica de centros públicos (municipales) de ayuda social de 8 de julio de 1976 «toda persona tiene derecho a la ayuda social. Esta tiene como objetivo permitir a todos llevar una vida conforme a la dignidad humana». Sin embargo, el artículo 57 apartado 2 de la misma Ley precisa que «respecto de un extranjero que se halle en situación irregular en el Reino, la misión del centro público de ayuda social se limita a la garantía de la asistencia sanitaria urgente». El extranjero en situación irregular no goza pues de derecho a la ayuda social, sino tan solo de un derecho que se limita a la asistencia sanitaria en caso de urgencia.

El texto del artículo 191 hace referencia de manera general a todo extranjero que «se encuentra en territorio de Bélgica», de modo que se aplica igualmente a extranjeros en situación irregular. Sin embargo, éstos no pueden ser tratados de la misma manera que los extranjeros en situación regular: la Corte de Arbitraje en su Decisión 51/94, de 29 de junio de 1994, ha indicado, en efecto, que «en la medida en que un Estado que pretende limitar la inmigración constate que los medios que emplea a tal efecto no son suficientemente eficaces, no es irrazonable que no reconozca idénticos deberes frente a las necesidades de aquellos, de una parte, que residen legalmente en su territorio (sus nacionales y algunas categorías de extranjeros), y los extranjeros, de otra parte, que se hallen en su territorio a pesar de haber recibido la orden de abandonarlo». En su Decisión 131/2001, de 30 de octubre de 2001, la misma Corte ha añadido que «corresponde al legislador dar forma a una política concerniente al acceso al territorio, la estancia, el establecimiento y el alejamiento de los extranjeros y de determinar en este sentido, bajo el respeto del principio de igualdad y de no discriminación, las medidas necesarias que puedan llevar a la determinación de las condiciones en las que la estancia de un extranjero en Bélgica sea considerada o no legal. El hecho de que de ahí se derive una diferencia de trato entre extranjeros es una consecuencia lógica de la implementación de la mencionada política. La política en materia de acceso al territorio y estancia de los extranjeros sería en efecto cuestionada si se admiten para los extranjeros en situación irregular las mismas condiciones aplicadas a los que se hallan en situación regular». La cuestión consiste en determinar si el principio de proporcionalidad es respetado en los distintos casos que se puedan presentar.

En este sentido, la Corte de Arbitraje consideró en su Decisión 51/94, de 29 de junio de 1994, que al «prever que aquellos que habiendo recibido una orden definitiva de abandono del territorio antes de una fecha determinada no la hayan obedecido, no obtengan, tras esa fecha, ninguna ayuda más de los centros públicos de ayuda social, con la única excepción de la asistencia sanitaria urgente, el legislador ha adoptado, con el fin de incitar al interesado a obedecer la orden, un medio cuyos efectos permiten atender al objetivo perseguido. El medio no es desproporcionado respecto

del objetivo desde el momento en que queda garantizado el interés de la ayuda material necesaria para abandonar el territorio, en el plazo de un mes, y la asistencia sanitaria urgente, sin demora». Sin embargo, tras una modificación legislativa, la Corte ha venido a matizar su posición, esencialmente a partir de la Decisión 43/98, de 22 abril de 1998. Así es, constatando que el extranjero también se ve privado de la ayuda social pese a que haya interpuesto un recurso de anulación (acompañado o no de una petición de suspensión) pendiente de resolución ante el Consejo de Estado, el mencionado tribunal consideró que «dado que existen mecanismos que, en el caso en que se recurra la decisión ante el Consejo de Estado, permiten filtrar los recursos meramente dilatorios, resulta excesiva la privación del derecho a la ayuda social de todos los solicitantes de asilo cuya solicitud haya sido rechazada y que por tal motivo hayan recibido la orden de abandonar el territorio». La Corte ha concluido que la medida recurrida supone una limitación desproporcionada del derecho a la ayuda social y del derecho al ejercicio efectivo a la tutela judicial.

Tras estas dos Decisiones de carácter general, la Corte ha resuelto otros tres supuestos particulares sobre la materia. En su Decisión 80/99, de 30 junio de 1999, sostuvo que el extranjero sometido a una orden de abandono del territorio, pero que se halla imposibilitado de cumplirla por razones sanitarias, tiene derecho a la ayuda social. Por el contrario, la misma Corte ha considerado en su Decisión 131/2001, de 30 de octubre de 2001, que los candidatos a una regularización no son titulares del derecho a la ayuda social por la razón que hasta que el proceso de regularización sea concluido, «su situación de estancia no se diferencia, en el plano jurídico, de la de los extranjeros que se hallan en situación irregular, de manera que no es irrazonable que sean tratados de la misma manera en lo que concierne a la ayuda social. El hecho de que no se haya procedido materialmente al alejamiento de quienes tienen pendiente el examen de su solicitud de regularización significa sencillamente que son tolerados en el territorio a la espera de una decisión, lo que no impide que se hallen, de hecho, en una situación de estancia irregular». Finalmente, en su Decisión de 106/2003, de 22 de julio de 2003, la Corte ha reconocido el derecho a la ayuda social de los menores con base

en el Convenio relativo a los derechos del niño, que forzó al legislador a modificar nuevamente el 22 de diciembre de 2003 el artículo 57 de la Ley de 8 de julio de 1976 para precisar que «el extranjero menor de 18 años que se halla en territorio belga con sus familiares de modo irregular tiene derecho a la ayuda social materialmente indispensable para su desarrollo como niño y aquélla que quede garantizada en un centro federal de acogida conforme a las condiciones y modalidades fijadas por el Ejecutivo».

Esta jurisprudencia, extremadamente detallada y compleja porque distingue entre diferentes categorías de extranjeros en situación irregular, merece algunas críticas. En efecto, se puede dudar de su coherencia por la razón de que la misma Corte que inicialmente había aceptado la decisión de restringir el derecho a la ayuda social de los extranjeros en situación irregular a la asistencia sanitaria urgente (desde la perspectiva de su alejamiento del territorio y entendiendo el pleno acceso a dicha asistencia en el marco de su derecho a la tutela judicial efectiva), posteriormente ha considerado que la ayuda social puede ser limitada durante el período en el que los candidatos a una regularización no pueden ser alejados del territorio. De esta manera, parece que ya no se trata solamente de favorecer dicho alejamiento, sino de sancionar el carácter irregular de la estancia haciendo así prevalecer ciertos objetivos del legislador sobre el derecho a la dignidad humana y a la ayuda social de toda persona sin que el principio de proporcionalidad haya sido tenido verdaderamente en cuenta. Por otra parte, la noción misma de estancia irregular puede ser discutida dado que los Estados colocan a los extranjeros en una situación singular en la que por un lado no disponen de título de estancia y por otro son considerados inexpulsables por razones que a veces les son ajenas (así sucede, por ejemplo, en el caso en el que la ejecución de una orden de abandono del territorio es prorrogada para una persona respecto de la que el Comisariado General de refugiados decide, sin haber acordado el estatuto de refugiado con base en la Convención de Ginebra, emitir con base en el artículo 63/5 de la Ley de 15 de diciembre de 1980 un informe negativo respecto a su reenvío a la frontera del país del que ha huido, por ejemplo en razón de una situación de guerra civil). A veces también, no obstante, se trata de causas que dependen de su propia voluntad

(por ejemplo los candidatos a la regularización respecto de quienes la Ley de 1999 previó lógicamente que no podrían ser alejados del territorio mientras estuviese pendiente el examen de su solicitud).

2.10.2. Los derechos políticos de los extranjeros

La cuestión de los derechos políticos de los extranjeros ha experimentado una importante evolución a partir de un debate político también prolongado y complejo que ha llegado a sacudir los cimientos del gobierno federal. En lugar de incluirlo en su programa sobre esta cuestión, lo que hizo el gobierno fue reenviar su discusión al Parlamento. El debate ha sido muy complejo dada la oposición de todos los partidos políticos flamencos a excepción del partido socialista (en particular de la extrema derecha, mucho más influyente en el norte que en el sur del país), de manera que el mundo político flamenco considera que la Ley ha sido impuesta por los francófonos con el apoyo de una minoría flamenca. No obstante, el Parlamento federal ha adoptado a inicios del año 2004 una proposición de ley «con el objeto de garantizar el derecho de voto en las elecciones comunales a los extranjeros» que a primeros de abril todavía no había sido publicada en el diario oficial. Los nacionales de terceros países a la UE podrán de este modo votar en las próximas elecciones locales si éstos lo solicitan por escrito en el municipio donde residen. Esta solicitud está sujeta a dos condiciones: en primer lugar, debe estar acompañada de una declaración escrita mediante la cual el autor «se compromete a respetar la Constitución, las leyes del pueblo belga y el Convenio Europeo de Derechos Humanos»; en segundo lugar, los solicitantes deben haber establecido su residencia principal en Bélgica de manera ininterrumpida durante los cinco años anteriores a la petición.

La primera condición suscitó un debate referente a su oportunidad, dado que ninguna declaración de tales características se impone ni a los nacionales belgas ni a los nacionales de Estados miembros de la UE que también disfrutaban del derecho de sufragio en virtud de su cualidad de ciudadanos europeos. La segunda condición ha suscitado menos discusión y se

inscribe en la previsión de un período de residencia de 5 años que realiza la Directiva de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Sin embargo, hay que advertir que el texto curiosamente no precisa que se deba tratar de 5 años de estancia legal.

Una cuestión fuertemente debatida ha sido la de saber cómo evitar que los extranjeros privados de sus derechos políticos en sus países de origen puedan votar en Bélgica. La solución que finalmente se ha propuesto consiste en detallar mediante circulares las condiciones por las que una persona puede verse suspendida o privada de sus derechos políticos. Esta medida solamente podrá afectar a los extranjeros que hayan sido objeto de una decisión de tales características en Bélgica, independientemente de que lo hayan sido también en sus países de origen. Estas cuestiones deberán poder ser reguladas de manera más adecuada en el marco de la protección del derecho de voto de los extranjeros establecidos en Bélgica, dado de que precisamente se garantiza a éstos la consolidación de su estatuto después de 5 años de estancia regular ininterrumpida (*supra*).

Hay que destacar finalmente que el legislador belga se limita a reconocer a los nacionales de terceros países a la UE el derecho a elegir sin reconocer el derecho a ser elegidos. Se trata de una diferencia fundamental en comparación con la situación de los ciudadanos europeos y es considerada por algunos como el mantenimiento de una discriminación respecto de tales extranjeros. Debe subrayarse en este sentido que el artículo 8 de la Constitución establece en su párrafo tercero que «el derecho de voto reconocido en el párrafo precedente puede ser entendido por la ley referido a los residentes en Bélgica que no sean nacionales de un país de la UE, bajo las condiciones y según las modalidades determinadas por dicha ley», lo que parece excluir el derecho de ser elegido, aunque el párrafo segundo de la misma disposición, al referirse a los ciudadanos de la UE, lo hace en términos semejantes y sin embargo tales ciudadanos sí resultan elegibles.

Síntesis de Bélgica

Sobre una población de 10.309.700 personas, los extranjeros residentes en 2001 eran 846.700, representando casi un 9% del total. Pero a diferencia de otros países, la mayoría de extranjeros (563.556) procede de la Unión europea, mientras que 333.554 eran extracomunitarios; de éstos, 121.000 eran marroquíes y 69.000 turcos.

Bélgica es un Estado federal particularmente complejo, dotado de dos niveles de entidades federadas, las tres Regiones (Bruselas capital, Flandes y Valonia) y las tres Comunidades (flamenca, francesa y germanófona). La política migratoria depende de la competencia del poder federal a título de competencia residual, y comprende la legislación de entrada y permanencia en territorio belga de los extranjeros así como su aplicación, pero las Regiones son competentes en la aplicación de normas relativas al empleo y las Comunidades tienen la competencia en materia de «política de acogida e integración de los inmigrantes». Hay que recordar que la Región de Bruselas-capital, cuenta una tasa muy alta de extranjeros en su territorio, a lo que se suma la extrema complejidad del reparto de competencias que se produce entre las dos Comunidades lingüísticas presentes en la mencionada Región en el terreno de integración social. Además en Bélgica las leyes que regulan la estancia y el trabajo de los extranjeros son distintas y requieren una coordinación para que su aplicación práctica resulte coherente, teniendo en cuenta que la aplicación de tales normas depende de Administraciones diferentes.

De todo ello resulta que el peso decisivo en la regulación de la inmigración de trabajadores extranjeros en realidad no está verdaderamente ni del lado del poder federal ni del lado de las Regiones. El hecho de que además deba tenerse en cuenta la competencia en materia de integración social de los extranjeros de las Comunidades hace que todos los niveles de poder se hallen implicados en la política migratoria. Por esta razón el 31 de marzo de 1992 se creó una conferencia interministerial de política migratoria que reúne a representantes de todos los gobiernos (federal, comunitarios y regionales). Se trata del órgano llamado a desarrollar la necesaria cooperación de los diferentes niveles de poder implicados.

Las reglas aplicables a la admisión de extranjeros se recogen en la Ley sobre el acceso al territorio, la estancia, el establecimiento y el alejamiento de los extranjeros de territorio belga, de 15 de diciembre de 1980, y su Real Decreto de ejecución de 8 de octubre de 1981. Estos dos textos conforman el llamado estatuto administrativo de los extranjeros, aunque además deben consultarse otras normas para el acceso de los extranjeros al trabajo, sus derechos sociales, la integración, etc.

La Ley de 1980 fue adoptada por unanimidad en el Parlamento, algo inimaginable en el contexto político actual, y se basa en una doble lógica: por un lado, en la distinción entre varias categorías de extranjeros; por otro lado, en la separación de diferentes momentos en el recorrido del extranjero que pretende entrar y permanecer en Bélgica. Por lo que respecta a las categorías, la ley distingue entre cuatro grupos de extranjeros: los extranjeros «ordinarios» o de «derecho común», a los que se aplican las disposiciones generales de la ley, y después otras tres categorías de extranjeros privilegiados a los que se les aplican «disposiciones complementarias o derogatorias»: los ciudadanos comunitarios y sus familiares y los extranjeros familiares de una persona de nacionalidad belga, los refugiados y los estudiantes. En relación con el recorrido del extranjero, la ley diferencia claramente entre la entrada (es decir, el acceso por la frontera), la estancia corta por un máximo de tres meses, la estancia para más de tres meses y el establecimiento. A cada una de estas situaciones le corresponde una medida de alejamiento del territorio particular (rechazo, orden de abandono del territorio, reenvío o expulsión) así como distintos títulos de estancia y registros especiales de personas.

La ley, al igual que el reglamento de ejecución, ha sido modificada desde 1980 en numerosas ocasiones, generalmente desde un planteamiento restrictivo bajo la presión de las circunstancias políticas, que han cambiado muy rápidamente tras su adopción, o en respuesta a las obligaciones europeas de Bélgica, algo que se seguirá dando en los próximos años. Hoy en día es difícil encontrar un consenso político incluso en el seno de una mayoría gubernamental para modificar esta ley, aunque seguramente sea necesario refundir al menos su texto para tener en cuenta las circulares adminis-

trativas y la jurisprudencia. En la legislatura anterior a la actual, se presentó un anteproyecto de ley sobre el procedimiento de asilo que finalmente no prosperó. El futuro dirá si las múltiples discusiones que Bélgica deberá abordar en los próximos años para transponer las Directivas europeas permitirán desbloquear el debate.

III. Francia

François Julien-Lafferrière

Universidad París-Sur

3.1. Introducción

Las condiciones de entrada y permanencia de los extranjeros en Francia se hallan definidas por la Ordenanza 45-2658 de 2 de noviembre de 1945 (en adelante: Ord. 1945), modificada en numerosas ocasiones. Estas modificaciones, infrecuentes hasta 1980, se han multiplicado a lo largo de los últimos veinte años.

3.2. Las condiciones de entrada en Francia

3.2.1. Documentación y entrada para ejercer una actividad laboral

Según dispone el artículo 5 de la Ord. 1945, para entrar en Francia, todo extranjero debe estar provisto: (a) de los documentos y visados exigibles por los tratados internacionales y los reglamentos en vigor; (b) de los documentos relativos al objeto y condiciones de su estancia y de los que reflejen sus medios de vida y la asunción por parte de una compañía aseguradora de sus gastos médicos y hospitalarios, incluidos los de asistencia social, resultantes de los cuidados que pudiera precisar en Francia; así como de los documentos relativos a la garantía de su repatriación, y (c) de los documentos necesarios para el ejercicio de una actividad profesional si se propone ejercer una.

Nota: La traducción y la revisión del artículo, así como el resumen final que le acompaña, han sido realizadas por Miguel Ángel Cabellos, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Girona.

Igualmente se dispone que el acceso al territorio francés puede ser denegado a todo extranjero cuya presencia constituya una amenaza para el orden público o a aquel que sea objeto de una prohibición de entrada en el territorio francés o de una orden de expulsión.

El extranjero que desee venir a Francia para trabajar debe estar en posesión: (a) de un pasaporte y de un visado, salvo exención prevista por un tratado internacional o por el reglamento CE 539/2001 de 15 de marzo de 2001, y (b) de una autorización para ejercer una actividad profesional en Francia.

El extranjero que quiera ejercer una actividad no asalariada debe justificar que cumple determinadas condiciones relativas a la posesión de una nacionalidad (por ejemplo cuando se exija ser nacional de la UE), titulación (cuando ésta resulte exigible para desempeñar una actividad) o a estar colegiado (cuando tal cosa se requiera).

La autorización para ejercer una actividad asalariada presupone un contrato de trabajo aprobado por la autoridad administrativa y un certificado médico (artículo L. 341-2 del Código de Trabajo). La autoridad administrativa mencionada es el Ministerio de Asuntos Sociales, de Trabajo y de la Solidaridad, que sólo da el visto bueno al contrato de trabajo del extranjero candidato a entrar en Francia si se cumplen las siguientes condiciones:

1. Que no exista, entre los demandantes de empleo del mercado local de trabajo (es decir, dentro de la profesión demandada y en la zona geográfica considerada), una persona susceptible de ocupar el empleo en cuestión. Es lo que se llama «oponer la situación del empleo». Esta condición debe ser apreciada tras un examen particular de la situación del empleo dentro de la «bolsa de empleo» correspondiente (Conseil d'État –en adelante: CE–, decisión de 25/7/1986), sobre la base de las previsiones de futuro. Hace falta que exista un exceso importante de demandas para que el visto bueno sea denegado en el caso de las ofertas de empleo relativas a profesiones altamente cualificadas o caracterizadas por su gran especificidad.

2. Que el contrato de trabajo respete la «reglamentación relativa al trabajo», y que «las condiciones de empleo y de remuneración ofrecidas al

trabajador extranjero [sean] idénticas a las de los trabajadores franceses» así como que el empresario haya tomado medidas «para asegurar o hacer asegurar, en condiciones normales, el alojamiento del trabajador extranjero» (artículo R. 341.4 del Código de Trabajo).

3. Que el expediente de solicitud de entrada comprenda un certificado emitido por un médico autorizado por la Administración francesa (o por el consulado si se hace en el extranjero) tras un examen clínico y radiológico, afirmando que el extranjero no tiene ninguna de las enfermedades que enumera el artículo L. 341.2 del Código de Trabajo.

El expediente de solicitud de entrada del extranjero es tramitado por la Oficina de Migraciones Internacionales (OMI), organismo público dependiente del Ministerio de Asuntos Sociales. Si el extranjero es originario de un país en el que la OMI tiene una delegación, ésta instruirá el dossier; en el resto de casos, el dossier se tramita en la sede de la OMI en París. Tras la instrucción del dossier, la OMI lo transmite, junto con su opinión, al Ministerio de Asuntos Sociales, que toma la decisión.

No existe en Francia contingente de extranjeros para venir a trabajar. La decisión se adopta caso por caso y tras un examen individual de la situación de cada candidato, dentro de las condiciones expuestas. El número de extranjeros admitidos para ejercer una actividad profesional asalariada en Francia oscila entre diez mil y doce mil al año.

3.2.2. El visado y las condiciones de concesión

Todo extranjero que llega a Francia para ejercer una actividad profesional, cualquiera que sea la duración, debe tener un visado de larga estancia, de una validez superior a tres meses (artículo 13, Ord. 1945). Sólo están dispensados los nacionales de los Estados miembros de la UE y del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein, Noruega) y los nacionales suizos: estas tres categorías de extranjeros pueden hallarse en Francia sin el mencionado visado.

En principio, el visado de corta estancia, de duración inferior a tres meses, no da acceso al mercado de trabajo, y no permite más que las «visi-

tas familiares o privadas» (artículo 5.3, Ord. 1945) y los viajes turísticos. No obstante, el extranjero llegado a Francia con un visado de corta estancia puede pedir su regularización en aplicación del artículo 341.3.II del Código de Trabajo, que dispone que «a modo de excepción, el extranjero que se encuentra regularmente en Francia puede ser autorizado a trabajar. Deberá adjuntar a su solicitud un contrato de trabajo, y deberá ser objeto de reconocimiento médico, que lo declare apto para el trabajo, por parte de la Oficina de Migraciones Internacionales». A este procedimiento se le denomina «procedimiento de regularización». Las condiciones son así las mismas que para el extranjero que solicita trabajar desde su país de origen («procedimiento de introducción»): presentación de un contrato de trabajo y reconocimiento médico.

El visado no es otorgado más que si el extranjero presenta los documentos necesarios para entrar en Francia: pasaporte en vigor, título de transporte, y en su caso contrato de trabajo al que hayan dado el visto bueno los servicios competentes del Ministerio de Asuntos Sociales. Ninguna norma precisa los motivos por los que una solicitud de visado, de corta o larga estancia, puede ser rechazada. Lógicamente, será rechazada si el extranjero no presenta todos los documentos requeridos, pero la jurisprudencia ha admitido igualmente que la Administración dispone en esta materia de un poder discrecional muy amplio y puede igualmente rechazar la solicitud no sólo por motivos de orden público sino además por cualquier otra consideración de interés general.

Como excepción a la regla de que las decisiones de denegación de solicitudes de visado no deben ser motivadas, la denegación de la solicitud de un «trabajador autorizado a ejercer una actividad profesional asalariada en Francia» debe ser motivada (artículo 5, Ord. 1945), esto es, «comportar la explicitación de las consideraciones de Derecho y de hecho que constituyen el fundamento de la decisión» (artículo 3, Ley 79/587). El rechazo de la solicitud lo lleva a cabo la autoridad consular. Esta puede, antes de tomar la decisión, consultar con el Ministerio de Asuntos Exteriores que puede, por su parte, dirigirse al Ministro del Interior a fin de verificar si existe algún motivo de orden público que se oponga a la concesión del visado.

La denegación del visado puede ser recurrida ante la Comisión de Recursos contra las decisiones de denegación de visado de entrada en Francia, creada por el Decreto 2000-1093, y formada por el ministro de Asuntos Exteriores y representantes de los ministerios de Asuntos Exteriores, Interior y Asuntos Sociales, y un juez administrativo. El recurso ante la comisión es requisito previo obligatorio para poder interponer después un recurso contencioso, pues de interponer éste directamente ante el juez administrativo no sería admitido a trámite. El recurso debe interponerse ante la Comisión dentro de los dos meses posteriores a la notificación de denegación del visado, y aquélla puede rechazar el recurso o recomendar al Ministro de Asuntos Exteriores la concesión del visado solicitado, pero no puede acordar tal concesión, y su recomendación al Ministro no le vincula.

En caso de que se mantenga la denegación del visado, sea porque la Comisión rechazó el recurso o porque el ministro no siguió la recomendación de la Comisión relativa al otorgamiento, se puede interponer recurso contencioso. Para este recurso es competente en primera y única instancia el Consejo de Estado, y debe ser interpuesto dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la decisión confirmando la denegación de la solicitud de visado o, si el solicitante vive en el extranjero (que es lo más frecuente) dentro de los cuatro meses; en este caso, en efecto, el plazo de dos meses aumenta por otro plazo idéntico, denominado de «demora por distancia».

El Consejo de Estado considera que la Administración dispone de un gran poder discrecional para conceder o rechazar las solicitudes, habida cuenta del silencio de la ley sobre los motivos de denegación y de los intereses en juego (orden público, soberanía nacional, relaciones internacionales, etc.). En consecuencia, el Consejo de Estado ejerce un control restringido en relación con la legalidad de esa denegación:

– Comprueba si la decisión recurrida padece un «error manifiesto de apreciación», es decir, si existe una incongruencia manifiesta entre los hechos sobre los que la Administración se funda y la consecuencia de rechazar la concesión del visado, lo que resulta difícil de establecer.

– Verifica si está fundada la decisión de la Administración de rechazar la solicitud por entender que el extranjero, bajo la petición de una demanda de visado de corta estancia (turística o por motivos familiares), oculta la intención de establecerse en Francia de modo prolongado. Este es en particular el caso si el extranjero ha declarado venir a Francia por motivos familiares por menos de tres meses mientras que los elementos del dossier y los datos de que dispone la Administración permiten afirmar que en realidad viene a trabajar: este motivo de denegación del visado es así un medio de control de la inmigración económica irregular.

– Verifica igualmente que la denegación del visado no responda a datos materialmente erróneos o insuficientes, como puedan ser afirmaciones inexactas de la Administración sobre la realidad de la actividad económica del extranjero o sobre la autenticidad de los documentos presentados por el interesado.

– Cuando la denegación se funde en la inscripción del extranjero en el Sistema de información de Schengen por las autoridades francesas, el Consejo de Estado verifica la legalidad de dicha inscripción, y si la inscripción la realizó una autoridad extranjera, examina si está justificada y amparada por el Convenio de Schengen. El Consejo ha anulado la denegación de un visado por ser ilegal la inscripción de la recurrente en el SIS por estar dicha inscripción fundada en un motivo que «no se halla entre los que enumeran taxativamente los apartados 2 y 3 del artículo 96 del Convenio, únicos motivos susceptibles de fundamentar la inscripción con fines de no admisión en el territorio» (CE, 9/6/1999).

– Finalmente, en aplicación del artículo 8 CEDH, el Consejo de Estado verifica que la denegación del visado no suponga una restricción desproporcionada a la vida familiar o privada del interesado, en relación con el objetivo perseguido por la Administración. Cuando el juez administrativo anula la denegación del visado por la mencionada causa, puede ordenar a la Administración entregar el visado dentro del plazo que fije y combinar, si procede, la orden con una multa.

3.2.3. El control en frontera y la denegación de entrada

Las autoridades competentes para efectuar los controles en frontera (policía de fronteras o servicio de aduanas) deben asegurarse de que los extranjeros que entran en Francia cumplen las condiciones exigidas por el artículo 5 de la Ord. 1945 y por los tratados internacionales aplicables. Estos controles se efectúan únicamente en los puntos de entrada al territorio nacional que constituyen «fronteras exteriores»: aeropuertos y estaciones abiertas al tráfico internacional, y puertos marítimos.

El control en frontera consiste en verificar que el extranjero que quiere entrar está provisto de los documentos y justificantes exigidos por la normativa, habida cuenta del motivo de su estancia. Si el extranjero declara que viene para ejercer una actividad profesional, debe estar en posesión del conjunto de documentos exigidos al efecto, a los que ya se ha hecho referencia. Si declara venir para realizar una estancia breve, debe presentar las «garantías de repatriación», en forma de billete de regreso o de una suma suficiente de dinero; debe justificar sus medios de subsistencia, sea en dinero o a través del compromiso de un residente en Francia de hacerse cargo de él; y debe también justificar la «asunción por una compañía aseguradora de los gastos médicos y hospitalarios [...] derivados de los cuidados que pudiera necesitar en Francia». Finalmente, si la finalidad de su estancia es una visita privada o familiar, debe tener un certificado de acogida firmado por la persona que lo alojará, y que le debe asegurar las «condiciones de alojamiento normales», «revisadas» por el ayuntamiento del municipio en que el alojamiento esté situado (artículo 5.3, Ord. 1945); si viene a Francia por otra razón, especialmente por turismo, debe justificar las condiciones de su estancia a través de reservas en hoteles, cámpings, etc.

La Ordenanza de 1945 y algunos tratados internacionales contienen algunos supuestos de dispensa de algunos de estos requisitos: (a) los extranjeros admitidos en Francia en virtud de reagrupación familiar no han de justificar el objeto y condiciones de su estancia, ni sus medios de subsistencia, ni la actividad profesional que se propongan ejercer ya que tienen derecho a trabajar (artículo 5.1, Ord. 1945); (b) los nacionales de terceros países que

figuran en la lista establecida por el reglamento comunitario 539/2001 están dispensados del visado de corta estancia; (c) los demandantes de asilo están dispensados de aportar cualquier tipo de documentos, dadas las condiciones en que generalmente se ven obligados a abandonar su país de origen (artículo 8.2, Ley 52-893, de asilo), y (d) los nacionales de Estados miembros de la UE y del EEE pueden entrar en Francia con un documento de identidad o pasaporte en vigor (artículo 4.1, Decr. 94-211).

El control en frontera puede igualmente evaluar el riesgo que comporta la entrada del extranjero para el orden público. Así, el artículo 5, Ord. 1945 dispone que «el acceso a territorio francés puede ser impedido a todo extranjero cuya presencia constituya una amenaza para el orden público». Esta amenaza no se aprecia solamente en relación con el momento de la entrega del visado y, por otra parte, no puede ser evaluada si el extranjero está dispensado de la obligación de tener visado. Por lo demás, la ley de 9 de septiembre de 1986 ha derogado la disposición que la ley de 29 de octubre de 1981 había introducido en el artículo 5 de la Ordenanza y que confería al extranjero provisto de los documentos exigidos el «derecho a entrar en territorio francés». Habida cuenta de la naturaleza del motivo mencionado (amenaza para el orden público) y de la imprecisión de los términos con que se formula, las autoridades que ejercen el control en frontera disponen de un notable poder discrecional.

La denegación de entrada en Francia «debe ser objeto de una decisión escrita y motivada» (artículo 5, Ord. 1945), que indique las consideraciones de hecho y de Derecho por las que se ha adoptado e indique cuál es el requisito que el interesado no ha satisfecho. Debe notificarse al extranjero «en una lengua que comprenda» y se ha de mencionar «su derecho a avisar o a hacer avisar a la persona en cuya casa se fuera a alojar, o al consulado o al abogado de su elección, y su derecho a rechazar ser repatriado antes de que expire un día completo» (es decir, antes de que transcurran las veinticuatro horas del día siguiente a aquél en que se hubiera hecho la notificación).

La decisión puede ser ejecutada de oficio por la Administración, lo que significa que el extranjero puede ser obligado a abandonar Francia,

siendo embarcado por la fuerza en un vuelo con destino al país de procedencia. De todos modos, esta ejecución de oficio no puede tener lugar antes del plazo mencionado si el extranjero indica expresamente que desea beneficiarse del mismo para avisar a la persona con la que debía encontrarse o para ser asesorado (por un abogado, una asociación de defensa de derechos de los extranjeros o por su consulado).

Si la marcha del extranjero no puede tener lugar inmediatamente (porque solicitó no ser expulsado antes de que transcurriera un día completo, por ausencia de medio de transporte, a causa de la nacionalidad del extranjero o porque ningún país quiera acogerlo), se le mantendrá por decisión del prefecto en la «zona de espera» (zona internacional del aeropuerto o puerto), «durante el tiempo estrictamente necesario para su marcha», situación que no puede prolongarse más allá de cuatro días salvo que así lo disponga un juez civil, que puede aumentar el plazo hasta los veinte días (artículo 35 quater, Ord. 1945). El juez no es competente para apreciar la legalidad de la decisión de rechazo de entrada, y sólo puede controlar si el mantenimiento en la zona internacional está justificado por la imposibilidad de hacer marchar al extranjero.

La decisión de rechazo de entrada puede ser objeto de un recurso de anulación por desviación de poder ante el tribunal administrativo competente territorialmente. El recurso no es suspensivo y por ello no resulta de gran eficacia, dado que el tribunal no va a poder decidir antes de que el extranjero sea enviado a su país (piénsese que la duración media de un procedimiento ante los tribunales administrativos es de alrededor de dos años). Por ello el extranjero puede, al mismo tiempo que presenta su recurso de anulación, presentar ante el tribunal administrativo un recurso de urgencia con fundamento en el artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa. Debe, para ello, justificar la urgencia (que se da porque la marcha del extranjero puede tener lugar muy rápidamente) y que su recurso de anulación está orientado a «crear una duda fundada sobre la legalidad de la decisión», lo que significa que se considera probable que la decisión será anulada. Si estas condiciones son satisfechas, el juez administrativo puede suspender la decisión de rechazar la entrada.

Pero el extranjero puede también, sin presentar recurso de anulación –lo que le permitirá ganar tiempo– plantear un recurso sobre la base del artículo 521.2 del mismo Código (recurso dirigido a la protección de derechos fundamentales): debe igualmente existir urgencia y la Administración debe haber causado «una vulneración grave y manifiestamente ilegal» a un derecho fundamental. Como la entrada en Francia no es un derecho, el rechazo de la entrada no conlleva de por sí una vulneración tal; para que se dé hace falta, por una parte, que el extranjero pueda alegar un derecho fundamental, como el relativo al respeto a su vida familiar, reconocido por la CEDH y por la Constitución, o el derecho de asilo, calificado como derecho fundamental por el Consejo Constitucional (Dec. 93-325); y, por otra parte, debe demostrar que el rechazo de entrada causa una vulneración grave y manifiestamente ilegal al derecho fundamental alegado.

3.3. La residencia en Francia

El extranjero que desee residir en Francia debe, tras un plazo de tres meses desde su entrada en Francia, estar provisto de un permiso de residencia (artículo 6, Ord. 1945). Existen dos tipos de permisos de residencia: (a) el «permiso de estancia temporal» (*carte de séjour temporaire*), válido por un período máximo de un año, y que «no puede superar la duración de la validez de los documentos y visados mencionados en el artículo 5», y (b) el «permiso de residencia» (*carte de résident*), válido por un período de diez años.

3.3.1. El permiso de estancia temporal

Existen numerosos supuestos en los que un extranjero puede obtener un permiso de estancia temporal. La ley de 26 de noviembre de 2003 ha aumentado el número de casos, convirtiendo este documento en el permiso de carácter general, también para los extranjeros que quieran permanecer de manera estable en Francia. Los artículos 12 a 12 ter de la Ordenanza de 1945 enumeran las categorías de extranjeros a los que puede concederse el permiso, distinguiendo entre aquellos a los que el permiso se les puede conce-

der pero que no tienen un derecho a ello (artículo 12) y aquellos a los que se les debe otorgar «de pleno derecho» (artículo 12 ter).

Según el artículo 12, el permiso es concedido a las siguientes categorías de extranjeros: (a) quienes acrediten que pueden vivir de sus propios recursos y se comprometan a no ejercer ninguna actividad profesional sometida a autorización. Este permiso lleva la mención «visitante»; (b) quienes deseen estudiar o ya han realizado sus estudios y justifiquen que disponen de medios de existencia suficientes. El permiso lleva la mención «estudiante»; (c) quienes vienen a Francia para realizar trabajos de investigación o tareas docentes universitarias. El permiso lleva la mención «científico»; (d) artistas contratados por más de tres meses por una empresa o establecimiento artístico. Lleva la mención «profesión artística o cultural», y (e) quienes decidan ejercer en Francia una actividad profesional sometida a autorización, que hayan obtenido. El permiso incorporará el tipo de actividad de que se trate.

En virtud de los artículos 12 bis y 12 ter, el permiso con la mención «vida privada y familiar» será entregado «de pleno derecho» a los siguientes extranjeros: (a) los hijos menores y el cónyuge de un extranjero titular del permiso de estancia temporal o del permiso de residencia, autorizados a residir en Francia en virtud de reagrupación familiar; (b) el menor que, antes de cumplir trece años, justifique tener su residencia habitual en Francia; (c) el extranjero que justifique residir en Francia habitualmente después de más de diez o quince años salvo si, en el transcurso de este período, ha residido en calidad de estudiante; (d) el extranjero casado con un francés, a condición de que su entrada en Francia fuera regular, que la convivencia no haya cesado y que el cónyuge conserve la nacionalidad francesa; (e) el extranjero casado con otro extranjero titular de un permiso de estancia temporal con la mención «científico», a condición de que su entrada en territorio francés haya sido regular; (f) el extranjero, padre o madre de un menor francés residente en Francia, a condición de que haga constar que contribuye efectivamente al mantenimiento y educación del niño en las condiciones previstas por el artículo 371.2 del Código Civil desde su nacimiento o desde al menos un año; (g) el extranjero cuyos lazos personales y familiares en

Francia sean tales que el rechazo de la autorización de su estancia causase a su derecho a la vida familiar un daño desproporcionado en relación con los motivos del rechazo; (h) el extranjero titular de una pensión por accidente laboral o enfermedad profesional concedida por las autoridades francesas y cuyo grado de incapacidad permanente sea igual o superior al 20%; (i) el extranjero que haya obtenido el estatuto de apátrida, así como su cónyuge e hijos menores, si el matrimonio es anterior a la fecha de la obtención de dicho estatuto o, en su defecto, se ha celebrado hace al menos un año existiendo una convivencia efectiva entre los esposos; (j) el extranjero residente habitualmente en Francia cuyo estado de salud necesita cuidados médicos sin los cuales podrían seguirse para él consecuencias de excepcional gravedad, y siempre que no pueda recibir un tratamiento adecuado en su país de origen, y (k) finalmente, el extranjero que ha obtenido el beneficio de la protección subsidiaria, así como su cónyuge e hijos menores, si el matrimonio es anterior a la fecha de esta obtención o, en su defecto, ha sido celebrado hace al menos un año, existiendo una convivencia efectiva entre los esposos.

En todos los casos, la solicitud de permiso de estancia temporal puede ser rechazada si la presencia del extranjero en el territorio francés «constituye una amenaza para el orden público» (artículos 12 a 12 ter, Ord. 1945). De este modo, la ausencia de amenaza para el orden público es igualmente una condición de la entrada en Francia, que es examinada en tres ocasiones (lo que demuestra su importancia): cuando el extranjero pidió el visado, cuando se presentó en la frontera exterior, y ahora.

El permiso de estancia temporal puede ser retirado (al decir «puede» quiere decirse que la retirada no es obligatoria y que la Administración dispone de un cierto poder discrecional para tomar la decisión) en los siguientes casos: al extranjero que emplee a otro no autorizado a trabajar en Francia; al extranjero que trabaje sin estar autorizado (previsión introducida en 2003 y que fue muy polémica porque por primera vez se sanciona al trabajador, hasta entonces considerado como víctima más que como infractor); al extranjero del que se sospeche que ha cometido actos relacionados con la trata de seres humanos, proxenetismo, explotación de la mendicidad, robo

en medio de transporte colectivo, amenazas con animales o tráfico de estupefacientes; y, finalmente, al extranjero que haya hecho venir a su cónyuge e hijos fuera del procedimiento de reagrupación familiar (artículos 12 y 30, Ord. 1945). La retirada es igualmente posible, por más que la Ord. 1945 no la prevé expresamente, cuando el permiso se haya obtenido fraudulentamente, en aplicación del principio *fraus omnia corrumpit*.

En cambio, el permiso de estancia temporal debe ser retirado obligatoriamente cuando su titular haya hecho venir a más de un cónyuge, o a hijos que no ha tenido con su primer cónyuge; o cuando su titular sea objeto de una orden de expulsión o de la prohibición de entrar en el territorio.

La retirada tiene como consecuencia privar al interesado de todo título de residencia en Francia, así como imponerle una medida de alejamiento.

La renovación del permiso de residencia debe ser pedida antes de su expiración. Si no es así, la solicitud será rechazada y el interesado, al encontrarse en situación irregular, podrá ser objeto de una medida de alejamiento. La renovación del permiso no es automática, sino que es preciso que su titular cumpla aún, en el momento de la expiración del permiso, las condiciones exigibles para el primer otorgamiento. Así, el artículo 12 bis de la Ord. 1945 precisa que «la renovación del permiso de residencia entregada [al extranjero cónyuge de francés] está subordinada al hecho de que la convivencia no haya cesado». Ello excepto que «la convivencia haya sido rota a iniciativa del extranjero a causa de violencia conyugal ejercida por el cónyuge». De todas formas, a diferencia de la primera concesión, la renovación no está vinculada a la posesión de un visado de larga estancia ni de un certificado médico.

De esa obligación de cumplir las condiciones necesarias para una primera concesión se deriva que la Administración puede rechazar la renovación del permiso de estancia temporal si la presencia de su titular constituye una amenaza para el orden público. La misma obligación tiene como consecuencia que el permiso de estancia temporal concedido al extranjero que ha sido admitido en Francia para ejercer una actividad profesional –lo que no afecta a los casos de concesión «de pleno derecho» en virtud de los artículos 12 bis y 12 ter– sólo será renovada si al expirar su validez –es

decir, al cabo de un año— el extranjero prueba que no ha sido privado de su empleo, aportando su contrato de trabajo, sus últimas nóminas o, en su defecto, una promesa de contratación. Si ha sido involuntariamente privado de empleo (despido por causas económicas, por ejemplo) el permiso de estancia temporal se renovará por un año. Tras este período, el permiso no será en principio renovado salvo que el extranjero perciba el subsidio de paro, en cuyo caso se renovará de nuevo por la duración del mencionado subsidio.

En principio, el permiso de estancia temporal es renovado por un año. Pero el artículo 13 bis de la Ord. de 1945 prevé que el permiso con la mención «científico» o el del extranjero autorizado a ejercer una actividad profesional pueda ser renovado por una duración «superior a un año», teniendo en cuenta «la duración prevista o previsible de la presencia del interesado en territorio francés en el marco de su actividad profesional». La renovación en este caso no puede exceder de los cuatro años.

3.3.2. El permiso de residencia

El permiso de residencia, con una duración de diez años, es entregado a los extranjeros que tengan intención de establecerse definitivamente en Francia, en razón de sus vínculos familiares o de la duración de su residencia. La Ley de 26 de noviembre de 2003 ha aportado en este punto modificaciones importantes a la Ord. 1945. Los artículos 14 y 15 de ésta enumeran la lista de extranjeros beneficiarios del permiso de residencia. Como para el permiso temporal, distingue entre concesión de pleno derecho o no.

Según dispone el artículo 14 de la Ord. 1945, el permiso de residencia «puede» ser concedido, pero sin que esta concesión sea «de pleno derecho», sino dejada a la apreciación de la Administración, a las siguientes categorías de extranjeros: (a) extranjeros que justifiquen una residencia no interrumpida de al menos cinco años en Francia. Para otorgar o denegar el permiso la Administración tiene en cuenta la intención del extranjero de establecerse de modo duradero en Francia, sus medios de subsistencia y las características de su actividad profesional si la posee; (b) el cónyuge y los

hijos menores de un extranjero titular del permiso de residencia, que hayan sido autorizados a residir en Francia en virtud de reagrupación familiar y que justifiquen una residencia ininterrumpida de al menos dos años en Francia, y (c) el extranjero padre o madre de un menor francés residente en Francia y titular desde al menos dos años del permiso de estancia temporal, siempre que su establecimiento en Francia contribuya activamente al mantenimiento y educación del niño.

En todos los casos descritos, «la decisión de acordar el permiso de residencia está subordinada a la integración republicana del extranjero en la sociedad francesa», integración que aprecia el Prefecto, «en particular a tenor de su conocimiento suficiente de la lengua francesa y de los principios que rigen la República Francesa», y, en su caso, previo «informe del alcalde del ayuntamiento de residencia del extranjero que solicita el permiso de residencia» (artículo 6, Ord. 1945). Esta condición confiere a la Administración un gran poder discrecional.

Prevista en el artículo 15 de la Ordenanza de 1945, la concesión «de pleno derecho» del permiso de residencia exige en primer lugar la concurrencia de dos condiciones comunes a todos los supuestos que contempla: que la presencia del extranjero no suponga una amenaza para el orden público, y la «regularidad de la residencia», que implica igualmente la regularidad de la entrada en Francia, salvo que se dé la hipótesis bastante infrecuente de regularización una vez se ha entrado en territorio francés. El permiso de residencia es concedido de pleno derecho a los extranjeros siguientes: (a) el extranjero casado desde hace al menos dos años con un francés, a condición de que la convivencia no haya cesado y que el cónyuge conserve la nacionalidad francesa. Mientras transcurren los dos años, el extranjero puede residir en Francia con un permiso de estancia temporal; (b) el menor extranjero hijo de francés, si tal menor tiene menos de veintiún años o está a cargo de sus padres; (c) los ascendientes de un francés y de su cónyuge que estén a su cargo; (d) el extranjero titular de una pensión por accidente laboral o enfermedad profesional otorgada por un organismo francés y cuyo grado de incapacidad permanente sea igual o superior al 20%. Esta categoría figura ya en el artículo 12 bis al enumerar los titulares de pleno derecho de

la tarjeta de estancia temporal, con la diferencia de que, para beneficiarse de pleno derecho del permiso de residencia, debe hallarse en situación regular, lo que no se exige para obtener el permiso de estancia temporal; (e) el extranjero que ha obtenido el estatuto de refugiado, así como su cónyuge e hijos menores, si el matrimonio fue anterior a la fecha de la obtención de dicho estatuto o, en su defecto, se celebró hace al menos un año, continuando en cualquier caso la convivencia; (f) el apátrida que justifique tres años de residencia regular en Francia, así como su cónyuge e hijos menores; (g) el extranjero que esté en situación regular tras más de diez años, salvo si durante este período ha sido titular de un permiso de estancia temporal con la mención «estudiante». Se introduce un derecho de acceso al permiso para los extranjeros que, llegados a Francia siendo menores, no tienen cinco años de residencia cubiertos por un permiso de estancia temporal desde su mayoría de edad, y para aquellos que no han obtenido el permiso de residencia ex artículo 14, y (h) finalmente, el extranjero que cumpla las condiciones de adquisición de la nacionalidad francesa previstas en el artículo 21.7 CC (esas condiciones son: haber nacido en Francia y tener o haber tenido su residencia en Francia durante cinco años entre la edad de 11 años y de 18 años). Si ha escogido no convertirse en francés, tiene asegurada la posibilidad de quedarse en Francia con un permiso de residencia.

Como en el caso del permiso de estancia temporal, el permiso de residencia puede ser denegado si la presencia del extranjero en territorio francés constituye una amenaza para el orden público. Además, el permiso de residencia puede ser retirado (no hay obligatoriedad de ello, sin embargo) al extranjero que emplee a un trabajador extranjero que no tenga autorización para trabajar; en cambio, se retirará de modo obligatorio el permiso de residencia cuando su titular «viva en estado de poligamia», retirándose también a los cónyuges. Por último, como ocurre con el permiso de estancia temporal, el permiso de residencia puede ser retirado cuando haya sido obtenido mediante fraude. Como la renovación del permiso de estancia temporal, la del permiso de residencia debe ser solicitada antes de su expiración. Si se pide después, la Administración puede instruir la petición como de primera concesión y rechazarla por «amenaza para el orden público». Lo anterior es poco coherente con el artículo 6, Ord. 1945, que fija el principio

de que «el permiso de residencia es renovable de pleno derecho», tanto cuando su concesión queda a la discreción de la Administración como cuando fue concedido de pleno derecho. Constituye, pues, un título de residencia permanente.

La renovación, al contrario de lo que ocurre con el permiso temporal, no está subordinada a la condición de que su titular cumpla las condiciones exigidas para su primera concesión. En particular, la renovación no puede ser rechazada a causa de que la presencia del interesado constituya una amenaza para el orden público. La Ley de 24 de abril de 1997, que había introducido esta condición, ha sido declarada contraria a la Constitución en este punto, y el Consejo Constitucional estimó que habida cuenta de que el extranjero ha residido regularmente al menos diez años, la vinculación con Francia que de ello ha nacido hace que el rechazo de la renovación supusiera un daño excesivo al derecho del interesado al respeto de su vida familiar y privada» garantizado por la Constitución (preámbulo de la Const. de 1946, décimo párrafo), habida cuenta además de que «en todo momento la preservación del orden público permite a la autoridad administrativa, en caso de amenaza grave, decidir la expulsión, según lo dispuesto por los artículos 23 a 26 de la Ord. 1945».

El principio de renovación de pleno derecho del permiso de residencia conoce dos excepciones: (a) en virtud del artículo 18 de la Ord. 1945, «el permiso de residencia de un extranjero que ha abandonado Francia durante un período de más de tres años consecutivos ha caducado». Por ello no puede pedir la renovación, pues el permiso caducado ya no es válido. Se le considera de nuevo inmigrante inicial, y debe volver a reunir las condiciones exigidas para la primera entrada y residencia, y (b) en virtud del artículo 25 del Convenio de Schengen, cuando un extranjero sea incluido en la lista de no admisibles en el Sistema de Información Schengen, no se le podrá conceder título de residencia más que por «motivos serios, especialmente de tipo humanitario o resultantes de obligaciones internacionales» y previa consulta al Estado que lo haya incluido en la lista. El convenio tiene valor supralegal, y por ello la renovación no puede ser en estos casos automática.

3.3.3. Procedimiento de concesión, retirada y renovación de los permisos de residencia

El plazo de la presentación de la solicitud viene fijado por el Decreto de 30 de junio de 1946: (a) el extranjero que entre en Francia para residir debe solicitar el permiso de residencia a la prefectura antes de que transcurra el plazo de tres meses. Tras este plazo, los documentos que sirvieron para entrar en Francia ya no sirven para permanecer en ella y (b) el extranjero que se encontraba en Francia antes de cumplir dieciocho años, y que puede beneficiarse «de pleno derecho» de un permiso de estancia temporal o de uno de residencia, debe hacer su solicitud «antes de la expiración del año que siga a su decimoctavo aniversario» (es decir, antes de que cumpla los diecinueve años); si no se puede beneficiar de un permiso de pleno derecho, debe presentar su solicitud «como muy tarde dos meses después de cumplir dieciocho años».

Los plazos fijados por el artículo 3 del Decreto citado no comportan la inadmisión absoluta de la solicitud en caso de presentación fuera de plazo. El prefecto dispone de un amplio poder discrecional y ha de examinar, antes de inadmitir, la situación individual del extranjero y tener en cuenta los factores que abogan en favor de la concesión del permiso, por ejemplo, el relativo a la vida privada o familiar. Por otra parte, el Consejo de Estado admite que la solicitud sea presentada tras expirar el plazo «si circunstancias particulares lo justifican», por ejemplo, si el extranjero ha sido informado de modo incompleto o ha recibido informaciones erróneas sobre las modalidades de presentación de la solicitud; esta solución debería ser aplicada igualmente cuando el extranjero no haya podido presentar su solicitud en plazo por motivos de salud.

La autoridad competente para entregar los permisos es el prefecto, representante del Estado en el departamento, y la solicitud debe presentarse en la prefectura o la subprefectura del lugar de residencia del extranjero. El interesado se debe presentar personalmente en la prefectura. Se excluye por ello la solicitud presentada por un tercero o enviada por correo, que el prefecto puede por ello rechazar, si bien posee también aquí un amplio poder discrecional y no está obligado a hacerlo. De hecho el Consejo de

Estado ha anulado la denegación del permiso de residencia motivada por la presentación de la solicitud por correo, dado que el interesado había estado personalmente en la prefectura y allí le habían rechazado verbalmente la presentación de la solicitud.

El rechazo de la concesión del permiso de residencia –temporal o no– a un extranjero beneficiario de pleno derecho de la misma no puede hacerse sin previa consulta por el prefecto a una comisión (Comisión de Permisos de Residencia) instituida por el artículo 12 quater de la ordenanza. Esta comisión está presidida por el presidente del Tribunal Administrativo o por un magistrado designado por él, y compuesta por un miembro del Tribunal de Gran Instancia de la capital del departamento; una persona «designada por el prefecto por su competencia en materia de seguridad pública»; una persona «designada por el prefecto por su competencia en materia social»; y un alcalde «designado por el presidente de la asociación de alcaldes del departamento»; además, el alcalde del municipio en que reside el extranjero es oído por la Comisión si aquél lo pide. El extranjero es convocado ante la Comisión al menos con quince días de antelación, y puede ser asistido por un abogado, o un representante de una asociación de defensa de extranjeros, y por un intérprete. El dictamen de la Comisión no es vinculante para el prefecto, que mantiene su libertad de decisión.

La decisión por la que el prefecto deniega el permiso debe ser motivada, en aplicación de la Ley de 11 de julio de 1979 relativa a la motivación de los actos administrativos, cuyo artículo 1 impone que sean motivadas «las decisiones administrativas individuales desfavorables» que «constituyan una medida de policía». Esta motivación «debe ser escrita y comportar la exposición de las consideraciones de hecho y de Derecho que constituyen el fundamento de la decisión» (artículo 3). El prefecto debe por ello indicar, por una parte, qué norma ha aplicado, y en qué elemento/s de la situación del interesado se ha basado al aplicar esa norma. Debe igualmente mencionar el sentido del dictamen de la Comisión de Permisos de Residencia.

La retirada se dicta por el prefecto en los casos previstos por la Ordenanza de 1945 en sus artículos 12, 29.4 bis y 30 (referidos a determinadas infracciones de los Códigos de Trabajo y Penal, y a la introducción de fami-

liares fuera del procedimiento de reagrupación) para el permiso de estancia temporal, y 15 bis, 15 ter y 29.4 bis (también referidos a infracciones del Código de Trabajo, a idéntica introducción irregular de familiares y a la poligamia) para el permiso de residencia. En ambos casos la retirada puede ser igualmente dictada en caso de obtención por fraude.

No existe en principio garantía alguna de procedimiento en caso de retirada: el prefecto no reúne a la Comisión del Permiso de Trabajo salvo cuando la retirada se disponga con fundamento en el artículo 29.4 bis de la Ordenanza, es decir, cuando el extranjero «que no se halla en la categorías previstas en los artículos 25 y 26» (que enumeran a los extranjeros protegidos contra la expulsión) «hace venir a su cónyuge e hijos fuera del procedimiento de reagrupación familiar». El extranjero no es oído antes de que la decisión sea tomada y no tiene la posibilidad de presentar alegaciones por escrito.

La renovación del permiso de estancia temporal debe ser solicitada «dentro de los dos meses previos a la expiración del permiso». Mientras dura la instrucción de la solicitud de renovación, se dará al interesado «un resguardo válido como autorización de residencia», que confiere los mismos derechos que el propio permiso. La renovación del permiso no es nunca «de pleno derecho», lo que implica que el permiso no se renovará más que si su titular sigue cumpliendo, en la fecha de la decisión, las condiciones exigidas para la primera concesión, lo que el extranjero deberá probar. Si el interesado entra dentro de alguna de las categorías del artículo 12 bis de la Ord. de 1945, la renovación no puede ser rechazada sin previa consulta con la Comisión del Permiso de Residencia del artículo 12 quater de la Ordenanza; en cambio, la denegación de la renovación del permiso al beneficiario de la protección subsidiaria no da lugar a tal consulta. En todos los casos, el rechazo de la renovación debe ser escrito y motivado, en aplicación de la citada ley de 11 de julio de 1979.

Según disponen los artículos 16 a 18, Ord. 1945, el permiso de residencia es «renovable de pleno derecho», salvo si su titular vive en Francia en situación de poligamia, o si ha abandonado el territorio francés durante más de tres años consecutivos. Igual que para el permiso temporal, la renovación de este permiso debe ser solicitada «dentro de los dos meses previos

a la expiración del permiso». Además de los datos relativos a su estado civil, el interesado sólo ha de aportar el permiso que está a punto de expirar, una declaración de que no ha abandonado Francia por más de tres años y, si está casado y es nacional de un Estado cuya legislación autoriza la poligamia, una declaración de que no vive en Francia en tal estado.

Curiosamente, el artículo 12 quater de la Ord. 1945 no prevé que la Comisión del Permiso de Residencia deba ser consultada en caso de rechazo de la renovación del permiso de residencia, lo que puede parecer normal dado que es renovable de pleno derecho, y su renovación no puede en principio ser rechazada. Sin embargo, dado que el permiso puede ser retirado a ciertos extranjeros, también, *a fortiori*, se les podría no renovar, y por ello la circular del Ministro del Interior de 12 de mayo de 1998, en aplicación de la ley de 11 de mayo de 1998, incluyó, en el ámbito de competencias de la Comisión, tales hipótesis de rechazo de renovación del permiso de residencia. La circular de 20 de enero de 2004, adoptada en aplicación de la ley de 26 de noviembre de 2003, no reproduce expresamente esta previsión, lo que resulta criticable.

La decisión de rechazar la entrega o renovación, o la decisión de retirada de un permiso de residencia, temporal o no, puede ser objeto de recurso de anulación (recurso por desviación de poder) ante el Tribunal Administrativo territorialmente competente. Este recurso no es suspensivo y por ello no posee gran eficacia. En efecto: el extranjero al que se ha rechazado la concesión o renovación del permiso, o se le ha retirado éste, se encuentra en situación irregular y puede ser objeto de una decisión del prefecto de traslado a la frontera en aplicación del artículo 22.3 Ord. 1945, si «se mantiene en el territorio más allá del plazo de un mes a contar desde la fecha de notificación del rechazo o de la retirada». Dado que el Tribunal Administrativo no puede decidir en el plazo de un mes, el extranjero corre el riesgo de ser trasladado a la frontera por más que haya planteado un recurso contra el rechazo o retirada de su permiso. Con todo, hay tres vías para evitar lo anterior.

En primer lugar, el extranjero puede, en apoyo del recurso contra la decisión de traslado a la frontera, invocar la ilegalidad de la decisión que rechazó concederle o renovarle el permiso, o que se lo retiró. El juez admi-

nistrativo anulará la decisión de traslado a la frontera si concurre tal ilegalidad en la decisión inicial, pues es ésta la que sirve de base a la medida de traslado. Este mecanismo es eficaz en tanto que el recurso frente a la decisión de traslado a la frontera es suspensivo, y el juez puede no sólo impedir dicho traslado del extranjero, sino además obligar a la Administración a entregarle, renovarle o restituirle su permiso de residencia.

En segundo lugar, el extranjero puede adjuntar a su recurso de anulación una solicitud de suspensión (*référé suspension*) sobre la base del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa. El juez ordenará la suspensión de la ejecución del rechazo de la concesión o renovación, o de la retirada del permiso si estima que hay urgencia (esta condición queda satisfecha por el rechazo de la renovación o por la retirada; raramente por la denegación de la concesión) y que su recurso de anulación está orientado a «crear una duda fundada sobre la legalidad de la decisión», lo que significa que se considera probable que la decisión será anulada.

Finalmente, el extranjero puede también, aun sin interponer recurso de anulación, presentar ante el Tribunal Administrativo una solicitud de salvaguardia de una libertad (*référé liberté*) con base en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa si hay razones de urgencia que lo justifiquen y el rechazo o retirada del permiso causó «una vulneración grave y manifiestamente ilegal» a un derecho fundamental, especialmente al derecho a la vida familiar y privada.

3.4. Los derechos de los extranjeros en Francia

Conforme al principio establecido por el Consejo Constitucional en su decisión 93-325, los extranjeros que residen regularmente en Francia y poseen un título que les habilite a permanecer en ella –permiso de residencia o permiso de estancia temporal, recibo de la solicitud de concesión o renovación de uno u otro, recibo de depósito de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, autorización para trabajar por un plazo inferior a tres meses (trabajadores ocasionales o estacionales), etc.– se benefician de los mismos derechos sociales que los nacionales, tanto ellos como

quienes dependen de ellos –cónyuge o pareja con relación estable, hijos menores o a su cargo–. La condición de residencia en Francia, que deben cumplir los extranjeros para beneficiarse de las prestaciones sociales, no es discriminatoria pues «se aplica en los mismos términos a franceses y extranjeros» (CE, 28/7/1993). Los extranjeros en situación regular disfrutan, pues, de los mismos derechos que los franceses en materia de seguridad social, prestaciones familiares, pensión de jubilación o viudedad, acceso a vivienda, escolaridad, formación profesional, etc. En efecto, en relación con el «derecho a la protección social» garantizado en la Constitución, toda distinción entre nacionales y extranjeros constituiría una discriminación inconstitucional. Así lo había considerado el Consejo de Estado (antes incluso que el Consejo Constitucional lo hiciese en 1993) anulando la decisión del Ayuntamiento de París de reservar a los nacionales franceses los subsidios a percibir durante el permiso que pueden solicitar los padres para educar a sus hijos, dado que las cargas que conlleva la educación no son objetivamente diferentes en función de que los padres sean franceses o extranjeros.

La condición de residente en Francia no es exigible a los extranjeros que son titulares de una pensión de jubilación abonada por un organismo francés. El extranjero que ha trabajado en Francia con un permiso de residencia y luego regresa a su país de origen puede percibir su pensión de jubilación en ese país. Si lo solicita, puede igualmente, igual que su cónyuge, recibir un permiso de residencia por jubilación, valedero por diez años y renovable de pleno derecho, que le permite «entrar en todo momento en Francia para realizar estancias que no excedan de un año» pero que «no conlleva el derecho a ejercer una actividad profesional» (artículo 18 bis Ord. 1945). Durante su estancia en Francia, el titular de ese permiso tiene derecho a las prestaciones en especie del seguro de enfermedad.

Los extranjeros en situación irregular no se benefician, en principio, de ningún derecho a prestaciones sociales y no pueden estar afiliados a la seguridad social. En efecto, el artículo L. 115-6 del Código de Seguridad Social obliga a este organismo a verificar la regularidad de la estancia de los extranjeros que solicitan su afiliación o la renovación de la misma. Con todo, el extranjero en situación irregular pero que tiene en Francia su residencia habitual, lo que conlleva una cierta estabilidad, tiene derecho a la asistencia

social y a la asistencia médica, mediante prestaciones dispensadas por una entidad sanitaria sin que se pueda exigir «que el interesado resida regularmente [en Francia] y especialmente que sea titular de un permiso de residencia o título equivalente» según ha dispuesto el Consejo de Estado. En cambio, no se beneficiará de otras prestaciones de la seguridad social como puedan ser el abono de consultas médicas realizadas a médicos privados, de gastos farmacéuticos o en general todas aquellas prestaciones que no revisitan un carácter urgente o de necesidad.

Los hijos de padres extranjeros en situación irregular tienen derecho a ser escolarizados en las mismas condiciones que los franceses en los parvularios y centros de educación primaria y secundaria. En circular de 20 de marzo de 2000, el Ministro de Educación indicó a los directores de instituciones escolares, tanto públicas como privadas, que dado que el legislador no lo había dispuesto, no les correspondía a ellos «controlar la regularidad de la situación de los matriculados extranjeros y de sus padres», añadiendo que la matriculación en una institución escolar de un nacional extranjero de cualquier edad no puede estar subordinada a la presentación de un permiso de residencia. Por contra, la regularidad de la estancia es exigida para la matriculación en un centro de enseñanza superior: el extranjero que quiera seguir en Francia estudios superiores debe ser titular de un permiso de estancia temporal que incorpore la mención «estudiante», o de un permiso de residencia.

El extranjero que, tras haber estado en situación regular, se halle en situación irregular por cualquier causa y haya sido víctima de accidente de trabajo, tiene derecho a las prestaciones que de ello se derivan; es entonces su empresario quien debe reembolsar a la seguridad social todos los gastos ocasionados por el accidente (artículo L-471.1, Código de Seguridad Social).

Por su parte, el extranjero que no tenga su residencia en Francia y se encuentre de modo puramente ocasional –en tránsito, por visita turística, privada o familiar– no tiene en principio derecho a prestación social alguna. Por ello el legislador ha impuesto, entre los documentos exigidos para la entrada en Francia, una declaración de asunción por una compañía aseguradora de los gastos médicos y hospitalarios derivados de los cuidados que pudiera necesitar en Francia (véase artículo 5-3, Ord. 1945).

3.5. Las medidas de alejamiento del territorio francés

Existen, en Derecho francés dos tipos de medidas de alejamiento de naturaleza muy diferente y sometidas a regímenes jurídicos también diversos: el traslado a la frontera y la expulsión.

3.5.1. El traslado a la frontera

El traslado a la frontera es la medida aplicada a los extranjeros que se hallen irregularmente en Francia a fin de que abandonen el territorio. El artículo 22, Ord. 1945 enumera siete casos en los que un extranjero puede ser objeto de una medida de esta índole: (a) si el extranjero no puede justificar haber entrado regularmente en territorio francés (a menos que obtenga un título de estancia válido) o si ha contravenido las disposiciones del Código de Trabajo; (b) si el extranjero ha permanecido en territorio francés más allá de la duración de la validez de su visado o, si no estaba obligado a tenerlo, de que transcurran tres meses desde su entrada en Francia sin ser titular de un primer título de estancia, o si durante este mismo plazo ha contravenido las disposiciones del artículo L. 341-4 del Código de Trabajo; (c) si el extranjero al que se le ha rechazado la concesión o renovación de un título de estancia/residencia o se le ha retirado permanece en Francia más allá de un mes desde la fecha de notificación del rechazo o de la retirada; (d) si el extranjero no ha solicitado la renovación de su permiso de estancia temporal y permanece en Francia más allá de un mes después de expirar el permiso; (e) si el extranjero ha sido objeto de condena firme por falsificación, utilización de nombre falso o carencia de título de estancia; (f) si el recibo de la solicitud del permiso de estancia o el propio permiso que habían sido concedidos al extranjero le han sido retirados o su renovación rechazada, y (g) si al extranjero se le ha retirado su título de estancia o residencia (o se le ha denegado la renovación) por constituir una amenaza al orden público en aplicación de la normativa legal y reglamentaria vigente.

Se trata en todos los casos de poner fin a la presencia irregular del extranjero en Francia, motivada por su entrada irregular o porque se haya mantenido en el país más allá del plazo que se le había autorizado.

De todos modos, aunque se incurra en alguna de las siete hipótesis, el traslado a la frontera no puede ser aplicado a un extranjero menor ni a un extranjero que pertenezca a una de las categorías del artículo 25 de la Ordenanza, es decir, «al extranjero que justifique por cualquier medio residir habitualmente en Francia antes de alcanzar la edad de trece años»; «el extranjero que reside regularmente en Francia tras más de veinte años»; «el extranjero que reside regularmente en Francia tras más de diez años y que, no viviendo en situación de poligamia, esté casado desde hace al menos tres años con un francés que conserve la nacionalidad francesa, o con un extranjero que justifique residir habitualmente en Francia desde antes de alcanzar la edad de trece años, a condición de que la convivencia no haya cesado»; «el extranjero que reside habitualmente en Francia tras diez años y que, no viviendo en situación de poligamia, sea padre o madre de un niño francés menor residente en Francia, a condición de que contribuya efectivamente al mantenimiento y educación del niño [...] desde el nacimiento o desde al menos un año»; y finalmente, «el extranjero residente habitual en Francia cuyo estado de salud necesite cuidados médicos sin los cuales podrían seguirse consecuencias de excepcional gravedad para él, y de los que no puede beneficiarse en su país de origen. Por otra parte, aunque ninguna norma lo dice expresamente, el Consejo de Estado ha establecido que el traslado a la frontera no puede aplicarse al extranjero que cumpla las condiciones para obtener de pleno derecho un permiso de estancia temporal o uno de residencia en aplicación de los artículos 12 bis, 12 ter o 15, Ord. 1945, pues no se le puede tratar como la normativa dispone que se trate a quienes se hallan en situación irregular.

La autoridad competente para decidir el traslado a la frontera es el Prefecto del Departamento en que el extranjero ha sido hallado en situación irregular; por ello esta medida es frecuentemente denominada «acuerdo prefectoral de traslado a la frontera». El traslado debe adoptarse en decisión escrita y motivada. El prefecto debe precisar en cuál de los siete supuestos del artículo 22 de la Ordenanza de 1945 se halla el interesado. Igualmente debe, en una decisión distinta de la anterior y que generalmente se notifica al mismo tiempo que la de traslado a la frontera, designar el país hacia el que el extranjero será conducido. En aplicación del artículo 27 bis de la

Ordenanza de 1945, este país (denominado «país de destino» o «país de reenvío») es «el país del que es nacional, salvo si la Oficina francesa de protección de refugiados y apátridas le ha reconocido el estatuto de refugiado o si aún no se ha decidido sobre su solicitud de asilo», «el país que le hubiera entregado un documento de viaje en vigor», o «cualquier otro país en que sea admisible legalmente». En cualquier caso, el extranjero no podrá ser enviado a «un país donde su vida o libertad se vean amenazadas o donde pueda estar expuesto a tratos contrarios al artículo 3 CEDH».

El acuerdo de traslado a la frontera puede ser notificado al extranjero por vía postal (carta certificada con acuse de recibo) o, más frecuentemente, por vía administrativa, es decir, entrega directa del acuerdo al interesado, al que se solicitará que firme un recibo indicando la fecha y hora en que la notificación ha sido efectuada. En efecto: cuando el extranjero sea hallado en situación irregular, por ejemplo con ocasión de un control de identidad, puede ser detenido en espera de que el fiscal ponga en marcha el procedimiento penal, dado que la irregularidad de la estancia constituye un delito (artículo 19, Ord. 1945). El prefecto puede, durante ese plazo en que se espera el pronunciamiento del fiscal, notificarle la decisión de traslado a frontera. También cuando el extranjero haya sido internado en el centro correspondiente a la espera de que sea posible su abandono del territorio francés puede recibir igualmente la decisión de traslado (artículo 35 bis, Ord. 1945). En ambas hipótesis, pues, la notificación de dicha decisión se efectúa por vía administrativa.

La decisión de traslado a la frontera no puede ser ejecutada durante el plazo de interposición del recurso contencioso ni, si el recurso se ha interpuesto, en tanto el juez administrativo no haya decidido.

El artículo 22, Ord. 1945 establece un procedimiento contencioso para impugnar la legalidad de la decisión de traslado a la frontera. Este procedimiento presenta numerosas especificidades en relación con las reglas del procedimiento contencioso administrativo común.

La decisión de traslado a la frontera puede ser objeto de un recurso de anulación, con efectos suspensivos, ante el presidente del Tribunal Administrativo competente o el magistrado delegado por éste, que decide como

juez único y debe ser interpuesto dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del acuerdo de traslado a la frontera, en caso de notificación por vía administrativa; el plazo se cuenta entonces de hora a hora, de modo que en caso de notificación, por ejemplo, el viernes a las 23.30 horas, el plazo expirará el domingo a la 23.30 horas por más que el domingo no sea día laborable. Si la notificación se realizó por vía postal, el plazo para recurrir es de siete días; así, un acuerdo de traslado a la frontera recibido por correo certificado el lunes a las 11.00 horas podrá ser recurrido hasta el fin del lunes siguiente. Si el plazo de interposición del recurso expira un sábado, domingo o día festivo, es prorrogado hasta el fin del primer día laborable siguiente.

El recurso debe ser motivado, pero teniendo en cuenta la brevedad del plazo, una motivación breve es suficiente, y el recurrente podrá completar su argumentación por escrito u oralmente durante la audiencia. Puede estar asistido por un abogado y, si lo precisa, de un intérprete. El recurso es transmitido al prefecto a fin de que conteste, y el prefecto, al igual que el recurrente, es convocado a la audiencia, si bien puede enviar a un representante.

El presidente del Tribunal Administrativo debe decidir en 72 horas, pero este plazo, fijado por el artículo 22 bis, es meramente indicativo y la decisión adoptada fuera de plazo no es irregular por ello. Cuando el Tribunal Administrativo anula el acuerdo de traslado a la frontera, el prefecto debe entregar al extranjero una autorización provisional de estancia hasta que haya nueva decisión sobre su caso.

La decisión del juez del Tribunal Administrativo es susceptible de apelación, dentro del plazo de un mes desde que se haya pronunciado, ante el Consejo de Estado, pero el recurso no es suspensivo y por ello no resulta útil.

Si el recurso contra la decisión que designa el país de destino se interpuso al mismo tiempo que el recurso contra el traslado a la frontera, seguirá las mismas reglas descritas. Si se interpuso de modo independiente, estará sometido a las reglas comunes del recurso por desviación de poder y no tendrá efecto suspensivo. Cuando el Tribunal Administrativo anule el acuerdo de traslado a la frontera, anulará igualmente la decisión relativa al

país de destino, que se hallará desprovista de base legal. Por contra, si no se anula aquél sino solamente ésta, el Prefecto puede, en una nueva decisión, designar otro país al que el extranjero deba ser enviado.

3.5.2. La expulsión: Supuestos y protección frente a la expulsión

La expulsión es la medida de alejamiento tomada por motivos relacionados con el orden público. Contrariamente al traslado a la frontera, no sanciona una situación irregular sino que se previene la amenaza que la presencia del extranjero sobre el territorio francés constituye para el orden público. Lo dispuesto por el CEDH en relación con la necesidad de conciliar los imperativos de orden público con el respeto a la vida privada y familiar ha conducido a distinguir diversos procedimientos de expulsión, estableciendo diferentes grados de protección contra las consecuencias de aquélla.

El artículo, 23 Ord. 1945 dispone que «la expulsión podrá ser pronunciada si la presencia en territorio francés de un extranjero constituye una amenaza grave para el orden público». La Ordenanza no da definición alguna de lo que sea una «amenaza grave para el orden público», ni da un listado de comportamientos que sean susceptibles de constituir tal amenaza. Es por ello el juez administrativo quien decidirá, en cada caso, si los hechos imputados al extranjero constituyen o no tal amenaza. A este respecto, el Consejo de Estado ha fijado el principio de que las infracciones penales cometidas por un extranjero no serán por sí solas constitutivas de amenaza para el orden público ni justificarán una medida de expulsión, sino que ésta requerirá el examen por la autoridad competente del conjunto de la conducta del extranjero (CE, 21/1/1977). Habida cuenta del objetivo perseguido por la autoridad competente para dictaminar la expulsión –la salvaguardia del orden público– y de la ausencia de definición de la amenaza, los jueces administrativos reconocen un gran poder discrecional a la Administración y no anulan el acuerdo de expulsión más que si contiene «un error manifiesto de apreciación», en relación con las consecuencias que el comportamiento del extranjero tiene sobre el orden público.

Según el artículo 25 de la Ord. 1945 no pueden ser objeto de un acuerdo de expulsión una serie de categorías de extranjeros: el extranjero que, no viviendo en estado de poligamia, sea padre o madre de un niño francés menor residente en Francia, a condición de que contribuya efectivamente al mantenimiento y educación del niño desde su nacimiento o desde al menos un año; el extranjero casado desde hace al menos dos años con un francés, si no ha cesado la convivencia; el extranjero que justifique residir habitualmente en Francia desde hace al menos quince años (salvo que lo haya hecho como estudiante); el extranjero que resida regularmente en Francia desde hace más de diez años (salvo como estudiante); y el extranjero titular de una pensión por accidente laboral o enfermedad profesional concedida por las autoridades francesas y cuyo grado de incapacidad permanente sea igual o superior al 20%.

Las categorías de extranjeros enunciadas en este artículo las hallamos también en el artículo 15 Ord., relativo al permiso de residencia. Si bien están protegidos contra la expulsión en caso de simple «amenaza contra el orden público», en cambio pueden ser expulsados, por una parte, en caso de condena firme a una pena de prisión de al menos cinco años y, por otra parte, en caso de «necesidad imperiosa para la seguridad del Estado o la seguridad pública» (artículo 25 bis 2, Ord.). Esta noción no está definida en la Ordenanza y es el juez administrativo quien ha precisado su sentido. Normalmente suele vincularse a supuestos de tráfico de drogas, delitos sexuales, delincuentes reincidentes, etc.

Además del caso que acaba de exponerse de protección relativa contra la expulsión, también existe una protección casi absoluta contra la misma (la protección absoluta sólo se da en casos de menores de edad). Esta protección viene establecida en el artículo 26 de la Ordenanza de 1945, que dispone que salvo en caso de conductas susceptibles de atentar contra los intereses fundamentales del Estado, o ligadas a actividades de carácter terrorista, o constitutivas de actos de provocación a la discriminación, odio o violencia por razón del origen o la religión de las personas, no pueden ser objeto de una medida de expulsión: el extranjero que justifique residir habitualmente en Francia al menos desde que cumplió trece años; el extranjero

que resida regularmente en Francia hace más de veinte años; el extranjero que reside regularmente en Francia desde hace más de diez años y que, no viviendo en estado de poligamia, se halle casado desde hace al menos tres años con un francés que conserve la nacionalidad o con un extranjero de los que menciona el apartado primero, siempre que la convivencia no haya cesado; el extranjero que reside regularmente en Francia desde al menos diez años y que, no viviendo en estado de poligamia, sea padre o madre de un niño francés menor residente en Francia, contribuyendo al mantenimiento y educación del niño desde su nacimiento o desde al menos un año; y el extranjero que reside habitualmente en Francia y cuyo estado de salud precise cuidados médicos sin los cuales podrían seguirse para él consecuencias de excepcional gravedad, siempre que no pueda recibir un tratamiento adecuado en su país de origen.

Los extranjeros aludidos poseen vínculos estrechos con Francia, bien por la duración de su estancia o por razones familiares. No podrán ser expulsados por causa de «amenaza contra el orden público», en aplicación del artículo 8, CEDH, y tampoco podrán serlo (desde la modificación del régimen de la expulsión que operó la ley de 26 de noviembre de 2003) en caso de «necesidad imperiosa para la seguridad del Estado o la seguridad pública». El legislador, pues, ha querido instaurar un grado suplementario de protección para tratar soluciones dramáticas de extranjeros y miembros de su familia causadas por lo que se ha dado en llamar la «doble pena».

El artículo 26, Ord. 1945 ha sido modificado muy recientemente, y es pronto aún para saber qué interpretación van a dar el Ministro del Interior y los jueces administrativos a las nociones de «conductas susceptibles de atentar contra los intereses fundamentales del Estado, o ligadas a actividades de carácter terrorista, o constitutivas de actos de provocación a la discriminación, odio o violencia por razón del origen o la religión de las personas». Se puede por el momento constatar simplemente que se trata de conductas particularmente graves, que ponen en peligro la existencia misma de la organización estatal o social y pueden perturbar gravemente la cohesión nacional. La autoridad competente para dictar la expulsión de un extranjero ex artículo 26 es el Ministro del Interior. Como para los extran-

jeros aludidos en el artículo 25 bis, el acuerdo de expulsión en este caso viene en principio precedido del respeto al procedimiento contradictorio previsto en el artículo 24 de la Ordenanza de 1945 salvo «urgencia absoluta». El acuerdo debe ser motivado y acompañado de la decisión designando el país de envío, como en los casos precedentes.

3.5.3. Procedimiento y recursos

La autoridad competente para la expulsión es el prefecto. El acuerdo de expulsión debe ser tomado respetando las condiciones siguientes, fijadas por el artículo 24 Ord.: (a) el extranjero debe ser previamente informado, al menos con quince días de antelación, de que se ha iniciado contra él un procedimiento de expulsión; (b) se le convocará para ser oído por la Comisión departamental de expulsiones, presidida por el presidente del Tribunal de Gran Instancia de la capital del departamento o por un juez delegado por aquél, y se compone además de un magistrado del mencionado Tribunal y de un miembro del Tribunal Administrativo; (c) el extranjero tiene derecho a ser asistido por su abogado o cualquier persona que designe y de un intérprete. Puede presentar ante la Comisión alegaciones por escrito u oralmente, y (d) la Comisión emite un dictamen motivado que transmitirá al prefecto, quien no se halla vinculado por aquél.

Este procedimiento, que constituye una garantía para el extranjero dado su carácter contradictorio, no se sigue en caso de «urgencia absoluta» (artículo 25 bis 1, Ord.). En este caso, la expulsión sólo puede ser dictada por el Ministro del Interior, y no por el prefecto, y la decisión no estará precedida de ninguna formalidad: así, el extranjero no será advertido de que se le puede imponer una medida de expulsión y no será oído por la Comisión. El juez administrativo, en caso de recurso planteado por el extranjero, verificará si la urgencia absoluta invocada por el Ministro existió realmente.

El acuerdo de expulsión debe ser motivado, en aplicación de la Ley de 11 de julio de 1979 relativa a la motivación de los actos administrativos, y debe, como exige esta Ley, incluir la enumeración de los fundamentos de hecho y de Derecho que le han servido de base.

La decisión del prefecto se notifica al extranjero, a quien se le indica al mismo tiempo el sentido del dictamen de la Comisión. Esta notificación debe acompañarse de la notificación de la decisión del prefecto indicando el país al que el extranjero será enviado, notificación que se hará en las mismas condiciones que la del acuerdo de traslado a la frontera.

El acuerdo de expulsión, cualquiera que sea la autoridad que lo haya dictado, así como la vía en que se fundamente (artículos 23, 25, 25 bis o 26) puede impugnarse mediante recurso de anulación ante el Tribunal Administrativo del lugar de residencia del extranjero. El recurso debe ser interpuesto dentro de los dos meses de la notificación del acuerdo de expulsión si el extranjero no ha sido expulsado aún. Si ya lo ha sido, dispone de un plazo adicional («plazo por distancia»), de dos meses más. El extranjero puede, en las mismas condiciones, interponer un recurso de anulación contra la decisión relativa al país de envío.

El recurso no es suspensivo y no impide por ello la ejecución de la expulsión, si es preciso por la fuerza, y el embarque aun contra la voluntad del interesado en el medio de transporte precedente. Para remediar esto, el interesado puede interponer ante el Tribunal Administrativo un recurso de suspensión *référé suspension* con base en el artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa. Habida cuenta del carácter ejecutivo del acuerdo de expulsión, el juez estimará, salvo que concurren circunstancias específicas que le lleven a decidir lo contrario, que existe la condición de urgencia, exigida para dictar la suspensión.

Síntesis de Francia

La norma fundamental en materia de inmigración es la Ordenanza 45-2658 de 2 de noviembre de 1945, objeto de numerosas reformas, de las cuales las más relevantes tuvieron lugar en 1981, cuando se previó una serie de categorías de extranjeros protegidos contra la expulsión; en 1984, año en que se creó el permiso de residencia válido por 10 años y renovable automáticamente; y las reformas de 1986, que modificó a fondo la Ordenanza; 1989, que derogó tales modificaciones; 1993, que derogó a la anterior vol-

viendo a retomar las reformas de 1986; y 1998, que básicamente volvió a dejar sin contenido la reforma de 1993. Finalmente, en 2003 se adaptó plenamente la Ordenanza a la normativa comunitaria y se profundizó en la vía de proteger frente a cualquier medida de expulsión a extranjeros con fuertes vínculos con Francia, al tiempo que se endurecieron las condiciones de entrada y residencia y se agravó el cuadro de sanciones previsto.

Centrándonos en las características principales del sistema francés, en lo relativo al trabajo no existe un sistema de contingente anual y en la actualidad suelen ser admitidas entre diez mil y doce mil solicitudes de autorización para trabajar por año. Los extranjeros que deseen trabajar han de obtener un visado de larga estancia, de una validez superior a tres meses, ya que en principio el visado de corta estancia, de duración inferior a tres meses, permite las visitas familiares y privadas o el turismo pero no da acceso al mercado de trabajo salvo que excepcionalmente se solicite y obtenga de la Administración autorización para trabajar. En caso de denegación del visado de entrada existe una Comisión de Recursos a la que se debe acudir de modo obligado para poder acceder luego a la vía contenciosa ante el Consejo de Estado.

En materia de residencia existen dos tipos de permisos: el permiso de estancia temporal, válido por un período máximo de un año, y el permiso de residencia válido por un período de diez años; ambos son renovables. El extranjero que desee residir de manera estable deberá solicitar antes de que expire la validez de su visado el correspondiente permiso. Existen numerosos supuestos en los que un extranjero puede obtener un permiso de estancia temporal: la ley de 2003 ha aumentado el número de casos, convirtiendo este documento en el permiso de carácter general, también para los extranjeros que quieran permanecer de manera estable en Francia. El permiso de residencia, con una duración de diez años, está pensado para los extranjeros que tengan intención de establecerse definitivamente en Francia, en razón de sus vínculos familiares o de la duración previa de su estancia en el país. En ciertos casos la Administración tiene discrecionalidad para concederlo, y en otros la concesión es obligada. En algunos casos, además, la decisión de acordar el permiso de residencia está subordinada a la «inte-

gración republicana del extranjero en la sociedad francesa», integración que aprecia el Prefecto, considerando especialmente su conocimiento suficiente del francés así como de los «principios que rigen la República Francesa».

Debe tenerse en cuenta, finalmente, que en Francia no se dan en la actualidad procesos de regularización de carácter general, y que las regularizaciones son individuales, de modo que caso por caso se estudia si el solicitante está incurso en alguna de las causas de concesión del permiso de estancia o de residencia pensadas para estos casos.

En materia de derechos, puede destacarse que los residentes en situación regular se benefician de los mismos derechos sociales que los nacionales, mientras que quienes se hallan en situación irregular tan sólo gozan de asistencia sanitaria y ello con límites. También se reconoce a los hijos de padres extranjeros en situación irregular el derecho a ser escolarizados en las mismas condiciones que los franceses en las etapas de educación obligatoria.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que existen dos tipos de medidas de alejamiento de naturaleza muy diferente: el traslado a la frontera y la expulsión. El traslado a la frontera es la medida aplicada a los extranjeros que se hallen irregularmente en Francia para que abandonen el territorio. La expulsión es la medida de alejamiento tomada por motivos relacionados con el orden público. Contrariamente al traslado a la frontera, no sanciona una situación irregular sino que previene la amenaza que la presencia del extranjero sobre el territorio francés constituya para el orden público.

IV. Italia

Paolo Bonetti⁽¹⁾
Universidad de Milan

4.1. La evolución del Derecho de la inmigración italiano

El Derecho de la inmigración italiano, antes de la entrada en vigor de la Ley 40/1998, puede sintetizarse en los siguientes puntos:

1) La condición legal de extranjero era disfuncional, ineficaz y precaria. Además, eran frecuentes las violaciones de las denominadas reservas de ley: piénsese en el anormal papel jugado en cada materia por los centenares de complejas circulares ministeriales y en la completa ausencia de legislación de aplicación del derecho de asilo del artículo 10 apartado 3 de la Constitución. Este artículo prevé una de las más amplias nociones de asilo dotada con el más alto número de garantías en Europa; configura al asilo no como una simple concesión discrecional del Estado, sino como un verdadero derecho objetivo que es concedido no sólo a las víctimas de persecución sino también a cada uno de los extranjeros en cuyos países falta la menor de las libertades democráticas garantizadas por la Constitución Italiana.

2) Las escasas disposiciones legislativas existentes en el ámbito del estatuto legal de los extranjeros eran de carácter fragmentario –entraron en vigor con gran distancia entre ellas–, y tenían lagunas. Muy a menudo las

(1) En colaboración con Luigi Melica y Vicky Reyes.

Nota: La traducción y la revisión del artículo, así como el resumen final que le acompaña, han sido realizadas por Vicenç Aguado Cudolà, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona.

normas no eran aplicables a consecuencia de la debilidad de las autoridades públicas que demostraron mucha descoordinación.

3) Las políticas migratorias eran contradictorias porque se basaban en la planificación meramente formal de los nuevos flujos migratorios que entraban a Italia para trabajar. A ello debe añadirse que las medidas de prevención y represión de la inmigración ilegal y del mercado negro de trabajo no eran efectivas en la práctica sino bastante incoherentes. Estas medidas fueron unidas a otras disposiciones administrativas periódicas (1982) o disposiciones legislativas urgentes (1987, 1990, 1995/96) a través de las cuales los extranjeros en situación ilegal pudieron regularizar su posición. Estas disposiciones, sin embargo, no tuvieron continuidad por la posibilidad de alentar nuevos flujos ilegales de nacionales de terceros países.

La Ley de 30 de diciembre de 1986, núm. 943, contiene reglas referentes al empleo y a las condiciones de trabajo de inmigrantes no europeos y contra la inmigración ilegal. La Ley 943/1986 también incluía el primer programa de regularización de inmigrantes que estaban trabajando ilegalmente. Así, unos 120.000 trabajadores migrantes fueron legalizados en los dos años siguientes. En 1990, con la denominada «Ley Martelli» (39/1990) se llevó a cabo la regularización del permiso de residencia. Ello demostró que aumentaba la demanda de inmigrantes para llevar a cabo trabajos del más bajo nivel en el mercado laboral italiano. Tales normas se han mostrado mucho menos efectivas, ya que periódicamente dieron lugar a medidas urgentes de regularización de inmigrantes clandestinos.

En este contexto, la nueva legislación se convierte en parte de la Ley de 6 de marzo de 1998, núm. 40, «Normas sobre inmigración y estatuto del extranjero» (entró en vigor el 27 de marzo de 1998). Esta Ley consideraba la inmigración como un fenómeno estructural y era una legislación inspirada en las necesidades más sistemáticas: las normas querían poner orden en todos los aspectos de la vida del extranjero (derechos fundamentales, relaciones familiares, salud, asistencia, educación, etc.), todas las distintas fases de la inmigración (primera entrada y estancia, residencia de larga duración, deportación), todos los diversos tipos de entrada y residencia en el Estado (empleo por cuenta ajena, autónomo, trabajo de temporada, reagrupación

familiar, estudio, razones médicas, etc.). Sin embargo, la necesidad de sistematización en la legislación de 1998 parece emanar en gran parte de la falta de regulación del derecho de asilo, el estatuto del refugiado y las cuestiones relativas al asilo.

A la Ley 40/1998 le siguió el Texto Único sobre regulación de la inmigración y disposiciones sobre el estatuto de los extranjeros, decreto legislativo de julio de 1998, núm. 286 [denominado desde ahora T.U. (Texto Único o Texto Refundido)]. Incorporaba la Ley 40/1998 y todas las disposiciones legislativas aplicables en el área de los derechos de los extranjeros. Actualmente, este es el texto básico del Derecho italiano de la inmigración incluso a pesar de los cambios introducidos por leyes posteriores.

Puede decirse que en marzo de 2000, después de la entrada en vigor de los reglamentos de implementación y otros decretos ejecutivos de las leyes previstas por el T.U., la nueva disciplina de la inmigración estaba prácticamente desarrollada de acuerdo con tres objetivos principales:

1. La «implementación de una política oportuna de regulación, limitación y programación de flujos legales», es decir una línea que sea más efectiva para programar los flujos de entrada de trabajadores.

2. El «contraste entre inmigración clandestina y la explotación criminal de los flujos migratorios», es decir el incremento de la prevención y de la represión de la inmigración ilegal.

3. El «inicio de realistas y efectivas formas de integración de los nuevos inmigrantes y los extranjeros ya regularizados residentes en Italia», es decir el incremento de medidas efectivas de integración de los residentes extranjeros regulares.

La Ley 40/1998 pasó a llevar el título de «Regulación de la Inmigración y del Estatuto de Extranjeros» («Ley Turco-Napolitano»). Esta Ley establece una regulación general y orgánica de los diferentes tipos de inmigración (pero no regula la inmigración generada desde el asilo) y una completa previsión de las condiciones jurídicas de todos los extranjeros (derechos civiles y sociales, facilidades, etc.). Entre los aspectos positivos,

estaban las medidas dirigidas a mejorar el acceso al trabajo, promocionar la integración, conceder a los inmigrantes indocumentados el acceso a cuidados sanitarios y escolarización obligatoria, y por lo menos en principio, la garantía de acceso a un proceso legal y al recurso. Uno de los aspectos más innovadores de la nueva ley, propuesto por las organizaciones de voluntarios, permitía a los trabajadores entrar en el país para buscar trabajo sin tener una oferta de empleo, y otra innovación era la introducción de la planificación de cuota que evitaba la necesidad de demostrar que no habían solicitantes locales de empleo, antes que los inmigrantes. La nueva ley también incluía una nueva regulación de las agencias y asociaciones para apadrinar la entrada de inmigrantes, permitiéndoles obtener el permiso de residencia, pero la previsión incluida en la Ley de 1998 no fue implementada hasta el 2000 y el 2001.

En 1998, el número de inmigrantes residentes legales había alcanzado 1.240.721 o el 2% de la población, e Italia era el cuarto país de inmigración en Europa después de Alemania, Francia y Reino Unido.

Después de las elecciones políticas y bajo el impulso del nuevo Gobierno Berlusconi (coalición de centro-derecha) se aprobó una nueva Ley que modificaba el T.U. (Ley Bossi-Fini, núm. 189, de 2002). Esta Ley introduce nuevas previsiones significativas que hacen referencia a la entrada en Italia de ciudadanos de países no comunitarios, entre las que destacan:

- Las huellas digitales son tomadas a los inmigrantes solicitantes del permiso de estancia que cubre un período de más de 90 días sobre su primera entrada en Italia.

- El permiso de estancia está estrictamente unido al contrato de trabajo. Está remarcado por la nueva denominación de la autorización que se convierte en «contrato de estancia» en vez de permiso de estancia. Aunque el extranjero tenga un trabajo estable, el contrato de estancia expira cada dos años y debe negociarse su renovación con el empleador.

- Las obligaciones del empleador se han vuelto más difíciles, para hacer frente a las obligaciones burocráticas de la Ley Turco-Napolitano. Además, el empleador debe pagar al trabajador extranjero el viaje de regreso a su país, después de la expiración del contrato de estancia.

– El alojamiento es responsabilidad del empleador quien debe dar garantías de que está disponible y que satisface los «mínimos parámetros establecidos por las previsiones de vivienda pública».

– Para trabajar, el extranjero titular de un permiso de estancia por razones de trabajo que pierde el nuevo trabajo no puede conseguir una vivienda social y permanece registrado en las listas de empleo durante 6 meses, en vez de los 12 de la anterior ley. Si después de este tiempo no consigue un nuevo trabajo estable es expulsado del territorio nacional.

– La reagrupación familiar está limitada y las nuevas leyes establecen condiciones más restrictivas para los padres y los hijos.

– Se deroga la entrada para la búsqueda de trabajo de uno o dos extranjeros anuales por garante o fiador figura que preveía la anterior ley de inmigración 40/1998.

– La Carta de Residencia (Carta di Soggiorno) puede ser obtenida después de 6 años de residencia regular. En la anterior Ley 40/1998 el plazo era de 5 años.

– Las penas para ciudadanos italianos que contraten trabajadores extranjeros sin contrato de estancia consisten en prisión (de 3 meses a 1 año) y el pago de una multa de 5.000 euros por cada trabajador extranjero contratado.

– Un nuevo delito, como es la venta sin marca registrada, ocasiona la inmediata revocación del permiso de estancia y la expulsión del territorio nacional.

– Las penas para el tráfico ilegal y clandestino de inmigrantes, que son de 4 a 12 años de prisión y 15.000 euros por cada clandestino, no han cambiado. Se da más poder a los guardas costeros de la Marina, quienes pueden parar e inspeccionar una embarcación si tienen sospechas reales de que está involucrada en transporte ilegal y clandestino de personas, incluso fuera de las aguas territoriales.

– En caso de expulsión o en caso de retorno a su Estado, el trabajador extranjero pierde las contribuciones que ha cotizado en Italia.

La Ley 189/2002 establece también una regularización importante de trabajadores ilegales (640.000), pero sus normas no están completamente desarrolladas porque el Gobierno todavía no ha adoptado los nuevos reglamentos.

En ningún caso, bajo el nuevo artículo 117 de la Constitución, las normas sobre asilo, inmigración y estatuto de extranjeros en el sistema constitucional italiano están atribuidas solamente al Estado (competencias legislativas exclusivas), sino que las leyes regionales pueden establecer otras normas sobre integración de los extranjeros. Así algunas normas de la legislación del Estado no han sido desarrolladas, porque la legislación regional todavía no ha sido adoptada.

4.2. Visados de entrada y control fronterizo

4.2.1. Requisitos generales para la entrada y estancia en territorio nacional

El artículo 4 del T.U. establece los requisitos siguientes de entrada y estancia:

1. La entrada en territorio italiano será concedida a los extranjeros que dispongan de un pasaporte válido o documento equivalente y el visado de entrada, a menos que se especifique lo contrario, y sólo a través de los puestos fronterizos establecidos para este fin, excepto para casos de fuerza mayor.

2. El visado de entrada será expedido por las Misiones Diplomáticas italianas o Consulados en el país de origen o de residencia permanente del extranjero. Cuando se otorgue el visado de entrada se proporcionará al extranjero en el mismo momento una notificación escrita en una lengua conocida con una lista de sus derechos y deberes en relación a su entrada y estancia en Italia. La denegación del visado de entrada o de reentrada se adoptará por Orden escrita y razonada (esta estipulación se cambió con la Ley de 2002). Se entregará una copia al extranjero junto a la información para el recurso y su traducción en una lengua conocida o si esto no es posi-

ble en inglés, francés, español o árabe. El extranjero que tenga permiso de estancia sólo informará con antelación a la autoridad fronteriza a fin de reentrar en el territorio italiano.

3. De conformidad con las obligaciones derivadas de los Acuerdos de Schengen, Italia autorizará la entrada en su territorio del extranjero que disponga de la documentación necesaria para demostrar el fin y condiciones de estancia, así como medios de subsistencia suficientes por la duración de su estancia, con excepción de los permisos de estancia por trabajo, incluyendo la vuelta al país de origen. Los medios de subsistencia están definidos por una directriz concreta establecida por el Ministro del Interior. Al extranjero que no cumpla estos requisitos no se le permitirá entrar en Italia así como tampoco al extranjero que se considere como una amenaza al orden público o a la seguridad.

4. La entrada en Italia sólo puede ser autorizada con visados para estancias cortas con validez hasta 90 días y visados para estancias largas que conlleven para el titular la concesión de un permiso de estancia por el mismo motivo especificado en el visado. Para estancia por un período inferior a 3 meses también se considerarán válidas las razones especificadas en visados expedidos por autoridades diplomáticas o consulares según acuerdos internacionales o la normativa europea.

5. Los extranjeros expulsados del Estado italiano, a menos que se les haya concedido una autorización especial o el período de prohibición de entrada haya transcurrido, tendrán denegada la entrada, igual que a los extranjeros que deban ser expulsados y a aquellos que consten como no admisibles por razones de orden público, seguridad nacional y salvaguarda de las relaciones internacionales.

4.2.2. Visados

Los tipos de visados de entrada introducidos por Decreto del Ministro de Exteriores de 12.7.2000 son los siguientes: adopción, negocios, tratamiento médico, diplomático, acompañamiento de familiares, competicio-

nes deportivas, búsqueda de trabajo, invitación, trabajo por cuenta propia, trabajo por cuenta ajena, misión, motivaciones religiosas, reentrada, elección de residencia, reagrupación familiar, estudio, tránsito aeroportuario, tránsito, transporte, turismo, trabajo vacacional. En 2002 la Ley Bossi-Fini derogó el visado para la participación en el mercado de trabajo.

Solamente en casos excepcionales, y sujeto a condiciones muy estrictas, pueden las autoridades fronterizas conceder un visado para una sola entrada y por un período máximo de 5 días de tránsito y 8 días de estancia. Esto difiere del denominado «permiso fronterizo», el cual es concedido en base a un procedimiento internacionalmente aceptado que permite a los extranjeros sin visado estar de un día para otro o permanecer no más de 48 horas en áreas adyacentes a ciertos aeropuertos («permiso de visita a la ciudad») o para visitar, durante el día, las áreas urbanas en la proximidad de puertos, incluyendo lugares de mayor interés turístico («permiso para tripulación y pasajeros de cruceros»).

Por regla general, los extranjeros no tienen «derecho» a la concesión de un visado, sino que como máximo se puede considerar un «interés legítimo». Las autoridades fronterizas siempre están facultadas para rechazar la entrada a aquellos extranjeros que no estén en posesión de los suficientes medios económicos o no puedan justificar las circunstancias de su estancia, o bien por motivos de seguridad u orden público.

En 1998, el T.U. de la Ley de inmigración introdujo el principio por el cual «se especificarán por escrito las motivaciones cuando se deniegue una solicitud de visado de entrada o de reentrada, y se entregarán al solicitante junto con las instrucciones para la apelación.» (sección 4.c.2). En 2002 la reforma Bossi-Fini eliminó la aplicación del principio anterior en casos relacionados con visados de turista y de negocios, que pueden ser denegados sin alegación de sus causas.

No se permite la entrada de un extranjero que no cumpla los requisitos del visado o sea considerado una amenaza al orden público o la seguridad del Estado o de cualquiera de los países con los que Italia tiene acuerdos sobre control de fronteras internas y la libre circulación de personas, o que haya sido condenado por alguno de los delitos contemplados en el artículo

380, secciones 1 y 2 (Código Penal italiano) o por delitos relacionados con sustancias estupefacientes, la libertad sexual, la inmigración ilegal, o la captación de personas para la prostitución o actividades ilícitas de menores. A los extranjeros que han sido expulsados no se les permite la entrada en el territorio a menos que posean una autorización especial expedida por el Ministerio del Interior o que el período de expulsión haya finalizado.

No se pueden conceder visados (o ampliación de un visado anterior) a los extranjeros que se encuentren en territorio italiano.

4.2.3. Rechazos

El rechazo en frontera es una orden de la policía fronteriza. Se aplica a quien llega a la frontera sin los documentos o visados necesarios, y puede tener lugar en la propia frontera o inmediatamente después. El *Questore* (jefe de policía de cada provincia) puede adoptar otro tipo de orden de rechazo cuando el extranjero sea descubierto en territorio italiano inmediatamente después de una entrada ilegal o de que se le haya autorizado una entrada de emergencia por una situación excepcional (por motivos de salud en casos de entrada ilegal). Así, en el derecho italiano está previsto que el rechazo pueda ser ejecutado inmediatamente y que pueda ser adoptado en dos casos distintos: (a) El rechazo acordado por la policía fronteriza con respecto a los extranjeros que llegan a la frontera sin cumplir los requisitos necesarios para su entrada; y (b) El rechazo acordado por el jefe de policía con acompañamiento a la frontera se aplica a quienes intentan evitar los controles fronterizos y se les detiene después de entrar ilegalmente en el país y necesitan ayuda en el momento de su entrada ilegal.

En el segundo caso, ya no se trata de un rechazo en frontera, sino más bien de un rechazo a discreción del jefe de policía. Por lo tanto, la administración puede optar entre rechazo o expulsión y se trata de una situación donde puede decidir un juez competente. La forma utilizada por el legislador («que sean detenidos en el punto de entrada o inmediatamente después») le otorga a la autoridad una discrecionalidad prácticamente ilimitada, lo que podría tener consecuencias indeseadas para ciudadanos de

terceros países que hayan entrado en Italia ilegalmente, lleven un cierto tiempo en el país y vivan en áreas próximas a la costa, bajo la presunción de que cualquier extranjero que haya entrado ilegalmente puede ser detenido en cualquier punto cercano a una frontera costera.

Se advierte de un riesgo parecido en las disposiciones del Acuerdo italo-francés del 6 de diciembre de 1990 del Acuerdo italo-esloveno de 3 de septiembre de 1996, en vigor desde 1 de septiembre de 1997, que prevén modalidades simplificadas de rechazo y readmisión de los inmigrantes que hayan entrado ilegalmente, cuando estos extranjeros puedan ser localizados a menos de diez kilómetros de la frontera común o sean entregados a las autoridades del otro Estado dentro de las 24 horas después de haber cruzado la frontera.

Cualquier extranjero en situación ilegal que esté viviendo en territorio italiano desde hace tiempo en localidades próximas a la frontera está potencialmente expuesto al rechazo o expulsión al no existir la seguridad de que pueda mostrar una prueba documental de la fecha de entrada.

Inicialmente, el legislador de 1998 pretendía formular el rechazo como una actuación material de la policía. Sin embargo, el artículo 3, párrafo 3 introduce algunas garantías formales sobre el rechazo. Debe consistir en una notificación escrita con la motivación de expulsión. También debe indicar las posibles formas de recurso (únicamente ante el TAR, tribunal administrativo que no puede suspender el acto), tales como expresar la reserva sobre la confidencialidad de la acción. Si el extranjero no entiende el italiano, debe incluirse un resumen lo suficientemente detallado, en una lengua que pueda entender o, si esto no es posible, en una de las principales lenguas internacionales. El rechazo no impide un posible retorno legal en territorio italiano. En casos de dificultad para la inmediata ejecución del rechazo, el *Questore* acuerda una orden de detención en un centro de permanencia y asistencia temporal por un período de 30 días. La reforma Bossi-Fini prevé el establecimiento de centros de recepción para solicitantes de asilo, cerca de los puntos fronterizos oficiales.

4.3. Vías de entrada legal por razones económicas y de empleo. Contingente para la entrada laboral

4.3.1. El sistema de contingente de entrada por distintas razones de trabajo

La legislación italiana prevé un sistema planificado de cuotas o contingente. Teóricamente la cuota es determinada por uno o más decretos anuales ya que el T.U. establece en general plazos para «uno o más decretos» (incluso la nueva ley admite «decretos adicionales [...] cuando sea deseable»). La decisión de consultar a las autoridades regionales y órganos locales es implementada por un informe donde cada autoridad regional puede remitir hacia el 30 de noviembre de cada año las «previsiones de flujos sostenibles basada en la capacidad del tejido social y productivo de absorberlos», como también por la decisión de la Conferencia Unificada de Estado, Regiones y Autoridades Locales y el Comité para la Coordinación y el Control de la Inmigración, en el que están representadas las Regiones.

Después de la Ley 189/2002 no hay garantías para determinar cada año las cuotas que estarán disponibles para los inmigrantes. De acuerdo con la nueva reforma el decreto anual debería ser aprobado por el 30 de noviembre del año previo, si la decisión no se toma a tiempo, el Presidente del Consejo de Ministros puede decidir independientemente como deberán ser las cuotas hasta el límite más alto del año anterior.

Para clarificar más el sistema de cuota italiano es preferible examinar el Decreto de 2004. La cuota aprobada fue de un total de 79.000 de los que 50.000 son trabajo de temporada y 29.000 otras entradas para trabajar. Entre los 29.000 que pueden entrar legalmente en Italia, 20.000 plazas están reservadas para países que han firmado acuerdos de cooperación con Italia. En particular: 3.000 para albaneses, 3.000 para tunecinos, 2.500 para marroquíes, 2.000 para nigerianos, 1.500 para egipcios, 1.500 para moldavos, 1.500 para Sri Lanka, 1.500 para Bangladesh, 1.000 para paquistaníes y los otros 2.500 permanecen reservados para otros acuerdos de readmisión. El remanente de 9.000 va a otras nacionalidades.

En cada provincia la Oficina del Prefecto (*Ufficio Territoriale del Governo*) tiene una oficina de inmigración que tramita la totalidad del procedimiento referente a la contratación de trabajadores extranjeros con plazos cortos o contratos abiertos. Esta oficina busca igualar la oferta y demanda de trabajadores inmigrantes, habiendo previamente determinado la falta de nacionales o trabajadores de la Unión Europea capaces de hacer el mismo trabajo (este requisito ha sido derogado por la Ley de 1998). La Ley de 2002 sólo dispone una previa verificación de la capacidad de trabajadores nacionales, mientras deja a los empleadores libertad para elegir contratar a algunos extranjeros residentes en el extranjero.

4.3.2. Entrada y estancia para trabajo de temporada

En la Oficina del Prefecto de cada provincia (*Prefectura-Ufficio Territoriale del Governo*) hay una oficina de inmigración que tramita todo el procedimiento referente a la contratación de trabajadores extranjeros con plazos cortos y contratos abiertos. Sin los límites establecidos por los decretos anuales de cuota del Presidente del Consejo de Ministros o acuerdos especiales relativos a flujos de trabajadores de temporada, el empleador debe presentar el número justo de solicitudes en las oficinas de inmigración de la provincia de residencia. Estas oficinas comunican inmediatamente las solicitudes para el centro de empleo pertinente que determina dentro del plazo de cinco días la eventual capacidad de trabajadores italianos o comunitarios para ocupar las ofertas de trabajo de temporada. Las oficinas de inmigración conceden, en cada caso, la autorización en atención al derecho de precedencia en el plazo de diez días desde la comunicación del centro de empleo y no más de 20 días desde el día en el que se recibió la solicitud del empleador y envió la documentación, incluido el número de código, a las oficinas consulares. Por su parte, la Oficina Consular italiana del país de residencia u origen del ciudadano extranjero, después de los necesarios controles, concede un visado de entrada indicando el número de código fiscal. Dentro del plazo de ocho días de entrada en el país, el ciudadano extranjero debe ir a la oficina de inmigración que concederá la autorización para firmar el contrato (*contratto di soggiorno*) que se guardará en la oficina. La

oficina de inmigración enviará entonces copias a la autoridad consular pertinente y al centro de empleo.

El permiso de estancia para trabajo de temporada es válido un mínimo de 20 días y un máximo de 9 meses. Si un trabajador de temporada ha cumplido con las condiciones indicadas en el permiso de estancia y ha vuelto a su país de origen cuando expira el permiso, tiene prioridad para volver a Italia en el siguiente año, para trabajo de temporada, sobre otros ciudadanos de su país que nunca han estado en Italia por razones de trabajo. A un ciudadano extranjero que demuestra que ha estado en Italia dos años consecutivos por trabajo de temporada puede serle concedido, cuando el empleo se repite, un permiso de varios años para trabajar hasta tres años. El visado de entrada respectivo es concedido cada año, y el permiso será inmediatamente revocado si el ciudadano extranjero infringe las disposiciones de la ley de inmigración.

4.3.3. Entrada y estancia para trabajo por cuenta ajena

En cada provincia la sección de inmigración de la Oficina del Prefecto tramita todo el procedimiento relativo a la contratación de trabajadores extranjeros con plazos cortos o contratos abiertos. De acuerdo con los límites establecidos por el decreto anual de cuotas acordado por el Presidente del Consejo de Ministros, el empleador debe presentar la documentación en la oficina de inmigración de su provincia de residencia, o la provincia en que la compañía está registrada o en que tendrá lugar el trabajo. Si el empleador no conoce personalmente al ciudadano extranjero puede pedir, mediante la presentación de la documentación pertinente en el contrato los gastos de alojamiento y repatriación, el permiso de trabajo para una o más personas inscritas en las listas de las oficinas consulares, que serán seleccionadas según criterios definidos en los nuevos reglamentos.

La autorización para trabajar es válida por un período no mayor a seis meses desde la fecha de su concesión. Dentro de este período, el ciudadano extranjero debe solicitar a las oficinas consulares de su país de residencia u origen un visado de entrada y llegada a Italia.

4.3.4. Entrada y estancia para trabajo por cuenta propia

Dentro de los límites de la cuota de inmigración establecidos en el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros, para que un extranjero pueda obtener un visado de entrada para trabajo por cuenta propia, ha de obtener una serie de declaraciones y documentos en el consulado italiano. Las embajadas o consulados italianos expedirán un certificado declarando la existencia de los requisitos necesarios para conceder el permiso de empleo por cuenta propia y el visado indicando la actividad para la cual está concedido. Un permiso de estancia para trabajo por cuenta propia es válido durante dos años y puede ser renovado.

El extranjero titular del permiso de estancia que no tiene el derecho a trabajar (por ejemplo turismo, tratamiento médico, solicitud de asilo, etc.) puede pedir a la policía del lugar donde él quiere trabajar la conversión de su permiso de estancia en un permiso de trabajo por cuenta propia, si hay una cuota específica en el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros. Para poder optar a ello, además de la documentación requerida para el extranjero que solicita un visado de entrada para trabajo por cuenta propia, le debe ser expedido un certificado de la oficina provincial de empleo, en el que conste la solicitud dentro del número de trabajadores por cuenta propia establecidos anualmente.

4.3.5. Otras entradas y estancias que permiten un trabajo legal fuera del sistema del contingente

En el Derecho italiano el trabajo legal está abierto no solo a los extranjeros titulares de un permiso de estancia para trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia o de trabajo de temporada, sino también a otros extranjeros titulares de un permiso de estancia para estudio o razones familiares o asilo o razones humanitarias. De hecho, hay algunas entradas y estancias fuera del sistema de la cuota periódica para trabajar: (a) entrada y estancia para trabajos especiales (ejecutivos, artistas, periodistas, asistentes sanitarios); (b) entrada y estancia para estudios, y (c) entrada y estancia por razones familiares.

Entrada y estancia para estudios

A) Extranjeros que quieren entrar y permanecer en Italia para estudios

Un visado de entrada para estudiar puede ser solicitado por ciudadanos extranjeros residentes en el extranjero que después de asistir a la escuela como mínimo 12 años estén en posesión del certificado por el que han completado los estudios secundarios. Los estudiantes extranjeros (no comunitarios) residentes en el extranjero deben dirigirse a la misión diplomática u oficina consular italiana en su país de residencia, dentro del plazo establecido anualmente. Estas oficinas poseen una lista de las titulaciones y diplomas universitarios a fin de poder consultar el número de plazas reservadas para estudiantes extranjeros. Cuando se solicita el visado, los estudiantes deben demostrar que poseen medios para la entrada y estancia y tienen cubierto el seguro para los cuidados sanitarios y la admisión hospitalaria. Dentro de los 8 primeros días de su llegada a Italia, los estudiantes extranjeros deben ir a la policía de la ciudad en la que quieren residir para obtener un permiso de estancia por estudio. Si el estudiante se propone trasladarse temporalmente a otras ciudades, debe presentarse a la policía de la otra ciudad para declarar su cambio de domicilio en el período de 15 días. Después de matricularse y en cualquier caso, antes de expirar su permiso de estancia, los estudiantes deben ir a la policía a pedir prórroga de su permiso de estancia. Un permiso de estancia no puede ser renovado sin haber pasado un mínimo de dos exámenes en cada año académico.

Con la finalidad de obtener la admisión a una titulación o diplomatura universitarios, un estudiante extranjero debe pasar un test de lengua italiana y, para algunos cursos, un examen obligatorio de entrada.

B) Otros extranjeros que legalmente permanecen en Italia

Los extranjeros titulares de una carta de residencia o permiso de estancia para trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, por razones familiares, política de asilo, razones humanitarias o motivaciones religiosas, y los ciudadanos extranjeros residentes legalmente durante menos de un año que posean certificado de estudios secundarios extranjero o italiano deben soli-

citar directamente a la Oficina de Estudiantes la elección de Facultad. Estos estudiantes extranjeros no necesitan pasar un examen de lengua italiana.

Los ciudadanos extranjeros, con independencia de donde residan, que posean certificados de estudios secundarios de escuelas italianas en el extranjero o escuelas internacionales en Italia o en el extranjero, que sean objeto de acuerdos bilaterales o regulaciones especiales y satisfagan las condiciones generales exigidas para entrar en los estudios propuestos, pueden dirigirse directamente a la Oficina de Estudiantes de la Facultad elegida.

C) Normas generales sobre el permiso de estancia para estudios

Un permiso de estancia para estudios no puede ser renovado sin haber pasado como mínimo dos exámenes anuales para cada año académico. Un permiso de estancia para estudios no puede ser concedido por un plazo superior a tres años más allá de la duración del curso. Sin embargo, puede ser renovado para calificaciones especiales o doctorados de investigación, durante la total duración del curso siendo renovable cada año. Durante el período de validez del permiso, pueden realizarse actividades de trabajo de base salarial por un máximo de 20 horas por semana. A menos que esté estipulado de otra manera por acuerdos internacionales o bajo las condiciones acordadas según el cual al extranjero le está permitido entrar para asistir a cursos de estudio o formación en Italia, un permiso de estancia por razones de estudio o formación puede ser convertido, antes de su expiración, en un permiso de estancia con el propósito de trabajo, dentro de los límites de las cuotas establecidas bajo las normas del artículo 3 del T.U.

Entrada y estancia por razones familiares

Desde 1998 en el Derecho de inmigración italiano hay una importante protección de los derechos familiares de los extranjeros de modo que la unidad familiar es un derecho subjetivo en el Derecho de inmigración italiano.

La reagrupación familiar con hijos menores de 18 años y con el cónyuge es inmediatamente posible para titulares de un permiso como mínimo de un año renovable. La reagrupación familiar en el Derecho italiano está

fuera de las cuotas. El permiso de estancia por razones de reagrupación familiar no puede durar más de dos años y, en ningún caso, puede exceder el período de tiempo del permiso del familiar reagrupante. Los miembros de la familia pueden conseguir un trabajo legal.

La nueva Ley de 2002 limita el derecho de reagrupación a los padres de los inmigrantes: ellos tienen derecho a la reagrupación sólo cuando pueden demostrar que no hay otros hijos que puedan cuidarlos en su país de origen. Las personas con discapacidad y parientes en tercer grado no tienen derecho a la reagrupación familiar. Sin embargo, los discapacitados graves o no autosuficientes tienen derecho a la reagrupación familiar incluso si son mayores de 18 años. El artículo 28 del T.U. establece que el derecho a mantener o recuperar la unidad familiar, en atención a miembros de familias extranjeras, es reconocido a los ciudadanos extranjeros titulares de una carta de residencia o permiso de estancia válido por un tiempo no inferior a un año, concedido para trabajo por cuenta ajena, por cuenta propia, asilo o estudio o a las personas que presenten la documentación indicada demostrando la ciudadanía italiana o de un país miembro de la Unión Europea.

El derecho de reagrupación familiar se reconoce en los siguientes casos: (a) cónyuge que no esté separado del reagrupante; (b) menores dependientes, incluidos los hijos de uno sólo de los cónyuges o hijos nacidos fuera del matrimonio, que no estén casados o legalmente separados a condición que el otro cónyuge, si está vivo, haya consentido; (c) hijos mayores de edad dependientes, que no pueden objetivamente mantenerse por ellos mismos debido a su estado de salud, como completamente inválidos; (d) padres dependientes que no tengan otros hijos en el país de origen, y (e) padres de más de 65 años cuyos otros hijos no puedan cuidar por documentadas razones de salud grave. Dentro de las razones familiares está también permitido en los siguientes casos: (a) el padre natural de un menor que está legalmente viviendo en Italia, si demuestra que posee disponibilidad de alojamiento e ingresos, y (b) un familiar relacionado con un ciudadano italiano o de otro país de la Unión Europea que puede reagruparse como miembro de una familia.

Los elementos requeridos a cada extranjero (excepto refugiados) para mantener o recuperar la unidad familiar son: 1. Si la solicitud es para

un miembro de la familia debe acreditar unos ingresos anuales no inferiores al salario mínimo anual (4.557,41 euros); si es para dos o tres miembros el doble y para tres o más miembros el triple; 2. Probar la disponibilidad de alojamiento, que ha de cumplir los criterios mínimos de las leyes regionales sobre vivienda o, en caso de hijos menores de 14 años, el consentimiento del propietario del alojamiento en el que el hijo vivirá. La existencia de los requisitos mencionados deberá ser certificada por la oficina municipal o la autoridad local sanitaria, que deberá expedir el certificado indicando la conformidad de las condiciones sanitarias e higiénicas.

El reagrupante puede interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia del lugar en el que vive en caso de denegación de la solicitud o contra otras medidas de las autoridades administrativas. El Tribunal de Justicia tramitará el recurso de acuerdo con el artículo 737 y siguientes del Código procesal civil. El juez que admita el recurso puede conceder el visado incluso con la ausencia de la autorización. Las actuaciones procesales están exentas de tasas.

Los permisos de estancia por razones familiares son concedidos en los siguientes casos: (a) Extranjeros que entran en Italia con visados para reagrupación familiar o con visados ligados a miembros de una familia; (b) Extranjeros que viven legalmente en Italia por no menos de un año con otro tipo de permiso de estancia, que están casados en Italia con un ciudadano italiano o un ciudadano de un país de la Unión Europea o ciudadano extranjero que vive legalmente en el país; (c) Miembros de familias extranjeras que viven legalmente en Italia, con los requisitos para ser reagrupados por un ciudadano italiano o un ciudadano comunitario residente en Italia, o por un ciudadano extranjero que vive legalmente en Italia. En este caso, el permiso del miembro de la familia se convierte en un permiso de estancia por razones familiares. La conversión puede ser solicitada dentro de un año de la expiración del documento de estancia que posee previamente el miembro de la familia. Si el ciudadano es refugiado, no es necesario un permiso válido de estancia por parte del miembro de la familia; (d) Un padre natural y/o extranjero de un menor italiano residente en Italia. En este caso el permiso de estancia es concedido sin considerar si el solicitante tiene una válida reclamación para la estancia, con la condición de que el padre del solicitante

te no haya sido privado de su patria potestad de acuerdo con el Derecho italiano, y (e) Ciudadanos extranjeros viviendo con parientes (dentro del cuarto grado) o con su cónyuge, de nacionalidad italiana.

El permiso de estancia por razones familiares permite al titular acceder a los servicios sociales, a cursos de estudios y formación profesional, a las listas de empleo y al empleo por cuenta propia y cuenta ajena, tomando en consideración el mínimo de edad exigido para trabajar. Un permiso de estancia por razones familiares tiene la misma duración que un permiso de estancia para extranjeros miembros de una familia, en posesión de los requisitos para la reagrupación familiar, y es renovable con el segundo. Al ciudadano extranjero que está unido con un ciudadano italiano o comunitario o ciudadano extranjero que posee un permiso de residencia se le concederá una carta de residencia. En caso de muerte de un miembro de la familia, separación, divorcio o disolución del matrimonio y en caso de que los hijos no puedan obtener un permiso de residencia después de cumplir 18 años, el permiso de residencia por razones familiares puede ser convertido en un permiso de empleo por cuenta ajena, por cuenta propia o estudios, tomando en consideración la edad mínima para trabajar. Después de la nueva Ley de 2002 un permiso de estancia concedido por razón del matrimonio celebrado en Italia con ciudadanos italianos o comunitarios o con ciudadanos extranjeros que viven legalmente en Italia, es inmediatamente retirado si se averigua que la pareja no cohabita efectivamente después del matrimonio, excepto en el caso de nacimiento de descendencia.

4.4. Permiso de residencia y trabajo

En el sistema legal italiano desde 1998 hay dos formas diferentes de documentos que permiten la residencia legal: diferentes tipos de permiso de estancia («permesso di soggiorno») y una carta de estancia («carta di soggiorno»).

A) La carta de estancia o de residencia («carta di soggiorno», introducida por el artículo 9 del T.U.) es otorgada por un período indefinido y equivalente a la residencia permanente concedida a dos categorías de extran-

jeros que demuestran que no tienen una condena penal o están procesados por un delito: (a) Ciudadanos extranjeros que están viviendo legalmente en Italia durante los últimos 6 años, que son titulares de un permiso de estancia por una razón que permite un ilimitado número de renovaciones y que pueden demostrar que tienen una vivienda e ingresos suficientes para mantenerse a sí mismos y a su familia. La carta es concedida al extranjero que presenta la solicitud y a su esposa e hijos hasta los 18 años, y (b) Ciudadanos extranjeros que viven legalmente en Italia con su cónyuge o hijos italianos o ciudadanos comunitarios.

La carta de residencia es otorgada a un extranjero que no ha sido condenado o acusado de un delito. En caso de ser denegada o revocada, el ciudadano extranjero puede interponer un recurso ante el T.A.R. dentro del plazo de 60 días y puede conseguir un permiso de estancia. La expulsión de un extranjero que es titular de una carta de residencia sólo puede ser llevada a cabo por serias razones de orden público. Los titulares de cartas de residencia están exentos de los requisitos del visado, pudiendo llevar a cabo actividades legales a parte de aquellas expresamente prohibidas a los extranjeros por la ley o solamente reservadas para los italianos, además tienen acceso a los servicios y ayudas otorgadas por las autoridades públicas y toman parte de la vida local, participando en las elecciones permitidas por la normativa local. La Carta de Residencia no tiene límite como permiso en sí mismo. El documento de la Carta de Residencia debe ser renovado cada diez años, desde la solicitud, por el titular que debe proporcionar nuevas fotografías.

B) El permiso de estancia debe ser solicitado, de acuerdo con el procedimiento detallado por las normas de implementación, al jefe policial (*Questore*). El permiso de estancia debe ser concedido por las razones expuestas en el visado o previsto por las disposiciones en vigor. Las normas de implementación pueden detallar procedimientos especiales de concesión referentes a cortas estancias por razones de turismo, justicia, estar pendiente la emigración a otro estado, ejercer las funciones de ministro de una religión, y para estancias en residencias geriátricas, hospitales, institutos civiles y religiosos y otras comunidades.

El permiso de estancia debe ser otorgado por la jefatura de policía de la provincia donde está el extranjero, dentro los 8 días laborables desde su entrada en el territorio del Estado. Su duración es: (a) tres meses para visitas, negocios y turismo; (b) hasta 9 meses para trabajo de temporada (un año para empleo temporal); (c) dos años para trabajo permanente o para reagrupación familiar, y (d) no más de dos años para trabajo independiente o por cuenta ajena.

Se debe renovar 30 días antes de la expiración del permiso, y su renovación depende de las mismas condiciones requeridas en la primera concesión. La duración de la renovación no puede exceder de dos veces la concesión inicial. En cualquier caso, hasta la reforma de la Ley de 2002 el permiso de estancia para trabajar se hacía depender de una combinación de la residencia y el contrato de trabajo. La Ley de 1998 ya subordinó la extensión del permiso a la posesión de trabajo. Con la pérdida de trabajo se deniega la renovación del permiso si, al expirar, o como mucho en el período de un año desde su expiración, el extranjero no obtiene un nuevo trabajo. La Ley de 2002 no ha hecho grandes cambios al respecto: reduce a la mitad la duración de los siguientes permisos y a la mitad el tiempo máximo dado a un inmigrante desempleado para encontrar un nuevo trabajo después de que el permiso expire. Una solución que debería, sin embargo, tener conflictos con el artículo 18 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo 143/1975, ratificado por Italia mediante la Ley 158 de 10 de abril de 1981.

El nuevo «contrato de residencia para trabajo subordinado» presenta diferencias con las regulaciones anteriores que son, de hecho, más procedimentales que substanciales. Sin embargo, existen innovaciones problemáticas, tales como el establecimiento de un comité de empleadores para pagar «los costes del viaje de retorno de los trabajadores al país del que provienen» y también la disposición que requiere «al empleador para garantizar la posibilidad de alojamiento del trabajador que cumpla con los mínimos estándares fijados por la ley para una vivienda pública». Estas regulaciones producen muchas incertidumbres porque son susceptibles de interpretaciones que tienen una cierta fuerza innovativa que excluye otras interpretaciones substantivas.

En cualquier caso es importante recordar que un único permiso de estancia debe ser concedido por las causas establecidas en el visado o en las disposiciones en vigor (artículo 5 al. 2 T.U.) de modo que razones de visado y razones del permiso de estancia están generalmente vinculadas.

Hay varios tipos de permiso de estancia establecidos por leyes o disposiciones reglamentarias: adopción, negocios, tratamiento médico, razones familiares, competiciones deportivas, invitaciones, trabajo por cuenta propia, trabajo por cuenta ajena, trabajo de temporada, misión, temas religiosos, elección de residencia, estudios, turismo, asilo, razones humanitarias, minoría de edad, solicitud de asilo, migración a otros países, procedimiento o reconocimiento de la ciudadanía italiana.

El acceso al trabajo regular (por cuenta propia o por cuenta ajena) en las mismas condiciones que los ciudadanos italianos es sólo para los titulares de la carta de residencia y titulares de permiso de estancia de asilo, razones humanitarias, trabajo por cuenta propia, por cuenta ajena, razones familiares y estudios. El acceso al mercado de trabajo es diferente para cada tipo de estos permisos de estancia. El permiso de estancia para trabajo por cuenta ajena o para trabajo de temporada es concedido sólo después del «contrato de estancia» bajo la Ley 189/2002. Por su parte, el titular del permiso de estancia para estudios puede conseguir sólo un trabajo a media jornada. En cualquier caso en el Derecho de la inmigración italiano hay varias posibilidades de reconvertir algunos tipos de permiso de estancia.

4.5. Inmigración irregular

De acuerdo con el Derecho italiano, un inmigrante irregular es alguien que ha entrado en el país sin los documentos necesarios, por ejemplo, un pasaporte válido o documento equivalente y un visado concedido por las autoridades diplomáticas o consulares italianas en su propio país. La Ley también prohíbe la entrada de extranjeros que no tienen los medios necesarios para mantenerse ellos mismos durante su estancia.

Italia es un de los países más expuestos a la inmigración irregular, por su posición geográfica. Italia atrae la inmigración ilegal más que otros

países debido a la dificultad de controlar sus extensas fronteras. La relevancia de su economía sumergida es debido a la expansión de las atenciones a particulares y servicios domésticos, así como también a la proliferación de empresas pequeñas donde los trabajadores pueden pasar más fácilmente desapercibidos. Las leyes de inmigración se han dirigido principalmente a introducir seis medidas de amnistía: no hay datos sobre las regularizaciones después de las Circulares del Ministro de Trabajo de 2 de marzo y 9 de septiembre de 1982, pero muchos extranjeros han regularizado su situación en Italia después de la Ley 943/1996 (105.000), la Ley 39/1990 (222.000), el Decreto-ley 489/1995 (246.000), los Decretos de 1998 y 1999 (217.141), y la Ley 189/2002 (634.728). En cualquier caso, un total de casi 1.500.000 personas no han solucionado el problema. Otra entrada irregular en Italia es la existencia de organizaciones criminales. La extensión de las actividades de bandas criminales, especialmente en el Sur de Italia ha impulsado este tráfico de personas.

4.5.1. Expulsión en casos de irregularidad

En el Derecho de la inmigración italiano las expulsiones pueden ser de dos tipos: judicial y administrativa.

A) Expulsión judicial. Las disposiciones dejan a la discrecionalidad de la autoridad judicial a la luz de los presupuestos determinados caracterizados por las leyes, a los cuales corresponde la valoración del peligro que el extranjero supone para la sociedad *post delictum*. Las disposiciones sancionan diversas modalidades que son

La **expulsión como medida de seguridad** es ejecutada al final de la detención penal (artículo 15 T.U.): es decidida por el juez mediante la sentencia acordando para el tipo de delito cometido según permite el Código Penal y para los delitos indicados en los artículos 380 y 381 del Código Penal y se basa en la clasificación de los extranjeros condenados como peligrosos para la sociedad. Este juicio de peligrosidad está basado en las características del delito, la personalidad del culpable y el hecho de que el condenado haya cometido otros delitos. No es tanto un proceso automático para delitos medios, sino más bien, una medida de seguridad y, en caso de verificación

de que el extranjero no es un peligro para la sociedad, puede ser de todas formas revocada por el magistrado supervisor antes de su ejecución, la cual sin embargo se lleva a cabo después de que el condenado ha cumplido una sentencia de cárcel por medidas preventivas.

Sin embargo, el legislador no ha determinado el estatus legal del extranjero condenado a quien el magistrado supervisor revoca la expulsión como medida de seguridad, después de verificar que el extranjero no es un peligro para la sociedad. Con todo, después de la ley de 2002 una condena penal impide el permiso de estancia, y en los supuestos de condena por delitos comporta además la revocación de la carta de estancia. Así, el Prefecto podría muy bien llevar a cabo una expulsión administrativa, en base al artículo 200, último apartado del Código Penal, que prevé que la aplicación de las medidas de seguridad no supone la expulsión del extranjero del territorio del Estado establecida por las leyes de seguridad pública. La concesión del permiso de estancia debería reconocerse sólo si el extranjero, cuando recupera la libertad, cumple las condiciones que impiden expulsarlo de acuerdo con el artículo 19 T.U., lo cual legitima la concesión de uno de los indicados permisos de residencia del artículo 28 del reglamento. De acuerdo con las condiciones del artículo 20, apartado 1, letra c) del T.U. la concesión del permiso de residencia por razones familiares está legitimada en el caso de un extranjero que ha sido condenado por crímenes cometidos cuando era menor de edad y que, durante la detención, ha dado pruebas de rehabilitación social y ha participado en programas de integración social. Puede obtenerse del Jefe de la Policía y es un permiso especial de estancia por razones de protección social según lo previsto en el artículo 18 apartado 6 del T.U.

La expulsión como sustitutiva de una condena penal en los casos de penas a extranjeros ilegales por delitos menores: la expulsión por las razones de sustitución de la condena, no inferior a una duración de 5 años, puede ser invocada por el juez con respecto a un extranjero que pertenece a las categorías de personas expulsables con una orden administrativa de expulsión y que es condenado en primer grado por un delito no culposo. También puede ser invocada como resultado de un acuerdo negociado de la pena, en

vez de una sentencia preventiva de cárcel de dos años, cuando por sentencia no puede ser suspendida, siempre que no haya obstáculos materiales a la ejecución de la expulsión de acuerdo con el artículo 14 apartado 1 del T.U. Esto legitima el internamiento del extranjero que va a ser expulsado en centros de detención temporal (cf. artículo 16 T.U.). Con esta última disposición de expulsión el legislador confiere por lo tanto al órgano judicial la facultad de sustituir a la autoridad de seguridad pública al sancionar la inmigración ilegal y expulsar inmediatamente del territorio nacional a migrantes clandestinos que han sido previamente condenados por delitos menores.

La expulsión como una alternativa a los dos últimos años de detención penal para cualquier tipo de delitos, excepto para los más importantes (artículo 16 T.U. después de las nuevas normas introducidas por la Ley 189/2002).

B) Expulsión administrativa. Órdenes policiales aprobadas –sin el mismo tipo de encuentros preliminares entre el extranjero y la administración y sin consulta entre las varias administraciones previstas– por las autoridades nacionales (Ministro del Interior) o provinciales (Prefecto) de seguridad pública cuando se dan determinados hechos identificados por el legislador, que presuponen una evaluación del extranjero como un peligro para la sociedad *ante or praeter delictum*: en las disposiciones administrativas de expulsión, como en el artículo 13 T.U., a veces aparecen normas obligatorias de naturaleza sancionadora (en los casos de expulsión adoptados por infracción de las reglas de entrada y de residencia) y a veces aparecen como disposiciones discrecionales de naturaleza preventiva (en los dos casos de expulsión de extranjeros juzgados por ser un peligro para la seguridad pública).

Una orden de expulsión administrativa es acordada por el jefe de Policía (Prefecto) cuando un ciudadano extranjero: (a) ha entrado eludiendo los puestos de control fronterizo y de este modo no ha sido rechazada su entrada; (b) ha permanecido en territorio italiano sin solicitar un permiso dentro de los 8 días laborables posteriores a la entrada (excepto en aquellos casos en que el retraso es debido a circunstancias que van más allá de su control), si el permiso de estancia ha sido revocado o anulado o si el plazo ha expirado más de 60 días y no se ha solicitado su renovación, y (c) es con-

siderado por la ley como un peligro para la sociedad por estar implicado en tráfico delictivo, o ser procesado por actividades delictivas, o resultar sospechoso de delitos de mafia-asociación o similares.

Si el ciudadano extranjero que ha de ser expulsado está sujeto a procesamiento, el Jefe de Policía pide a la autoridad judicial la autorización para la expulsión. Esta solicitud sólo puede ser denegada por requerimientos vinculados con el juicio. La autorización se considera concedida si la autoridad judicial no ha tomado la decisión dentro de los 15 días siguientes a la solicitud (silencio positivo o *silenzio assenso*). La legislación de 2002 favorece claramente la expulsión también como alternativa al procedimiento penal y al reforzamiento de la pena, pero esta opción ciertamente genera cierto recelo porque al final esté favoreciendo comportamientos delictivos contra los italianos.

Desde la reforma de 2002 todas las órdenes de expulsión (judicial o administrativa) son ejecutivas inmediatamente por la fuerza de policía. Si es imposible la inmediata ejecución de la orden de expulsión o *refoulement*, el *Questore* puede ordenar la detención en un «Centro para Permanencia Temporal y Asistencia» (CPTA) cuando se requiere la averiguación de la identidad del expulsado, para adquirir los documentos necesarios de viaje o visados o cuando el medio de transporte apropiado no está disponible. Estos centros de detención están fuera del sistema de prisión principal, no hay celdas y los detenidos son libres de comunicarse con el mundo exterior. Un juez debe confirmar la decisión del *Questore* dentro de 48 horas, después de una entrevista con el extranjero. La detención está limitada a 30 días, extensibles por el mismo juez otros 30 días más si hay posibilidades reales de resolver los problemas de expulsión.

4.5.2. Medidas penales y acuerdos bilaterales de readmisión

La Ley de 2002 virtualmente confirma o cambia muy poco las penas previas por contrabando y tráfico de personas. El contrabando era y es severamente castigado con penas superiores a los 12 años, mientras que el tráfico para la prostitución o el trabajo juvenil está castigado con prisión supe-

rior a los 15 años. Las personas que emplean inmigrantes indocumentados son castigados con prisión superior a un año y 3.000 euros.

En la Ley penal de 2002 las sanciones han sido revisadas, empezando por aquellas relacionadas con las actividades y organizaciones clandestinas que cruzan las fronteras. Al respecto, se ha realizado una clara distinción entre actividades lucrativas y no lucrativas y entre las meramente lucrativas y aquellas actividades lucrativas con métodos inhumanos o incluso «el reclutar personas para la prostitución o para la explotación sexual» o para «la entrada de menores que son empleados en actividades ilícitas que implican su explotación». Además, la Ley establece un incremento de penas para aquellos que contratan trabajadores inmigrantes que no cumplen los requisitos para la residencia.

Este tipo de medidas son reforzadas por diversos acuerdos bilaterales de readmisión firmados por Italia con los países origen y tránsito de inmigración y por los acuerdos de cooperación policial que se han realizado con otros países europeos como Alemania y Francia, habiéndose transformado en un proyecto de la Europa comunitaria sobre policía fronteriza, propuesto por el último gobierno de centro-izquierda y fuertemente rechazado por el presente gobierno de centro-derecha.

4.5.3. Garantías administrativas y jurisdiccionales contra la expulsión administrativa

La Ley 40/1998 establece que el extranjero que ha sido expulsado por un decreto administrativo del Prefecto debe salir del territorio italiano en 15 días desde la notificación o, si es por delitos graves, la autoridad puede disponer una deportación directa hasta la frontera. Si no es posible por la falta de identificación del extranjero, es custodiado por un máximo de 30 días en un Centro de Permanencia Temporal y Asistencia, para dar tiempo a las autoridades italianas a identificar a la persona. La Ley Bossi-Fini del 2002 reforma la ejecución, ya que generalmente cada orden de expulsión es ejecutada con el acompañamiento a la fuerza a la frontera del Estado y la facultad de detención en el mencionado Centro en varios casos ha confirmado este esquema.

Con la Ley 40/1998, los extranjeros pueden recurrir contra la orden administrativa de expulsión dentro de los cinco días desde la notificación; el Tribunal está obligado a fijar la audiencia antes de cinco días y tomar la decisión en los siguientes cinco días después de haber oído a la persona. Esto significa que, debido a los plazos para salir del país dispuestos por la Ley (15 días), el acto de expulsión no puede ser ejecutado si el Tribunal no ha escuchado al extranjero. Así, la suspensión del acto de expulsión no estaba expresamente dispuesto por la Ley, pero ha sido aprobada de hecho por el legislador de la Ley 40 a través de los plazos citados. Desde 2002, con la Ley Bossi-Fini, no es posible nada más: el recurso puede ser tramitado en el plazo de 30 días desde la expulsión, a través de la Embajada italiana en el país extranjero de origen o a través de un notario que delega en un abogado italiano. No hay posibilidad de suspensión judicial de la ejecución de la expulsión. El extranjero sólo puede regresar a Italia a tomar parte de este juicio por una autorización especial.

En cualquier caso, la orden administrativa de expulsión debe ser motivada y es directamente ejecutiva, incluso si es objeto de recurso. Se comunica al ciudadano extranjero personalmente o por escrito y notificación motivada de la orden, conteniendo las indicaciones de las vías de recurso. Si el ciudadano extranjero no entiende el italiano, la orden debe ir acompañada de un resumen de su contenido en una lengua que él entienda o, si no es posible, en inglés, francés o español, de acuerdo con las preferencias del individuo en cuestión.

Después de la nueva Ley 189/2002 el Tribunal Constitucional juzgará cientos de cuestiones sobre violaciones de la Constitución en las normas sobre la expulsión administrativa, porque las disposiciones legislativas: 1. Establecen como sistema normal las órdenes administrativas de expulsión, que son normalmente ejecutadas con el uso inmediato de la fuerza: hay una duda real de violaciones de normas que reservan al magistrado (y no a la autoridad policial) un poder para adoptar medidas de limitación de la libertad personal en los casos indicados por la Ley (artículo 13 de la Constitución); 2. Limita las posibilidades reales de usar el derecho de defensa contra las medidas de la Administración pública (artículos 24 y 113 de la Constitución); 3. Hay algunas violaciones del principio de igualdad (artículo 3 de la Constitución).

4.6. Derechos culturales, civiles y sociales de extranjeros

4.6.1. Derechos básicos y acciones contra discriminaciones

Hay unas condiciones legales objetivas que son reconocidas a los extranjeros que se presentan en la frontera tanto si están presentes legalmente como si no cumplen con las normas de entrada y estancia de extranjeros; y, por lo tanto, también valen para los extranjeros que están sujetos a la expulsión o a las disposiciones de rechazo. Todos ellos disfrutan de los «derechos humanos fundamentales previstos en las normas internas, los convenios internacionales en vigor y los principios del Derecho internacional generalmente reconocidos» (artículo 2, apartado 1 T.U.). Esta última mención debe ser interpretada y quizás debería referirse a las normas internacionales reconocidas en el artículo 10, apartado 1 de la Constitución. También debe recordarse, en virtud de la reserva reforzada de ley del artículo 10, apartado 2 de la Constitución, que la protección de los derechos humanos es parte de la dimensión universal que excede el límite de territorialidad.

Aparte de las referencias constitucionales e internacionales, el mismo legislador especifica los derechos que se garantizan a los extranjeros. De hecho, el artículo 2 apartado 5 T.U. reconoce a los extranjeros (y por tanto también a los inmigrantes ilegales presentes en territorio italiano) la igualdad de trato con los ciudadanos italianos respecto a la protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, en relación con la Administración pública y el acceso a los servicios públicos, con las limitaciones previstas por la Ley. En la práctica estos derechos están muy limitados por la nueva legislación por lo que respecta a los extranjeros que no residen legalmente.

En realidad, el derecho a la defensa se interpreta de manera menos efectiva, y a veces menos útil, por varias disposiciones del T.U. que definen las disposiciones del extranjero desde el territorio nacional y que reduce a sus mínimos términos la posibilidad de recurrir las disposiciones que afectan a su estancia en Italia.

Por otra parte, en base al artículo 6, apartado 2 del T.U. el acceso a los servicios de la Administración pública es reconocido al extranjero presente en el territorio del Estado sólo con respecto a las previsiones de carácter temporal, previsiones inherentes a los actos del estatus marital (nacimiento, matrimonio, muerte, ciudadanía); o el acceso a los servicios públicos (por ejemplo, transportes públicos), mientras que para el otorgamiento de licencias, autorizaciones, registros y otras previsiones el extranjero debe mostrar su permiso de residencia (un permiso de estancia, para el menor de 14 años en el permiso de residencia de sus padres).

Finalmente, el extranjero presente en el territorio italiano está sin embargo sujeto «a la observancia de las obligaciones establecidas por las normas en vigor» (artículo 2, apartado 9, T.U.), esto es, las obligaciones que son aplicables a todos (normas penales, normas fiscales, otras normas administrativas, etc.).

Aparte de la proclamación de los derechos fundamentales es necesario recordar que la nueva legislación racionaliza y fortalece la efectividad de las medidas de policía que pueden ser adoptadas con respecto a los nacionales de terceros países. En base a los artículos 10, 13, 14, 15 y 16 T.U. con respecto a los extranjeros presentes, cualquiera que sea su estatus, el Estado puede adoptar disposiciones para trasladarlos desde el territorio italiano (rechazo, expulsión administrativa, expulsión por razones de seguridad, expulsión substitutiva de la condena) y especialmente disposiciones limitativas de la libertad personal que permita la efectiva ejecución de las anteriores (internamiento en Centros de Permanencia Temporal y Asistencia). Cada nacional de tercer país, legal o ilegal, en el territorio del Estado, está finalmente sujeto a la obligación, sancionada penalmente, de mostrar a los oficiales y agentes de seguridad pública, el pasaporte u otra acreditación de la identidad, o la carta o permiso de residencia (artículo 6, apartado 3 T.U.). Al extranjero se le puede pedir el documento de identidad por la autoridad de la seguridad pública en caso de que se dude sobre su identidad (artículo 6, apartado 4 T.U.).

El extranjero presente en el territorio del Estado (incluso si ha entrado ilegalmente en Italia) es titular además de los derechos sociales en mate-

ria de salud y educación: 1. Todos los extranjeros presentes en Italia tienen derecho a cuidados de emergencia y esenciales, incluso de base continua, en hospitales y clínicas en caso de accidente, enfermedad y maternidad. 2. Los extranjeros menores presentes (legal o ilegalmente) en territorio italiano tienen el derecho y la obligación a la educación igual que los menores de nacionalidad italiana.

Los inmigrantes documentados disfrutan de los mismos derechos sociales que los ciudadanos italianos. Si bien las limitaciones se han incrementado, como en las ayudas por maternidad a las madres solteras y para las madres de tres o más hijos que deben ser titulares de una carta de residencia permanente, el acceso a la vivienda pública está ahora conectado con los dos años del permiso de residencia. En caso de repatriación, los trabajadores inmigrantes pueden disfrutar de su retiro si han cumplido los requisitos de la legislación italiana.

Los inmigrantes indocumentados tienen derechos básicos, esencialmente cuidados sanitarios públicos y educación pública. La Ley de 2002 ha cambiado los derechos de los inmigrantes indocumentados muy marginalmente. Los inmigrantes indocumentados tienen todavía derecho a la salud en los «servicios esenciales y tratamiento incluso a largo plazo» y no sólo en caso de emergencia y embarazo. A los inmigrantes indocumentados se les da una cartilla sanitaria pública anónima especial, tanto si aceptan pagar la normal contribución o se declaran incapaces de pagarla. Para los menores indocumentados la educación pública no solamente es gratuita sino también obligatoria. Los inmigrantes indocumentados también tienen derecho a las ayudas legales.

El alojamiento temporal, también con la Ley de 1998, fue limitado sólo a los inmigrantes legales, pero la Ley Bossi-Fini especifica que todas las «medidas de integración social» están limitadas a los inmigrantes legales y, por tanto, denegada a las asociaciones privadas (por ejemplo, las asociaciones católicas como Caritas) la posibilidad de asistir y proteger a inmigrantes indocumentados. Además, la Ley Bossi-Fini no permite ampliar los consejos locales para proveer cualquier tipo de refugio en caso de afluencia de ilegales excepcionales, como era permitido bajo la Ley Turco-Napolitano.

Es posible una acción pública contra la discriminación directa o incluso indirecta, por razones de raza, color, origen, y creencias religiosas. La legislación italiana todavía no ha transpuesto la Directiva sobre la anti-discriminación en dos puntos. La Ley de 1998 prohíbe varias formas de discriminación contra ciudadanos o extranjeros, pero no prevé la inversión de la carga de la prueba en casos relativos a discriminación contra trabajadores por empleadores. El Decreto legislativo 216/2003 en concordancia con la Directiva 2000/78/CE incluye la inversión de la carga de la prueba y especifica las diferencias entre discriminación directa y no directa, y también ofrece instrumentos para detectar discriminaciones.

El tribunal civil de la ciudad o municipio donde la persona afectada está viviendo es la autoridad relevante para la presentación de la solicitud. El juez tiene poder para ordenar que el comportamiento discriminatorio finalice y puede adoptar otras medidas para cesar los efectos de la discriminación. Si se considera la petición bien fundamentada, el juez puede condenar a la persona responsable por discriminación a la indemnización por daños, si se refiere a la propiedad, o a los denominados daños morales.

En casos urgentes, el juez prepara un auto motivado haciendo, donde sea necesario, un escrito de investigación. En tal caso, en el mismo decreto obliga a la presentación de las dos partes ante el Tribunal dentro de los 15 días siguientes e inmediatamente fija un plazo de un máximo de 8 días para la notificación del recurso y de la decisión. En la comparecencia, el juez confirma, modifica o revoca las medidas dispuestas en el auto.

Las Regiones puede tener institutos o centros regionales para la observación, información y asistencia jurídica para las víctimas de discriminación por raza, etnia, nacionalidad o religión.

4.6.2. Asistencia sanitaria

Desde la Ley de 1998 la asistencia sanitaria está garantizada para todos los extranjeros presentes en Italia de diferente forma: (a) inscripción (obligatoria o voluntaria) en el Servicio Nacional de Salud en las mismas condiciones que los ciudadanos italianos para extranjeros con estancia legal

en Italia, a quien se garantiza los completos cuidados médicos, y (b) cuidados esenciales médicos para todos los extranjeros presentes en el territorio italiano.

El registro obligatorio en el Servicio Nacional de Salud está establecido para el extranjero titular de una carta de residencia o permiso de estancia, o que haya solicitado la renovación de su permiso de estancia por una de las siguientes razones: trabajo por cuenta ajena, trabajo por cuenta propia, razones familiares, asilo, adopción esperada, custodia temporal, adquisición de ciudadanía.

Los cuidados médicos son también para los familiares dependientes que viven legalmente en Italia (si ellos no están en posesión de un permiso de estancia que permite cuidados sanitarios en su propio derecho) y está garantizado desde el nacimiento de los hijos.

El registro se encuentra en las oficinas de distrito de las autoridades sanitarias de la ciudad o del municipio de residencia, o se cita en el permiso de estancia y expira cuando expira el permiso de estancia, y puede ser prorrogado hasta que se produzca la solicitud de renovación o la renovación del permiso de estancia. No hay límite de validez anual del registro.

El registro voluntario en el Servicio Nacional de Salud afecta a los extranjeros titulares del permiso de estancia por razones diferentes de aquellas a las que nos hemos referido anteriormente. De estos extranjeros, sin embargo, se espera que se aseguren ellos mismos por enfermedad, accidente y embarazo en uno de los siguientes casos: póliza de seguros válida en Italia con una compañía aseguradora italiana o extranjera (se aconseja a las personas que comprueben el tipo de servicios cubierto por la póliza); registro con el servicio nacional de salud con el pago de una contribución mínima anual basada en los ingresos declarados.

El registro también es válido para dependientes excepto para: (a) ciudadanos extranjeros titulares de un permiso de estancia para estudios, que pueden suscribir una póliza de seguros o registro voluntario con el Servicio Nacional de Salud sujeto al pago de una contribución reducida de 149,77 euros; y (b) ciudadanos extranjeros trabajando como *au pair*, que suscriben

una póliza de seguros o registro voluntario con el Servicio Nacional de Salud sujeto al pago de una contribución reducida de 219,49 euros. El registro, que se encuentra en las oficinas del distrito de la autoridad sanitaria de la ciudad o municipio de residencia o está mencionado en el permiso de estancia, debe ser renovado cada año y expira el 31 de diciembre. La contribución anual debe ser pagada en su totalidad, salvo cuando el registro se realiza durante el año. Los ciudadanos extranjeros que son titulares de un permiso de estancia para tratamiento sanitario o turismo no pueden ser registrados.

Ciudadanos extranjeros que no son titulares de un permiso de estancia o no están registrados en el Servicio Nacional de Salud

Están cubiertas las siguientes situaciones: (a) Atención externa y servicios hospitalarios que se consideren urgentes o esenciales, incluso si es de naturaleza permanente por enfermedad o accidente. Además, tratamiento urgente que no puede ser pospuesto sin poner en peligro la vida o la salud de una persona; el tratamiento esencial también está garantizado por enfermedad que no se considere inmediatamente peligrosa pero que si queda sin tratamiento puede dañar la salud o poner en riesgo la vida de una persona (por ejemplo, enfermedades como la diabetes, enfermedades coronarias, enfermedades pulmonares, hipertensión); y (b) Se atienden las siguientes áreas de cuidados: medicina preventiva, embarazo y cuidados de maternidad, cuidados sanitarios para menores, vacunaciones, programas de prevención internacional, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades infecciosas. Estos servicios están previstos sin ningún cargo a los pacientes que demuestran falta de recursos económicos suficientes.

De acuerdo con el Derecho italiano, si el extranjero que está en una posición irregular de estancia en Italia solicita acceso a cuidados médicos no se puede dar información a la policía, excepto en los casos vinculados con delitos. Un extranjero cuya posición es irregular puede ir a la Autoridad Sanitaria y solicitar una tarjeta sanitaria con un código regional STP (Straniero Temporaneamente Presente = extranjero temporalmente presente).

Esta tarjeta es válida durante 6 meses, renovables si la persona permanece en territorio nacional, y puede ser usada para recibir atención médica.

4.6.3. Derecho a la educación de los extranjeros

Los menores extranjeros que viven en territorio italiano tienen derecho a la educación pública al margen de su posición legal, de la misma manera que los ciudadanos italianos. La matriculación puede tener lugar en cualquier momento del año. La solicitud se realiza directamente a la escuela, donde el menor será matriculado en la clase correspondiente a su edad, salvo que la dirección académica decida otra cosa, teniendo en cuenta el sistema escolar del país de origen, los niveles de preparación del alumno, etc. El acceso a cursos universitarios de forma igual a los italianos se permite a los extranjeros que son titulares de una carta de residencia, permiso de estancia para trabajar, por reagrupación familiar, asilo político y por razones humanitarias.

En el Derecho italiano desde 1998 el tratamiento de la diversidad cultural es relevante y está previsto el recurso a mediadores culturales. Los programas de educación multicultural son financiados con dinero público e incluyen la enseñanza de la lengua del país de origen. La integración también se apoya con previsiones especiales de ayuda a la enseñanza de la lengua vehicular, por ejemplo el italiano, en escuelas y en clases para adultos inmigrantes.

4.6.4. Acceso a la vivienda

La Ley de inmigración de 1998 establece albergues de alojamiento temporal, lo que refuerza la precariedad de inmigrantes, tratándoles como proveedores de trabajo más que como personas, y creando obstáculos para el «derecho a la reagrupación familiar» que en la propia Ley (artículo 28) se condiciona a la posesión de una vivienda suficiente.

Los exorbitantes precios en el mercado privado de vivienda en Italia también tienden a impedir a los inmigrantes dejar los albergues de aloja-

miento temporal y, por tanto, su propio alojamiento independiente. Aunque la residencia en los albergues es normalmente limitada a no más de cinco años, dependiendo de los reglamentos locales, este problema crea un embotellamiento que impide a los recién llegados conseguir plazas. La vivienda social ha sido consistentemente negligida por los responsables políticos, que han seguido en estos años una línea de incrementar el número de propietarios más que proporcionar vivienda. Como consecuencia, el porcentaje de propietarios de viviendas está al alza y según recientes estimaciones ha alcanzado el 80%. Sólo el 20% del stock de viviendas es de alquiler, comparado con el promedio europeo del 33,8%. Dada la situación, no es difícil ver el problema que supone para los inmigrantes el intentar abrirse vía dentro del mercado.

De hecho, la crisis ya ha alcanzado un punto que hasta los extranjeros residentes titulares de un permiso de residencia o un permiso de estancia con una duración de un año tienen iguales derechos que los italianos en relación al acceso a la vivienda pública, tienen acceso a la vivienda social con renta limitada y las subvenciones regionales para la renovación de apartamentos. En cambio, la nueva Ley de 2002 ha suprimido la posibilidad para un extranjero de tener una subvención especial para la renovación de su apartamento y ha cerrado la vía para que un extranjero titular de un permiso de estancia tenga iguales derechos que un italiano para acceder a la vivienda pública durante su desempleo.

4.6.5. Asistencia social

Los titulares de una carta de residencia y permiso de residencia que no sea inferior a un año, así como las personas dependientes de él apuntados en su carta de residencia o permiso de residencia, tienen igual asistencia que los italianos en los servicios sociales, incluidos los financieros y también la asistencia social, incluso si han sido afectados por el «Morbo Hansen» o tuberculosis, por sordera, ceguera, invalidez o indigencia.

Desde 1999, el Parlamento ha previsto mediante los presupuestos anuales una restricción, reduciendo el derecho sólo a los titulares de la car-

ta de residencia. Esto significa que los titulares de «un permiso de estancia de un año» no tienen derecho a recibir la misma asistencia, como inicialmente preveía la legislación. Además, la Ley de maternidad de 8 de marzo de 2000 limita la concesión de maternidad especial para las madres solteras y para las madres de tres o más hijos a los titulares de la carta de residencia permanente.

Tal situación ha creado una grave *deminutio* de inmigrantes que no son capaces de conseguir un trabajo por las mencionadas enfermedades y por las mismas razones no se les permite pedir la carta de residencia. En la práctica, de acuerdo con la restricción introducida desde 1999, las personas que se encuentran en esta situación, tienen el riesgo de ser expulsadas por las autoridades por falta de trabajo y por tanto de la posesión de medios suficientes de vida.

Además, los titulares de permiso de residencia para trabajadores tienen derecho a un seguro por discapacidad, vejez, seguro por accidentes de trabajo y enfermedad laboral, seguro contra enfermedad y seguro de maternidad. En lugar del pago de beneficios para asistencia familiar y para seguro contra el desempleo involuntario, el empleador está obligado a pagar al Instituto Nacional de Seguridad Social (INPS) una cotización igual al montante de los mismos beneficios pagados. Los fondos resultantes deben ser destinados a iniciativas de asistencia social que favorezcan a los trabajadores.

Desde la Ley de 2002 las cotizaciones sociales pagadas por los trabajadores extranjeros en Italia pueden ser transferidas a su país sin un acuerdo internacional: en caso de repatriación, los trabajadores inmigrantes pueden disfrutar de su retiro y tienen derecho a las pensiones mínimas a la edad de 65 si ellos han cumplido los requisitos de la legislación italiana. De acuerdo con la previa Ley de 1998 ellos podían inmediatamente pagar al contado sus cotizaciones, más un generoso interés del 5% por año.

Síntesis de Italia

Después de la crisis del petróleo en los años setenta los flujos migratorios empiezan a desplazarse hacia los países del sur de Europa. En este contexto, Italia pasa de ser considerado como un país con grandes flujos de emigración a recibir un gran número de inmigrantes. La existencia de conflictos armados en zonas próximas como las Repúblicas de la antigua Yugoslavia o Albania comporta la sucesión de éxodos masivos de extranjeros que cruzan en embarcaciones el Adriático; y también llegan extranjeros de otros países africanos como Somalia, Sudán o bien del Oriente próximo, tanto para evitar las persecuciones como para mejorar sus condiciones de vida.

La falta de previsiones y controles efectivos por las autoridades públicas comporta que el fenómeno de la inmigración aparezca ante la opinión pública italiana como un fenómeno masivo y repentino. Algunos sectores de la sociedad aceptaron con dificultad este fenómeno, especialmente porque en parte coincidió con una época en que Italia pasó una grave crisis económica, alcanzando un alto porcentaje de desempleo. Sin embargo, el fenómeno migratorio, como otras calamidades nacionales fue «tolerado» por las particulares características de la inmigración extranjera hacia Italia, llegando a creerse que sería solamente un acontecimiento temporal. La inmigración en Italia ha venido creciendo pese a los diversos procesos de regularización nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en territorio italiano (118.709 en 1987/88, 234.841 en 1990, 248.950 en 1995/96, aproximadamente 250.000 en 1998/99, y 630.000 en 2002/2003).

La legislación italiana actualmente vigente tiene su origen más inmediato en la Ley 40, de 6 de marzo de 1998, de «Regulación de la Inmigración y del Estatuto de Extranjeros». Esta Ley fue conocida como la «Ley Turco-Napolitano», denominada así por los nombres de los ministros que la presentaron. La Ley 40/1998, fue seguida por el Texto Único sobre regulación de la inmigración y disposiciones sobre el estatuto de los extranjeros, incluido en el 25º decreto legislativo de julio de 1998, núm. 286 (denominado desde ahora T. U., Texto Único o Texto Refundido). Este texto incorporaba dentro la Ley 40/1998 y todas las disposiciones legislativas aplica-

bles en el área de los derechos de los extranjeros. Actualmente, éste es el texto básico del Derecho italiano de la inmigración incluso a pesar de los cambios introducidos por leyes posteriores. Los reglamentos de desarrollo del T.U. han sido aprobados (con un retraso de más de un año) con el Decreto del Presidente de la República (D.P.R.) de 31 de agosto de 1999, núm. 394, y han entrado en vigor el 18 de noviembre de 1999.

Con el cambio al gobierno de centro-derecha, presidido por Berlusconi, se endurecieron sensiblemente las condiciones de los extranjeros. Se llevó a cabo con la reforma de la legislación anterior a través de la Ley núm. 189, de 30 de julio de 2002 (Ley Bossi-Fini). Esta Ley corrigió las previsiones sobre inmigración del Decreto Legislativo núm. 286, de 25 de julio de 1998 (Ley Turco-Napolitano) y cambió la regulación del Decreto Presidencial núm. 394 de 31 de agosto de 1999, adoptando las notas siguientes.

El permiso de estancia está estrictamente unido al contrato de trabajo. Se subraya incluso por la nueva denominación de la autorización que se convierte en «contrato de estancia» en vez de permiso de estancia. El extranjero está visto más como un trabajador. Aunque el extranjero tenga un trabajo estable, el contrato de estancia expira cada dos años y debe negociarse su renovación con el empleador.

Las obligaciones del empleador se han vuelto más difíciles, dificultando la contratación de trabajadores extranjeros. Así debe pagar al trabajador extranjero el viaje de regreso a su país, después de la expiración del contrato de estancia. También, el alojamiento es responsabilidad del empleador quien debe dar garantías de que está disponible y que satisface los «mínimos parámetros establecidos por las previsiones de vivienda pública».

El extranjero titular de un permiso de estancia por razones de trabajo, que pierde el nuevo trabajo, no puede conseguir una vivienda social y sólo puede estar registrado en las listas de empleo durante seis meses, en vez de los doce de la anterior ley. Ello supone que, después de este tiempo, el extranjero que no consigue un nuevo trabajo estable es expulsado del territorio nacional.

En general, las condiciones de los inmigrantes se han endurecido respecto a la legislación anterior en la reagrupación familiar, la supresión de la figura del fiador o garante de la anterior legislación que permitía asegurar, a través de garantías o políticas de seguros, la entrada para la búsqueda de trabajo de uno o dos extranjeros anualmente. También la Carta de Residencia (*Carta di Soggiorno*) puede ser obtenida después de 6 años de residencia regular, cuando en la anterior Ley 40/1998 el plazo era 5 años.

V. Reino Unido

Satvinder S. Juss

King's College London

5.1. La migración hacia el Reino Unido: realidad y datos estadísticos

Al igual que muchos otros países del norte de Europa, Gran Bretaña es y continúa siendo un país de destino de la inmigración de un número muy amplio de Estados, algunos de ellos situados en zonas lejanas.

Aunque el número de entradas internacionales⁽¹⁾ en el Reino Unido alcanzó en 2002 los 89,3 millones de personas, es decir, 1,2 millones más que en 2001, el número de *visitantes extranjeros* admitidos ese año fue de 7,8 millones, un 4% menos que en 2001 y un 12% menos que en el 2000. Los visitantes extranjeros están obligados en principio a someterse al control migratorio, a diferencia de los nacionales británicos, de los ciudadanos del Espacio Económico Europeo o de los simples pasajeros en tránsito. De las diversas categorías de extranjeros admitidos en condición de visitantes, sólo los estudiantes de corta y larga duración consolidaron su crecimiento en 2002 aumentando un 9% hasta cerca de 369.000; este aumento es significativo en el caso de los estudiantes procedentes de Asia (19.335 más que en 2001), del subcontinente indio (5.925 más), de África (2.455 más) y de América (2.055 sobre el año anterior).

(1) No se cuentan como «entradas internacionales» las que efectúan las personas que circulan por el interior del Área de Tránsito Común (ATC) establecida entre Reino Unido, Irlanda, las Islas del Canal y la Isla de Man.

Nota: La traducción y la revisión del artículo, así como el resumen final que le acompaña, han sido realizadas por David Moya, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona.

Los datos estadísticos de los años 2001 y 2002 relativos a las *solicitudes de entrada y residencia* muestran un incremento significativo de las solicitudes presentadas en África, donde se depositaron algo más de 39.000 solicitudes (es decir, un 25% más que en el período anterior), Asia, con 56.000 (con un incremento del 7%) y Oceanía, donde se presentaron 800 solicitudes (un 14% más que en el pasado); por el contrario, las solicitudes de ciudadanos europeos (excluido el Espacio Económico Europeo) y de América descendieron en un 15% y un 2%, respectivamente, hasta un total de poco más de 11.500 solicitudes. Frente a las solicitudes, en el año 2002 las *autorizaciones* concedidas a ciudadanos de países de África constituyeron el 33% del total de autorizaciones otorgadas, obteniendo los ciudadanos del subcontinente indio un 21% del total, el resto de países de Asia un 19%, los ciudadanos de Europa un 12%, los ciudadanos de América un 10% y los de Oceanía un 5%. Debe tenerse presente, no obstante, que en las cifras de autorizaciones concedidas se incluyen aquellas otorgadas a inmigrantes que guardan vínculos con el Reino Unido (*secondary migration*); de hecho en 2002 la categoría de autorizaciones de entrada y residencia a efectos de constitución y reunificación familiar se llevó el mayor número de autorizaciones, con un 46% del total, de las cuales un 35% se entregaron a cónyuges y algo más del 10% a niños y otros familiares dependientes del reagrupante. No obstante, la categoría de asentamiento que más ha decaído ha sido la de constitución y reunificación familiar, pues las autorizaciones han disminuido en un 7% (53.000) a causa de una reducción de las concedidas a los maridos de un 8% y de las de mujeres y niños de un 6%.

El gobierno británico también puede autorizar la permanencia de extranjeros en su territorio sobre la base de criterios de apreciación discrecional, entre los que se incluye la concesión de *autorizaciones por residencia continuada* en el Reino Unido, generalmente tras un largo período de permanencia en el mismo. Al igual que en las categorías anteriores en ésta se produjo un incremento del 41% (cerca de 11.000 personas) en el año 2002, a raíz de la aplicación de un procedimiento de regularización de personas en situación irregular por caducidad de su autorización de estancia. Estos cambios, que entraron en vigor el 2 de octubre de 2000 protegían el derecho de las personas devenidas irregulares a permanecer legalmente en

el Reino Unido, siempre que antes del 2 de octubre de 2000 hubieran presentado una solicitud de reconsideración bajo el mencionado procedimiento discrecional. Por su importancia en materia de inmigración, el apartado segundo del presente documento abordará como cuestión preliminar el empleo de la discrecionalidad administrativa por el Ministerio del Interior.

En 2002 las *autorizaciones de residencia laboral* crecieron un 30%, con unos 20.000 beneficiarios más que en el año anterior. El número de titulares de un permiso de trabajo a los que se admitió en el territorio (junto con sus familiares dependientes) fue de 120.115, lo que supuso un incremento de un 10% sobre 2001, continuando la tradicional tendencia ascendente. A dicho incremento contribuye el aumento en 3.875 europeos hasta un total 13.915 ese año, así como el de 3.235 originarios del subcontinente indio que suponen un total de 22.985. Igualmente, las cifras finales reflejan un incremento de 2.385 asiáticos, hasta alcanzar los 26.030, así como de 1.595 africanos, hasta alcanzar un total de 15.965. Finalmente, los datos reflejan un descenso en 415 extranjeros procedentes de Oceanía, resultando el total anual de este colectivo en 9.370. Con ello, el número total de titulares de permisos de trabajo (excluidos familiares no dependientes) creció en 3.310 personas hasta un total anual de 34.095 permisos para estancias inferiores a 12 meses, mientras que los titulares de permisos para 12 o más meses aumentaron en 1.245 personas sobre el año anterior, hasta alcanzar un total de 51.535 en el año 2002. Las renovaciones del permiso de trabajo se incrementaron en un 23%, hasta 53.270, mientras que las autorizaciones de entrada para actividades de formación y prácticas profesionales decayeron en un 3%, alcanzando unas 7.950. En el año 2002, se produjo un incremento de más de un 17% de las autorizaciones concedidas para empleos generados durante las vacaciones en el número de trabajadores admitidos para labor, hasta alcanzar un total de 42.000. De estos datos parece deducirse que el Reino Unido está privilegiando la inmigración económica o laboral, por delante incluso de la tradicional política de concesión de autorizaciones por asilo.

Al igual que muchos otros países del norte de Europa, el Reino Unido atrae un número considerable de *solicitantes de asilo*. Del total de auto-

rizaciones concedidas en el año 2002, las autorizaciones por asilo y las autorizaciones excepcionales de residencia (que se otorgan a los familiares dependientes) representaron un 26% del total. Sin embargo, dado que una pequeña parte de las autorizaciones de constitución y reunificación familiar se concedieron a familiares de solicitantes de asilo cuya petición fue estimada, el total de entradas relacionadas con el asilo debe estimarse situado ligeramente por encima del 26% del total de autorizaciones concedidas. En consecuencia los datos sobre autorizaciones para constitución y reunificación familiar deben estimarse por debajo del 46% mencionado en el párrafo anterior. Las autorizaciones por asilo se incrementaron el 11% respecto de 2001 (alrededor de 29.860), si bien los niveles en ambos años fueron mucho más bajos que los del año 2000 (45.120), pues en aquel año se expidieron gran número de autorizaciones a causa de los cambios procedimentales introducidos por la normativa de asilo de 1998, y que permitieron la admisión inmediata de las personas a las que se reconoció el estatuto de refugiado. A resultas de ello, el Gobierno británico ha facilitado la residencia de los asilados que permanecían durante años en el Reino Unido. Probablemente, las estadísticas oficiales no sean completamente representativas de los datos reales sobre autorizaciones de residencia e inmigración. En todo caso, debe destacarse un incremento en 2002 del 18% en el número de solicitudes de asilo, especialmente de países como Irak, Zimbabwe, Afganistán, Somalia y China.

El número de personas que salieron voluntariamente o fueron alejadas en 2002, ya sea como resultado de una medida ejecutiva o bajo alguno de los programas de asistencia al retorno voluntario, fue de 65.460, un 33% más que en 2001 (49.135). De estas, tres cuartos (77%, o sea, 50.360 pasajeros) fueron alejadas tras haberles sido denegada la entrada en el puesto fronterizo, casi un quinto (21%) fueron alejadas como resultado de un acto ejecutivo, más un 1% adicional que abandonó el país mediante un programa de retorno voluntario asistido gestionado por la Oficina Internacional de las Migraciones (OIM).

Los datos que figuran anteriormente confirman la nueva política del gobierno laborista de Blair en la que, en palabras de Beverley Hughes,

Ministra de Inmigración, ha implicado una búsqueda de «soluciones globales» en relación con el gran número de inmigrantes internacionales en el último cuarto del siglo XX. La ministra ha subrayado que «*Lo que hemos estado intentando explicar durante cierto tiempo –y yo creo que tal explicación empieza a calar– es la necesidad de una migración organizada y de mejores soluciones para los refugiados desde un punto de vista global*» (*The Guardian*, 1 de mayo de 2004).

El vínculo en la política británica entre la inmigración a larga escala –que en los años ochenta y noventa invariablemente tomó la forma de personas que entraban con la intención de obtener el estatuto de asilado– y la búsqueda de una política de «migración organizada» no es sorprendente en un momento en que el Reino Unido ha empezado a sufrir la escasez de mano de obra en sectores críticos del mercado laboral. Eso se sabía desde hace más de una década. De acuerdo con *Social Trends*, el boletín de análisis estadístico anual del Gobierno, el envejecimiento de la voluminosa generación nacida tras la Segunda Guerra Mundial comportaría un exceso de muertes sobre nacimientos alrededor del año 2030, fecha en la que la población empezaría a declinar en Gran Bretaña salvo que la inmigración actuara como factor de equilibrio. La Organización Internacional del Trabajo ha determinado también que, aunque las economías industrializadas del mundo occidental son reacias a recibir nuevos migrantes, serán necesarios más trabajadores capacitados en el futuro si se desea mantener un crecimiento económico sostenido.

El Reino Unido necesita claramente trabajadores, necesidad que no se puede considerar exclusiva de este país, sino en general de toda la Unión Europea. El Reino Unido está reconociendo que, en el amplio contexto de una «inmigración ordenada», aquellos que buscan asilo pueden realizar una contribución a largo plazo a la sociedad británica; así, se explica el aumento de las autorizaciones de estancia tanto para solicitantes de asilo como para el resto de categorías.

5.2. Una cuestión preliminar: la discrecionalidad extrarreglamentaria del Ministerio del Interior

La base legal del control migratorio en el Reino Unido es la Ley de Extranjería de 1971, en la redacción resultante de las diversas reformas operadas sobre la misma, la más reciente de las cuales es la Ley de Nacionalidad, Extranjería y Asilo de 2002. Junto a las leyes y las disposiciones reglamentarias de desarrollo de las mismas (*rules*), la Administración dispone de un amplio margen de discrecionalidad para ajustar las normas sobre inmigración y asilo en su aplicación a casos concretos. Por eso, la discrecionalidad del Ministerio de Interior en el ámbito de Derecho de inmigración y asilo,⁽²⁾ es una cuestión compleja que conviene definir adecuadamente.

El Secretario de Interior (ministro) puede adoptar, en primer lugar, *políticas concretas*, que pueden ser actuaciones específicamente dirigidas a algunos colectivos, por ejemplo los familiares de somalíes en la conocida como «política de reagrupación somalí», o por ejemplo, la renuncia a la deportación de personas de edad avanzada o discapacitadas. Frente a éstas, y en segundo lugar, el Ministro de Interior puede dar un paso más y formalizar una práctica existente en lo que puede calificarse de *concesión de un trato privilegiado (concession)*, por ejemplo, no deportar a personas que hayan permanecido en el Reino Unido después de 14 años; de la existencia de concesiones se tiene noticia a través de respuestas parlamentarias, de la correspondencia con miembros del Parlamento o abogados, e incluso actualmente, cuando se procede a su publicación en Internet. La existencia de una concesión formalizada no debe confundirse con una disposición de carácter reglamentario, confusión que frecuentemente se produce, por ejemplo, respecto de la concesión de la residencia tras 14 o 10 años de perma-

(2) El propio ministerio redactó una Nota de Prensa, el 30 de diciembre de 1997 en la que se comprometía a facilitar en 1998 las instrucciones internas de los tramitadores, de conformidad con el Código de Prácticas Transparentes de Gobierno, llegándose a considerar la posibilidad de facilitarlas a la Biblioteca de la Cámara de los Comunes e, incluso, dada la cantidad de material disponible, publicarlas en Internet. Sin embargo, las instrucciones facilitadas no están completas. Sólo la «versión desclasificada» ha sido volcada en Internet, probablemente en infracción del Código de Prácticas. Ello obliga a tener en cuenta ambas versiones, la facilitada y la no facilitada, que el Ministerio del Interior comunica en su correspondencia con los bufetes de abogados. De esta manera, se puede ofrecer una imagen lo más completa posible de la discrecionalidad del Ministerio de Interior.

nencia. En tercer lugar, el Ministro del Interior puede utilizar su poder discrecional para adoptar *decisiones que «excepcionalmente» se aparten de las disposiciones reglamentarias* vigentes en base a razones de interés nacional o razones compasivas y/o humanitarias; entre las primeras se encuentra la decisión de autorizar la entrada de Mike Tyson, condenado por violación, para boxear en Manchester y luego en Glasgow, aunque podía haber sido perfectamente excluido sobre la base de «la consecución del bien público». Finalmente, existen las *simples prácticas administrativas*, por ejemplo, la exención de la autorización de entrada cuando el caso que se plantea presenta elementos extraordinarios que justifican tal exención.

Precisamente, en relación a la discrecionalidad del Ministerio de Interior, deben tomarse en consideración una serie de prevenciones. Primero, siempre se ejerce en favor del solicitante y nunca en su contra; a resultas de ello, raramente es susceptible de control judicial. Segundo, precisamente porque se trata de algo beneficioso para el solicitante, es siempre excepcional, y por tanto, la solicitud puede ser rechazada sin que obligatoriamente deban existir remedios procesales efectivos. Tercero, tal denegación no es recurrible porque la Sección 19 de la Ley de 1971 sólo reconoce un derecho al recurso cuando las decisiones sean «contrarias a la ley o a una disposición reglamentaria de inmigración aplicable». Cuarto, por la misma razón existe un margen limitado de control jurisdiccional porque el Ministro no actúa contra la ley. Quinto, por razones estratégicas, un recurso puede presentarse ante una suerte de árbitro administrativo o provisor, incluso si este tiene muchas probabilidades de ser desestimado, con la esperanza de que dicho órgano efectúe una recomendación al Ministro y éste ejerza su discrecionalidad actuando al margen de las reglamentaciones. La recomendación del provisor no es vinculante para el Ministro, de todas maneras, tampoco existe directriz alguna sobre el modo ni los casos en que un provisor administrativo deba realizar tal recomendación.

5.3. Requisitos de entrada y residencia para extranjeros

5.3.1. La autorización de entrada en el Reino Unido

La Ley de 1971 puso fin al derecho de entrada en el Reino Unido de que disfrutaban todos los ciudadanos de la *Commonwealth*. Tras su entrada en vigor se fue restringiendo progresivamente la entrada de descendientes de los antiguos súbditos británicos, de modo que pasaron a estar sujetos al sistema de control migratorio, de la misma manera que al resto de extranjeros que no tienen un derecho de residencia en el Reino Unido. Así pues, en la actualidad la mayor parte de los extranjeros que solicitan la entrada en el Reino Unido deben obtener una autorización de entrada en el país de origen o residencia.

Dos importantes excepciones pueden hacerse a esta regla general: por un lado, los ciudadanos de la República de Irlanda, que sin ser ciudadanos británicos pueden generalmente viajar libremente por el interior del Área de Tránsito Común (ATC); por otro, y de forma parecida, los nacionales del Espacio Económico Europeo (EEE) también pueden entrar y permanecer libremente en el Reino Unido. En las últimas dos décadas, y especialmente tras la introducción de la ciudadanía europea con el Tratado de Maastricht, los trabajadores comunitarios ya no pueden ser considerados únicamente como trabajadores migrantes que contribuyen a la creación de un mercado único, sino cada vez más como ciudadanos, extendiéndose algunos de estos beneficios a aquellos de sus familiares que ostenten la nacionalidad de terceros Estados. En todo caso, el resto de extranjeros deberán obtener generalmente una autorización de entrada antes de iniciar el viaje hacia el Reino Unido.

La *autorización de entrada* es un documento expedido por la Administración británica en el exterior (normalmente embajadas británicas, altos comisionados o consulados), que declara como admisible para su entrada en el Reino Unido al portador de la misma. Cualquier persona que solicita la autorización de entrada debe convencer a los funcionarios de la Administración británica en el exterior de que reúne las condiciones exigidas por la

normativa de inmigración para entrar en la categoría para la que solicita entrada, o que la autorización de entrada le debería ser concedida excepcionalmente. Una vez la autorización de entrada se concede, normalmente se incluye en el pasaporte del solicitante. Si el solicitante es una persona a la cual le es exigible visado, la denominación de esta autorización pasa a ser la de «visado»; si el solicitante no está obligado a obtener un visado, el término legal para la autorización de entrada que obtienen es un «certificado de autorización de entrada». La autorización de entrada deberá contener la fecha de entrada en vigor de la autorización y la de expiración. Las autorizaciones de entrada fijan los términos en que la persona es autorizada a entrar y permanecer en el Reino Unido, entre las cuales se incluyen generalmente algunas restricciones dirigidas a evitar la prolongación irregular de la residencia o el acceso al mercado laboral.

Para algunas categorías de solicitantes de entrada la obtención de una autorización de entrada es obligatoria antes de entrar en el Reino Unido («visa nationals»), pues provienen de países a cuyos nacionales se exige visado, para otros tal requisito es opcional («non-visa nationals»), debiendo disponer de una cuando las disposiciones sobre inmigración establezcan la necesidad de obtenerla; así, por ejemplo, si el objeto de su viaje es reunirse con sus familiares en el país o residir permanentemente en él, o llevar a cabo una actividad laboral o negocios, aunque ésta sólo se realice durante el período de vacaciones. A pesar de que la tramitación de una autorización de entrada es opcional, disponer de una otorga importantes ventajas. En este sentido, las disposiciones reglamentarias sobre inmigración recomiendan a futuros cuidadores de niños («au pairs»), no obligados a la obtención previa de visado, la tramitación de una autorización de entrada.

Si obtiene la autorización de entrada, su titular puede confiar en que reúne los requisitos exigidos por la normativa de inmigración para entrar, y que será altamente improbable que se planteen problemas o retrasos cuando efectúe su entrada en el territorio del Reino Unido. Las disposiciones reglamentarias sobre inmigración establecen que todas las autorizaciones de entrada concedidas operarán como permiso de entrada. Entre las desventajas de tramitar tal solicitud se encuentra el hecho de que en algunos países

la resolución de tales solicitudes puede retrasarse en exceso si es remitida al Ministerio del Interior. Además, si la solicitud es rechazada se estampará en el pasaporte una indicación que impedirá la futura entrada del solicitante en el Reino Unido. Las oficinas de autorizaciones de entrada o puestos británicos en el exterior entrevistan a casi todas las personas que solicitan la entrada en el Reino Unido para el asentamiento con miembros de sus familias. Los niños menores de 10 años no son entrevistados, pero los niños de edades comprendidas entre los 10 y los 14 años sí pueden serlo si tal entrevista se realiza en presencia de un adulto.

Algunas personas que llegan al Reino Unido para trabajar o realizar prácticas laborales no obtienen una autorización de entrada previa, sino un «permiso de trabajo», que cumple una función similar a la de la autorización de entrada y es expedido por el Servicio de Permisos de Trabajo en el Reino Unido, que actualmente forma parte del Ministerio del Interior. En las solicitudes de trabajo, la Administración británica en el exterior requerirá evidencias de la oferta laboral y, en la mayor parte de casos, el empleador asentado en el Reino Unido deberá obtener el permiso de trabajo para la persona empleada desde el Servicio de Permisos, que a su vez será verificado por la Administración británica en el exterior (Cf. Apartado 6.5).

En este sentido, en virtud de la sección 55 de la Ley de Nacionalidad, Extranjería y Asilo de 2002 se suprimió la capacidad del Secretario de Estado de proveer de apoyo a cualquiera que no solicitara asilo «tan pronto como sea razonablemente practicable» tras la llegada al Reino Unido. Así, aquellos que no son verdaderos solicitantes de asilo ni obtienen una autorización de entrada, ni reciben asistencia y, si disponen de otras fuentes de sustento, tampoco reciben ayuda estatal. Frente a esta disposición, que entró en vigor en enero de 2003, se presentaron cinco recursos ante el Tribunal de Apelación para que éste se pronunciara sobre la denegación de asistencia. Todos los casos (*S*, *D* y *T*) habían sido rechazados sobre la base de evidentes errores burocráticos. La postura en *S* era tan desesperada que la declaración de un médico generalista diagnosticó una malnutrición severa con pérdida de 14 kilos de peso desde su llegada al Reino Unido. El Tribunal de Apelación estableció claras directrices sobre cómo el Gobierno debía mejo-

rar su aproximación procedimental a la denegación de apoyo y por consiguiente ajustar su derecho en el ámbito de la equidad: antes de retirar ninguna ayuda el Gobierno debía asegurarse de que hubiera mejores indicaciones en los aeropuertos, formación adicional de los entrevistadores, oportunidades de los solicitantes para abordar directamente aspectos de su historia que concernían al órgano decisor, cuestionarios más individualizados y menos formularios. El Tribunal de Apelación también dejó claro que el grado de pobreza requerido para suscitar la aplicación de la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos y Libertades Fundamentales (CEDH) firmada en Roma en 1950, era «inferior» de lo escrito en otras normas relacionadas y que un «riesgo real» de alcanzar un «estado de degradación» no era suficiente. A pesar de existir una decisión anterior [*R(D and H) v Secretary of State for the Home Department* [2003] EWCA Civ 852], el presente caso estaba dominado por la cuestión de los tratos inhumanos y degradantes y los tres recurrentes acertaron al argumentar sus casos sobre la base de los derechos humanos. El Juez Kay (al igual que el Juez Collins en la sentencia original *Q*) trazó una jurisprudencia sobre las condiciones de pobreza para cerrar su razonamiento con las palabras del Lord Juez Simon Brown, de que «nadie debería sorprenderse si, en un breve período de tiempo, los requerimientos del artículo 3 obligan a liberar del daño a la dignidad humana causado por [...] una vida de miseria que [...] ninguna nación civilizada pueda tolerar».

Por lo que concierne al control fronterizo, los funcionarios de inmigración son los encargados de llevar a cabo el examen de las personas que llegan al Reino Unido con el fin de determinar si tienen derecho a entrar. Una persona que haya sido autorizada a entrar o permanecer en el Reino Unido puede solicitar del Ministerio del Interior permiso para alargar su estancia o una modificación de las condiciones de residencia. Una persona puede solicitar la prórroga de su autorización de permanencia en el Reino Unido en la misma categoría con la que entró por primera vez o puede también solicitar un «cambio» a una categoría distinta de conformidad con los reglamentos de inmigración, a los que el Ministerio del Interior se atiene para autorizar o denegar tales solicitudes.

5.3.2. Las autorizaciones de residencia en el Reino Unido

Existen *autorizaciones temporales y permanentes de estancia*. Una autorización temporal es aquella en la que se espera que la persona abandone el Reino Unido tras el cumplimiento del fin de su estancia (por ejemplo, visitantes y estudiantes); una categoría permanente es aquella en la cual una persona no tiene que demostrar que tiene intención de abandonar el Reino Unido en ningún momento concreto (por ejemplo, esposo o titular de un permiso de trabajo) de modo que dicha persona puede solicitar una estancia o permiso de residencia indefinido. En términos generales, no será posible pasar a una autorización permanente de estancia porque normalmente se requerirá obtener una autorización de entrada a tal efecto desde fuera del Reino Unido para tramitarla. Sin embargo, en ocasiones de forma excepcional es posible cambiar de categoría, en casos tales como el de personas que se incluyen en la categoría de esposos, compañeros extramatrimoniales o familiares dependientes de una persona asentada en el Reino Unido. Si un solicitante no puede satisfacer los requisitos reglamentarios, el Ministerio del Interior siempre tiene el poder de emitir una decisión favorable si aporta razones suficientes que justifiquen una actuación discrecional al margen del reglamento. Tal valoración se realiza excepcionalmente respecto de determinadas categorías específicas, por ejemplo, cuando concurren razones humanitarias o cualesquiera otras de necesidad para permanecer en el Reino Unido, pero el caso no encaja en ninguno de los supuestos establecidos por las disposiciones sobre inmigración; también, cuando la denegación de la autorización pueda provocar una infracción de la normativa de derechos humanos, como ocurriría, si una persona fuera separada de los miembros de su familia dando lugar a consecuencias inapropiadamente duras o penosas.

Tal y como se avanzaba en el apartado anterior, entre las concesiones destacan por su importancia las «*concesiones de residencia de larga duración*». Debe distinguirse entre la concesión de un permiso de residencia indefinido por el transcurso de 10 años, para aquellos casos en los que la persona permanece legalmente en el Reino Unido (por ejemplo, un estudiante de medicina o arquitectura) del permiso concedido por el transcurso

de 14 años en el territorio en situación irregular (por ejemplo, un inmigrante ilegal o un extranjero que prolonga su estancia más allá del período autorizado). Para poder beneficiarse de estas disposiciones debe tenerse en cuenta que: primero, el cumplimiento de los plazos de permanencia en el territorio es un requisito de estricta observancia; segundo, el tiempo pasado en calidad de exento de permisos es considerado como legal y cuenta a efectos del plazo; tercero, la existencia de «nexos con el Reino Unido» no debe ser demostrada en términos absolutos, sino en comparación con los vínculos que unen al extranjero con su propio país, de manera que «cuanto más estrechos sean los vínculos de la persona con el Reino Unido, más difícil resultará negar la concesión»; cuarto, los antecedentes penales incrementan las posibilidades de denegación de la concesión.

Desde 1976 los menores de 12 años cuyos padres disfruten de la residencia en el Reino Unido se benefician de una concesión, de manera que «los niños por debajo de los 12 años serán autorizados a reunirse a la máxima brevedad con uno de sus progenitores en aplicación del par. 53(f), si éste garantiza un alojamiento y una manutención adecuados, y en el caso de que se reúna con su padre y en la casa de éste viva una mujer emparentada con él que acepte cuidar del niño y sea capaz de hacerlo». Esta concesión tiene las siguientes implicaciones: primero, uno de los padres puede incluir «una esposa de *common law*» no casada con el padre del niño. Segundo, puede denegarse la entrada si el progenitor residente en el Reino Unido está gravemente discapacitado física o mentalmente hasta el punto de ser incapaz de cuidar del niño. De la misma manera, en aplicación del principio de mantenimiento de la unidad familiar la entrada podría rechazarse cuando hubiera, por ejemplo, tres hijos, dos de los cuales fueran mayores de 12 años y el tercero fuera menor. Si bien no queda claro qué ocurriría de ser dos de los niños menores de 12 años y sólo el tercero mayor de esa edad. En todo caso, ambos ejemplos ilustran la idea de que, como concesión, el Ministro de Interior puede rechazar la entrada en determinados casos.

Los hijos solteros mayores de edad pueden ser admitidos con el resto de la familia si su exclusión les pudiera acarrear algún perjuicio o privación. Lógicamente, son de aplicación los requisitos habituales sobre dispo-

nibilidad de alojamiento y capacidad de manutención de los familiares a cargo. Sin embargo, esta concesión no se aplicará cuando hayan pasado ya varios años desde la mayoría de edad del chico/a o éste no dependa ya de la familia. En tal caso, el hijo podría intentar tramitar su entrada bajo la categoría de «otros familiares», siempre que se demuestre la dependencia respecto de sus familiares establecidos en el Reino Unido. El concreto aspecto de la «dependencia» ha sido abordado en el caso de titulares de pasaportes británicos que abandonaron el este de África y fueron al subcontinente indio entre los años 1960-1970 debido a las colas en África del Este para entrar en el Reino Unido. Mientras estaban esperando en la India o Pakistán, muchos de sus hijos alcanzaron la mayoría de edad y/o dejaron de ser dependientes, de modo que cuando los padres finalmente obtuvieron una autorización de entrada en el Reino Unido, quizá una docena de años más tarde, ellos no reunían las condiciones para acceder. Sin embargo, una carta escasamente difundida enviada al *Joint Council for the Welfare of Immigrants* (JCWI) por Timothy Raison, Secretario de Estado en el Ministerio del Interior, datada el 28 de mayo de 1980, explicaba que a pesar de los límites a las reglamentaciones sobre los hijos dependientes a aquellos situados por debajo de los 18 años, en este caso la práctica del Ministerio del Interior era la admisión de hijos solteros y desempleados hasta los 25 años. Estas consideraciones no dejan de plantear algunas dudas: ¿significa ello que un niño es todavía dependiente si realiza «trabajos ocasionales»? Incluso si se tratara de algo más que «trabajos ocasionales», ¿significa ello que puede aspirar a obtener una autorización si sigue siendo dependiente y pudiera sufrir aislamiento y privaciones?

Los niños que demuestren una residencia de larga duración pueden en la actualidad evitar su expulsión del país, e incluso la de sus padres; tal y como resulta de una concesión reconocida el 10 de octubre de 1997. Esta concesión se ha convertido finalmente en una política dirigida a las familias que demuestren haber vivido en el Reino Unido durante siete años o más de forma continuada. En una carta a Kate Handforth de UKCOSA, fechada el 14 de mayo de 1999, el Departamento de Nacionalidad e Inmigración (IND) explicaba que «no sería apropiado ordinariamente recurrir al instituto de la expulsión» en tales casos. Nótese, primero, que no se requiere el nacimien-

to de los hijos en el Reino Unido; segundo, no es posible formular una solicitud bajo esta concesión pues los casos se estudian de forma automática para aquellos que reúnan los requisitos exigidos; y tercero, una vez el Ministro del Interior renuncie a adoptar una acción ejecutiva de expulsión debe ofrecer la posibilidad de regularizar la estancia de la familia y evitar su permanencia en una suerte de limbo jurídico. En la práctica, los niños extranjeros que no reúnen los requisitos de la concesión de larga residencia afrontan considerables dificultades.

Poco después de alcanzar el poder, el Gobierno laborista en 1997 hizo una serie de cambios que beneficiaron la vida familiar de los inmigrantes. En primer lugar, destacan las concesiones a parejas no matrimoniales previstas para aquellas relaciones homosexuales o heterosexuales en la que los miembros de la pareja no pueden contraer matrimonio pero viven juntos. Ahora pueden reunir a su pareja en el Reino Unido, siempre que estén viviendo juntos en una relación afín al matrimonio que haya subsistido durante cuatro años o más; las partes deberán intentar vivir juntas permanentemente en el Reino Unido y serán admitidas por un período inicial de doce meses siendo, obviamente, de aplicación los tradicionales requisitos relativos a la disposición de alojamiento y medios para su manutención. En segundo lugar, la concesión a esposas extranjeras por violencia doméstica, se proyecta actualmente sobre el problema surgido a raíz del prolongado escándalo de la violencia doméstica sobre las esposas en matrimonios frecuentemente concertados en el subcontinente indio, con el resultado de rupturas matrimoniales y deportación de las esposas inocentes; sin embargo, no cubre todos los supuestos merecedores de atención pues la violencia sólo puede probarse a través de tres medios: *(i)* una orden de distanciamiento de la esposa, una orden de no molestar o cualesquiera otra orden de protección; *(ii)* una condena judicial, o *(iii)* un informe policial relevante y detallado.

En todo caso, resulta en la práctica bastante difícil lograr la entrada de familiares dependientes. A diferencia de la política migratoria norteamericana, la política del Reino Unido no se basa en la reunificación familiar. Muchos inmigrantes asentados en el país estarían gustosos de traer a un familiar mayor para tenerlo a su cargo. En una instrucción fechada en ene-

ro de 1994, los funcionarios del IND fueron instruidos de que: «se recuerda a los tramitadores que **todos** los familiares mayores de 65 años o más, no únicamente los padres o abuelos dependientes, deberían poder obtener una autorización sin necesidad de una investigación detallada, cuando el reagrupante muestra un *status* consolidado en el Reino Unido». En una carta a Bindman & Partners, fechada el 12 de agosto de 1997, el IND ha admitido que, incluso respecto de parientes ancianos con menos de 65 años, deben tomarse en consideración las solicitudes dirigidas a autorizar su entrada en el Reino Unido. A pesar de todo, subsisten numerosas dificultades, pues la política oficial del Ministerio del Interior al margen de la normativa reglamentaria es más bien cicatera y escasamente útil.

5.4. Medidas contra la entrada y estancia ilegales

Es necesario, ahora, analizar las consecuencias de la denegación de entrada o estancia en el Reino Unido. Aquellos que no disfrutaban de un derecho de permanencia bajo las disposiciones reglamentarias de inmigración ni han obtenido una decisión discrecional de autorización, pueden ser objeto de un requerimiento para abandonar el país. De incumplir tal requerimiento, son susceptibles de detención y expulsión.

5.4.1. Supuestos de requerimiento para abandonar el país y expulsión

Los extranjeros pueden ser requeridos, y consecuentemente, compelidos a abandonar el país en los casos siguientes: primero, a su llegada al Reino Unido cuando se les deniega la entrada en el puesto fronterizo (en esta categoría se sitúan la mayor parte de alejamientos del Reino Unido); segundo, durante su estancia en el país si ésta es prolongada irregularmente, se incumplen las condiciones de la misma o el extranjero simplemente desaparece (hasta el 2 de octubre de 2000 se empleaba el procedimiento de deportación para requerir la salida del país a todos los extranjeros clasificados en estas categorías); tercero, cuando la presencia en el Reino Unido del

extranjero es una amenaza a los intereses nacionales de protección del orden público; cuarto, cuando los extranjeros han entrado ilegalmente en el Reino Unido en infracción de las disposiciones reglamentarias de inmigración, mediante engaño o fraude, por ejemplo.

La Ley de 1971 introdujo como delito castigado con pena de prisión de un máximo de seis meses, la prolongación de la estancia más allá del período autorizado así como la permanencia en el Reino Unido en infracción consciente de la normativa de entrada y estancia. Otro tipo de delito penado con un máximo de seis meses más multa se produce cuando la persona entra conscientemente en el Reino Unido en infracción de una orden de deportación o sin permiso previo. Existe también delito si la entrada se obtiene mediante engaño o fraude o evitando un requerimiento público de abandonar el Reino Unido. A su vez, cualquiera que asista al extranjero en la entrada o solicitud de asilo ilegales, comete un delito castigado con 10 años de prisión más multa; esta infracción penal tiene por objeto la persecución de traficantes o «pasadores» que cobran por ayudar a entrar clandestinamente o con documentos falsos. Del mismo modo, constituye delito la protección u hospedaje de cualquiera que se sepa o se sospeche que está entrando ilegalmente. Finalmente, la Ley contempla como delito la asistencia a solicitantes de asilo mediante la realización de declaraciones falsas, el incumplimiento de la obligación de notificar a las autoridades determinada información u obstruir la labor de un funcionario que está tramitando el asilo.

Un número muy pequeño de personas se benefician, junto con sus familias, del fondo de ayuda para el reasentamiento definitivo en el país de origen o residencia. Este programa se aplica a ciudadanos que no son británicos y demuestran un interés real en el reasentamiento definitivo. La mayor parte de los que han empleado este servicio han sido ciudadanos de Jamaica.

5.4.2. La ejecución de las decisiones administrativas de alejamiento

La admisión y resolución favorable de un amplio número de recursos presentados por solicitantes de asilo cuyas solicitudes hayan sido ini-

cialmente denegadas, comporta para un considerable número de recurrentes la posibilidad de permanecer indefinidamente en el territorio. En el año 2002 los tribunales de apelación en inmigración resolvieron una cifra récord de 64.405 recursos, de los cuales un 22% fueron estimados, es decir, favorables al recurrente. Tomadas en conjunto, alrededor del 42% de las solicitudes de asilo presentadas a lo largo del año 2002 resultaron en autorizaciones de asilo (10%) o de permisos excepcionales de permanencia (un 23%). A pesar de ello, el Reino Unido ha obtenido un relativo éxito en el alejamiento de solicitantes de asilo cuyas solicitudes han sido denegadas o sus recursos desestimados (76%). El alejamiento de solicitantes de asilo, incluidas las salidas voluntarias pero excluidos los familiares dependientes, aumentó en 2002 hasta una cifra récord de 10.740.

No obstante, los costes del sistema de recursos en materia de inmigración se han disparado, especialmente por el elevado número de recursos contra la denegación de solicitudes de asilo por el Ministerio de Interior. Durante el año 2003 el flujo de refugiados al Reino Unido duplicó ampliamente el presupuesto de asistencia legal a inmigrantes, pasando de los 81,3 millones de libras esterlinas en el período 2001-2002 a cerca de 174,2 millones de libras esterlinas en el período inmediatamente posterior, situando la asistencia legal en inmigración como uno de los ámbitos de mayor crecimiento de este tipo de servicios, junto a la asistencia legal en procesos por delitos. Diversas razones explican ese incremento en los costes de la asistencia legal: por un lado, la presión sobre los gobiernos para tramitar rápidamente las solicitudes (el 75% de las nuevas solicitudes se resuelven en el plazo de seis meses) tiene sin duda un efecto multiplicador de los costes de tramitación y asistencia a la misma; por otro, el número de recursos de apelación se ha triplicado desde el año 2000, pasando de 19.395 a 64.125 en 2002; incremento probablemente estimulado por una dudosa calidad de las decisiones iniciales de denegación, corroborada por una tasa del 20% de estimación de las pretensiones.

Por todo ello, no es de extrañar que el coste medio por asunto se haya duplicado desde 2000-2001. Ante tales datos el Gobierno ha reaccionado aumentando el control sobre los gastos y el Departamento del *Lord Chan-*

cellor ha elaborado dos documentos consultivos que incorporan propuestas dirigidas a contener costes, propuestas que servirán de base para reformar el sistema de acceso de los solicitantes de asilo a la asistencia legal (Documentos consultivos de 5 de junio de 2003).

En todo caso, la actividad ejecutiva fue relativamente satisfactoria si se compara con años anteriores. Del total de personas alejadas en 2002, 10.470 personas habían buscado asilo en algún momento, sin contar los familiares dependientes. Ello supone un 16% más que en 2001 (9.285) y es el mayor total anual registrado. Sin embargo, hubo una reducción en un aspecto: el número de solicitantes a los que tras denegarles la entrada en frontera se les alejó del país fue de 3.730 personas, lo cual supone una reducción de 11% respecto del año anterior (4.175), frente al aumento en un 48% de los alejamientos ejecutados desde el interior del país (6.150). Unos 895 solicitantes abandonaron el país bajo programas de retorno voluntario gestionados por la OIM, lo cual supone una reducción del 9% en 2001 (980). Los solicitantes alejados o retornados de forma voluntaria en 2002 eran nacionales de países como ex Yugoslavia (2.360), República Checa (790), Polonia (635), Rumania (555) o Albania (510), entre otros.

A pesar de esa relativa eficacia, el número de personas contra las que se iniciaron acciones ejecutivas en 2002 fue de 57.735, casi un cuarto menos que en 2001. Esta caída, debida a la reducción en el número de casos de asilo en espera de una decisión inicial, sigue a incrementos de un 50% en 2001 y de un 120% en 2000, incrementos resultantes esencialmente de cambios en las prácticas de contratación laboral, introducidas en el año 2000, y de un incremento en el número de casos de asilo tramitados por los Servicios de Inmigración en 2001. De la misma manera, la acción ejecutiva contra inmigrantes clandestinos también decayó. Así, en 2002, 48.050 extranjeros entraron ilegalmente (incluyendo personas que entraron en el país de forma clandestina o engañosa), es decir, un 31% menos que en 2001. De nuevo, a 9.450 personas se les notificó el alejamiento administrativo, mientras que a 235 se les notificó la intención de deportarlas o su deportación fue recomendada por un Tribunal, es decir, casi dos tercios menos que en 2001. Bien es cierto que en 2001 se produjo un descenso a resultados de la

entrada en vigor en octubre de 2000 de una parte de la sección 10 de la Ley de Extranjería y Asilo de 1999. Desde entonces en adelante, ciertas categorías de delitos en materia de inmigración, como la permanencia más allá del plazo consignado en la autorización de estancia o residencia y el incumplimiento del resto de condiciones impuestas por el permiso, dejaron de constituir causa penal de deportación para pasar a constituir causas de alejamiento administrativo.

Estas consideraciones permiten constatar un declive general en el alejamiento de extranjeros. Las deportaciones cayeron en un 8% respecto del año 2001. Los alejamientos administrativos disminuyeron en un 60%. En muchos casos en los que la acción ejecutiva había sido iniciada, la persona no era susceptible de alejamiento a causa de una solicitud extraordinaria de asilo o un recurso. Por otro lado, existen una serie de circunstancias que frenan el alejamiento de extranjeros, por ejemplo, las fugas, el control ejercido por los tribunales, algunos problemas de documentación, etc.

5.4.3. La detención de extranjeros

Las estadísticas de detenciones en el ámbito de inmigración muestran cómo en diciembre de 2002 había 1.145 personas detenidas únicamente en virtud de la normativa de inmigración. De todas ellas, un 69% (795 personas) registraron algún intento de acogerse al procedimiento de asilo en alguna fase. Ello sugiere que la mayoría de detenidos bajo la Ley de Extranjería son gente que ha intentado obtener asilo. La mayor parte de los detenidos fueron retenidos en los centros de los servicios de inmigración, en concreto el 77% de todos los detenidos. También se utilizaron establecimientos penitenciarios y un 19% se encontraban detenidos allí. Otro 4% fue detenido en el *Oakington Reception Centre* localizado en Oxford. Por nacionalidades, los grupos de detenidos más numerosos correspondían a Jamaica (150 detenidos), Pakistán (80) y Argelia (75). Los períodos de detención no fueron en general indebidamente largos: la mayoría de detenidos, básicamente un 38% pasaron menos de un mes detenidos; un 17% pasó entre uno y dos meses; y un 16% pasó entre dos y cuatro meses; el porcentaje de detenidos que permanecieron más de cuatro meses se sitúa en un 28%.

5.5. El permiso de trabajo para la inmigración laboral

Contrariamente a la creencia popular, la entrada legal de trabajadores, también denominados de forma más amplia «inmigrantes económicos», está bien regulada en el derecho británico. La tendencia parece ser la de una progresiva ampliación de dicha regulación a medida que las necesidades de mano de obra cualificada se consolidan en varios sectores económicos.

En términos generales, la política de «gestión migratoria» del Reino Unido ha resultado relativamente efectiva en la admisión de un creciente número de estudiantes, visitantes y otras personas con capacidad laboral, al tiempo que se esfuerza por alejar del país a todos aquellos extranjeros que han permanecido más allá de su autorización de estancia o residencia o han abusado de los procedimientos de inmigración.

Para empezar debe señalarse la existencia de algunas categorías de personas que no están sujetas a ningún control migratorio (ministros, religiosos, diplomáticos y otros colectivos), incluso si entran por razones económicas, mientras que el resto de categorías sí están sujetas a control migratorio. En este apartado se intentarán presentar los rasgos esenciales del sistema respecto de los trabajadores sujetos a la obligación de obtener permiso de trabajo, obviando en todo caso la referencia a los colectivos exentos de tal obligación, por su escasa trascendencia sobre el conjunto del fenómeno migratorio.

La mayor parte de las categorías de control migratorio se encuentran reguladas por disposiciones reglamentarias o políticas oficiales, que se complementan con políticas discrecionales «no oficiales» destinadas a aliviar la dureza de las anteriores, y cuya reciente promulgación por el Ministro del Interior ha servido para su público conocimiento, pues de algunas sólo se conocía su existencia a raíz de una respuesta escrita del Ministro de Interior en relación a una consulta de un bufete de abogados sobre cómo manejar una particular clase de solicitud.

Como premisa de partida el Reino Unido no concede permisos de trabajo a trabajadores poco cualificados o semicualificados, con el fin de

proteger la fuerza de trabajo doméstica. Por consiguiente, los permisos de trabajo se han creado para un tipo muy específico de trabajador, que deberá poder encajar con los perfiles de trabajadores de primer o segundo nivel o de trabajadores esenciales. En la práctica, los permisos de trabajo son extremadamente rígidos: la ocupación y el salario deberán estar claramente estipulados entre empresario y trabajador, siendo en todo caso necesario un nuevo permiso cuando el trabajador cambia de puesto de trabajo incluso en el seno de la misma empresa; y de hecho, como el Departamento de Educación y Empleo (DfEE) sólo extiende los permisos de trabajo a los empresarios, éstos sólo soportan el papeleo y los retrasos en la tramitación cuando el trabajador es verdaderamente esencial. La obtención del permiso de trabajo, tramitado y extendido por el Servicio Exterior de Empleo (SEE) perteneciente al Departamento de Educación y Empleo (DfEE) y no al Ministerio de Interior, comporta en principio una autorización de entrada al Reino Unido para la realización del trabajo. Desde 1998 existe una extensa guía acompañada de formularios editados por el SEE.

5.5.1. Solicitudes de primer nivel o procedimiento simplificado

Los trabajadores que puedan incluirse en alguna de las categorías siguientes se benefician de un procedimiento simplificado de obtención del permiso de trabajo:

a) Transferencias empresariales internas de empleados. Esta categoría se aplica a empleados de una compañía multinacional que dispongan de al menos seis meses de experiencia en la empresa, para su transferencia a un puesto ejecutivo *senior* en el Reino Unido. Debe tratarse de un empleado cualificado con sólidos conocimientos de la empresa y experiencia en la misma. La compañía británica debe presentar un vínculo directo con la compañía extranjera consistente en una propiedad común (una de las empresas es propietaria de la otra o ambas forman parte de un grupo de compañías controladas por la misma empresa madre o holding).

b) Transferencias empresariales de empleados para que desarrollen una carrera en el seno de la empresa. Esta previsión permite a un emplea-

dor transferir un trabajador a un puesto en la compañía británica para ampliar su formación y desarrollar una carrera en la compañía. La persona deberá disponer de una experiencia de posgrado de un mínimo de 12 meses, de los cuales como mínimo los últimos seis meses deben haber transcurrido dentro de la organización. Las solicitudes se conceden para un máximo de 36 meses.

c) Puestos directivos *senior* o de nivel equivalente. Para obtener este permiso el trabajador debe realizar una labor de dirección de la compañía a nivel estratégico que requiera el seguimiento diario de la actividad de la misma. La persona debe disponer de una destacada experiencia en niveles de dirección.

d) Inversiones extranjeras en el Reino Unido. Esta categoría está prevista para facilitar las inversiones extranjeras que atraigan capital o trabajo al Reino Unido mediante la concesión de un permiso de trabajo a los empleados esenciales para el desarrollo del proyecto de inversión, que en todo caso deben realizar compañías extranjeras, no individuos particulares. La inversión mínima normalmente exigida para encajar en esta categoría es de 250.000 libras esterlinas.

e) Puestos de trabajo autorizados por escasez de mano de obra en el sector. El Gobierno elabora una lista detallada, que publica en su página web, de las ocupaciones para las que existe poca gente adecuadamente cualificada en el Reino Unido, de manera que los empleadores puedan tramitar sus solicitudes de mano de obra mediante este procedimiento simplificado. No obstante, si una ocupación en sí misma no padece una escasez de mano de obra, el empleador deberá tramitar la solicitud completa como de segundo nivel o de procedimiento ordinario. La SEE no considerará incluida en esta categoría las ofertas de puestos de trabajo que no requieran una capacitación específica, o conocimientos y experiencias infrecuentes, pues esta categoría de permisos para puestos de alto nivel con «escasez de mano de obra» está muy restringida, aunque cambie constantemente. A título ejemplificativo, en enero de 1998 incluyó únicamente a algunos especialistas en medicina y enfermeros y profesiones relacionados con la medicina y la cirugía veterinaria. Bajo este procedimiento simplificado no es generalmente

necesario dar publicidad al trabajo, pero es necesario demostrar que ese trabajo no podía cubrirse por alguien del mercado doméstico o del Espacio Económico Europeo. Si no se ha dado publicidad a la oferta de empleo porque se consideraba innecesario, deberán aportarse pruebas que así lo confirmen, preferiblemente de una fuente independiente dentro del sector profesional o industria. Si la SEE no admite tal prueba, se esperará del empleador que dé publicidad al puesto de trabajo.

5.5.2. Solicitudes de segundo nivel o procedimiento ordinario

Si una solicitud no puede incluirse en alguna de las categorías mencionadas anteriormente, la solicitud debe tramitarse entonces como de segundo nivel. Los requerimientos en esta categoría son, no obstante, restrictivos. El SEE considera la solicitud de un permiso de trabajo a la luz de cuatro criterios fundamentales, que son: la ausencia real de mano de obra para ese empleo en el Reino Unido; la cualificación, capacitación y experiencia requerida para el puesto de trabajo y que el trabajador seleccionado demuestre efectivamente estar adecuadamente cualificado y disponer de la experiencia necesaria para el empleo. Normalmente el SEE sólo expide permisos de trabajo para empleos que requieren una elevada cualificación profesional. No se expiden permisos de esta categoría para trabajos manuales, de construcción, secretariado u ocupaciones asimilables, ni para «canguros» ni servicio doméstico. Por el contrario, se precisa una cualificación de titulación reconocida de nivel universitario y dos años de experiencia laboral posterior a la titulación. En determinadas circunstancias el SEE puede llegar a admitir como experiencia la adquirida en cursos de postgrado como un MBA o un Doctorado, cuando tales conocimientos sean directamente relevantes para el trabajo. Para algunas profesiones en las que el trabajador necesita registrarse en una determinada asociación profesional británica la SEE puede aceptar el registro en la misma como prueba de que el trabajo y el candidato a cubrirlo cumplen el requerimiento de conocimientos de alto nivel.

Esta categoría dispone de una serie de criterios fijos, pero la Administración goza de un cierto grado de flexibilidad en su aplicación, que per-

mite acoger excepcionalmente otros supuestos no incluidos en la misma. Así, el SEE respondió a una consulta del *Bufete Tucker Turner Kinglsey Wood & Co.* sobre la exigencia de una poscualificación de dos años, que «en ausencia de una cualificación de graduado, se aceptan cinco años de experiencia laboral *senior*». Si los extranjeros no reúnen los criterios ocupacionales requeridos pero disponen de conocimientos técnicos específicos o conocimientos especializados no disponibles en el Reino Unido o en el EEE, puede ofrecerse un permiso de trabajo bajo la categoría de «trabajador esencial».

5.5.3. Trabajadores esenciales

Si el puesto no cumple los criterios de conocimientos de alto nivel del segundo nivel, pero requiere habilidades especializadas, determinados conocimientos o experiencia, la SEE puede considerar la solicitud bajo la categoría de trabajador esencial. La SEE sólo puede hacerlo así cuando de la concesión del permiso para trabajador esencial dependa la contratación de otras personas. El SEE normalmente sólo expedirá un permiso por persona dentro de esta categoría para un período máximo de 36 meses. La aprobación del mismo se producirá a condición de que el empleador forme a un trabajador residente para reemplazar al «trabajador esencial» al final del periodo aprobado. Existen tres subcategorías:

a) Trabajadores esenciales generales. Esta categoría incluye a personas con conocimientos especializados indispensables para el funcionamiento diario de la compañía. No necesitan un alto nivel académico o cualificaciones profesionales, pero deben disponer de habilidades especializadas y un conocimientos y experiencia no disponibles en el EEE.

b) Trabajadores esenciales con conocimientos lingüísticos y culturales. Esta categoría incluye personas que tienen unos amplios conocimientos de lenguajes y culturas no fácilmente disponibles en el EEE y cuyo trabajo requiera la utilización la mayor parte del tiempo de tales conocimientos.

c) Trabajadores esenciales de hostelería y restauración. El SEE puede expedir permisos para determinados trabajadores especializados dentro de este sector, incluyendo la denominada cocina étnica.

En todos estos casos, el empleador deberá dar a conocer su oferta de trabajo en al menos dos publicaciones: un diario nacional y una revista o diario de negocios, o en dos revistas de negocios si ello garantiza mayores probabilidades de encontrar trabajadores residentes cualificados para tal empleo. Para trabajadores esenciales de lengua y cultura o de hostelería y restauración, la SEE puede aceptar la publicación de la oferta en periódicos nacionales reconocidos o en otras publicaciones que se dirijan a grupos étnicos particulares. El empleador deberá detallar la formación y preparación que ofrecerá al «trabajador residente».

Respecto de la tramitación de las solicitudes, renovaciones y autorizaciones indefinidas, la DFEE se tomará entre 6 y 8 semanas para decidir, siempre que no estén implicados otros departamentos del Gobierno como el Ministerio del Interior, con la excepción de las solicitudes para hostelería y restauración, en que normalmente se tomará unos 3 meses. El permiso de trabajo será enviado por la SEE al empleador y este deberá ser el que lo reenvíe al trabajador ubicado en el extranjero. Salvo que por su nacionalidad el trabajador deba obtener un visado ante la Embajada británica más cercana, el permiso de trabajo contará como autorización de entrada, de modo que solamente necesitará el pasaporte para viajar al Reino Unido. En tal caso, la entrada en el Reino Unido únicamente podrá ser denegada por los agentes de inmigración si sospechan la realización de alegaciones falsas con el fin de asegurar la obtención del permiso o si el puesto de trabajo ya no está disponible. Actualmente, la entrada por razones laborales autoriza la estancia durante un período de cinco años tras la realización de la entrada; si trabaja con continuidad en el puesto o puestos para los que se extendieron los permisos, el trabajador podrá solicitar un permiso permanente. La prórroga de los permisos normalmente se producirá hasta un máximo de tres años, pues la expectativa es que el «trabajador esencial» formará a un sustituto durante ese período. A resultas de ello, se pueden presentar dificultades respecto a la solicitud de autorizaciones de permanencia indefinidas.

5.6. Reconocimiento de la ciudadanía y nacionalidad

La obtención de la nacionalidad británica está regulada por la Ley de la Nacionalidad Británica de 1981, que entró en vigor el 1 de enero de 1983. El objetivo de la norma era reducir drásticamente el número de personas legitimadas para solicitar la ciudadanía británica, para ello la Ley dispuso un período transitorio durante el cual todavía se reconoció el derecho de obtención de la ciudadanía británica a determinadas categorías de personas. Transcurrido ese período, que se alargó hasta el 31 de diciembre de 1987, la obtención de la ciudadanía británica incorpora elementos de apreciación discrecional por la Administración. La ley reconoce legitimación para solicitar la ciudadanía a las siguientes personas: primero, al menor nacido en el Reino Unido cuando uno de sus padres se convierte en ciudadano británico u obtiene la residencia permanente en el Reino Unido; segundo, al menor nacido en el Reino Unido que haya pasado los primeros 10 años de su vida en este país; tercero, al menor cuya solicitud sea admitida discrecionalmente por la Administración; cuarto, al menor de un año nacido fuera del Reino Unido, cuando uno de sus padres ostente la ciudadanía británica por razón de descendencia; quinto, al menor nacido en el exterior pero residente en el Reino Unido cuando uno de sus padres ostente la ciudadanía británica por razón de descendencia; sexto, a diferentes categorías de ciudadanos de territorios británicos situados en el exterior, a súbditos británicos o a residentes protegidos por el Reino Unido; séptimo, a los ciudadanos del supuesto anterior cuyos servicios a la Corona permitan una apreciación discrecional de su solicitud; octavo, los ciudadanos del territorio exterior británico de Gibraltar; noveno, a personas adultas, en virtud de residencia en el Reino Unido o por razón de matrimonio con un ciudadano/a británico/a.

La posterior Ley de Nacionalidad, Extranjería y Asilo de 2002 introdujo en el procedimiento de obtención de la ciudadanía una serie de tests para evaluar los conocimientos de la lengua inglesa así como de los derechos y obligaciones inherentes a la ciudadanía británica. Los datos relativos al reconocimiento de la ciudadanía británica durante 2002 reflejan el incremento de los flujos migratorios: en 2002 se presentaron 115.170 solicitudes,

un 6% más que en el año anterior (109.005) y muy superiores a las del año 2000 (62.475). El número de personas que obtuvieron la ciudadanía británica en el Reino Unido en 2002 fue de 145.000, número que supera los datos de 2001, cuando se otorgaron en unos 120.000 casos. El 48% fueron concedidas sobre la base de la residencia, que continúa siendo la base más frecuente por la cual las personas obtienen la ciudadanía británica, mientras un 29% fueron reconocidas por razón de matrimonio, y cerca del 22% fueron otorgadas a menores. En el 2002 los países a cuyos nacionales se otorgó en mayor número el estatuto de ciudadanía fueron Pakistán con 10.940 (9%), India con 10.005 (8%), Sri Lanka con 8.095 (7%), Turquía con 8.045 (7%), y Somalia con 7.490 (6%). Los nacionales de países desarrollados como Australia, Nueva Zelanda, USA, Canadá y los Estados de la Unión Europea son menos propensos a adquirir la nacionalidad británica que los de países en vías de desarrollo de regiones de África, el subcontinente indio, Asia u Oriente Medio. No es extraño, pues, que el número de autorizaciones de ciudadanía a asiáticos y africanos haya crecido, cerca de un 43% y un 31% del total, respectivamente.

Algunas fuentes sugieren que aproximadamente el 56% de la gente nacida en el extranjero que permanece en el Reino Unido durante seis o más años, adquieren la nacionalidad. De hecho, cuanto más tiempo pasa la persona en el Reino Unido, mayores posibilidades tiene de obtener la ciudadanía británica. No obstante, aquellas personas nacidas en África tienen mayores probabilidades de adquirir la ciudadanía tras una residencia de 20 años en el país.

El ámbito jurídico definido como «derechos de los inmigrantes» más que «derecho de la inmigración» está aún en fase de desarrollo y los cambios descritos anteriormente, tanto a nivel supranacional a través de las instituciones europeas como a través de los tribunales nacionales, testimonian la cambiante naturaleza de las sociedades europeas a consecuencia de la creciente inmigración.

Síntesis de Reino Unido

Con una población en 2001 de aproximadamente 59 millones de personas, de las cuales cerca de 1,3 millones han nacido en un país comunitario (UE-15) y unos 3,6 millones en un país extracomunitario, el Reino Unido se perfila como uno de los países europeos con una experiencia migratoria más dilatada. Tras la II Guerra Mundial, el Reino Unido adoptó una política activa de inmigración que atrajo considerables flujos migratorios de ciudadanos de las (ex)colonias. Esta política se mantuvo durante dos décadas hasta el inicio de la crisis económica de principios de los setenta, que condujo a la adopción de políticas de admisión más restrictivas, plasmadas en la fundamental *Immigration Act 1971*. Desde entonces, las políticas migratorias del Reino Unido se han orientado progresivamente a permitir una limitada inmigración con fines de reagrupación familiar y de protección de refugiados, mientras que se introducían cortapisas a la inmigración laboral, salvo para categorías de trabajadores muy específicas. Todos esos años la ley de 1971, a pesar de diversas reformas constituyó el elemento de referencia; no obstante, la llegada del «nuevo laborismo» al gobierno tras varios gobiernos conservadores, ha permitido una cierta reformulación y adaptación de tales políticas, recogida en varias reformas legislativas y reglamentarias en 1999 y 2002.

En la regulación actual del régimen migratorio en el Reino Unido destaca la sujeción generalizada de casi todos los extranjeros a una previa autorización de entrada, excepto para aquellos pertenecientes al Espacio Económico Europeo o al Área de Tránsito Común. Tal control se realiza mediante un procedimiento que incluye entrevista en las oficinas de la Administración británica en el exterior y/o en los puestos de entrada al Reino Unido por los funcionarios de inmigración. En este segundo supuesto, la denegación de entrada comporta generalmente la aplicación de una medida de retorno, contra la cual existen muy limitados remedios jurisdiccionales.

En el Reino Unido al igual que otros Estados europeos, las autorizaciones de residencia son temporales o permanentes. Esta última puede obtenerse entre otras razones por una residencia legal y continuada de 10 años

en el Reino Unido, y de manera excepcional y discrecional, cuando tal residencia ha sido irregular pero se ha prolongado durante 14 años.

El régimen de entrada por razones laborales o económicas está sujeto a un estricto control migratorio, si bien la regulación del mismo se encuentra dispersa en previsiones reglamentarias o políticas oficiales (u «oficiosas») que permiten un importante espacio de discrecionalidad administrativa en su aplicación. En principio, el Reino Unido no concede permisos de trabajo para empleos poco cualificados o semicualificados, de modo que las categorías laborales perfiladas por la normativa británica están orientadas específicamente a directivos, ejecutivos, inversores, profesionales cualificados o lo que se denomina «trabajadores esenciales», que son aquellos que pueden demostrar conocimientos técnicos o muy específicos, si bien la inclusión en este último grupo de trabajos en el sector de la hostelería y la restauración, suaviza un tanto la rigidez del sistema. La prórroga de este tipo de empleos, no obstante, está sujeta a numerosas restricciones.

Entre las medidas sancionadoras en materia de extranjería debe destacarse la calificación como delito castigado con prisión de hasta seis meses la permanencia en el Reino Unido más allá del período autorizado administrativamente; también constituyen delito, la entrada fraudulenta, irregular o en infracción de una orden de deportación y asimismo constituye delito la ayuda a la entrada o presentación de solicitudes de asilo ilegales. Debe destacarse igualmente, el hecho de que en el Reino Unido, una cuarta parte de los detenidos en aplicación de disposiciones de extranjería lo estuvieron durante más de cuatro meses, así como el hecho de que tal detención transcurre en Centros de Internamientos para Extranjeros, pero también en prisiones ordinarias.

Finalmente, respecto a los mecanismos para la obtención de la nacionalidad británica debe destacarse la reciente inclusión de un test de evaluación de los conocimientos lingüísticos así como de derechos y obligaciones inherentes a la ciudadanía británica.

A modo de conclusión, puede decirse que en los últimos años se han realizado modificaciones legislativas y reglamentarias para ajustar los pro-

cedimientos de extranjería a los derechos fundamentales, así como para introducir mayor transparencia sobre los criterios administrativos de decisión, sin embargo, el espacio de discrecionalidad administrativa reconocida en general en el sistema británico al Ejecutivo, es más amplio de lo normal en materia de extranjería, sin que el control judicial pueda jugar más que un papel limitado y parcial.

VI. Suiza

Giorgio Malinverni

Universidad de Ginebra

6.1. Introducción

La entrada de los extranjeros en Suiza, su estancia y residencia han sido reguladas durante mucho tiempo exclusivamente por el derecho cantonal. El estallido de la Primera Guerra Mundial tuvo como consecuencia el cierre de las fronteras. A fin de asegurar la uniformidad de este cierre, el Consejo Federal dictó, el 21 de noviembre de 1917, una ordenanza sobre el control de los extranjeros, que subordinaba su entrada en Suiza a la obtención de un visado federal.⁽¹⁾ Otras ordenanzas de 1919 y 1921 configuraron un sistema de veto federal a los permisos emitidos por los cantones. Estas ordenanzas, adoptadas en virtud de los plenos poderes, y que no se limitaban a instaurar una vigilancia de las fronteras sino que regulaban igualmente la residencia duradera de los extranjeros en Suiza con el fin de luchar contra el paro y la sobrepoblación extranjera, no se sustentaban en ninguna base constitucional. Con el objeto de remediarlo, fue adoptado, el 25 de octubre de 1925, el artículo 69 ter de la Constitución de 1874. Ya sobre la base de este artículo fue votada la Ley federal sobre la estancia y el establecimiento de los extranjeros, de 26 de marzo de 1931 (LSEE). Esta ley, aún en vigor, ha sido enmendada varias veces.

(1) (*N. del T.*) El Consejo Federal es el órgano ejecutivo de carácter colegiado de la Federación, y la ordenanza es la fuente del Derecho dictada por el Consejo Federal.

Nota: La traducción y la revisión del artículo, así como el resumen final que le acompaña, han sido realizadas por José Antonio Montilla, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Extremadura.

La LSEE ha sido concebida como una ley marco, que confiere expresamente una extensa competencia al Consejo Federal (véanse en particular los artículos 18.4 y 25 LSEE). Éste ha hecho uso de su competencia adoptando, a lo largo de los años, un gran número de ordenanzas, en las que regula los aspectos más importantes del derecho de los extranjeros. A las ordenanzas del Consejo Federal deben añadirse aún las de los Departamentos, así como numerosas directivas, no publicadas. Esta situación ha resultado poco satisfactoria. Se ha estimado, con razón, que la inclusión en ordenanzas de las disposiciones fundamentales en la materia no resultaba adecuada desde el punto de vista del principio de legalidad y que el extenso poder de legislar conferido al Consejo Federal sobrepasaba los límites admitidos en materia de delegación legislativa. Por esta razón, fue adoptado por las Cámaras federales el 19 de junio de 1981 un proyecto de revisión total de la LSEE. Este esfuerzo fracasó, sin embargo, puesto que la ley fue rechazada en votación popular el 6 de junio de 1982. En 1998, el Consejo Federal retomó la idea de una revisión total de la LSEE. El proyecto del Consejo Federal ha sido sometido al procedimiento de consultas durante el verano de 2000.

Desde la perspectiva de las fuentes del derecho de extranjería, en el nivel constitucional, el artículo 121 de la Constitución de 1999 ha reemplazado al artículo 69 ter de la Constitución de 1874. Además de la cláusula de atribución de competencias contenida en el artículo 121.1, las únicas dos reglas materiales relativas al derecho de extranjería que figuran en la Constitución son: el artículo 121.2 de la Constitución, según el cual las autoridades federales pueden expulsar de Suiza a los extranjeros que amenazan la seguridad del país y el artículo 25.2 y 3 de la Constitución, que erige en obstáculo a la expulsión las persecuciones a las que pueda ser sometido el extranjero en su país y concreta también el principio de *non refoulement*.

Como hemos destacado ya, la LSEE se presenta como una ley marco, de forma que la mayor parte de las disposiciones materiales del derecho de los extranjeros están contenidas en diversas ordenanzas dictadas por el Consejo Federal, principalmente en la ordenanza que limita el número de extranjeros, de 6 de octubre de 1986 (OLE), y en el reglamento de ejecución de la

LSEE, de 1 de marzo de 1949 (RSEE). Múltiples directivas, a veces no publicadas, vienen a coronar el edificio legislativo resultante del derecho interno.

El derecho de los extranjeros tiene también su fuente en diversos tratados bilaterales concluidos entre Suiza y numerosos Estados extranjeros, bien se trate de acuerdos o de tratados de establecimiento.

Algunas convenciones multilaterales son igualmente aplicables al derecho de los extranjeros. Tal es el caso en particular de los instrumentos internacionales de protección de los derechos del hombre, especialmente del CEDH, en cuanto la jurisprudencia del Tribunal Federal vincula a veces el derecho del extranjero a alcanzar o renovar una autorización de estancia o pueden constituir un obstáculo para la expulsión de ciertos individuos.

Mención aparte merece el acuerdo bilateral sobre la libre circulación de las personas, concluido entre Suiza y la Comunidad Europea el 21 de junio de 1999. El objetivo declarado de este acuerdo, aceptado en votación popular el 21 de mayo de 2000, es introducir, por etapas, la libre circulación de ciudadanas y ciudadanos suizos y de los Estados miembros de la Unión Europea (artículo 1 del acuerdo). La supresión del contingente para las personas activas será introducida cinco años después de la entrada en vigor del acuerdo (artículo 10 del acuerdo). Además, durante siete años, Suiza podrá adoptar medidas de precaución frente a la llegada masiva de trabajadores de la Unión Europea y podrá, durante este período, reintroducir los contingentes. Por tanto, la libertad de circulación de personas no será una realidad hasta doce años después de la entrada en vigor del acuerdo. En ese momento, los principios de la libre circulación de personas –tal como son ya aplicados en el seno de la Unión Europea– valdrán igualmente para Suiza.

La libre circulación de personas se aplica tanto a los asalariados como a los autónomos (artículo 1 del acuerdo). Todos los nacionales suizos y de los Estados de la Unión Europea podrán elegir libremente su lugar de trabajo y de estancia sobre el territorio de las partes contratantes y gozar allí de los mismos derechos que los nacionales.

La libre circulación de asalariados implica la igualdad de tratamiento de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea con res-

pecto a los trabajadores suizos. Ello impulsa la abolición de las diferencias de trato basadas en la nacionalidad en todo lo que se refiere al empleo, a la remuneración y a las otras condiciones de trabajo (artículo 2 del acuerdo).

Los trabajadores tienen el derecho a desplazarse y a residir libremente en todo el territorio de los Estados signatarios para allí iniciar o ejercer una actividad lucrativa. Gozan por tanto de total movilidad profesional. Los únicos límites son los motivados por razones de orden público, de seguridad pública y de salud pública, así como aquellos que conciernen a las actividades relacionadas con el ejercicio de la autoridad pública.

El acuerdo sobre la libre circulación de personas constituye una ley especial en relación a la legislación interna sobre la estancia y el establecimiento de los extranjeros. La ley federal no se aplica a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea nada más que a título subsidiario, es decir, solamente en la hipótesis de que el acuerdo bilateral no contuviera disposiciones contrarias, que derogan, en cualquier circunstancia, las de la ley, o bien si esta última contiene disposiciones más favorables a las previstas por el acuerdo.

La Ley federal sobre el acuerdo entre la Comunidad Europea y Suiza referente a la libre circulación de las personas prevé entre otras la modificación siguiente de la Ley federal sobre la estancia y el establecimiento de los extranjeros, actualmente en vigor:

«Artículo 1. La presente ley es aplicable en el ámbito de un Estado miembro de la Comunidad Europea, a los trabajadores y a los miembros de su familia siempre que el Acuerdo entre la Confederación suiza y la Comunidad Europea y sus Estados miembros sobre la circulación de personas de 21 de junio de 1999 no disponga otra cosa o la presente ley prevea disposiciones más favorables».

Así, desde la entrada en vigor de los acuerdos bilaterales con la Unión Europea, la legislación interna sobre los extranjeros no se aplica prácticamente más que a aquellos que proceden de Estados distintos a los de la Unión Europea.

La modificación del artículo 1 LSEE tiene por objeto garantizar que el estatuto jurídico de los ciudadanos de la Unión Europea no será en ningún caso menos favorable que el de otros extranjeros. Este principio figura, por otra parte, igualmente en el artículo 12 del acuerdo, que estipula la aplicación de las disposiciones más favorables del derecho nacional.

El derecho de los extranjeros se caracteriza por tres fases relativamente diversas: la entrada en el territorio, la regulación de las condiciones de residencia y las medidas de alejamiento. Estos tres puntos son tratados a continuación.

6.2. La entrada en Suiza

Las normas aplicables al paso por la frontera suiza están contenidas en la Ordenanza referida a la entrada y declaración de llegada de extranjeros, de 14 de enero de 1998 (OEArr). El extranjero debe estar provisto de un pasaporte válido y de un visado. Por otro lado, no debe suponer un peligro para la seguridad de Suiza ni haber sido objeto de una prohibición de entrada o de una medida de expulsión. Ciertos extranjeros, por ejemplo los apátridas o los refugiados, pueden ser eximidos de la obligación de presentar pasaporte y visado. De hecho, diversos acuerdos internacionales prevén la suspensión de esta obligación. La entrada debe hacerse por un puesto abierto al gran tráfico (carretera, puerto, aeropuerto) y sometido a control aduanero.

En los términos del artículo 13 LSEE, la autoridad federal puede prohibir la entrada en Suiza de extranjeros indeseables o que hayan contravenido gravemente las indicaciones sobre la policía de extranjeros. Puede sancionarse igualmente con una restricción de entrada a ciertos extranjeros que, en ese caso, deben contar con una autorización expresa de la autoridad federal para entrar en Suiza (artículo 2). No pueden entrar tampoco los extranjeros que han sido expulsados. En virtud del artículo 19.2 de la decisión del Consejo Federal de 17 de noviembre de 1914, corresponde pronunciarse sobre las prohibiciones de entrada al Ministerio Público de la Confederación.

A estas restricciones procede añadir que las personas llegadas a Suiza para conseguir trabajo deben estar provistas de una garantía de la autori-

zación de estancia cuando franquean la frontera (artículo 1 de la Decisión de 19 de enero de 1965). Esta obligación se refiere, no obstante, al derecho a residir en Suiza más que al de entrar en el país.

El extranjero que no tiene derecho a penetrar en Suiza verá rechazada la admisión de los recursos administrativos contra las decisiones que le niegan o prohíben la entrada.

6.3. La residencia

6.3.1. Introducción

Sin perjuicio de las disposiciones de los tratados internacionales sobre las relaciones diplomáticas y consulares, el extranjero debe ser beneficiario de una autorización para tener derecho a residir en Suiza (artículo 1 LSEE). La autoridad actúa en principio libremente cuando se pronuncia sobre la concesión de esta autorización, conforme al artículo 4 LSEE. El interesado no tiene derecho a la obtención de la autorización, salvo que una ley o una convención prevea lo contrario. Los artículos 7 y 17.2 LSEE, y 8 CEDH, confieren, por ejemplo, a los extranjeros un verdadero derecho a la obtención de la autorización de estancia o de establecimiento.

Las autorizaciones son emitidas por los cantones. Aparte del supuesto del asilo y de la admisión provisional, la Confederación no puede en principio imponer a un cantón la presencia duradera de un extranjero en su territorio. La policía cantonal de extranjeros es quien toma la decisión de conceder un permiso, cuya validez está, por lo demás, limitada al territorio del referido cantón (artículo 8.1 LSEE). Sin embargo, las autorizaciones precisan a menudo, para ser válidas, la aprobación de la Oficina Federal de Extranjeros (artículo 18.3 y 4 LSEE).

Para las personas que no pretenden elegir domicilio en Suiza ni ejercer allí una actividad lucrativa, la residencia provisional puede durar tres meses (con el máximo de dos períodos de tres meses, con una interrupción, en el curso de un año). Es la situación ordinaria de los turistas, a los que el reglamento de 1 de marzo de 1949 asimila los periodistas. A la expiración

de este plazo, el extranjero debe presentar una petición de prórroga y tiene derecho a permanecer en Suiza hasta que la autoridad decida sobre esta petición.

Los extranjeros que pretenden domiciliarse en Suiza, o ejercer una actividad lucrativa, deben solicitar una autorización en el plazo de ocho días desde su llegada. No pueden ejercer una actividad lucrativa antes de haber presentado su petición pero, los extranjeros tienen, igualmente, el derecho a residir provisionalmente en Suiza hasta que la petición haya recibido una respuesta. Recordemos que en el supuesto de actividad lucrativa se requiere, antes de la entrada en Suiza, una garantía de autorización de estancia.

Los extranjeros que deseen residir en Suiza sin ejercer una actividad lucrativa (estudiantes, rentistas, personas precisadas de tratamiento) deben obtener también una autorización. Esto rige igualmente para los extranjeros que pueden acogerse al artículo 16 del Tratado que instituye la Asociación Europea del Libre Cambio (AELE). Esta disposición no les confiere nada más que el derecho a obtener una autorización al margen del contingente.

La LSEE regula varios tipos de permisos. Su rasgo común es el de tener limitada la validez al territorio de un solo cantón, el que lo ha emitido. No existe permiso federal, con valor en todo el territorio helvético (artículo 8 LSEE). Conforme al reparto constitucional de competencias, únicamente las autoridades cantonales están habilitadas para emitir autorizaciones. No obstante, esta competencia de los cantones está limitada por la reglamentación material federal.

La legislación en vigor regula dos tipos de autorizaciones: la autorización de estancia y la autorización de establecimiento.

6.3.2. Los diversos tipos de autorizaciones y permisos

a) La autorización de estancia

Es la autorización ordinaria. No tiene validez nada más que en el cantón que la ha emitido y es acordada con una duración limitada. Los cantones pueden conceder autorización de estancia de corta duración a los

extranjeros que quieren ejercer una actividad lucrativa durante un período de seis meses como máximo (artículo 20 OLE), así como a los extranjeros que no pretenden ejercer una actividad lucrativa: escolares, estudiantes, enfermos y rentistas (artículos 31-34 OLE).

A diferencia del permiso de establecimiento, la autorización de estancia «puede ser condicionada». La ley no se refiere con esto a cláusulas accesorias a la autorización establecidas bajo la forma de condiciones, sino a determinados elementos del contenido principal de aquella (por ejemplo, autorización limitada al ejercicio de una concreta actividad profesional junto a un empleador determinado). Además, la autorización de estancia es acordada para los nacionales de un país de reclutamiento tradicional, lo que excluye a los nacionales de países del Tercer Mundo.

El permiso de estancia está generalmente vinculado a las condiciones de la profesión y el lugar de trabajo del requirente. Antes de emitir la autorización, el órgano cantonal competente pide opinión a la oficina cantonal de empleo que tendrá en cuenta, antes de pronunciarse, la situación del mercado de trabajo, con la intención de evitar que la emisión del permiso perjudique a la mano de obra autóctona (artículo 7 OLE). Desde hace treinta años, el Consejo Federal ha pretendido estabilizar el número de trabajadores extranjeros. Las ordenanzas limitan el número de extranjeros al configurar un sistema de contingentes, que existe desde 1963.

El contingente total de trabajadores extranjeros se descompone en 26 contingentes cantonales, que las autoridades cantonales reparten entre los sectores económicos y las empresas, y un contingente federal. En ciertos casos, expresamente previstos en los artículos 15 y 19 OLE, los cantones pueden tomar unidades del contingente federal.

La renovación del permiso de estancia depende, en principio, de la situación económica y del mercado de trabajo.

En los primeros años, la situación de los extranjeros que poseen este permiso es precaria. Sin embargo, se considera que tras una estancia de cierta duración, un extranjero debería poder contar con su permanencia en Suiza de una manera estable, aunque no sea ejerciendo la profesión de su prefe-

rencia. Además, la situación del mercado de trabajo no debería ser tomada en consideración en los casos de renovación del permiso de estancia de refugiados o apátridas, o de extranjeros que se han quedado inválidos en Suiza.

El artículo 5.2 LSEE dispone que las autorizaciones de estancia pueden ser otorgadas a título revocable en los casos apuntados en el artículo 25.1 e) de esta misma ley. En todo caso, no será aplicable a los trabajadores que permanecen desde hace más de 5 años, a fin de evitar los problemas humanos que puede provocar la retirada de una autorización. Si la situación del mercado de trabajo es inestable, siempre será posible limitar la duración de las autorizaciones acordadas para los extranjeros recién llegados.

En Suiza existen unas medidas de limitación: «para la concesión de permisos, las autoridades deben tener en cuenta los intereses morales y económicos del país, así como el grado de sobrepoblación extranjera» (artículo 16 LSEE). La Ordenanza que limita el número de extranjeros (OLE) ha sido dictada para concretar estos objetivos. Desde su artículo 1 este texto pretende asegurar una relación equilibrada entre la efectiva población suiza y la población extranjera residente, para crear las condiciones favorables a la integración de los trabajadores y residentes extranjeros, mejorar la estructura del mercado de trabajo y asegurar un equilibrio óptimo en materia de empleo.

Para cumplir este triple objetivo, de policía, social y de política económica, la OLE insta medidas de limitación a la entrada de extranjeros en el mercado suizo de trabajo. Estas medidas son de orden cuantitativo y cualitativo. No se aplican a los titulares de un permiso de establecimiento ni a los funcionarios extranjeros o internacionales, que están expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la OLE. La autorización a los primeros es, en efecto, incondicionada, mientras que el estatuto de los segundos está definido en convenciones o acuerdos internacionales que priman sobre el derecho interno (artículo 5.4 de la Constitución).

El sistema de limitación cuantitativa del número de extranjeros adopta el nombre de contingente. El Consejo Federal está habilitado para fijar periódicamente el número máximo de «los residentes que cada año

vienen por primera vez a ejercer una actividad lucrativa o a iniciarla», para «los estacionales» y para «las personas que residen por un corto período» (artículo 12 OLE). Cada año el Consejo Federal fija las cuotas que no se pueden sobrepasar, por una parte repartiéndolas entre los 26 cantones y, por otra parte, concediendo a la Oficina federal de los extranjeros un contingente federal, que podrá agotar a petición de los cantones.

Los cantones tienen limitada, de este modo, la libertad de regulación que les reconoce el artículo 4 LSEE en cuanto no pueden acordar autorizaciones cuando el número de permisos puestos a su disposición para una categoría determinada de trabajadores se ha agotado.

No todos los extranjeros que ejercen una actividad lucrativa resultan afectados forzosamente por las medidas de limitación cuantitativa. Los fronterizos, refugiados, cónyuges de suizos y otros grupos no están sometidos a contingente. Además, el artículo 13 OLE prevé toda una serie de excepciones a los números máximos, especialmente en lo que se refiere a los artistas, los trabajadores estacionales cuando el permiso se ha transformado en permiso anual o incluso los extranjeros respecto a los cuales razones humanitarias imponen la concesión del permiso.

Al margen del contingente, diversas medidas cualitativas restringen o impiden la entrada de determinados extranjeros en el mercado de trabajo helvético. Estas medidas son, principalmente, de tres órdenes: la prioridad otorgada a los trabajadores autóctonos, la prioridad en el reclutamiento de la mano de obra extranjera y ciertas condiciones de remuneración y de trabajo. Las cuestiones referidas al respeto a estas medidas son resueltas por las agencias cantonales del empleo, en unas decisiones que vinculan a la policía de extranjeros. Esta última sólo podrá, después, rechazar la autorización por motivos distintos a los económicos (artículos 42.4 y 43.4 OLE).

El artículo 7 OLE reconoce el principio de la prioridad dada a la mano de obra autóctona. Sólo será acordada una autorización a un extranjero para el ejercicio de una primera actividad lucrativa, un cambio de lugar o de profesión o la prolongación del permiso si el empleador no puede encontrar un trabajador autóctono capaz y deseoso de ocupar el puesto. *Trabaja-*

dores autóctonos son, según el artículo 7.2 OLE, tanto los suizos como los extranjeros que disponen de un permiso de establecimiento.

Cuando se trate del ejercicio de una primera actividad lucrativa, la noción de trabajador autóctono comprende, además de a los suizos y a los extranjeros con permiso C, a los extranjeros que ya han sido autorizados a trabajar en Suiza (artículo 7.3 OLE). El empleador debe demostrar que ha hecho los esfuerzos necesarios para encontrar un trabajador en el mercado autóctono.

Aun cuando el puesto de trabajo que el extranjero podría ocupar no pueda ser ofrecido a un trabajador autóctono, ello no significa que pueda ser ocupado indiscriminadamente por cualquier extranjero. El artículo 8 OLE recoge una prioridad en el reclutamiento que hace determinante para la obtención de una autorización el origen del trabajador. En principio, únicamente los nacionales de la Unión Europea y de la AELE pueden obtener una autorización de estancia inicial para ejercer una actividad lucrativa. Salvo que cumplan unas condiciones muy estrictas, no la obtendrán los trabajadores de otros países.

Además, a fin de evitar un *dumping* salarial del que los trabajadores suizos serían igualmente víctimas, las autorizaciones no son concedidas nada más que si el empleador acuerda con el extranjero las *mismas condiciones* de remuneración y de trabajo en uso en la localidad y la profesión que se acuerde para los suizos, y si el extranjero está asegurado contra las consecuencias económicas de una enfermedad. Además, para que la autorización sea acordada, el extranjero debe habitar en una vivienda decente (artículo 11 OLE).

b) La autorización de establecimiento

Al contrario que el permiso de estancia, la autorización de establecimiento (artículo 6 LSEE, permiso C) tiene una *duración indeterminada* y no está sometida a condición alguna. Su titular se beneficia del estatuto más estable y más favorable que existe en materia de estancia y de actividad lucrativa. En principio, el extranjero debe permanecer diez años en Suiza para poder cambiar su permiso de estancia por un permiso de estableci-

miento. No obstante, en virtud de acuerdos internacionales, la mayor parte de los extranjeros obtienen este permiso después de haber residido en Suiza con un permiso de estancia durante cinco años solamente.

El cónyuge extranjero de un nacional suizo tiene derecho a la autorización de establecimiento después de una estancia regular e ininterrumpida de cinco años. Para la obtención del permiso C no se tiene en cuenta cualquier estancia en Suiza. Así, por regla general, no suelen contar los años de estancia de un extranjero como estudiante o como funcionario internacional. Además, la autoridad cantonal debe estimar que el extranjero está suficientemente integrado en la población suiza. Actualmente, el 90% de los extranjeros reciben una autorización de establecimiento después de una estancia regular e ininterrumpida de diez años, y el otro 10% después de una estancia de cinco años en las mismas condiciones. El permiso de establecimiento, que constituye el último escalón en el estatuto jurídico del extranjero, tiene una eficacia intercantonal si su titular es nacional de un Estado con el cual Suiza está ligada por un tratado de establecimiento. Confiere al extranjero una situación muy parecida a la de los suizos, con la excepción de los derechos políticos y la obligación de hacer el servicio militar, y se extiende a su familia. Se trata, en todo caso, de una simple autorización que, como tal, resulta susceptible de revocación. Así ocurre cuando el extranjero ha permanecido de manera efectiva durante seis meses consecutivos en el extranjero, plazo que puede ser prolongado hasta los dos años en determinadas circunstancias (artículo 9.3 c LSEE). El plazo de seis meses no se interrumpe cuando, poco antes del vencimiento de este plazo, el interesado regresa a Suiza de forma no duradera, pero únicamente para una breve estancia, si ha trasladado al extranjero el centro de sus intereses. No obstante, según la jurisprudencia, pueden ser tenidos en cuenta los motivos de la ausencia para restituir una autorización que hubiera sido revocada.

El extranjero en posesión de una autorización de establecimiento no está sometido a restricción alguna en cuanto a su actividad lucrativa. Puede ejercer la profesión que elija, asalariada o independiente, cambiar de lugar de trabajo o de profesión, excepción hecha de las profesiones reservadas a los nacionales.

c) La admisión provisional

Este estatuto particular ha sido introducido en la revisión de la LSEE de 20 de junio de 1986, aceptada por referéndum popular el 5 de abril de 1987. Ha reemplazado a la tolerancia, que había tenido bastante importancia práctica y, por ello, no había sido retomada en el proyecto de Ley de 1981. La admisión provisional afecta a los extranjeros que han sido objeto de una decisión de devolución o de expulsión cuando la ejecución de esta decisión no es posible, ni lícita, ni razonablemente exigible (artículo 14a LSEE). La devolución no es posible, por ejemplo, cuando el extranjero está desprovisto de todo título de viaje válido o cuando ningún Estado está dispuesto a acogerlo. No es lícita, ni razonablemente exigible, cuando representa una medida de una duración excepcional o si el rechazo en el país de origen resulta contrario al principio de *no refoulement*. La devolución no es, en fin, lícita cuando vulnera el derecho al respeto de su vida privada y familiar, garantizado en el artículo 8 CEDH. La jurisprudencia considera, no obstante, que cuando la familia de un extranjero que debe abandonar Suiza puede seguirle sin dificultad, la denegación de una autorización que está en el origen de la separación no vulnera ese derecho.

La admisión provisional es decidida por la autoridad federal, y cuando es ordenada, vincula a la autoridad encargada de ejecutar una expulsión judicial.

d) El procedimiento de obtención del permiso

El procedimiento de concesión del permiso se caracteriza por la imbricación de las competencias cantonales y federales (véanse los artículos 15 y siguientes LSEE). La libertad de los cantones está efectivamente restringida por las normas materiales del derecho federal. Las decisiones negativas de la autoridad cantonal son definitivas. En todo caso, si el extranjero estima que la denegación del permiso es arbitraria, puede interponer un recurso de derecho público ante un Tribunal Federal.

Los cantones organizan libremente el procedimiento. Pero la emisión de un permiso para que el extranjero ejerza una actividad lucrativa debe estar

precedida por un informe previo del servicio cantonal de empleo (artículo 7 RSEE). Esta competencia deriva de la importancia atribuida por la legislación a la incidencia económica de la presencia de extranjeros y a la situación del mercado de empleo. Además, el margen de maniobra de la autoridad cantonal es limitado para los permisos A y B, por el sistema de contingentes instaurado por el derecho federal. Los cantones no pueden, en efecto, conceder más que un número restringido de autorizaciones de estancia que dan derecho al ejercicio de una actividad lucrativa.

e) La ausencia de derecho a la obtención de un permiso

El artículo 4 LSEE dispone que la autoridad cantonal regule libremente la concesión de autorizaciones. El extranjero no tiene derecho a la obtención de un permiso ni, en principio, a su renovación o prolongación. No puede recurrir después a una autoridad federal contra el rechazo de la autorización dictada por la autoridad cantonal (artículo 18 LSEE). El acceso al Tribunal Federal por la vía del recurso de derecho administrativo depende, en efecto, en este supuesto particular, de la existencia de un derecho, esto es, de la ausencia de libertad de apreciación en la concesión o rechazo de las autorizaciones. Esto es lo que prevé expresamente el artículo 100b 3 OJ, que sustrae al recurso de derecho administrativo las decisiones en las que se rechaza una autorización a los extranjeros respecto a la cual el derecho federal no confiere un derecho, puesto que debe entenderse que la concesión de una facultad o de una ventaja a un administrado no depende únicamente de la aplicación de criterios jurídicos, sino que deriva, al mismo tiempo, o únicamente, de la facultad de apreciación de la administración. El recurso de derecho administrativo es inadmisibles contra las decisiones fundadas en el artículo 4 LSEE, así como cuando se trata de decisiones en el sentido del artículo 5 LPA y 97 OJ, o cuando el extranjero es beneficiario de una autorización provisional de estancia. En el mismo sentido, una solicitud de autorización de estancia planteada al término de un procedimiento de asilo que se ha resuelto con denegación es inadmisibles y, en consecuencia, el recurso de derecho administrativo está excluido.

Esta regla tiene, no obstante, diversas excepciones. La primera está prevista en el artículo 17.2 LSEE, que confiere a la esposa y a los hijos menores de 18 años de un extranjero titular de una autorización de establecimiento el derecho a incluirse en la autorización de éste.

La segunda excepción está prevista en el artículo 7.1.2 LSEE. La jurisprudencia considera que en virtud de esta disposición, el cónyuge de un nacional suizo tiene un derecho autónomo a la autorización de establecimiento tras una estancia regular e ininterrumpida de cinco años. El nacimiento de este derecho no depende de si la relación continúa. Únicamente importa la existencia de un matrimonio en sentido formal, con la exclusión, en cualquier caso, de un matrimonio ficticio, es decir, contraído con el único objeto de eludir las disposiciones sobre el derecho de los extranjeros.

El derecho a la concesión, renovación o prolongación del permiso puede deducirse igualmente de un tratado internacional. No obstante, para que el recurso de derecho administrativo pueda ser interpuesto, es necesario que las disposiciones pertinentes del Tratado sean directamente aplicables. El supuesto más importante es el del acuerdo con Italia, de 10 de agosto de 1964, y también es el caso del acuerdo AELE de 4 de enero de 1960, en el que el artículo 16.1 ha sido considerado directamente aplicable. El Tribunal Federal ha reconocido, igualmente, que un extranjero y los miembros de su familia pueden, en ciertas condiciones, deducir del artículo 8.1 CEDH el derecho a plantear recurso de derecho administrativo frente al rechazo de la renovación de una autorización de estancia. Así sucede cuando el rechazo de renovación atenta al derecho al respeto a la vida familiar garantizado por el artículo 8 CEDH. El recurso de derecho administrativo es admisible cuando el recurrente tiene en Suiza a los miembros de su familia en sentido estricto, tienen el derecho a residir en Suiza y viven con él una efectiva relación familiar. Por otra parte, el Tribunal Federal ha declarado que esta jurisprudencia se aplica no sólo en caso de recurso contra la denegación de renovación del permiso, sino igualmente contra el rechazo inicial de la autorización de estancia.

Ha afirmado también que el artículo 8 CEDH puede ser invocado igualmente por un extranjero al que le sea denegado el derecho a entrar en

Suiza después de haber sido expulsado cuando la esposa esté domiciliada en Suiza. El artículo 8 CEDH confiere, en efecto, a los extranjeros el derecho a la relación familiar con los miembros de su familia. Cuando es imposible, para estos últimos, abandonar Suiza, el derecho al respeto de la vida familiar del recurrente resultará afectado si no puede beneficiarse de una autorización de estancia. Para que un extranjero, o un miembro de su familia, pueda invocar el artículo 8 CEDH en el procedimiento de concesión o de renovación de la autorización de estancia es necesario, en todo caso, que por una parte, la relación entre este extranjero y una persona de su familia que tenga el derecho a residir en Suiza (cónyuge o hijo) sea estrecha y efectiva y, de otra parte, que no pueda exigir a esta última persona que vaya a vivir en el país de origen del extranjero. Siempre, en el bien entendido de que los motivos que pueden oponerse a la presencia de un extranjero en Suiza, previstos en el artículo 8.2 CEDH, no se impongan sobre el derecho garantizado en el párrafo primero de esta misma disposición.

Interpretando el artículo 8 CEDH, el Tribunal Federal ha extendido considerablemente el alcance de esta excepción. Nuestra Corte suprema considera, en efecto, que en todos los casos la relación familiar debe permanecer intacta y estar realmente viva. Pero la vida en común no es en todo caso exigida para concluir la existencia de la relación. Por tanto, el artículo 8 CEDH es también invocable por el pariente que no es titular del derecho de custodia. En fin, el Tribunal Federal admite que esta disposición puede conferir eventualmente un derecho a una autorización de estancia a un hijo mayor, a condición de que exista una dependencia del hijo en relación con sus padres.

6.4. El estatuto de los extranjeros

6.4.1. Los derechos de los extranjeros

Los extranjeros son titulares de los derechos civiles, como los nacionales suizos (artículo 11 y siguientes CC). Pueden, con este título, concluir contratos, litigar o redactar testamento.

En el mismo sentido, los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales. En todo caso, el ejercicio de algunos de ellos está ligado a

la posesión de la nacionalidad suiza. Así ocurre con la libertad de establecimiento, respecto a la cual el beneficio está reservado a los suizos (artículo 24.1 Constitución). Los extranjeros no se benefician de una libertad comparable a la que el artículo 24.1 reconoce a los suizos salvo cuando son nacionales de un Estado que ha concluido con Suiza un tratado de establecimiento y ellos mismos posean un permiso de establecimiento.

Los extranjeros no son titulares de la libertad económica (artículo 27 Constitución), ya que sólo el extranjero titular de una autorización de establecimiento puede invocar esta libertad. Los restantes derechos fundamentales son reconocidos en la actualidad a los extranjeros en la misma medida que a los suizos.

En el ámbito federal, los derechos políticos no son reconocidos a los extranjeros (artículo 136 de la Constitución). Los cantones pueden, no obstante, reconocerles estos derechos para las elecciones y las votaciones cantonales o comunales (artículo 39.1 Constitución). Únicamente los cantones de Neuchâtel, Jura y Appenzell Rhodes-Exterieures han hecho uso hasta la actualidad de esta facultad.

Por otra parte, el principio de igualdad beneficia desde hace mucho tiempo también a los extranjeros, independientemente del tipo de permiso del que puedan ser titulares. Contrariamente al artículo 4 de la antigua Constitución, el artículo 8 de la actual estipula de forma expresa que «todos los seres humanos son iguales ante la ley». El artículo 8.2 de la Constitución precisa que nadie debe sufrir discriminación por su origen. De manera general, lo que conlleva una difícil determinación, las diferencias entre suizos y extranjeros pueden justificar regulaciones diferentes. Ciertas distinciones no son necesariamente contrarias al principio de igualdad si existe entre suizos y extranjeros diferencias de hecho suficientes para justificar un estatuto jurídico diverso. Aunque la privación de derechos políticos a los extranjeros no haya sido percibida como una desigualdad de trato en relación con los suizos, no sería en cambio admisible que sean sometidos a impuestos más gravosos que los suizos o que sean condenados a penas más severas por las mismas infracciones.

6.4.2. El reagrupamiento familiar

El reagrupamiento familiar se efectúa en virtud del contenido del artículo 7 LSEE (cónyuge de un suizo o de una suiza), del artículo 17.2 LSEE (cónyuge de un extranjero establecido) o incluso del artículo 8 CEDH, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia del Tribunal Federal y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los beneficiarios de los artículos 7 y 17.2 LSEE son el cónyuge extranjero de un nacional suizo o de un extranjero establecido y sus hijos solteros, hasta la edad de 18 años, que vivan con ellos. El círculo de beneficiarios del artículo 8 CEDH es, por el contrario, más amplio.

Desde que la familia desaparece, por ejemplo, por causa de muerte o de divorcio, el motivo por el cual el extranjero ha sido admitido en Suiza desaparece igualmente. La policía de extranjeros puede entonces revocar o no renovar la autorización, resolviendo según su libre apreciación (artículo 4 LSEE).

Únicamente los suizos y los extranjeros establecidos pueden prevalerse de este derecho a la reagrupación familiar, no los titulares de una simple autorización de estancia. En este caso, el artículo 38 OLE dispone simplemente que la autoridad cantonal puede autorizar al titular de este permiso la llegada a Suiza de su cónyuge y sus hijos, si el interesado dispone de una vivienda suficientemente grande y de recursos financieros que le permitan mantener a su familia (artículo 39.1 OLE). Para estos extranjeros, el reagrupamiento es una facultad y no un derecho, y la solicitud es examinada de forma discrecional por la autoridad en el marco del artículo 4 LSEE. En fin, la reagrupación familiar está excluida para ciertas categorías de extranjeros, concretamente para los estacionales (artículo 38.2 OLE).

Tras una importante doctrina jurisprudencial inaugurada en 1983, el Tribunal Federal hace derivar del artículo 8 CEDH un derecho al permiso de estancia en virtud del cual la denegación de la concesión o renovación de la autorización podría reponerse por causa del derecho al respeto a la vida familiar del extranjero. Este verdadero derecho a la reagrupación familiar presupone que la vida familiar es efectiva con una persona residente en Suiza de manera estable, por ejemplo, un nacional suizo o un extranjero titular de un permiso de establecimiento o de un permiso de estancia a cuya renovación tiene derecho.

6.5. Las medidas de alejamiento

6.5.1. La devolución y la expulsión

Los diversos tipos de autorizaciones llegan a su fin en las condiciones previstas por la Ley, más precisamente en los artículos 9.1 y 2 LSEE para la autorización de estancia, y 9.3 y 4 LSEE para la autorización de establecimiento. Cuando el extranjero no es beneficiario de algún derecho que habilite su presencia, la policía de extranjeros dicta ante esta situación una decisión de devolución. Se trata de una medida administrativa a través de la cual la autoridad indica al extranjero que debe abandonar Suiza y le fija un plazo para hacerlo (artículo 12 LSEE). La devolución no implica, como tal, la prohibición de regresar a Suiza y presentar una nueva solicitud de autorización salvo que esté afectado por una prohibición o una restricción de entrada (artículo 13 LSEE).

La expulsión sanciona siempre un comportamiento reprobable del extranjero, que puede ser, según su naturaleza, política, judicial o administrativa.

La expulsión política está prevista en el artículo 121.2 de la Constitución y es dictada por el Consejo Federal ante extranjeros que comprometen la seguridad interior o exterior de Suiza. En la práctica esta medida es bastante excepcional.

La expulsión judicial es una pena accesoria pronunciada por un tribunal, en virtud de los artículos 55 CP y 40 CPM, para las infracciones penadas con ingreso en prisión o reclusión. El anteproyecto de revisión total de la parte general del Código Penal propone abrogar esta medida, en cuanto se considera que se confunde con la expulsión administrativa.

La expulsión administrativa es decidida por la autoridad cantonal, en aplicación de los artículos 10 y 11 LSEE y en las condiciones previstas por estas disposiciones. El artículo 11.3 LSEE precisa que la expulsión será dictada cuando resulte apropiada por el conjunto de las circunstancias. En la ponderación de intereses con los que debe operar antes de tomar la decisión, la autoridad debe, igualmente, tener en cuenta el perjuicio que el extranjero sufriría junto a su familia por el hecho de su expulsión. De hecho, el prin-

cipio según el cual el estatuto del extranjero resulta consolidado por la duración de su presencia en Suiza incide en la adopción de medidas de alejamiento. Cuando la duración de la residencia en Suiza ha sido larga, los motivos de expulsión deben ser más graves.

Una expulsión dictada por un cantón extiende en principio sus efectos a todo el territorio de la Confederación. Esta medida tiene como objetivo evitar vaciar de toda eficacia a una medida de expulsión. La extensión de los efectos de una decisión de expulsión dictada por un cantón es, además, anterior a la adopción del artículo 69 ter de la Constitución. Los cantones la habían previsto ya en un acuerdo concluido el 22 de marzo de 1913, en el cual se comprometían a no aceptar en su territorio a los extranjeros expulsados del territorio de uno de ellos. Más tarde, una Ordenanza de 1921 retomaba la misma idea, pues regulaba que la expulsión dictada por un cantón desplegaba sus efectos en todo el territorio de la Confederación. Regulaba que como última jurisdicción, la Confederación podía obligar a los cantones a renunciar a una expulsión.

El principio según el cual el estatuto del extranjero resulta consolidado por la duración de su presencia en Suiza debía aplicarse igualmente a las medidas de alejamiento. Muchas disposiciones limitan el derecho de las autoridades a expulsar a un extranjero. Así resulta de la interpretación en sentido negativo del artículo 10.1 y 2 LSEE. La expulsión no puede producirse más que por los motivos exhaustivamente enumerados en esta disposición. Además, sólo puede ser dictada si el retorno del expulsado a su país de origen es posible y puede serle exigido razonablemente.

A estas restricciones previstas por la LSEE se añaden aún otras. Así, el Tribunal Federal ha precisado que si el extranjero expulsado no quiere regresar a su país de origen, debe ser encaminado hacia el país de su elección. Este derecho no puede ser restringido nada más que por razones seriamente fundadas en el orden público.

Al margen de las convenciones bilaterales o multilaterales sobre la estancia o el establecimiento de extranjeros, que restringen el derecho a expulsar a estos últimos, los límites son fijados por las convenciones de salvaguarda de los derechos del hombre, que no son, a menudo, a este respec-

to, más que la expresión del derecho internacional consuetudinario. Los Estados no están obligados a acoger a los extranjeros en su suelo, pero tampoco pueden expulsarlos de forma arbitraria.

El artículo 1 del Protocolo número 7 de esta misma Convención, ratificado por Suiza el 24 de febrero de 1988, dispone que «un extranjero residente regularmente sobre el territorio de un Estado no puede ser expulsado más que en ejecución de una decisión tomada conforme a la ley». Además, debe poder «hacer valer las razones que militen contra su expulsión; hacer examinar su caso y hacerse representar a estos fines ante la autoridad competente o una o diversas personas designadas por esta autoridad».

Al margen de estas disposiciones específicas, otros artículos de la CEDH contienen diversas garantías para los extranjeros en caso de expulsión. Según la jurisprudencia de Estrasburgo, la expulsión puede, en circunstancias excepcionales, constituir un tratamiento inhumano en el sentido del artículo 3 CEDH. Tal puede ser el caso, por ejemplo, si la persona castigada con esta medida está gravemente afectada en su salud. Una decisión de expulsión puede ser contraria al artículo 3 CEDH, cuando haya buenas razones para creer que la persona expulsada será sometida en el país al que deba retornar a tratos contrarios a esta disposición o será perseguida por sus opiniones políticas, sus convicciones religiosas o su raza.

La expulsión de un extranjero puede igualmente chocar contra el artículo 3 de la Convención contra la tortura y otras penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, del 10 de diciembre de 1984, ratificado por Suiza el 2 de diciembre de 1986. Contrariamente al artículo 3 CEDH, el artículo 3 de la Convención menciona expresamente los casos de expulsión, rechazo o extradición. Más allá de esta diferencia formal, procede destacar que el Comité de Naciones Unidas contra la tortura parece conferir a esta disposición un alcance más amplio que el atribuido por el TEDH al artículo 3 CEDH. En el asunto *Motumbo vs. Suiza*, de 27 de abril de 1994, el Comité ha considerado que en caso de expulsión existían serios motivos para creer que el requirente estaba en riesgo de ser sometido a malos tratos, conclusión reforzada por la existencia, en el Estado receptor, de un conjunto de violaciones sistemáticas, graves, flagrantes y masivas de los derechos del hombre. Por su parte, el TEDH exige que los motivos sean serios y comprobados,

excluyendo por ello que una simple posibilidad de malos tratos constituya por sí misma un perjuicio en el sentido del artículo 3 CEDH.

Si, debiendo abandonar Suiza, el extranjero no lo hace, la autoridad procede por compulsión directa; es la ejecución de la expulsión (artículo 14.1 LSEE). No obstante, el artículo 14 a) LSEE dispone que cuando la expulsión es imposible, por ejemplo por razones humanitarias, el extranjero puede ser admitido provisionalmente. En virtud del artículo 15.4 LSEE, la Oficina federal de refugiados es competente para ordenar y ejecutar las medidas de admisión provisional.

6.5.2. La ejecución de las medidas de alejamiento

En caso de devolución o de expulsión, para evitar que el extranjero pueda sustraerse a la obligación de abandonar Suiza, el legislador ha previsto diversas medidas destinadas a asegurar la ejecución efectiva de la decisión de alejamiento, incluyendo las medidas de compulsión.

A fin de asegurar el desarrollo de un procedimiento de devolución, la Ley Federal sobre las medidas de compulsión en materia de derechos de los extranjeros, del 18 de marzo de 1994, permite ordenar la detención de un extranjero que no posea autorización regularizada de estancia o establecimiento, por una duración de tres meses como máximo, cuando esta persona, ante un procedimiento de asilo o de devolución, rehúse declarar su identidad; cuando presente varias solicitudes de asilo bajo identidades diferentes o no responda, sin razón justificada, a una convocatoria; cuando abandone la región que le ha sido asignada o penetre en una zona que le ha sido prohibida; cuando infrinja una prohibición de entrada y no pueda ser devuelto inmediatamente; cuando presente una solicitud de asilo después de una expulsión administrativa o judicial forzosa, o incluso cuando amenace seriamente a otras personas o ponga gravemente en peligro su vida y su integridad corporal y que, por este motivo, sea objeto de una persecución penal o haya sido condenado.

Junto a este tipo de detención, denominada detención preparatoria (artículo 13a LSEE), la ley establece igualmente la detención dirigida a la expulsión (artículo 13b LSEE).

La ley prevé, en fin, que la autoridad cantonal competente pueda ordenar a un extranjero en situación irregular y que turbe o amenace la seguridad y el orden público no abandonar el territorio que le ha sido asignado o no penetrar en una región determinada (restricción de la libertad de movimientos; artículo 13e LSEE).

La posibilidad de internar a los extranjeros no ha sido introducida con la revisión de la LSEE de 1994. Existía ya bajo el régimen jurídico anterior, pero como sustitución de la devolución o la expulsión si aquéllas no eran posibles de inmediato. El internamiento no podía utilizarse más que cuando la devolución había sido dictada (antiguo artículo 14 LSEE).

La ley sobre las medidas de compulsión ha sido objeto de una solicitud de referéndum. En el curso del período referendario, la constitucionalidad y la conformidad a las convenciones de las medidas de compulsión han sido objeto de una importante controversia doctrinal.

6.6. El derecho a ejercer una actividad lucrativa

Las medidas de limitación. Como hemos destacado ya, la facultad de la policía de extranjeros no tiene como objetivo simplemente impedir que elementos indeseables penetren o permanezcan en Suiza. Se pretende, igualmente, mantener la población extranjera en proporciones razonables (artículo 16 LSEE).

Ciertas medidas de limitación se dirigen a los extranjeros en general. Pero las regulaciones restrictivas más importantes conciernen a los trabajadores y toman en consideración la situación del mercado de trabajo. Es el objeto de la OLE. Esta ordenanza no se aplica, en cualquier caso, a ciertas categorías de extranjeros (artículo 2).⁽²⁾ Además, determinados extranjeros que ejercen una actividad lucrativa pueden beneficiarse de una excepción a las medidas de limitación (artículo 4).

Permiso de estancia y actividad lucrativa. Al margen del supuesto de la autorización para los fronterizos, el derecho suizo no conoce la autoriza-

(2) Aparte de los mencionados en el artículo 2, no es aplicable a los titulares de un permiso de establecimiento, que no están sometidos, en cuanto a su actividad lucrativa, a ninguna restricción en virtud de la regulación sobre la policía de extranjeros. Para más detalles, véase Mach, p. 157.

ción de trabajo para los extranjeros. Engarza en la misma decisión la autorización de estancia y el derecho a ejercer una actividad lucrativa (artículo 3.3 LSEE, artículo 3.3 RSEE). La autorización estacional está, en sí misma, por definición, destinada a un trabajador y tiene como objetivo regular el ejercicio de una actividad lucrativa. En consecuencia, las autoridades competentes en materia de empleo están estrechamente imbricadas en el procedimiento de emisión de los permisos.

El extranjero que tiene la intención de emplearse en Suiza debe ser beneficiario de una garantía de autorización de estancia antes de penetrar en territorio helvético. Ésta es emitida por la autoridad cantonal, bajo el control de la Oficina Federal de extranjeros (artículo 6 RSEE).

Desde la introducción del contingente de mano de obra extranjera, la intervención de los servicios de empleo ha adquirido un peso considerable, pues son los competentes para organizar la atribución de unidades de contingentes puestos a disposición de los cantones (artículo 42 OLE). En la práctica, la autoridad cantonal de policía no hace sino confirmar las decisiones de los servicios de empleo, puesto que antes de autorizar a un extranjero a emplearse debe pedir informe al servicio cantonal de empleo y actuar conforme a esa opinión. La dificultad principal para el extranjero que quiere residir y trabajar en Suiza es la necesidad de lograr una unidad en el contingente.

Síntesis de Suiza

La regulación de la entrada, estancia y establecimiento de los extranjeros en Suiza ha estado tradicionalmente mediatizada por el carácter confederal de la República helvética. Históricamente estas cuestiones habían sido reguladas por el Derecho cantonal. Sólo durante la Primera Guerra Mundial se elaboraron normas por el Consejo Federal para todo el país, a fin de asegurar el cierre de fronteras, así como un derecho de veto federal sobre los permisos emitidos por los cantones.

Estas actuaciones federales sobre el control de fronteras y el derecho de veto fueron constitucionalizadas en 1925, en el artículo 69 ter de la Cons-

titución de 1874. Se desarrolló legislativamente en la Ley federal sobre la estancia y el establecimiento de extranjeros de 26 de marzo de 1931, la ley ha sido enmendada varias veces y en ocasiones se ha pretendido su revisión total, aunque el complejo procedimiento legislativo suizo ha dificultado la conclusión del proceso. En 1982, una revisión total de la ley fue rechazada en consulta popular y, en 2000, otra propuesta en ese sentido ha sido sometida a consulta de los cantones, partidos políticos y otros interesados. En todo caso, el marco constitucional ha sido modificado por la nueva Constitución de 1999.

La regulación constitucional actual de la extranjería está configurada por el artículo 121.1 de la Constitución, según el cual es competencia de la Confederación la legislación sobre la entrada, salida, estancia y establecimiento y la concesión de asilo; el artículo 121.2, que permite a las autoridades federales expulsar de Suiza a los extranjeros que amenacen la seguridad del país, y el 25.2 y 3, que concreta el principio de no devolución de extranjeros cuando puedan ser perseguidos en su lugar de origen.

Los restantes aspectos del Derecho de extranjería son regulados por los cantones. Así ocurre con los procedimientos de concesión de permisos de estancia y de establecimiento, salvo los supuestos de asilo, así como las autorizaciones para trabajar. En todo caso, la libertad de los cantones está limitada por diversas normas materiales de Derecho federal. En supuestos excepcionales, dado el amplio margen de discrecionalidad administrativa en inmigración, puede recurrirse también ante la jurisdicción federal la denegación de permisos por un cantón (esposa e hijos menores de residentes, aplicación de tratados internacionales directamente aplicables, derecho a la vida familiar, etc.).

Un elemento fundamental en la actual regulación de la extranjería en Suiza es el Acuerdo bilateral sobre la libre circulación de personas, concluido con la Comunidad Europea en 1999. El principio de libre circulación de personas, tal como es aplicado en la Unión Europea, valdrá también para Suiza transcurrido un período transitorio de doce años.

Las peculiaridades más notorias del Derecho de extranjería en Suiza están vinculadas, lógicamente, a su carácter confederal. Así, los permisos de

estancia y establecimiento son válidos sólo en el cantón que los ha emitido. No existen permisos federales válidos en todo el territorio helvético. Por el contrario, las expulsiones dictadas en un cantón tienen efectos en toda la Confederación. Además, para limitar el número de extranjeros se utiliza un sistema de contingentes, desde 1963. La peculiaridad es que el contingente total de trabajadores extranjeros se descompone en contingentes cantonales, que las autoridades cantonales reparten entre los diversos sectores económicos, y un contingente federal, suerte de reserva de la que pueden tomar unidades los cantones hasta agotarlo.

En el ámbito de las infracciones y sanciones, acaso lo más notorio es la previsión de medidas de compulsión tras la reforma legislativa de 1994, que ha provocado gran controversia. En concreto, se prevé el internamiento por un período no superior a tres meses, sin vincularse a un procedimiento de expulsión no ejecutable de inmediato sino como medida «preparatoria».

En otro sentido, merece destacarse, por último, la figura de la «admisión provisional» cuando no se puede ejecutar una decisión de devolución o expulsión, por diversos motivos, entre ellos los humanitarios. Es decidida por la autoridad federal (Oficina federal de refugiados) y vincula a la autoridad encargada de ejecutar una expulsión judicial.

VII. España

Pablo Santolaya

Universidad de Cantabria

7.1. Introducción. La inestabilidad del marco normativo de extranjería

El análisis de la normativa de extranjería e inmigración en España debe partir de su extremada inestabilidad, ya que se han sucedido, en estos últimos años, soluciones muy diferentes, en ocasiones sin siquiera permitir una mínima consolidación de la anterior. Ha sido, y es, una normativa provisional, lo que genera gran inseguridad jurídica en una materia tan trascendental. La jurisprudencia se produce, con frecuencia, sobre normas derogadas, y nos encontramos en permanente espera de sentencias del Tribunal Constitucional, tardías en la medida en que se produce la impugnación de la nueva ley antes de que se haya resuelto el recurso correspondiente a la anterior.

No es por tanto en absoluto sencillo, a pesar de que su enunciado parece anunciar lo contrario, realizar una descripción de la normativa vigente en inmigración y extranjería, sino que con frecuencia es preciso recorrer su sumamente accidentado iter normativo, tomando como punto de partida el momento en que resultó patente la necesidad de sustituir la primera de nuestras leyes, la LO 7/85, vigente hasta el año 2000, para entender la regulación actual.

Y en ese camino se encuentra la LO 4/00, de 11 de enero, aprobada en contra de la mayoría gubernamental y que nació aquejada de un alto grado de provisionalidad, la LO 8/00 de 22 de diciembre, que bajo la apariencia de una reforma es, en realidad, un texto diferente aunque igualmente aprobado sin el consenso necesario y algunos de cuyos aspectos se encuentran pendientes de la resolución de varios recursos de inconstitucionalidad. La

LO 11/03, de 29 de septiembre que, a pesar de afectar a un número escaso de preceptos, resulta significativa en la medida en que, en algo menos de tres años se consideró necesario endurecer la respuesta penal frente a los extranjeros y facilitar los mecanismos de expulsión, y sobre todo la muy importante LO 14/03, de 20 de noviembre, que modifica 31 de sus 70 artículos e introduce 8 nuevos, en buena medida respuesta a la STS de 20 de marzo de 2003, que anuló muchos de los artículos del Reglamento de extranjería por vulneración del principio de legalidad, y que si bien consiguió el consenso de los dos principales partidos políticos, se encuentra también recurrida ante el Tribunal Constitucional. La victoria del PSOE en las elecciones generales de 14 de marzo de 2004, parece finalizar, al menos por el momento, el ciclo de cambios legislativos y la aprobación del Reglamento de extranjería, mediante el Real Decreto 2393/04, de 30 de diciembre, ha buscado un acuerdo no tanto entre fuerzas políticas, sino sobre todo con sindicatos y empresarios, en el contexto de una patente laboralización, que constituye la gran apuesta de esta normativa.

7.2. Posibilidades de entrada legal por motivos laborales

7.2.1. La contratación individual

La contratación individual de un extranjero no autorizado para trabajar requiere que el empleador solicite una «autorización administrativa previa» para trabajar (36.1, Ley), salvo en los supuestos excepcionales del artículo 41, entre otros, científicos, funcionarios de cooperación, artistas, religiosos... y, en otro orden de cosas, los españoles de origen y los menores tutelados en España. Su concesión depende de la «situación nacional de empleo», lo que significa (50, Reglamento) estar incluido en los catálogos trimestrales provinciales de ocupaciones de difícil cobertura o acreditar la dificultad de contratación del puesto que pretende cubrirse mediante certificado negativo de la gestión de la oferta por parte del servicio público de empleo. Sólo entonces puede pretenderse la contratación de un trabajador por esta vía.

Si se logra esa autorización, el siguiente paso es la petición, en el plazo de un mes, de un visado de trabajo y residencia, que tras la reciente

modificación de la LO14/03 (25 bis) habilita para ejercer una actividad laboral o profesional por cuenta ajena o propia y para residir. Una vez que entre legalmente en territorio nacional puede suscribirse el correspondiente contrato de trabajo. Todo ello significa que el modelo de contratación ordinaria individual es, en realidad, cuantitativamente marginal.

7.2.2. La contratación en el marco de acuerdos migratorios

El artículo 36.4 establece la posibilidad de que en esa concesión puedan aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades en virtud del principio de reciprocidad. Con ello se hace referencia, en primer lugar, a los acuerdos suscritos con diversos países de origen de los trabajadores para la ordenación de los flujos migratorios que consisten básicamente en el establecimiento de una serie de mecanismos de difusión de ofertas laborales y en un proceso de selección desarrollado en los propios países de origen, que permite la entrada en nuestro país en plenas condiciones de legalidad. Contienen también una regulación específica de los trabajadores de temporada.⁽¹⁾ A través de ellos se simplifica notablemente la contratación, y son, en la práctica, junto a los contingentes, la única forma de entrada legal para trabajar en España para un altísimo tanto por ciento de los trabajadores, los no incluidos en los «supuestos especiales» (40) o en las «excepciones a la autorización de trabajo» (41).

Además hay que entender que este precepto es de aplicación a cualquier otro tratado internacional en el que se establezcan condiciones de reciprocidad en esta materia, como es el caso de los suscritos con algunos países iberoamericanos.⁽²⁾

(1) En la actualidad, los acuerdos vigentes son los siguientes: Acuerdo entre España y Colombia relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, de 21 de mayo de 2001 (BOE de 4 de julio de 2001 y 4 de julio de 2002 para su entrada en vigor); entre el Reino de España y la República del Ecuador, de 29 de mayo de 2001 (BOE de 10 de julio de 2001); entre el Reino de España y la República Dominicana, de 17 de diciembre de 2001 (BOE de 5 de febrero de 2002); entre el Reino de España y Rumania, de 23 de enero de 2002 (BOE de 3 de diciembre de 2002); entre el Reino de España y la República de Polonia, de 21 de mayo de 2002 (BOE de 20 de septiembre de 2002); y el realizado con Bulgaria el 28 de octubre de 2003 (BOE de 15 de diciembre). Significativamente igual a los anteriores, aunque con distinta denominación, es el Acuerdo sobre mano de obra entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 25 de julio de 2001 (BOE de 20 de septiembre).

(2) En este sentido debe ser interpretado, por ejemplo, el artículo 8 del Tratado de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República Argentina, de 3 de junio de 1988 (BOE de 28 de agosto de 1989), que establece que «con

7.2.3. La contratación a través de contingentes

El origen de la política de contingentes en España se encuentra en el Acuerdo del Pleno del Congreso de 9 de abril de 1991.⁽³⁾ Básicamente significa la realización de una estimación técnica de los trabajadores necesarios y la simplificación de los mecanismos para hacer posible su incorporación al mercado laboral. Desde entonces ha sido una realidad constante en nuestra práctica de extranjería,⁽⁴⁾ sin embargo, bajo esa aparente continuidad hay que constatar que con el mismo nombre se hace alusión a dos realidades diferentes.

Hasta la LO 4/00 sólo se exigía la aportación del visado una vez que se contaba con el informe laboral favorable y era por tanto un mecanismo de regularización para trabajadores que estaban en España que regresaban a su país única y exclusivamente para recoger el visado, con lo que es claro que no servían en absoluto para canalizar y organizar flujos, sino, en el mejor de los casos, para fijar el número de personas que iban a ser regularizadas en ese concreto período. La LO 4/00 introduce dos novedades sí bien todavía de manera indiciaria; la idea de que se dirigía «no residentes en España», y el dotar de un cierto papel a las comunidades autónomas en el proceso, elementos en los que profundizó la LO 8/00 al señalar ahora sí con claridad, que se trata de ofertas de empleo para trabajadores extranjeros «que no se hallen ni sean residentes en España», y que en su elaboración el Gobierno tendrá en cuenta las propuestas que le eleven las comunidades autónomas. Por fin la reforma de la LO 14/03 introduce otros dos nuevos elementos, la posibilidad de establecer visados «para búsqueda de empleo», que hacen posible la permanencia en territorio español durante tres meses y la inscripción en los servicios públicos de empleo, y una cierta confluencia entre el

sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia, siempre que se hubieran concedido los permisos de residencia o de trabajo necesarios para el ejercicio de dichas actividades».

(3) Que en su punto once «instaba al Gobierno a desarrollar una política activa de inmigración en la que los poderes públicos tomaran 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 la capacidad de absorción de nuestra sociedad».

(4) Se llevó a cabo por primera vez en 1993 y por última en el 2004, aprobado del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de diciembre de 2003 (BOE de 31 de diciembre). Ha tenido una periodicidad anual, excepto en los años en que coincidía con algún proceso de regularización, como en 1996.

Contingente y los acuerdos de flujos migratorios, al orientarse el primero fundamentalmente a los países que hayan adoptado tales acuerdos (39.6).

7.3. La expedición de visados y su control

El visado es el documento expedido, excepto en supuestos excepcionales, en las misiones diplomáticas y oficinas consulares españolas, necesario para entrar en nuestro país, salvo que se establezca lo contrario en un Convenio internacional, en la normativa europea y en los demás supuestos previstos en el artículo 25 de la ley. El análisis de esta materia precisa que contestemos a dos preguntas interrelacionadas, la finalidad del visado y las posibilidades de su control judicial, y ambas requieren, una vez más, un breve repaso a nuestra convulsa normativa de extranjería.

La respuesta en la LO 7/85 es clara: El visado es un instrumento de regulación de los flujos normativos que se otorga atendiendo «al interés del Estado español y de sus nacionales» y no por tanto, a los intereses particulares de los que los solicitan, cuya denegación no deberá ser motivada y que no otorga un derecho de entrada en nuestro país, sino tan solo, y la diferencia es trascendental, «habilita para presentarse en un puesto fronterizo y solicitar la entrada», entrada que puede por tanto ser denegada. Es patente que el visado, y su eventual exención aparecen como actos discrecionales, aplicación individual de la potestad de cada Estado de decidir soberanamente qué extranjeros admite en su territorio, y, como tales, no sometidos a concretas causas jurídicas controlables por los tribunales.

Concepción que, a pesar de su difícil encaje constitucional se mantiene básicamente durante toda la vigencia de la ley, si bien es cierto que corregida jurisprudencialmente en cuanto a las posibilidades de control, sobre todo de las exenciones de visado, materialmente mucho más fáciles de recurrir, y en particular de las solicitadas por arraigo o reagrupación familiar. Se produce también un considerable avance en el control de las decisiones adoptadas sobre la denegación de entrada de personas dotadas de visado, desmintiendo por tanto, en buena medida, que se trate de una simple «habilitación» para presentarse en las fronteras. No obstante el núcleo

central de la materia, la denegación de los visados por las autoridades consulares continuaba siendo, por razones tanto teóricas como puramente prácticas, una actividad en gran medida al margen de la tutela judicial efectiva.

La LO 4/00 supuso en este punto un ambicioso paso adelante en un doble sentido. En primer lugar porque una vez obtenido otorga un derecho a entrar en territorio español, pero, sobre todo, al establecer como norma general que la denegación debería ser expresa y motivada. Sin embargo permaneció virtualmente inédita y la reforma de la LO 8/00 supone un significativo paso atrás, al volver a definir el visado como habilitación y al restringir los tipos de visados cuya denegación debía ser motivada. Por fin, la LO 14/03 (27) contiene una significativa novedad que afecta a la finalidad de los visados y que puede provocar una notable simplificación de trámites. Se trata de que el visado no sólo sirve para entrar en territorio nacional, sino que habilita para permanecer y en su caso trabajar en España durante su vigencia.

Nos encontramos, en definitiva, ante un régimen que dista de reflejar los parámetros normalizados de actuación de las administraciones públicas. Si bien no podemos admitir que estamos ante actos discrecionales, sin embargo parece claro que es intención de la ley diseñarlos como actos reglados, pero potestativos, que sólo deberán ser motivados en los supuestos de reagrupación familiar o de trabajo por cuenta ajena y que pueden serlo de forma extremadamente genérica, por ejemplo haciendo alusión al cumplimiento de fines de la política exterior o de otras políticas públicas, o bien a que el solicitante se encuentra incluido en la lista de no admisibles de Schengen, a pesar de lo cual, y como no podía ser de otra manera, son controlables por los tribunales contencioso-administrativos.⁽⁵⁾

(5) Son más numerosas las impugnaciones de actos adoptados en territorio nacional, exenciones de visado o petición de visado por los familiares reagrupantes, por evidentes razones fácticas, e incluso jurídicas, ya que el artículo 22 reserva el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los «extranjeros que se hallen en territorio nacional». Sin embargo son cada vez más frecuentes las decisiones judiciales que anulan actos administrativos de denegación de visados por insuficiencia o error en la motivación. Entre otras se pueden citar las STS de Madrid de 2 de diciembre de 2002, sobre denegación de un visado de trabajo por el consulado de Montevideo, que ni siquiera citaba los artículos de la norma sobre los que basaba la denegación, de 30 de octubre de 2002, contra una resolución del consulado en Nador que deniega un visado de residencia por ser desfavorable el informe de la autoridad laboral competente, sin que conste incorporado dicho informe en el expediente, impidiéndole al recurrente su examen, de 24 de octubre de 2002, igual a la anterior pero del consulado en Moscú, de 3 de octubre de 2002, que considera «contraria a las más elementales reglas de la racionalidad y del buen sentido» la motivación del consulado en Tánger, y la de 11 de junio de 2002 que señala que carece de justificación el acuerdo denegatorio del consulado en Argel basado en que no ha acreditado suficientemente los medios económicos.

Por último los visados (25 bis) pueden ser de tránsito, que habilitan a transitar por el aeropuerto o a atravesar el territorio español, de estancia, para estancias no superiores a tres meses en un período de seis, de residencia, de trabajo y residencia y de estudios. Además y como hemos señalado, el artículo 39 de la ley introduce la posibilidad de visados para búsqueda de empleo que parece una variante del de estancia, y que quizá debería haber sido recogido expresamente en esta enumeración.

7.4. El control en frontera

7.4.1. La denegación de entrada y su control judicial

El artículo 25 de la Ley es, en buena medida, una transcripción del artículo 5 del Acuerdo de Schengen y establece los requisitos de entrada en España, y las causas que pueden provocar su denegación. Entre estos requisitos se encuentra el pasaporte o documento de viaje, el visado en caso de que sea necesario, que no estén inmersos en una prohibición de entrada en nuestro país (artículo 26). Además deberán presentar «los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de entrada, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretendan permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente esos medios». Los artículos 7 y siguientes del Reglamento establecen como se justifica el objeto y las condiciones de la entrada, ejemplificativamente, billetes de vuelta, invitaciones, viajes organizados, la acreditación de medios económicos, por remisión a una orden del Ministerio de la Presidencia, y los requisitos sanitarios.

La denegación de entrada (13 del Reglamento) se hará mediante resolución motivada, con información de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y ante quién deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de interprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo. En cuanto al control judicial de este tipo de decisiones ha seguido con frecuencia (entre otras SSTSJ Madrid de 13 de noviembre de 2001, 1 de febrero de 2002, 25 de junio de 2002, 26 de junio de 2002) un esquema de

razonamiento a tenor del cual corresponde al extranjero acreditar y justificar «el objeto y las condiciones de la estancia prevista» y a la Administración motivar de manera clara y precisa la concreta causa que motivó la denegación, siendo la más frecuente la falsedad de las alegaciones realizadas en el momento en que pretende su entrada, valorando los elementos que llevaron a la Administración a esa consideración.

7.4.2. Los acuerdos de readmisión

La DA.6ª de la Ley, añadida por la LO 14/03, establece que «a los extranjeros que, en virtud de los acuerdos que regulen la readmisión de las personas en situación irregular suscritos por España, deban ser entregados o enviados a los países de los que sean nacionales o desde los que se hayan trasladado hasta el territorio español, les será de aplicación lo dispuesto en los citados acuerdos y esta ley, así como su normativa de desarrollo», lo que significa que se aplicará de manera prevalente el régimen establecido por el concreto Acuerdo de Readmisión.⁽⁶⁾

Consisten básicamente en un compromiso de las autoridades fronterizas para readmitir en su territorio, a petición formal del Estado requirente, a sus propios nacionales y/o los de países terceros que han entrado ilegalmente en el territorio procediendo del Estado requerido. A su vez el Estado que deba readmitir a estos nacionales terceros se encarga de enviarlos a su país de origen o donde comenzaran el viaje, en la medida en que no tengan derecho a permanecer en su territorio. Han sido objeto de críticas al suponer una disminución objetiva de garantías, y por su eventual incidencia sobre el principio de *non refoulement* de la Convención de Ginebra.

(6) Se han firmado nueve acuerdos de ese tipo. El primero de ellos con Marruecos, de 13 de febrero de 1992 (BOE de 25 de abril de 1992), que afecta exclusivamente a nacionales de terceros países, al igual que sucede con el de Italia, de 4 de noviembre de 1999 (BOE de 19 de junio de 2001). Hay también un grupo de acuerdos firmados con países del este de Europa que, al contrario de los anteriores, afectan sólo a sus propios ciudadanos: Rumania, de 29 de abril de 1996 (BOE de 21 de junio); Bulgaria, de 16 de diciembre de 1996 (BOE de 18 de febrero de 1997); Lituania, de 18 de noviembre de 1998 (BOE de 19 de abril de 1998); República Eslovaca, de 3 de marzo de 1999 (BOE de 20 de abril); Letonia, de 30 de marzo de 1999 (BOE de 18 de abril de 2000), y Estonia, de 28 de junio de 1999 (BOE de 11 de mayo de 2000). Por último hay un acuerdo suscrito con Francia, de 26 de noviembre de 2002 (BOE de 26 de diciembre de 2003), que afecta tanto a los nacionales como a ciudadanos de terceros estados. Además están en marcha dos acuerdos con las regiones administrativas especiales de Hong Kong y Macao, de la República Popular China, para readmisión de residentes ilegales (Declaraciones del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 2003 y 21 de abril de 2004, respectivamente).

7.4.3. La devolución

El artículo 58 de la Ley distingue de manera nítida entre la expulsión, que precisa la incoación de un expediente en tal sentido y la devolución, que se aplicará a las personas que habiendo sido expulsadas contravengan la prohibición de entrada en España y a los que «pretendan entrar ilegalmente en el país», salvo que, en ambos supuestos, formalicen una solicitud de asilo o se encuentren embarazadas y pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre. La media es acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión y los afectados tienen derecho a asistencia jurídica gratuita e interprete (22.1). Si no se puede ejecutar en el plazo de 72 horas se solicitará de la autoridad judicial el internamiento, que es de aplicación tanto a la devolución por vulneración de la prohibición de entrada como por pretender entrar ilegalmente en el país.

Con relación a este último supuesto, cuya manifestación más característica es la entrada en pateras, uno de los problemas más importantes que presenta es el alcance de la expresión «que pretenden entrar en territorio nacional». El artículo 138 del Reglamento de 2001 optó por incluir en él «a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional, en tránsito o en ruta, sin cumplir los requisitos de entrada». Sin embargo la STS de 20 de marzo de 2003 entendió que la ley se refiere claramente a la tentativa de entrada, y que esa situación de «pretender entrar» es incompatible con la de encontrarse dentro del territorio nacional, por lo que es una interpretación extensiva contra ley al aplicar un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos, y en definitiva anula el inciso «en el interior del territorio nacional, en tránsito o en ruta». De manera que a partir de esa sentencia debemos realizar una interpretación estricta de la norma, y sólo podrá aplicarse la devolución a quienes sean interceptados en las fronteras o en sus inmediaciones, pero entendiendo ese último término de forma restrictiva, lo que ha sido confirmado por el artículo 157.1.b del nuevo Reglamento.

Sobre la devolución por contravenir una prohibición previa quizá su aspecto más llamativo es el reinicio del plazo de prohibición de entrada de

la primera orden de expulsión, lo que puede parecer excesivo para ser adoptado en el estrecho marco de una devolución, y que, en cualquier caso, hay que entender limitado en sus efectos por el plazo máximo de 10 años previsto en la Ley (56.3) como plazo de prescripción.

7.4.4. El retorno

El artículo 60 establece la figura del retorno, que será el efecto de la denegación de entrada en frontera, de manera que serán «retornados a su punto de origen» en el plazo más breve posible. Se diferencia de la devolución en que el intento de entrada se produce a través de un puesto fronterizo habilitado al efecto y conlleva un régimen de garantías algo más favorable.

7.5. Permisos de residencia

7.5.1. Estancia y residencia. Tipos de residencia

Los extranjeros pueden encontrarse en nuestro país en situaciones de estancia o residencia (29) entendiéndose por estancia la permanencia por un período no superior a noventa días (30) y por residencia la de los titulares de una autorización para residir, que puede ser temporal, permanente, o de alguno de los regímenes especiales de estudiantes, apátridas, indocumentados, refugiados y menores.

Ambas son difícilmente comunicables, ya que se trata de evitar que quienes han entrado en España legalmente, pero en el marco de una visita de corta duración, prolonguen su estancia y la conviertan en residencia sin solución de continuidad. De hecho muchas de las situaciones de irregularidad que se producen se deben precisamente a esa situación. Hasta fechas muy recientes España mantenía una política de no exigencia de visado por ejemplo con los países iberoamericanos, por lo que resultaba relativamente fácil la entrada legal en nuestro país, y sumamente sencillo caer con posterioridad en la irregularidad.

7.5.2. Residencia temporal

Regulada en el artículo 31 de la Ley y 34 del Reglamento es la situación que autoriza a residir en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años, aunque el primer permiso no podrá exceder de un año de duración excepto para menores o familiares reagrupados. Su concesión puede obedecer a tres tipos distintos de circunstancias:

Por incorporación legal a nuestro país, por contar con una autorización de residencia o trabajo o por ser beneficiario de un derecho a la reagrupación familiar.

Por arraigo en nuestro país. La ley es consciente de la necesidad de dar soluciones individuales a situaciones de irregularidad ligadas a la permanencia estable en España y aunque en su literalidad pretende hacerlo de manera lo más discrecional posible («en circunstancias excepcionales...» «La administración podrá...» frente a «se concederá» utilizado para el supuesto anterior) existe abundante jurisprudencia que la ha limitado profundamente. Están reguladas en el artículo 45 del Reglamento y se refiere a situaciones de arraigo laboral –dos años de permanencia en nuestro país y relaciones laborales al menos durante uno–; por vínculos familiares con extranjeros residentes o inserción social unido a una estancia de tres años y a la existencia de un contrato de trabajo; por tratarse de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles; por motivos de protección internacional en figuras cercanas al asilo, por razones humanitarias (víctimas de determinados delitos, enfermedad sobrevenida, peligro para su seguridad si precisa regresar a su país para solicitar el visado); de colaboración con la Administración de justicia; y, en definitiva, «cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España».

7.5.3. Residencia permanente

La residencia permanente (22) es la autorización para residir en España indefinidamente y trabajar en las mismas condiciones que los españoles, limitando además considerablemente los supuestos en los que es posible la

expulsión. Tienen derecho a obtenerla, con carácter general, todos los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada durante cinco años, remitiendo al Reglamento para los supuestos en los que no es exigible el transcurso de ese plazo, que son, entre otros, y a tenor del artículo 72, las personas beneficiarias de una pensión contributiva o de incapacidad permanente o de gran invalidez, los nacidos en España con tres años de residencia legal al llegar a la mayoría de edad, los españoles de origen, los refugiados y, en fin, los extranjeros «que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior». Una vez obtenida no hay otra obligación para el extranjero que renovar la tarjeta que le documenta cada cinco años.

7.5.4. Otros tipos de residencia

La ley regula además otros tres tipos especiales de residencia; el régimen especial de los estudiantes (33) que permite trabajar a tiempo parcial sin tener en cuenta la situación de empleo, reagrupar a sus familiares, e incluso, en determinadas condiciones (artículo 95 Reglamento), modificar su situación por la de trabajo y residencia. Por otra parte (artículo 34 de la Ley) hay que referirse a los refugiados, apátridas e indocumentados, pero en los dos primeros casos se trata básicamente de una remisión a su propia normativa de aplicación.⁽⁷⁾ Por el contrario, con relación a los indocumentados, el artículo 107 del Reglamento prevé un procedimiento para la obtención de una célula de inscripción, lograda la cual puede solicitar un permiso de residencia. Por último la situación de los menores no acompañados (35) que pueden ser retornados al país donde se encuentren sus familiares o, si no es posible o conveniente, permanecer bajo la tutela de las Administraciones públicas, considerándose su estancia legal a todos los efectos.

(7) La Ley de Asilo, Ley 9/94, de 19 de mayo, su Reglamento de Aplicación, Real Decreto 203/95, de 10 de febrero, y el Real Decreto 865/01, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida. A ellos habría que añadir el Real Decreto 1325/03, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

7.5.5. Exención de visado

El visado es, desde la Ley 7/85, el instrumento de control de la entrada de los extranjeros, y aún de la política exterior del Estado. No existe un derecho de los extranjeros a entrar en territorio nacional, ni en el orden interno ni en el orden internacional, dejando al margen, claro está, el derecho de asilo, más que en la medida en que se hallen provistos de la documentación requerida y de medios económicos suficientes... y no estén sujetos a prohibiciones expresas. La exención de visado, por su parte, es la posibilidad de que las autoridades eximan de ese requisito, como paso previo a la residencia, para personas que, de hecho, se encuentran en nuestro país. Se trata de un instrumento teóricamente subsidiario, en la medida en que la política de inmigración está basada en el visado como medio de control de los flujos migratorios. Supone la posibilidad de que, mediando razones excepcionales y de forma si no discrecional al menos con amplios márgenes decisorios, la Administración supla la falta de visado a efectos de residencia. Naturalmente, y por tratarse de su reverso y estar sometido a su misma filosofía, también en esa actividad los intereses a valorar de manera primaria son los del Estado español y sus nacionales y no los de la persona que lo solicita.

De este modo las dos notas que caracterizan la exención de visado desde la Ley 7/85 son la de ser un instrumento excepcional cuya apreciación corresponde a la Administración, y tratarse de una facultad tendencialmente discrecional.

Sin embargo la tendencia expansiva general del control judicial sobre la actividad administrativa ha tenido una clara manifestación en la limitación del alcance de sus potestades para conceder un visado o su exención, de manera que «la discrecionalidad de la Administración debe aplicarse en todo caso con sujeción a la ley y al derecho y muy singularmente sometiéndose al control de los tribunales» (STS de 22 de diciembre de 1995). De esta forma, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha establecido una doctrina absolutamente consolidada (entre otras muchas SSTs de 24 de abril de 1993, 18 de mayo de 1993 y 19 de diciembre de 1995) a tenor de la cual, de concurrir las circunstancias excepcionales, procede la exención del

visado. Pero además la exención requería la concurrencia de «circunstancias excepcionales», locución que parecía destinada a dejar claro que no todas las personas que pudieran obtener un visado, tendrían derecho a verse exentos del mismo, sino que era preciso que concurrieran razones o circunstancias adicionales calificadas de excepcionales. También en este sentido ha resultado trascendental la interpretación realizada por el Tribunal Supremo, y hoy absolutamente consolidada, a tenor de la cual ese término ha de entenderse «no con un significado meramente temporal, opuesto y contrario a frecuente, corriente u ordinario, sino que posee un valor cualitativo, equivalente a importante, trascendente o de peso cualquiera que sea la reiteración con que se produzca» (entre otras muchas SSTs de 8 de noviembre de 1993, 11 de diciembre de 1995 y 2 de enero de 1996), lo que ha facilitado notablemente otorgar tal consideración a supuestos socialmente muy extendidos, como, por ejemplo, el matrimonio con español o residente legal, contribuyendo de manera notable a dar una extensión cuantitativa a la exención de visado que no parecía la prevista por el legislador.

Por último, la LO14/03 ha eliminado la exención de visado. La explicación de esta supresión, de acuerdo a su exposición de motivos, es que el nuevo visado habilita también para permanecer en territorio y trabajar y que en consecuencia «carece de sentido mantener la exención del mismo, ya que su concesión no sólo serviría para eximir de un requisito de entrada en nuestro país, sino también para eximir de la necesaria concesión de autorización para residir y trabajar». Ahora bien, parece que nos encontramos ante un cambio puramente nominal, ya que, continúa el preámbulo, «ello no significa que los supuestos de hecho que anteriormente se amparaban bajo la figura de la exención de visado vayan a quedar sin reflejo legal, ya que los mismos se incluyen ahora en el ámbito de residencia temporal por circunstancias excepcionales» (31.3) teniendo en cuenta, además, que en ese supuesto, para la concesión de la autorización de trabajo no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo (40 k); lo que significa, en mi opinión, que la exención sobrevive bajo el nombre de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, y es sumamente probable que esta figura esté sometida a los mismos criterios jurisprudenciales que han surgido en torno a las exenciones de visado, con la ventaja adicional de

una notable simplificación de los procedimientos. Si se consolida esta interpretación, no sólo no implicará consecuencia negativa alguna para los extranjeros, sino que contribuirá a mejorar su situación.

7.5.6. La reagrupación familiar

Prescindiendo de precedentes anteriores como su tratamiento en el Reglamento de 1986, la Resolución de 15 de febrero de 1994, por la que se dictan instrucciones generales y de procedimiento sobre la tramitación de visados para la reagrupación familiar o el Reglamento de 1996, la actual situación legal tiene como punto de partida la LO 4/00 que lo considera un derecho ligado a la intimidad familiar, siguiendo la doctrina del TEDH, que corresponde a todos los residentes legales, sin ulteriores condiciones económicas o de plazo de residencia. Manteniendo su condición de derecho ligado a la intimidad, la LO 8/00 significó un claro retroceso, restringiendo los sujetos y volviendo al modelo de los requisitos temporales, económicos y de condiciones de la vivienda. En el mismo sentido hay que entender la LO 14/03, que endurece sus requisitos para evitar los «fraudes de las reagrupaciones en cadena», introduciendo en la Ley una serie de preceptos que se encontraban en el Reglamento del 2001 y que habían sido declarados nulos por falta de rango por la STS de 20 de marzo de 2003.

Pero la auténtica dimensión de la reagrupación familiar no se obtiene leyendo las sucesivas normas que la han regulado, sino la jurisprudencia que le ha otorgado una amplitud mucho mayor. En este sentido hay que referirse a la importancia que ha dado a la existencia de un vínculo conyugal tanto con español (entre otras muchas STS de 17 de marzo de 1998) como con residente extranjero (entre otras muchas STS de 11 de noviembre de 1998), que permite afirmar que siempre que se dé tal vínculo existen las circunstancias excepcionales que obligan a la Administración a conceder su exención, sin que sea preciso ni que sea anterior a su entrada en España (STS de 20 de junio de 2000) ni período previo de residencia (SSTS de 1 de febrero, 21 de abril y 2 de octubre de 2001) e incluso impone la obligación de exención de visado en supuestos de expulsión y prohibición de entrada ya que «es patente que resultaría contra derecho separar de su marido –ciu-

dadano español– a la mujer que con él ha contraído matrimonio» (STS 17 de febrero de 1999).

Además ha considerado aplicable la reagrupación familiar a las parejas de hecho en contra del tenor literal de la norma (STS de 2 de abril de 1998 y, sobre todo, STS de 6 de junio de 2000) e incluso, de hijos mayores de edad (SSTS de 3 y 4 de febrero y 9 y 10 de junio de 1998), y de familiares mayores de edad colaterales (STS de 18 de mayo de 1993, STS de 29 de abril de 1996, 5 de junio y 24 de noviembre de 1998). En definitiva el punto esencial parece ser la existencia de un vínculo material y afectivo característico de las uniones familiares y no tanto en el concreto grado de parentesco o de la formalización de la unión matrimonial, vínculo que parece relativizar el cumplimiento de las demás condiciones exigidas (SSTS de 28 de diciembre de 1998 y 9 de marzo de 2000).

7.6. Autorizaciones para trabajar

La regla general para el acceso al mercado de trabajo es contar con lo que la ley denomina «autorización administrativa previa para trabajar» y que en la normativa anterior se denominaba «permiso de trabajo», cambio que proviene de la nueva concepción del visado como documento que habilita para residir y trabajar, pero no de la obligación de solicitar una autorización administrativa previa para hacerlo.

La autorización es necesaria para todos los trabajadores, salvo los expresamente exceptuados (41), por ejemplo los residentes permanentes y algunas otras categorías numéricamente marginales. Se trata de un requisito previo a la petición del visado, de manera que se extingue si transcurrido un mes desde su concesión no se solicita. Es preciso distinguir entre distintos tipos de trabajadores entre los que merecen especial atención los siguientes.

7.6.1. Por cuenta propia

El artículo 37 establece que para la realización de actividades económicas por cuenta propia habrá de acreditarse el cumplimiento de todos los requisitos exigidos a los nacionales y añade «así como los relativos a la

suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo entre otros que reglamentariamente se establezcan» entre los que se encuentran (artículo 58 del Reglamento) aspectos relativos a la inversión, la cualificación profesional y sus condiciones personales, singularmente carecer de antecedentes y no encontrarse irregularmente en España. Tendrá una duración inicial de un año y podrá ser renovado cuando se acredite la continuidad de la actividad y el pago de las obligaciones tributarias y de seguridad social.

7.6.2. Por cuenta ajena

La particularidad más importante de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena es que para su concesión inicial «se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo» de manera que para lograrla es preciso que el puesto se encuentre (artículo 50 del Reglamento) entre los de «difícil cobertura» en cada provincia, o que se acredite una gestión negativa de la oferta de empleo.

Exigencia esta última interpretada por numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras SSTs de 27 de enero y 13 de febrero de 2003, 30 de octubre y 4 de diciembre de 2002) en el sentido de que no es motivación suficiente para denegar un permiso de trabajo que existan personas en paro en el sector, sino que ha de demostrarse que pueden ocupar o desempeñar el puesto de trabajo, bien por estar cualificados para ello, bien por no ser necesaria una cualificación especial. La zona a tener en cuenta a estos efectos es la provincia (STS de 1 de abril de 2003).

Existen una serie de supuestos (40 Ley y artículo 71 del Reglamento) en los que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo. Entre ellos algunos se refieren a la situación personal del extranjero (por ejemplo ser cónyuge o hijo de extranjero con autorización renovada o haber obtenido la autorización de residencia por las circunstancias excepcionales del artículo 31.3) y otras al tipo de trabajo, destacando en particular los necesarios para el montaje o renovación de una instalación o equipos productivos y los «puestos de confianza», concepto que ha sido sin embargo desarrollado muy restrictivamente por el Reglamento, refiriéndolo a puestos de alta dirección o funciones sumamente cualificadas.

Al igual que ocurría con las autorizaciones por cuenta propia, sólo se tiene en cuenta, con carácter general, la situación nacional de empleo para la autorización inicial. Las renovaciones procederán si se acredita la continuidad en la relación laboral o si se ha suscrito un nuevo contrato de trabajo.

7.6.3. Otros tipos de autorizaciones; trabajadores de temporada, transfronterizos y de prestación transnacional de servicios

La Ley (42) prevé un régimen especial para los trabajadores de temporada. El Reglamento (55) distingue a su vez entre autorizaciones para la realización de actividades de duración limitada, por ejemplo montajes de plantas industriales, y los de temporada o campaña, por lo general agrícola. En ambos casos es preciso que las ofertas no se cubran por trabajadores españoles o extranjeros residentes, tienen la duración de la temporada o la actividad, los empresarios se comprometen a garantizar alojamiento en condiciones adecuadas y a organizar los viajes, y el extranjero a retornar a su país de origen una vez terminada la relación laboral. Es importante señalar que los trabajadores de temporada pueden ver facilitada la obtención de una autorización de trabajo inicial tras cuatro años en estas actividades de temporada.

Por otra parte el artículo 43 se refiere a dos situaciones distintas, conteniendo una escueta regulación de los trabajadores transfronterizos, considerando como tales a aquellos que desarrollan su actividad en España pero regresan a su lugar de residencia diariamente, y una mera referencia a la existencia de trabajadores «en el marco de prestaciones transnacionales de servicios», preceptos que deben ser complementados con los artículos 63 y siguientes del Reglamento.

7.7. Inadmisión a trámite de las solicitudes

Una de las novedades más importantes de la Ley 14/03, y que curiosamente parece haber pasado desapercibida es la DA 4ª que introduce la inadmisión a trámite «de las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en esta Ley» y ordena de manera taxativa, y no como simple posibilidad, que

«la autoridad competente para resolver inadmitirá a trámite las solicitudes» en una serie de supuestos a los que expresamente se hace referencia.

Se trata de una figura novedosa en extranjería, y que parece tomada de la Legislación de asilo.⁽⁸⁾ Parece encerrar la idea de que una parte importante de los retrasos en la gestión podrían desaparecer si hubiera un procedimiento que permitiese una rápida inadmisión de todas aquellas peticiones que no reúnen de manera patente los requisitos exigidos, y para ello ha diseñado una serie de cláusulas de inadmisión, algunas probablemente pacíficas como la falta de legitimación o personación, la presentación fuera de plazo, o la mera reiteración de una solicitud ya denegada.

Sin embargo dos de ellas merecen un análisis más cuidadoso. La primera, la prevista en el párrafo 7º, que hace que este procedimiento se aplique a todos los extranjeros en situación irregular, salvo, añade, que puedan encontrarse en alguno de los supuestos del artículo 31.3, lo que significa que una parte muy importante de las peticiones serán inadmitidas sin más procedimiento que una escueta notificación en tal sentido dada la ausencia de visado, y que frente a esa decisión, prácticamente automática, sólo cabe interponer potestativamente un recurso de reposición en plazo de un mes o acudir a la jurisdicción contenciosa-administrativa. No hay duda de que este mecanismo, que está siendo ya aplicado, disminuye considerablemente las posibilidades de defensa de los extranjeros en los procedimientos administrativos relacionados con su situación.

Existe por otra parte una causa de inadmisión consistente, al tratarse de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento, cuyo alcance no es fácil determinar. Es probable que con esa expresión la ley pretenda incluir aquellos supuestos de hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, o inverosímiles relacionados con las autorizaciones que se solicitan, por ejemplo, con la oferta de empleo que se dice poseer. Sin embargo a diferencia del

(8) El artículo 5.6 de la Ley de Asilo introdujo, en la Ley 9/94, la posibilidad de inadmisión a trámite de las solicitudes sin las garantías que implica su tramitación por el procedimiento ordinario en una serie de supuestos, algunos de los cuales son ahora aquí reiterados. Este procedimiento llegó a la normativa española y a la de los demás países europeos curiosamente como consecuencia de la Conclusión 30 del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados que estableció que «sería útil que los procedimientos nacionales [...] prevean disposiciones especiales para tratar con celeridad las solicitudes que se consideren tan manifiestamente infundadas que no merezcan un examen en profundidad, ya que tales solicitudes no constituyen más que una carga para los países afectados y perjudican los intereses de aquellos que tienen motivos para pedir que se les reconozca el estatuto de refugiados».

supuesto anterior, puede no ser tan claro que la oferta de trabajo sea inverosímil o manifiestamente falsa, y merecer un análisis no mediante un procedimiento de inadmisión acelerado, sino mediante los procedimientos ordinarios. Creo en consecuencia que la aplicación de esta cláusula debe ser excepcional.

En definitiva el juicio que merece este tipo de mecanismos de inadmisión es, al menos, ambivalente. Por una parte podemos estar de acuerdo en que obedecen a la idea de dedicar los recursos administrativos a resolver con mayor eficacia y rapidez los supuestos en los que las peticiones se ajustan a la legalidad. Pueden además afectar a un tanto por ciento considerable de las autorizaciones que se tramitan en nuestro país.⁽⁹⁾ Debería por tanto de reflejarse en una notable mejora en los tiempos de obtención de las autorizaciones de trabajo y residencia. Sin embargo ese deseable objetivo no puede ser a costa de las garantías jurídicas de los administrados en un acto de suma trascendencia vital para los afectados, como es la obtención de una autorización de trabajo y residencia en nuestro país, de manera que sería preciso reforzar las garantías para los extranjeros de su correcta aplicación. Tomando una vez más como referencia la regulación del asilo, la introducción del mecanismo de inadmisión vino acompañada de la audiencia del ACNUR. No hay el menor atisbo de mecanismo compensatorio del tipo descrito en la regulación de extranjería, habiéndose desaprovechado la excelente oportunidad brindada por la elaboración del nuevo Reglamento.

7.8. Campañas de regularización

Si existe una constante en la normativa es que cada vez que se han modificado las reglas de juego se ha hecho necesario regularizar importantes bolsas de extranjeros que se encontraban en situación de irregularidad de acuerdo a la normativa anterior. El primer proceso en este sentido se realizó como consecuencia de la aprobación de la LO 7/85 (DT 2ª), y se llevó a cabo en 1986. Sin embargo la situación de irregularidad volvió a complicarse en muy pocos años, y el Acuerdo del Pleno del Congreso de 1991 insta al Gobierno a adoptar las medidas necesarias para completar el procedimiento

(9) Si tomamos como referencia la inadmisión en los procedimientos de asilo hay que significar que casi el 42% de las solicitudes de asilo se tramitan por este procedimiento, cifra que puede ser claramente superior en extranjería.

de regularización anterior. En su cumplimiento se aprobó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991 sobre regularización de trabajadores extranjeros, calificado de excepcional, que afectaba a todos los extranjeros que estuvieran en España antes del 15 de mayo de 1991. A pesar de la amplitud de esta regularización, se volvió a generar rápidamente una gran masa de irregulares, y el Reglamento de 1996 puso en marcha un proceso, en condiciones muy similares al anterior para los que se encontraran en España con anterioridad al 1 de enero de 1996. La LO 4/00 vuelve a autorizar un proceso de este tipo, desarrollado por el Real Decreto 239/00, para todos los que se encontraban en España el 1 de junio de 1999, y la LO 8/00 realizó una especie de revisión de oficio del anterior, que fue desarrollada en el Real Decreto 142/01, de 16 de febrero, que toma como referencia para la regularización el 2 de marzo de 2001. Como complemento de ésta se realizó otra en paralelo y nunca declarada, mediante unas Instrucciones de la Delegación del Gobierno para la Extranjería de 8 de junio y 12 de junio de 2001, que realizaban una generosa interpretación del concepto «arraigo», aplicándolo a todos aquellos que estuvieran en España antes del 23 de enero de 2001.

La Ley 14/03 es la primera de las grandes reformas legales que no ha incluido un mecanismo de este tipo. Sin embargo tal «carencia» ha sido solventada en el nuevo Reglamento. En efecto, su Disposición Transitoria 3ª organiza un «proceso de normalización» basado en el empadronamiento anterior a agosto de 2004 y la existencia de un contrato de trabajo, que finalizará el 7 de mayo de 2005.

7.9. Expulsión

7.9.1. Causas y efectos de la expulsión

La Ley distingue tres tipos de causas que pueden provocar la expulsión de un extranjero previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo. La primera de ellas es la expulsión administrativa derivada de la comisión de alguna de las infracciones tipificadas como muy graves en el artículo 54 de la propia ley de extranjería, pero los motivos más frecuentes de expulsión no se deben a la comisión de conductas muy graves,

sino a las infracciones graves del artículo 53, que pueden ser también objeto de expulsión, y entre ellas, muy singularmente la mera estancia y/o trabajo irregular. Ahora bien, hay que tener en cuenta que existen importantes grupos de extranjeros, como los residentes permanentes, a los que sólo se les aplicará la medida de expulsión en el supuesto absolutamente residual de que hayan sido sancionados por participar en actividades contrarias a la seguridad exterior de España (54.1.a) o si reinciden en el plazo de un año en una sanción de la misma naturaleza. El segundo tipo es la expulsión derivada de una condena penal, de manera superior a un año (57.2). El tercero es la expulsión decidida por un juez como «pena sustitutiva» (57.7) que significa que, en general, cuando sea procesado o inculcado por un delito que tenga prevista una pena inferior a seis años, la autoridad gubernativa solicitará al juez a través del Ministerio Fiscal que autorice en un plazo menor de tres días su expulsión, a la que se procederá «salvo que el juez, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación». Carecemos aún de datos relevantes sobre la aplicación de este procedimiento, pero llama la atención desde distintos puntos de vista constitucionales incluida la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y el papel del juez como garante de los derechos de las personas, al perseguir la expulsión de un supuesto delincuente que no ha sido juzgado y perfeccionarse, aparentemente sin ni siquiera oírle contradictoriamente, y con un plazo de «silencio positivo» de tres días.

En cualquier caso, la expulsión conlleva (57.2) la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, el archivo de cualquier procedimiento destinado a residir o trabajar y la prohibición de entrada por un mínimo de tres años y máximo de diez.

7.9.2. Procedimiento para la expulsión

Los procedimientos sancionadores en materia de extranjería se encuentran detalladamente regulados en los artículos 112 y siguientes del Reglamento de extranjería. Sólo nos vamos a referir a los destinados a la expulsión de los extranjeros, y no, por ejemplo, a los que pueden provocar una simple multa.

Con relación a este tipo de procedimientos hay que tener en cuenta en primer lugar el capítulo de Garantías jurídicas (20 a 22 de la ley) y en particular el derecho a la asistencia jurídica gratuita e intérprete en los procedimientos de expulsión (22.1), el carácter recurrible de estos actos «con arreglo a lo dispuesto en las leyes» (21.1) y su régimen de ejecutividad que será «el previsto con carácter general salvo lo dispuesto en esta ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente».

Es importante recalcar la importancia de la modificación de la Ley 30/92 realizada por el artículo 4 de la LO 14/03, a tenor de la cual los procedimientos en materia de extranjería se regirán por su normativa específica, siendo la Ley 30 meramente supletoria.

Hay también una serie de normas comunes, y entre ellas por ejemplo, la posibilidad de que se realicen actuaciones previas (93), la posibilidad (59 de la Ley y 114 del Reglamento) de que se exima de toda responsabilidad administrativa por colaboración con la justicia, la iniciación y competencia de los procedimientos sancionadores, la delimitación de la autoridad competente para su incoación, resolución, plazo de caducidad y prescripción.

Dentro de los procedimientos de expulsión hay que distinguir entre el ordinario y el preferente (63 de la Ley). La diferencia más importante entre ambos es que la mera incoación del expediente en los preferentes hace posible el internamiento en un centro de expulsión (62), «sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión» lo que a su vez posibilita la ejecución inmediata de la medida (132 del Reglamento).

El procedimiento teóricamente ordinario se aplica a las infracciones graves (53 de la Ley), a las muy graves cometidas por los transportistas (54) y a la expulsión derivada de condena penal (57.2). Se encuentra regulado en los artículos 122 y siguientes del Reglamento. En el supuesto de que se dicte una orden de expulsión, contendrá un plazo, no inferior a setenta y dos horas para que abandone el territorio nacional, transcurrido el cual sin haberlo hecho, puede (141 del Reglamento) ser detenido para hacer efectiva su expulsión, y transcurridas setenta y dos horas, ingresado en un centro de internamiento con autorización judicial.

Por su parte el artículo 63 de la Ley establece el procedimiento preferente para la tramitación de los expedientes de expulsión por la comisión de determinadas infracciones muy graves relativamente marginales como la participación en actividades contrarias a la seguridad del Estado (54.1a) y la promoción de la inmigración clandestina (54.1b), algunas graves igualmente marginales como el incumplimiento de medidas impuestas al extranjero por razones de seguridad pública (53.d) o la participación en actividades contrarias al orden público, así como a la infracción grave sin duda más común de todas las previstas en la ley, que es la de encontrarse irregularmente en territorio español (53.a) lo que hace que éste sea además del procedimiento preferente el auténticamente ordinario. No obstante hay que tener en cuenta que iniciado un expediente con este procedimiento, se cambiará al ordinario si el afectado acredita haber solicitado con anterioridad un permiso de residencia temporal por arraigo (134 del Reglamento).

En estos supuestos, las alegaciones deben ser realizadas en el plazo de 48 horas, para lo que tendrá derecho a asistencia letrada de oficio e intérprete gratuito, y, en tanto se tramita el expediente puede solicitarse al juez de instrucción competente el ingreso del extranjero en un centro de internamiento, o adoptar otra serie de medidas cautelares (61). Otra importante excepción al régimen general de los actos administrativos es que la ejecución de la orden de expulsión se efectuará de forma inmediata, lo que no excluye el derecho al recurso, que será sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de la misma.

7.9.3. El internamiento y su régimen

El internamiento es una decisión que se adopta mediante auto por el juez de instrucción previa petición de la autoridad gubernativa. Sólo es posible en los supuestos de incoación de un procedimiento preferente de expulsión (63), en cuyo caso el juez valorará las circunstancias previstas en el 62, cuando se ha dictado resolución de retorno y no puede ejecutarse, resolución de expulsión sin que el extranjero abandone el territorio nacional en el plazo que se le ha concedido para ello, y cuando la devolución no se ha podido eje-

cutar en el plazo de 72 horas. No puede prolongarse más allá del tiempo imprescindible para la práctica de la expulsión y nunca más de 40 días y debe realizarse en centros de internamiento de carácter no penitenciario.

El Reglamento de 2001 contenía una regulación detallada de los derechos y deberes de los extranjeros internados, las medidas de seguridad que se pueden adoptar y la organización y régimen interno de los centros. Muchos de esos aspectos fueron declarados nulos por falta de rango por la STS de 20 de marzo de 2003, y han sido literalmente incorporados a la ley por la LO 13/84.

7.9.4. El arraigo como protección frente a la expulsión

A partir de *Berrehab contra Países Bajos*, de 21 de junio de 1988, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado, en una veintena de casos, una línea jurisprudencial sobre las condiciones en las que el derecho a la vida privada y familiar (8 del Convenio) puede actuar como límite a la posibilidad de expulsión de extranjeros, de manera que expulsar a una persona de un país en el que ha desarrollado una parte significativa de su vida y en el que viven sus parientes cercanos puede constituir una injerencia en su derecho a la vida familiar. Este derecho se refuerza en los supuestos de mera estancia irregular y tiende a debilitarse cuando se han cometido delitos, hasta prácticamente desaparecer en los más graves. Ha tenido reflejo en nuestro ordenamiento jurídico tanto en el plano legal como, sobre todo, jurisprudencial.

En el primero de ellos, el artículo 57.5 y 6 establece una serie de casos, de no fácil sistemática, en los que el Estado renuncia a sancionar determinadas conductas con la expulsión, bien de manera absoluta, bien de manera relativa, por razón del sujeto que la ha cometido y atendiendo o a su arraigo en territorio nacional o a razones humanitarias. Es importante precisar que esta protección lo es única y exclusivamente frente a las infracciones administrativas previstas en la Ley de extranjería y no alcanza a los previstos en el artículo 89 del Código Penal. Pero ese estrecho marco ha sido ampliamente superado por la jurisprudencia, en el doble aspecto de la utilización del arraigo como causa de suspensión de la ejecutividad del acto

administrativo y, en menor medida, de la consideración de que determinadas expulsiones pueden vulnerar el derecho a la vida familiar.

En cuanto al arraigo como causa de suspensión de la ejecutividad de la expulsión el Tribunal Supremo ha consolidado una línea doctrinal a tenor de la cual la medida judicial de suspensión de la ejecución de los actos administrativos sujetos a control judicial es el resultado de la ponderación entre el interés público en la inmediata ejecución, y la perturbación que para dicho interés pueda seguirse de la transitoria suspensión, y el interés, sin duda alguna también público, en la preservación del derecho del recurrente a la efectividad de la tutela judicial, que puede quedar afectado por la inmediata ejecución del acto si de la misma van a seguirse daños de difícil o imposible reparación. Así, se ha considerado que la ejecución de la medida administrativa de expulsión cautelar puede no ser compatible con el artículo 39 de la Constitución,⁽¹⁰⁾ como también puede serlo la propia medida, ya en cuanto al fondo.⁽¹¹⁾

7.10. Los derechos políticos de los extranjeros

7.10.1. Introducción: La interpretación del artículo 13 de la Constitución

El artículo 13.1 de la Constitución adopta como punto de partida una actitud que no es igualitaria; los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título primero en los términos que establez-

(10) Por ejemplo, por producir daños que afectan a su esfera personal por la duración de su estancia en España (SSTS de 11 de abril de 1996 y de 13 de febrero de 1998), o a su «vida familiar» por ejemplo por estar casado con un español o un residente extranjero (entre otras muchas STS 4 y 18 de octubre, 18 de diciembre de 1996 y 30 de marzo de 1998), equiparando a estos efectos el matrimonio con las uniones de hecho (SSTS 11 de octubre, 13 de marzo y 15 de noviembre de 1999 y 18 de julio de 2000). Ahora bien, a estos efectos es preciso distinguir entre la expulsión por estancia irregular y la derivada de las restantes causas, de manera que cuando la expulsión es por mera estancia irregular se concede su suspensión con mucha más facilidad que en los demás casos en los que «ha de considerarse, con carácter general y salvo supuestos muy concretos y específicos como prevalente el interés público o general de ejecutar la resolución administrativa que decide la expulsión» (STS 14 de diciembre de 1995).

(11) Una de las sentencias más interesantes es la STS de 24 de abril de 1999, en la que se analiza la compatibilidad con el texto constitucional de la expulsión de una extranjera casada con un español que realizaba trabajos por cuenta ajena sin haber obtenido permiso de trabajo, que abre una línea jurisprudencial inmediatamente continuada en la STS de 27 de abril de 1999, afirmando que los tribunales están obligados a valorar la incidencia que sobre la vida familiar de los extranjeros puede suponer la expulsión cuando se produce una alegación en ese sentido, cuya ausencia «puede provocar la revocación de la sentencia de instancia y que se declare no haber lugar a la expulsión de la apelante» (STS de 20 de diciembre de 1993), teniendo en cuenta que puede resultar negativa atendiendo a la gravedad de la conducta aunque cuente con una vida familiar consolidada en España.

can los tratados y la ley, lo que no significa que se haya querido desconstitucionalizar su posición jurídica, pero sí que sus derechos son de configuración legal. A partir de esta consideración la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y en particular la STC 107/84, ha establecido una triple clasificación de los derechos y libertades con relación a su titularidad y ejercicio: existe un primer grupo que corresponde tanto a españoles como a extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para todos (derecho a la vida a la integridad física y moral, libertad ideológica, a la tutela judicial, etc.). En el extremo contrario se sitúan los del artículo 23, reservados a los ciudadanos. Por último, existe un importante grupo al que pertenecerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato, entre ellos algunos de participación (asociación, reunión y manifestación), la libertad de circulación y la mayor parte de los derechos sociales.

7.10.2. El derecho de participación política

El artículo 13.2 de la Constitución establece que sólo los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, precepto que es prácticamente reproducido en el 6.1 de la Ley. Estamos ante un marco ciertamente reducido de las posibilidades del derecho de sufragio para los no nacionales que implica una concepción, probablemente superada, a tenor de la cual la participación política es ejercicio de soberanía y debe corresponder de manera exclusiva a los nacionales. Hubiera sido sin embargo posible una política de tratados internacionales que permitiese el ejercicio del derecho de sufragio en las elecciones municipales a los extranjeros residentes en nuestro país, que tampoco se ha realizado, con la excepción del existente con Noruega.

La ley ha querido de alguna manera superar este estrecho marco y es significativo que el artículo 6 se denomine «participación pública» y no «participación política» sin duda para dar entrada a los instrumentos de información y participación ciudadana previstos en la Ley de Bases de Régimen Local.

Por otra parte hay que señalar que ese mismo precepto contiene un mandato en buena medida programático para que los poderes públicos faciliten el ejercicio del sufragio de los extranjeros en los procesos electorales de su país de origen, que parece tener un alcance limitado, como, por ejemplo, la cesión de locales públicos para el ejercicio del sufragio.

Por último contiene una importante referencia al empadronamiento al afirmar que los ayuntamientos incorporarán al padrón y mantendrán actualizada la información relativa a los extranjeros que residan en el extranjero, sobre cuyo alcance, como condición del ejercicio de determinados derechos sociales, volveremos más adelante.

7.10.3. Otros derechos de participación: los derechos de reunión, manifestación y asociación (sindicación y huelga)

El artículo 7 reconoce las libertades de reunión y manifestación para todos los extranjeros y en las mismas condiciones que los españoles, pero añade que su ejercicio sólo podrá realizarse «cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España», lo que se reitera para la libertad de asociación (artículo 8), sindicación y huelga (artículo 11) que no son en sentido estricto derechos de participación política.

Nos encontramos ante uno de los mayores problemas políticos de la Ley 8/00, en la medida en que fue precisamente esta configuración de los derechos, su condicionamiento a la residencia «legal», lo que impidió que tuviera el respaldo parlamentario que una norma de este tipo requiere, pero también ante uno de los problemas jurídicos de mayor relevancia constitucional presentes en el texto, cuya solución está pendiente de varios recursos de inconstitucionalidad. No se trata de que la ley no pueda establecer limitaciones, sino de que éstas sean objetivas, razonables, proporcionadas a la finalidad que se persigue, y, en definitiva, necesarias en una sociedad democrática. Y una configuración como la realizada corre el riesgo de ser considerada contraria a la Constitución al suponer, para un importante colectivo de personas, su desnaturalización, sometiénolos a limitaciones que no

dependen de su voluntad, haciéndolos impracticables e implicando un grado de restricción probablemente mayor de la necesaria.

7.11. Derechos sociales. La importancia del empadronamiento

La ley contiene una triple consideración del sujeto de los derechos sociales, de modo que algunos de ellos se reservan a los residentes, por ejemplo el derecho al trabajo y la seguridad social, otros se predicen de todos los extranjeros, entre ellos el «derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas» y hay un tercer grupo atribuido a los que se encuentran en una especie de situación intermedia consistente en estar inscritos en el padrón, entre ellos el de asistencia sanitaria «en las mismas condiciones que los españoles», y, en la práctica, también el derecho a la educación.

El Padrón es un documento en el que deben estar dados de alta todos los que residan en el municipio, de manera que (18.2 de la Ley de Bases de Régimen Local) «no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente». Es una obligación de todos los ayuntamientos, lo que es claramente confirmado por el artículo 6.3 de la Ley de extranjería, y un derecho para todos los extranjeros que residen de facto en nuestro país, del que se derivan derechos sociales extraordinariamente importantes para los extranjeros, y ello al margen de la trascendencia que la demostración de la fecha de estancia ha tenido en los procesos de regularización.

De ahí la especial gravedad de las reformas de la LO 14/03, que sin modificar frontalmente esa situación, introduce una serie de importantes trabas en el mantenimiento de la inscripción, que habrá de ser renovada con un plazo de caducidad de dos años y, sobre todo, trata de disuadir, de hecho, el empadronamiento de los irregulares haciendo que sus datos se encuentren a disposición de la policía (DA.7ª).

Al margen de los problemas de constitucionalidad presentes en esta configuración, es desde mi punto de vista evidente que, por la importancia que el empadronamiento reviste como instrumento que da acceso a condi-

ciones necesarias para la integración, y en este sentido llama poderosamente la atención que haya sido pura y simplemente ignorado por el nuevo Reglamento.

7.12. La administración de la extranjería

La administración de la extranjería en nuestro país arrastra desde su origen un triple déficit aún claramente perceptible:

Está centrada básicamente en los mecanismos de entrada y expulsión de los extranjeros, es decir fundamentalmente policial. Por el contrario refleja una preocupación mucho menor a los aspectos relacionados con la integración de los extranjeros, y cuando lo hace se limita con frecuencia a subvencionar organizaciones no gubernamentales. En consecuencia casi veinte años después de nuestra primera regulación de extranjería seguimos careciendo, en buena medida, de una administración no policial que se encargue de ella.

Es una administración que actúa desde la premisa de que los actos relacionados con la extranjería son, de alguna manera, actos de soberanía, y que su control judicial, que afortunadamente ya no puede negar, debe estar subordinado a su plena eficacia. La Ley 11/03 contiene un ejemplo clamoroso de esta afirmación (57.7): Se producirá la expulsión salvo que en el plazo de tres días el juez aprecie de forma motivada la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

Por último, y probablemente como consecuencia de lo señalado, se desconoce la realidad del Estado autonómico y las competencias de las comunidades autónomas. El punto de vista parece ser que el sujeto –el extranjero– hace que desaparezcan las competencias de las comunidades autónomas en trabajo, sanidad, educación, asistencia social, y otros muchos aspectos relacionados con la vida de los inmigrantes en nuestro país. Sólo partiendo de esta concepción se puede explicar la DF. 4 de la Ley, que dice que todos sus artículos son orgánicos, y por tanto estatales, excepto cuatro, que se dictan en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.2. CE. De forma que si bien es cierto que las comunidades autónomas en su conjunto par-

ticipan en la determinación del contingente (39.2) están representadas en el Consejo Superior de la Política de Inmigración (artículo 68) de alguna manera, aunque claramente minoritaria, en el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes (artículo 70), así como que la ley prevé subcomisiones de Cooperación en el seno de las Comisiones Bilaterales en aquellas comunidades autónomas con especial incidencia del fenómeno migratorio (DA 2ª). Se puede afirmar que la regulación en este aspecto no responde a la realidad de nuestro consolidado Estado autonómico. Lo que paradójicamente no hace sino acrecentarse en el nuevo Reglamento, tanto por las funciones que asume la Comisión Tripartita de Inmigración, como por la indisoluble intención de mantener en manos de la Administración estatal una red pública de centros de extranjería.

En definitiva, desde los tres puntos de vista apuntados, nuestra administración de extranjería precisa de una importante y urgente revisión para hacer frente a la realidad de la consolidación de España como destino estable de inmigración.

Algunas cifras estadísticas

El último documento de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración con cifras estadísticas se denomina «Extranjeros con tarjeta o permiso de residencia en vigor a 31 de diciembre de 2003» y está disponible en la web del Ministerio. En esa fecha residían en España 1.647.011 extranjeros, lo que implica un aumento del 24,40 por ciento con relación a diciembre de 2002. De ellos, 1.074.895 son de régimen general y el resto comunitarios. Por nacionalidades el colectivo más numeroso son los marroquíes, con algo más de 330.000, seguido a gran distancia de los ecuatorianos con 174.000. Por continentes el colectivo que más ha crecido ha sido el de los europeos no comunitarios (43,16%) seguido de los iberoamericanos (31,26%). En cuanto al tipo de autorización que poseen, sólo el 25,54% ha alcanzado la residencia permanente, lo que es una muestra patente de lo reciente del fenómeno. Cifras algo anteriores, provenientes del Anuario de Extranjería de 2002, señalan que a 14 de enero de 2003 representaban el 5,36% de los trabajadores con alta en la Seguridad Social, a 31

de diciembre de 2002 el 3,24% de la población y el 10,44% de los nacimientos en nuestro país.

Es mucho más difícil calcular el número de irregulares. Según las estadísticas de la Delegación del Gobierno en diciembre de 2003 había en España 619.598 extranjeros con tarjeta sanitaria para personas sin recursos, de los que un alto tanto por ciento son inmigrantes irregulares. Todavía más significativo es que el INE fijaba en 2.672.598 los empadronados exactamente un año antes, a finales de 2002, y en un contexto de crecimiento de los residentes legales entre 2002 y 2003 del 24%. También el cruce de datos entre el INE y la Delegación del Gobierno con relación a algunas nacionalidades parece mostrar una importante colonia de irregulares. Así, por ejemplo, si a finales de 2002 había 390.000 ciudadanos de Ecuador empadronados, con datos de finales de 2003 de la Delegación de Extranjería sólo 174.000 personas con esta nacionalidad tenían residencia, y cifras similares pueden ofrecerse con relación a ciudadanos colombianos o argentinos. En definitiva, podemos estimar que los inmigrantes ilegales en nuestro país oscilan entre los 600.000, a que hace referencia el reciente informe de la Relatora de la Comisión de Derechos Humanos en su visita a España, a cerca de un millón según estimaciones del INE.

Orientación bibliográfica

Dada la reciente y profunda modificación de la Ley de extranjería por la LO 14/03 y el Real Decreto 2393/04 y la ausencia de desarrollo reglamentario de la nueva Ley, no existen trabajos de consideración en torno a la misma. Sin embargo al menos algunas referencias a la nueva ley se pueden encontrar en Esplugues Mota, Carlos y otros, *Nacionalidad y extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004. Entre los anteriores a la reforma: Aja, Eliseo (coordinador), *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000; Moya Escudero, Mercedes (coordinadora), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería (Ley Orgánica 4/2000 y 8/2000)*, Comares, Granada 2001. He utilizado algunos de mis trabajos previos, y entre ellos los *Comentarios a la Ley de extranjería*, Lex Nova 2ª ed., Valladolid 2002, que coordiné; los libros *El derecho a la vida familiar de*

los extranjeros, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, y *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Valladolid 2001, y el artículo «Administraciones públicas y extranjería» de la obra *Immigració, Autonomia i Integració*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona 2002.

Resulta interesante el Informe de la Visita a España presentado por la Relatora especial de Naciones Unidas, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos, de 14 de enero de 2004 Documento E/CN.4/2004/76/Add.2.

Síntesis de España

Tradicionalmente, España ha sido un país de emigrantes y la llegada de inmigrantes económicos a partir de los años noventa resultó una novedad, social y legislativa. De 200.000 extranjeros en 1981 se pasó a más de un millón en 2001, cifra que se ha ido incrementando progresivamente, hasta el millón y medio en el 2004 sin contar su volumen importante de extranjeros en situación irregular.

Por el contrario, no ha habido una puesta en marcha de políticas adecuadas para hacer frente a esta nueva realidad, pues parece que las administraciones públicas se encuentran sobrepasadas por la situación y no aplican políticas planificadas y coordinadas que hagan frente a las nuevas realidades.

La principal característica de la normativa de extranjería en España ha sido la inestabilidad. La Ley Orgánica 7/1985 de Extranjería fue desarrollada en múltiples disposiciones reglamentarias, algunas contradictorias, y fue sustituida por la Ley orgánica 4/2000, de los derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, modificada en profundidad en diversas y sucesivas ocasiones por las Leyes orgánicas 8/2000, 11 y 14/2003. En cuanto a los Reglamentos de ejecución la Ley de 1985 fue desarrollada por dos Reglamentos distintos, uno de carácter restrictivo de los derechos de los inmigrantes aprobado en 1985 y un segundo reglamento aprobado en 1996 de naturaleza mucho más progresista. La vigente Ley ha sido desarrollada igualmente por dos reglamentos, aprobados en 2001 y en 2004, también el primero más restrictivo que el segundo.

La jurisprudencia en materia de extranjería en España ha sido relevante desde un punto de vista cualitativo. El Tribunal Constitucional declaró contrarios a la Norma Suprema diversos preceptos de la Ley de 1985, por vulneración de los derechos fundamentales de los extranjeros; y actualmente se encuentra pendiente de resolución un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 8/2000, y 14/2003. Por su parte, el Tribunal Supremo declaró ilegales diversos preceptos del Reglamento de ejecución de la Ley aprobado en 2001, por contradecir algunos extremos de la Ley de extranjería.

La principal vía de entrada de nueva inmigración en España se configura a través del contingente de trabajadores, es decir, un número de unos 30.000 nuevos permisos de trabajo repartidos por comunidades autónomas y sectores laborales, que ofrece anualmente el gobierno central a extranjeros que se encuentren todavía en sus países de origen, para ocupaciones no cubiertas por los nacionales españoles. Otra vía importante de entrada de nueva inmigración es la reagrupación familiar, esto es, la posibilidad de los familiares directos de los extranjeros regulares de reunirse con éstos en España.

Ya sea por trabajo o por reagrupación familiar, los inmigrantes deberán renovar sus permisos de forma periódica hasta que tengan derecho a un permiso permanente, que se concede cuando el inmigrante ha dispuesto de permisos durante cinco años de forma consecutiva y permite residir y trabajar en España como cualquier nacional. Al lado de estos permisos, la legislación prevé también la existencia de permisos por arraigo cuando el inmigrante ha vivido en el país durante tres años, dispone de contrato de trabajo y, o bien tiene familia, o un informe favorable del municipio en el que reside. En la práctica otra forma de conseguir un permiso es acogerse a los procesos de regularización de irregulares que de tanto en tanto aprueba el gobierno central, generalmente tras la aprobación de una nueva normativa o reforma de la ley o reglamento de extranjería.

Los inmigrantes regulares disponen de los mismos derechos que los nacionales españoles, excepto del derecho de sufragio y el acceso a la función pública. Los irregulares tienen reconocido el derecho a las prestaciones sociales básicas y a la sanidad pública completa, en este último caso siempre que estén empadronados en un municipio.

En cuanto al sistema sancionador, la ley prevé una serie de infracciones leves, graves y muy graves, que pueden sancionarse con multa o expulsión. La estancia sin permisos es la causa más frecuente de expulsión y existen algunas infracciones destinadas a combatir el tráfico de inmigrantes. En relación con el procedimiento administrativo relativo a la expulsión, la ley prevé un procedimiento urgente que reduce los plazos a un máximo de cinco días situando al extranjero en una posición casi de indefensión, aunque todos los procedimientos de expulsión están sometidos a un eventual control judicial. Pese al sistema de expulsión, uno de los problemas más acuciantes en España es la imposibilidad de ejecutar una parte importante de las órdenes de expulsión, por su elevado coste económico, por la imposibilidad de conocer el país de origen del inmigrante o porque éste no le readmite.

Nota: La síntesis ha sido realizada por Laura Díez Bueso, profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona.

VIII. Unión Europea

Andreu Olesti Rayo

Universidad de Barcelona

8.1. Introducción

La incipiente política de inmigración de la Unión Europea es un ámbito complejo y poliédrico, que en determinados aspectos adolece de un tratamiento fragmentario. A ello, se une la especificidad que tiene el título IV del Tratado de la Comunidad Europea, en donde se establecen las bases jurídicas de la política de inmigración, dentro del sistema institucional de la Unión. Especialmente relevante es la incidencia en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pues se limita la legitimación activa para interponer la cuestión prejudicial, se crea una nueva vía procesal en interés del derecho comunitario y se excluyen ciertas esferas de la política migratoria al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia.

La diferente participación de algunos Estados en el desarrollo de la política de inmigración tampoco ayuda a su claridad y homogeneidad: Dinamarca, que excluye la aplicación del derecho comunitario; Irlanda y Reino Unido, habilitados para elegir la aplicación de los instrumentos jurídicos adoptados por las instituciones de la Unión Europea, y Noruega e Islandia, que no son miembros de la Unión Europea, pero se encuentran asociados al desarrollo del acervo Schengen.

El presente capítulo se centra en dos aspectos: el régimen general de extranjería que se está configurando en la Unión Europea referido, esencial-

mente, a la migración económica de carácter asalariado, y los instrumentos más relevantes diseñados para controlar la migración irregular. Esta delimitación del objeto del capítulo obliga a excluir otros ámbitos relevantes que tienen una relación con la política migratoria comunitaria, como es el régimen aplicable a los nacionales cuyos Estados han celebrado un acuerdo de asociación con la Comunidad Europea. Especialmente me refiero al Acuerdo de asociación celebrado con Turquía y los acuerdos de asociación celebrados con los países de la ribera sur del Mediterráneo.⁽¹⁾ Conviene mencionar que en estos acuerdos internacionales no se habilita a los nacionales de los terceros Estados partes contratantes a beneficiarse de un derecho de entrada que sea equiparable al que gozan los nacionales de los Estados miembros, y que tampoco se benefician de la libre circulación comunitaria, esto es, el derecho a desplazarse y residir en otro Estado miembro. En todo caso, y de forma general, se benefician del principio de igualdad de trato respecto al nacional de un Estado miembro en lo que se refiere a las condiciones de ejercicio de una actividad económica, pero no en relación con el acceso a una actividad económica en ese mismo Estado.

Continuando con la delimitación del objeto, se debe advertir que se ha omitido la actividad desarrollada por la Unión Europea y por las partes contratantes de los Acuerdos Schengen en la esfera de los visados de corta duración, los comúnmente denominados «visados Schengen», pues, aunque se trate de instrumentos jurídicos que permiten el control del cruce de las fronteras exteriores, por definición se expiden por una duración máxima de tres meses, lo que inhabilita para ejercer una actividad económica.⁽²⁾

(1) Se trata del Acuerdo de asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, (DOCE nº 217 de 29 de diciembre de 1964); y de los denominados Acuerdos Euromediterráneos por los que se crea una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados signatarios, de otra. Entre éstos se subrayan los celebrados con el Reino de Marruecos (DOCE L70 de 18 de marzo de 2000); la República de Túnez (DOCE L 97 de 30 de marzo de 1998); el Estado de Israel (DOCE L 147 de 21 de junio de 2000); la República Árabe de Egipto (COM (2001) 184 final, de 9 de abril de 2001); la República Democrática Popular de Argelia (Doc. 6786/02 de 12 de abril de 2002); el Reino Hachemita de Jordania (DOCE L 129 de 15 de mayo de 2002); la República del Líbano (Doc. 7293/02 de 18 de abril de 2002).

(2) Entre los instrumentos jurídicos adoptados, se debe destacar el Reglamento del Consejo nº 539/2001 de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esta obligación, en DOCE L 81 de 21 de marzo de 2001 (modificado por última vez por el Reglamento del Consejo nº 453/2003 de 6 de marzo de 2003, en DOCE L 69 de 13 de marzo de 2003); así como el Manual común y la Instrucción consular común

Finalmente, también se ha excluido la actividad desarrollada por la Unión Europea en el marco de la celebración de los acuerdos de readmisión con terceros Estados. Esta actuación que no está exenta de incidencias, ha empezado a dar sus frutos con la celebración de los acuerdos entre la Comunidad Europea con Hong-Kong y Macao,⁽³⁾ y con Sri-Lanka y Albania, que se encuentran pendientes de firma. Se hallan en fase de negociación, por la Comisión, otros acuerdos más problemáticos, como, por ejemplo, con Marruecos, Pakistán, Rusia, Ucrania, República Popular de China, Turquía y Argelia.

8.2. La admisión de los nacionales de terceros estados

En la admisión de los nacionales de terceros Estados para ejercer una actividad económica, se debe diferenciar entre quienes no son residentes en un Estado miembro de aquellos que se encuentran residiendo en un Estado miembro y pretenden ser admitidos en otro Estado miembro. Para cada una de las dos categorías, los instrumentos jurídicos utilizados son distintos.

8.2.1. La admisión de los nacionales de terceros Estados no residentes en un Estado miembro

El criterio que preside la actuación en el seno de la Unión Europea es la admisión restrictiva de los nacionales de terceros Estados para poder ejercer una actividad económica. Así se acredita en la Resolución del Con-

que fueron adoptados por el Comité Ejecutivo creado por el Convenio de Aplicación de Schengen, en DOCE C 313 de 16 de diciembre de 2002. También se debe subrayar la regulación de la situación especial del enclave ruso de Kaliningrado (Reglamento del Consejo n° 693/2003 de 14 de abril de 2003, por el que se establece un específico documento de tránsito facilitado (FTD), un documento de tránsito ferroviario facilitado (FRTD) y se modifican la Instrucción consular común y el Manual común; y el Reglamento del Consejo n° 694/2003 de 14 de abril de 2003, sobre los modelos uniformes de documentos de tránsito facilitado (FTD) y de documentos de tránsito ferroviario facilitado (FRTD) establecidos en el Reglamento del Consejo n° 693/2003 (ambos en DOCE L 99 de 17 de abril de 2003).

(3) Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China, sobre readmisión de residentes ilegales, en D.O.U.E. L 17 de 24 de enero de 2004 (firmado el 27 de noviembre de 2002), y el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Región Administrativa Especial de Macao de la República Popular China, sobre readmisión de residentes ilegales, en COM (2003) 151 final, de 31 de marzo de 2003 (firmado el 13 de octubre de 2003).

sejo de 20 de junio de 1994, sobre las limitaciones de la admisión de los nacionales de países no comunitarios para trabajar en el territorio de los Estados miembros (DOCE C 274 de 19 de septiembre de 1996). En este acto, la norma general es la negación de la entrada en el territorio por motivos laborales: sólo se debieran tener en cuenta las solicitudes de entrada en el territorio cuando la oferta de empleo no pueda quedar satisfecha mediante la mano de obra nacional o comunitaria. En caso necesario, se podrá admitir la entrada de los nacionales de terceros Estados con fines laborales, temporalmente, si se encuentran en determinadas situaciones. La justificación de tales medidas restrictivas se fundamentaba en los altos niveles de desempleo que en aquel momento, según el Consejo, existían en la Comunidad Europea.

Sin embargo, en la Resolución no hay ningún elemento que impida a un Estado miembro continuar admitiendo en su territorio, con finalidades laborales, a nacionales de terceros Estados, de conformidad con acuerdos internacionales, por tener vínculos especialmente estrechos. Esta selección de la inmigración se mantiene en las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, sugiriéndose «la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países, basadas en una evaluación conjunta de la evolución económica y demográfica de la Unión, así como de la situación en los países de origen», y ello teniendo en cuenta «no sólo la capacidad de acogida de cada Estado miembro, sino también sus vínculos históricos y culturales con los países de origen».

En este contexto, la Comisión, en julio de 2001, presentó una Propuesta de Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia (COM (2001) 386 final, de 11 de julio de 2001).⁽⁴⁾

(4) La propuesta ha sido objeto de enmiendas por el Parlamento Europeo (Informe A5/10/2003 de 23 de enero de 2003). Ponente: Anna Terrón i Cusí. La Resolución legislativa fue adoptada por el Parlamento Europeo el 12 de febrero de 2003.

A) Requisitos de la admisión para acceder y ejercer una actividad económica por cuenta ajena

De forma general, el criterio principal es la inexistencia de fuerza laboral de nacionales de la Unión Europea para ocupar el puesto de trabajo. Si bien, en el ejercicio de determinadas actividades profesionales (como por ejemplo, investigadores y especialistas universitarios, sacerdotes y miembros de órdenes religiosas, deportistas profesionales, artistas o periodistas), los Estados miembros pueden, mientras no se adopte normativa comunitaria al respecto, mantener o introducir un trato más favorable.

La pretensión de la Comisión es establecer las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros Estados y las normas relativas a los procedimientos de expedición de los permisos de entrada y residencia. Para ello se propone la creación de un permiso residencia-trabajador por cuenta ajena para cualquier tipo de actividad económica remunerada que sea realizada para y bajo la dirección de otra persona. Este permiso se solicitará, y en su caso se concederá, por las autoridades competentes del Estado miembro en cuestión. Una vez concedido, el nacional del tercer Estado será autorizado para entrar y residir en el territorio con objeto de realizar actividades por cuenta ajena. Ello supone una simplificación muy importante, pues la solicitud del permiso de trabajo y residencia se unifica en un procedimiento.

De los requisitos exigidos para la concesión del citado permiso se destacan los siguientes: (a) que se acompañe de un contrato de trabajo válido o una oferta en firme de trabajo (el futuro empleador puede presentar también la solicitud en nombre del nacional solicitante del tercer Estado); (b) la prueba de que el solicitante dispone de las cualificaciones necesarias para la realización de las actividades previstas, incluyendo todas las condiciones que se apliquen a los respectivos nacionales del Estado miembro, y (c) la acreditación de que dispone de los recursos suficientes para mantenerse sin necesidad de depender de los servicios asistenciales en el Estado receptor. El requisito de la oferta firme de trabajo, o del contrato, se debe acompañar con la prueba de que el puesto de trabajo no puede ser cubierto por los nacionales comunitarios y sus familias (así como nacionales de terceros Estados que se encuentren residiendo legalmente en un Estado miem-

bro y que reúnan determinadas condiciones). Esta prueba se considera satisfecha cuando la vacante específica (que debe tener unos requisitos realistas, razonables y proporcionados) se haya publicado en los servicios de empleo de varios Estados miembros durante un mínimo de cuatro semanas y, en particular, cuando proceda de la Red Europea de los Servicios de Empleo (EURES), creada por la Decisión de la Comisión 93/569 de 22 de octubre de 1993, en DOCE L 274 de 6 de noviembre de 1993.

Los Estados miembros, sin embargo, pueden adoptar mecanismos alternativos para cumplir esta condición. Entre éstos se destacan los siguientes: (a) la posibilidad de que, en sectores concretos y durante un período de tiempo limitado, no se examinase a los candidatos individualmente para determinados puestos de trabajo; (b) que los ingresos anuales ofrecidos por el empleador al nacional de un tercer Estado excedan de un determinado umbral, y (c) que el futuro empleador haya satisfecho una determinada cantidad de dinero a las autoridades competentes (que debería dedicarse a la promoción de la integración de los nacionales de terceros Estados o en la formación profesional). El primer mecanismo abre la posibilidad de adoptar programas nacionales de contratación de especialistas. El segundo obedece a la idea de que «un sector con salarios elevados del mercado laboral europeo necesita menos protección y puede permitirse ser más abierto a la competencia mundial»; y el tercero se justifica porque «el hecho de que un empleador quiera pagar una prima adicional por reclutar a un nacional de un tercer país puede considerarse como prueba implícita de que hay escasez en el mercado laboral de la UE».

Como se observa, los elementos que se deben reunir para obtener el permiso de trabajo-residencia están dirigidos a determinados tipos de actividades económicas, que requieran un trabajador con unas cualidades profesionales específicas. En este sentido, parecen atinadas las observaciones del Comité Económico y Social a la propuesta de Directiva (CES 28/2002 de 16 de enero de 2002) cuando manifiesta la inadecuación del procedimiento previsto para determinados empleadores, como los particulares que contratan personal de servicio doméstico o de atención a menores o ancianos, o las pequeñas empresas, pues, dado el volumen de contratación de

personal, se considera imprescindible un conocimiento previo del candidato a cubrir ese puesto de trabajo.

El permiso se debe solicitar, como regla general, en el exterior, ya que sólo los nacionales de terceros países que se encuentran residiendo legalmente en el Estado miembro receptor pueden tramitar en éste la solicitud. Si bien, la Comisión, en su exposición de motivos, parece dejar la puerta abierta a solicitudes realizadas en el Estado miembro, si el título del nacional del tercer Estado es un visado turístico o un permiso de residencia como estudiante.

Respecto al cumplimiento del resto de los requisitos exigidos, cabe observar que algunos de ellos, tal y como se formulan en la propuesta, pueden resultar excesivamente restrictivos. Así, por ejemplo, la exigencia de cumplir con las mismas condiciones requeridas a los nacionales del propio Estado para cubrir el empleo podría comportar, si se considerase conveniente, el conocimiento de la lengua oficial del Estado. En efecto, si estamos en un contexto donde es el empleador quien va a fijar las condiciones laborales, y en el supuesto de que, en función del tipo de trabajo a desarrollar, se exigiera el conocimiento de la lengua oficial del Estado (u otras), así debería quedar establecido en el contrato o en la oferta firme de empleo.

B) La expedición, duración y renovación del permiso de residencia

Una vez reunidas todas las exigencias, en principio (pues los períodos pueden variar para determinadas categorías de trabajadores), el primer permiso se expedirá por una duración máxima de tres años. Ello no obstante, los Estados miembros pueden limitar la expedición de los permisos a un contingente determinado y/o suspender la expedición durante un tiempo indefinido, y ello «teniendo en cuenta la capacidad global de acoger y de integrar a nacionales de terceros países en su territorio o en regiones específicas del mismo». Esta disposición parece redactada en unos términos que reflejan una desconfianza en el cumplimiento de las condiciones de admisión incluidas en la propuesta de directiva, ya que éstas, como hemos examinado, son muy estrictas.

El permiso, si se concede, sería renovable durante períodos que tampoco superen los tres años, siempre y cuando el titular lo haya solicitado con una anterioridad de tres meses como mínimo, y acredite detalladamente las actividades realizadas. Asimismo, deberá suministrar información actualizada del cumplimiento de los requisitos que le permitieron obtener el primer permiso de residencia, incluyendo que no existan nacionales comunitarios que demanden el puesto de trabajo que se encuentra ocupando. Esta última condición es eliminada cuando el solicitante de la renovación del permiso lleve más de tres años con un permiso de residencia.

El permiso de residencia puede ser anulado cuando el trabajador en cuestión se encuentre desempleado durante un determinado período de tiempo. Así, si el trabajador lleva realizando actividades durante menos de dos años en el Estado receptor, se podrá anular el permiso de residencia cuando el período de desempleo fuera de tres meses en un período de doce meses; mientras que, si el trabajador lleva ejerciendo durante dos años, el tiempo máximo de desempleo sería de seis meses en un año. Las autoridades competentes de los Estados miembros también podrán suspender, anular o no renovar, un permiso de residencia cuando se justifique por razones de orden público o de seguridad nacional. En el bien entendido de que la invocación de estos motivos, según la propuesta de directiva, se debe fundamentar en el comportamiento personal del individuo, y que, la adopción de medidas por razones de salud pública no pueden justificarse para suspender o denegar la renovación del permiso de residencia.

C) Contenido jurídico: los derechos del nacional del tercer Estado admitido

El titular del permiso de trabajo-residencia gozará de unos derechos mínimos, durante el período de validez del permiso, que pueden variar en función del tiempo de disfrute del mismo. Así, durante el primer permiso, el acceso y ejercicio estará restringido a determinados ámbitos y actividades específicos, pudiéndose limitar el ejercicio de actividades por cuenta ajena y por cuenta propia en una determinada región. Estas limitaciones desaparecerían a los tres años.

El titular podrá entrar y salir del territorio del Estado miembro que le hubiera expedido el permiso, así como residir y ejercer las actividades autorizadas en el Estado miembro receptor. También disfrutaría de la igualdad de trato con el propio nacional respecto a los siguientes ámbitos: condiciones de trabajo (incluyendo las relativas a despidos y remuneración); reconocimiento de títulos profesionales; seguridad social; libertad de asociación y afiliación, incluyendo la pertenencia a una organización que represente a los trabajadores, empleadores o profesión determinada. En cambio, el acceso a la formación profesional puede ser restringida a los nacionales de terceros Estados que hayan residido o tengan derecho a hacerlo durante un período mínimo de un año; mientras que, el acceso a la vivienda de promoción pública se puede limitar a quienes hayan residido o tengan derecho a hacerlo durante un período mínimo de tres años.

El nacional del tercer Estado también tiene derecho, una vez finalizado su permiso de trabajo-residencia, a solicitar y obtener el reembolso de las contribuciones satisfechas (por el trabajador o su empleador) a los regímenes de pensiones públicas, siempre y cuando se reúnan determinadas condiciones, y se retorne a un tercer Estado. Esta protección suplementaria sería posible cuando no pudiera recuperar su pensión, o no tenga la posibilidad de transferir sus derechos al régimen del tercer Estado donde residiera. El objetivo de este derecho es facilitar el retorno de los inmigrantes.

8.2.2. La admisión de los nacionales de terceros Estados residentes en un Estado miembro

La admisión de los nacionales de terceros Estados que residen en un Estado miembro es posiblemente uno de los aspectos que mejor refleja los recelos de los Estados miembros cuando se aproximan a la cuestión de la inmigración. Durante la década de los años noventa, y previamente a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, se adoptaron actos, jurídicamente no vinculantes que, de forma muy tímida, iniciaban la posibilidad de una cierta equiparación del estatuto del nacional de un Estado miembro con el nacional de un tercer Estado que se encontrase residiendo en un país de la Unión Europea. Entre éstas, se debe mencionar la Resolución del Consejo,

adoptada el 4 de marzo de 1996, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que sean residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros, en la que se instaba a la equiparación de los nacionales de terceros Estados con los nacionales comunitarios en determinados ámbitos específicos, entre ellos las condiciones de trabajo (DOCE C 80 de 18 de marzo de 1996).

En las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo celebrado en Tampere, se reclamaba que el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países se aproximara al de los nacionales de los Estados miembros. De tal forma que, «a una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un período de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia». Con estas premisas, el Consejo adoptó, el 25 de noviembre de 2003, su Directiva 2003/109 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.⁽⁵⁾ Su contenido, como tendremos ocasión de examinar, es menos generoso que las orientaciones del Consejo Europeo.

A) El concepto de residente de larga duración

El residente de larga duración es un nuevo estatuto jurídico de los nacionales de terceros Estados residentes en un Estado miembro al que se accedería después de satisfacer determinados requisitos. En concreto, y de una forma acumulativa, se exige esencialmente la residencia durante un tiempo determinado y no ser una carga para el Estado miembro receptor.

La primera condición requerida es una residencia legal e ininterrumpida durante los cinco años inmediatamente anteriores en el territorio del Estado en donde se presente la solicitud (si bien determinados títulos de

(5) En D.O.U.E. L 16 de 23 de enero de 2004. El plazo de transposición de la Directiva finaliza el 23 de enero de 2006. La Directiva es aplicable a todos los Estados miembros con las excepciones de Dinamarca y, en principio, Irlanda y Reino Unido.

residencia, como por ejemplo por estudios o formación profesional o refugiados, quedan excluidos). Se deben, no obstante, precisar los parámetros que se siguen para determinar la noción de residencia legal e ininterrumpida. En la Directiva se disponen los criterios para calcular los períodos de residencia y las ausencias que no interrumpen la duración de la residencia legal. Entre los primeros, sobresale que los períodos efectuados con finalidades de estudio o formación profesional se contabilizarán al 50%, para calcular el período de residencia. En principio, el titular de un permiso de residencia con fines de estudios, o de formación profesional, se considera que es admitido temporalmente, regresando al país de origen cuando finalice su formación. Sin embargo, si el estudiante cambiase de estatuto, se le podrían computar la mitad de la duración de estos estudios en el cálculo de la residencia exigida para la concesión del estatuto de larga duración. En cuanto a las ausencias, las inferiores a seis meses consecutivos y que no excedieran de diez meses en total a lo largo de los cinco años son compatibles con la noción de la residencia ininterrumpida. Los Estados podrán, excepcionalmente o por razones específicas, aceptar un tiempo de ausencia más amplio que no interrumpa el período de cinco años, que no se tendrá en cuenta para el cálculo de los cinco años. Se exceptúan las ausencias por traslados laborales que, a discreción de los Estados, podrían incluirse en el cálculo del período.

Respecto a la acreditación de no ser una carga en el Estado receptor, los Estados miembros exigirán que el nacional del tercer Estado justifique que dispone, para él y su familia, de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad. Entendiendo por recursos suficientes aquellos fijos y regulares que sirvan para su manutención y la de su familia; éstos serán evaluados por los Estados miembros y para ello, se podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimas vigentes en el Estado.

El nacional del tercer Estado no ha de representar una amenaza para el orden público o la seguridad interior. En este sentido, las autoridades competentes de los Estados miembros han de considerar la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión, así como la duración de la residencia y la

existencia de vínculos en el Estado de residencia. Además, se debe tener en cuenta que en el Acta de la sesión del Consejo que aprobó la Directiva se hizo constar que «el concepto de orden público y seguridad pública incluye también los casos en que un nacional de un tercer país pertenece a una asociación que apoya el terrorismo, apoya una asociación de este tipo o tiene aspiraciones extremistas» (en Doc. 14679/03 de 14 de noviembre de 2003).

Los Estados miembros, discrecionalmente, podrán requerir a los nacionales de los terceros Estados el cumplimiento de medidas de integración, de conformidad con la legislación nacional. Este requisito, que no se hallaba en la propuesta original de la Comisión, fue sugerido por el Parlamento Europeo en el trámite de consulta, sugiriendo en particular, «el conocimiento suficiente de una lengua oficial del Estado miembro».⁽⁶⁾

B) Contenido jurídico del estatuto de residente de larga duración

El contenido jurídico del estatuto del residente de larga duración tiene una doble proyección: la primera, referida al ejercicio del derecho a la libre circulación (esto es, el derecho de trasladarse de un Estado miembro a otro y residir en el segundo). La segunda vertiente corresponde a la asunción de un conjunto de derechos que deben ser respetados tanto en el Estado miembro donde ha obtenido el estatuto de residente de larga duración, como en el segundo Estado en el que, en su caso, resida como consecuencia del ejercicio de su derecho a la libre circulación.

a) El derecho de residencia en otro Estado miembro

El derecho de residencia en otro Estado miembro se habilita en unos términos que recuerdan a los supuestos previstos para los nacionales de los Estados miembros que ejercen la libre circulación. Esto es, el acceso y ejercicio de una actividad económica, la realización de estudios o formación profesional, o cualquier otra finalidad (como podría ser la residencia sin ejercer una actividad económica pero disponiendo de recursos suficientes para no

(6) Se trata del Informe A5-436/2001 de 30 de noviembre de 2001, COM (2001) 127, cuyo ponente fue la Baroness Sarah Ludford. La Resolución legislativa fue aprobada por el Parlamento Europeo el 5 de febrero de 2002.

ser una carga en el Estado receptor, o como jubilado). La diferencia sustancial se halla en que los Estados miembros pueden limitar el número total de nacionales de terceros Estados que pueden optar a este derecho de residencia, si esta restricción existiera en el momento de la adopción de la Directiva. Además, el principio de igualdad de trato en el acceso a una actividad económica se puede modular, pues en función de la necesidad del mercado laboral doméstico, se permite utilizar los procedimientos nacionales de contratación, y conceder preferencia en el acceso al trabajo a los nacionales de la Unión Europea (y de terceros Estados cuando así lo establezca la normativa comunitaria), y a los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en el Estado receptor y perciban prestaciones de desempleo.

Para beneficiarse de este derecho de residencia, el residente de larga duración deberá presentar una solicitud de residencia ante las autoridades competentes del segundo Estado (en un plazo máximo de tres meses desde la entrada en el territorio). En ella, se deberá probar el cumplimiento de un conjunto de condiciones que sintéticamente serían las siguientes: (a) acreditar su estatuto de residente de larga duración en otro Estado; (b) justificación de recursos fijos y regulares para su manutención y la de su familia, y un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro receptor; (c) cumplimiento de medidas de integración (si esta condición no ha sido exigida para la obtención del estatuto de residente de larga duración, aunque podrá exigirse que curse estudios de idioma), y (d) si ejerce una actividad económica, se le puede reclamar: pruebas conforme tiene un contrato, o una propuesta de contrato, de trabajo, o una declaración del empleador que certifique su contratación, si ejerce por cuenta ajena; o los recursos necesarios, si ejerce por cuenta propia; en caso de estudios o formación profesional, se le puede exigir que acredite la matriculación en un centro homologado.

El permiso de residencia se puede denegar cuando el interesado represente una amenaza para el orden público o la seguridad pública en ese Estado. Para calibrar la amenaza se tendrá en cuenta la gravedad o el tipo de infracción cometido o el peligro que represente el afectado. La amenaza para la salud pública es también causa de denegación del permiso. Para su apli-

cación, se remite a las enfermedades definidas por la Organización Mundial de la Salud, añadiéndose las enfermedades infecciosas o parasitarias de carácter contagioso que sean objeto de disposiciones previstas en el Estado receptor para los propios nacionales. Se prevé, igualmente, la posibilidad de exigir un examen médico para comprobar que no se padecen las enfermedades consignadas. Esta causa sólo puede ser alegada desde la entrada en el territorio hasta la expedición del permiso de residencia; si el interesado inicia la enfermedad una vez obtenido el permiso de residencia, ésta no será causa de denegación de la renovación del permiso, ni causa de su expulsión.

b) Los derechos del residente de larga duración

Los derechos que corresponden al titular del estatuto de residencia de larga duración (tanto en el Estado que le concede el estatuto como en cualquier otro, si ejercita la libre circulación) comprenden la ampliación del principio de igualdad de trato a diferentes ámbitos. Esencialmente coinciden con los derechos otorgados a los nacionales de los Estados miembros para el acceso y ejercicio de una actividad económica (ya fuera asalariada o independiente), aunque los nacionales de terceros Estados con el estatuto de residente de larga duración no se equiparan a los nacionales de los Estados miembros que ejercen la libre circulación.

En todo caso, en la Directiva se menciona que la igualdad de trato con el nacional se produce de forma general respecto a las siguientes materias: acceso al empleo por cuenta propia y cuenta ajena, siempre que no implique, ni de forma ocasional, el ejercicio de un poder público, y en las mismas condiciones de empleo y trabajo, incluyendo el despido y la remuneración. Igualmente, se enumera el principio de igualdad de trato en los siguientes ámbitos: educación, formación profesional (incluyendo las becas de estudio), reconocimiento de los diplomas profesionales, certificados y otros títulos; ventajas fiscales, prestaciones sociales (incluyendo asistencia social), acceso a bienes y servicios, libertad de asociación y afiliación y participación en organizaciones de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización profesional (incluyendo los beneficios que tal organización puede procurar), y el libre acceso a la totalidad del territorio. Ello no impide que los Estados miembros puedan extender el disfrute de la igualdad de

trato a otros ámbitos no específicamente enumerados en la Directiva (como podría ser por ejemplo, la participación activa en la vida política, incluyendo los derechos electorales a nivel local y europeo).

El ejercicio de estos derechos puede estar supeditado a determinadas restricciones, como por ejemplo que el beneficiario se halle en su territorio (sería el supuesto de la educación y formación profesional, incluyendo las becas de estudio, las prestaciones sociales, beneficios fiscales, acceso a bienes y servicios o libertad de asociación); o mantener restricciones al acceso al empleo cuando éste sea reservado a los propios nacionales o a los nacionales de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo. Asimismo se puede exigir la acreditación de un nivel lingüístico adecuado para acceder a la educación y la formación; o, en el ámbito de las prestaciones sociales (en concreto la asistencia social y protección social), limitar la igualdad de trato a las prestaciones básicas.

C) La pérdida del estatuto de residente de larga duración

El estatuto de residente de larga duración puede ser retirado por el Estado miembro que lo concedió. En el texto de la Directiva se tasan los siguientes motivos: (a) ausencia del territorio de la Comunidad Europea durante un período de doce meses consecutivos; (b) concesión del estatuto de residente de larga duración por otro Estado miembro; (c) obtención fraudulenta del estatuto de residente de larga duración, y (d) la adopción de una medida justificada por razón de orden público o seguridad pública. Se excluye explícitamente la caducidad del permiso de residencia.

De los motivos citados, conviene centrarse brevemente en los siguientes aspectos. En primer lugar, los Estados miembros pueden, por razones específicas o excepcionales, ampliar el período de doce meses de ausencia del territorio de la Comunidad Europea (como podría ser por ejemplo, traslado por motivos laborales, realización de estudios o investigaciones, enfermedad grave, embarazo o maternidad). De igual modo, la residencia en otro Estado miembro durante un período superior a seis años (independientemente de la obtención del estatuto de residente de larga duración en el segundo Estado

miembro) es causa de la pérdida del estatuto de residente de larga duración en el primer Estado miembro. En ambos casos, los Estados establecerán un procedimiento simplificado para recuperar el estatuto de residente de larga duración, precisando que este procedimiento se aplicará sobre todo cuando se hubiera residido en un segundo Estado miembro para la realización de estudios.

En segundo lugar, y respecto a las medidas de orden público y seguridad públicas se deben señalar dos situaciones: la primera es la aplicación de una medida que implique la pérdida del estatuto de residente de larga duración pero no dé lugar a la aplicación de una medida de expulsión del territorio; ello se da cuando el residente de larga duración «represente una amenaza para el orden público, por la gravedad de los delitos cometidos»; la segunda situación se produce cuando al residente de larga duración se le aplica una medida de expulsión del territorio, ya que para ello el afectado habrá de «representar una amenaza real y suficientemente grave para el orden público y la seguridad pública». Esta expresión es equivalente a la utilizada por el TJCE en su jurisprudencia, al interpretar la Directiva del Consejo 64/221 relativa a la coordinación de las medidas para los extranjeros justificadas por razón de orden público, seguridad y salud públicas, que es aplicable a los nacionales comunitarios que ejercen la libre circulación comunitaria (DOCE n° 56 de 4 de abril de 1964), y que suponen una interpretación restrictiva de las causas que justifican la aplicación de una medida de expulsión. Además, los Estados miembros, al adoptar la medida de expulsión, deben tomar en consideración ciertos elementos como son: la duración de la residencia en el territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y los miembros de su familia, y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con su país de origen. Estos elementos recuerdan a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales relativo a la protección del derecho de toda persona a la vida privada y familiar, que también ha sido utilizada generosamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

8.2.3. La reagrupación familiar

El derecho a la reagrupación familiar constituye un aspecto relevante de la admisión de los nacionales de terceros Estados dado que es un canal principal de la inmigración de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea. Simultáneamente, la reagrupación es un instrumento que favorece la inserción del nacional de un tercer Estado en el territorio de un Estado miembro, pues contribuye a la estabilidad e integración del extranjero en la sociedad receptora. El Consejo, tras un proceso complejo y varias propuestas normativas de la Comisión, adoptó, el 22 de septiembre de 2003, su Directiva 2003/86 sobre el derecho a la reagrupación familiar.⁽⁷⁾ Significativamente, el texto final de la Directiva se asemeja a la Resolución adoptada por los ministros responsables de los aspectos relativos a la migración de los Estados miembros, en su reunión celebrada en Copenhague en junio de 1993, con el objetivo de armonizar las legislaciones de los Estados miembros en materia de reagrupación familiar. La aplicación de esta Resolución, que tenía un carácter restrictivo, no supuso excesivos problemas, pues los aspectos más conflictivos eran reenviados a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros.⁽⁸⁾

A) La determinación de las nociones de reagrupante y de su familia

El concepto de reagrupante, según la Directiva del Consejo 2003/86, se refiere al nacional de un tercer país que reside de manera legal en el territorio de un Estado miembro independientemente de las razones que motivaron su autorización de residencia, siempre que fuera titular de un permiso de residencia con una validez igual o superior a un año y tenga la perspectiva

(7) En D.O.U.E. L 251 de 3 de octubre de 2003; el plazo de transposición de la Directiva finaliza el 3 de octubre de 2005. En concreto las propuestas presentadas fueron: la primera propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, en COM (1999) 638 final, de 1 de diciembre de 1999; la propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, COM (2000) 624 final, de 10 de octubre de 2000, y la propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, en COM (2002) 225 final, de 2 de mayo de 2002. La Directiva es aplicable a todos los Estados miembros con las excepciones de Dinamarca y, en principio, Irlanda y el Reino Unido.

(8) Esta resolución no ha sido publicada en el Diario Oficial. Su texto se puede encontrar reproducido en Guild, E; Niessen, J: *The developing immigration and asylum policies of the European Union. Adopted Conventions, Resolutions, Recommendations, Decisions and Conclusions*, Kluwer Law International, The Hague, 1996 pp. 251-256.

fundada de obtener un permiso de residencia permanente. Se incluye a los refugiados, aunque con un tratamiento diferenciado en la sistemática del articulado, y se excluyen a los nacionales comunitarios cuando no ejerzan la libre circulación.

La concreción de las personas que deben incluirse en la noción de familia del reagrupante es probablemente el escollo más importante de la definición del régimen jurídico de la reagrupación familiar. Inicialmente, los términos formulados por la Comisión en su primera propuesta de directiva se asemejaban, con matizaciones, a los utilizados en la normativa vigente relativa a la libre circulación de trabajadores comunitaria.⁽⁹⁾ Sin embargo, el texto final de la Directiva ha reducido sensiblemente el concepto de miembro de la familia, y ha recogido las diversas peculiaridades y problemas que ocasionaban en algunos Estados miembros.

Se considera miembro de la familia del reagrupante al cónyuge y los hijos menores del reagrupante y/o su cónyuge (incluyendo los hijos adoptivos), siempre que sean menores de edad (según la legislación del Estado miembro receptor), estén a su cargo y no estén casados. Sobre esta base cabe realizar las siguientes matizaciones: (a) si un hijo menor de edad pero mayor de 12 años, llega independientemente del resto de la familia, los Estados miembros pueden verificar si cumple con algún «criterio de integración»; (b) de la misma forma, y si se encuentra contemplado en la normativa interna, los Estados miembros pueden requerir que las solicitudes de reagrupación de los hijos menores de edad se presenten antes de los 15 años de edad, y (c) los Estados miembros pueden exigir que el reagrupante y su cónyuge tengan una edad mínima, no superior a 21 años, para poder ejercer la reagrupación familiar.

Facultativamente, los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de: (a) los ascendientes en línea directa y en primer grado, cuando estén a cargo del reagrupante y carezcan del apoyo familiar necesario en el país de

(9) En el ámbito de la libre circulación de trabajadores comunitaria se garantiza que el nacional de un Estado miembro pueda ejercer la reagrupación familiar con: cónyuge, descendientes (menores de 21 años o a su cargo), y ascendientes del residente y su cónyuge siempre que estén a su cargo. Proponiéndose además que los Estados miembros favorezcan la admisión de cualquier otro miembro de la familia que se encuentre a su cargo o viviese en el país de origen con el nacional de un Estado miembro (artículo 10 del Reglamento del Consejo nº 1612/68 de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, en DOCE L 257 de 19 de octubre de 1968).

origen; (b) los hijos mayores solteros del reagrupante o su cónyuge, cuando no puedan objetivamente subvenir a sus propias necesidades debido a su estado de salud, y (c) la pareja de hecho registrada, o no casada, que mantenga con el reagrupante una relación duradera debidamente probada, y los hijos solteros, menores de edad o mayores de edad que no sean capaces de proveer sus necesidades debido a su estado de salud. Si el reagrupante fuera polígamo y un cónyuge estuviera viviendo con él en el territorio de un Estado miembro no se autorizará la entrada de otro cónyuge ni los hijos de este último.

B) Las condiciones para ejercer la reagrupación familiar

El ejercicio de la reagrupación familiar puede estar sujeto a diversas condiciones por los Estados miembros. De entre éstas se destacan las siguientes. En primer lugar, la posibilidad de imponer un período de espera de una duración máxima de dos años antes de permitir la reagrupación familiar; si bien, se habilita a los Estados que en el momento de la adopción de la Directiva tengan en vigor una legislación interna que establezca un período de espera de tres años como máximo entre la presentación de la solicitud de reagrupación familiar y la expedición del permiso de residencia a los familiares. Conviene mencionar que en las primeras propuestas normativas, el tiempo de espera estaba limitado a un máximo de un año. Formalmente se ha justificado el incremento del período de espera atendiendo a que el plazo de un año «resulta demasiado breve para asegurar la integración del reagrupante en el Estado anfitrión». Está por ver, sin embargo, si el incremento del período de espera facilita la integración del nacional del tercer Estado o al contrario, la obstaculiza.

En segundo lugar, se puede requerir el cumplimiento de medidas de integración, de acuerdo con la legislación nacional; sin que estas medidas se expliciten en el texto de la Directiva (si bien, para los refugiados, estas medidas sólo podrán aplicarse una vez concedida la reagrupación familiar). Finalmente, también se puede demandar la prueba de que dispone de determinados medios y recursos. En concreto, una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable de la misma región y que responda a las normas generales de seguridad y salubridad del Estado; un seguro de

enfermedad que cubra todos los riesgos, y recursos fijos y regulares suficientes para su manutención y la de su familia; para su evaluación se tendrá en cuenta los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia.

C) Contenido jurídico: Los derechos concedidos a los beneficiarios de la reagrupación familiar

Los beneficiarios de la reagrupación familiar tienen previstos la concesión de determinados derechos. En primer lugar, el Estado miembro debe autorizar la entrada de los miembros de la familia, y dar toda clase de facilidades para la obtención de los visados que sean necesarios; asimismo, se les concede un permiso de residencia renovable de una duración mínima de un año, que no supere, en principio, la fecha de caducidad del permiso de residencia del reagrupante.

En segundo lugar, los miembros de la familia del reagrupante tendrán derecho, en los mismos términos que el reagrupante, al acceso a los siguientes ámbitos: educación; actividad económica (asalariado o independiente), y orientación, formación, perfeccionamiento y reciclaje profesionales. Conviene subrayar que en las primeras propuestas de Directiva, los miembros de la familia del reagrupante tenían derecho en los mismos términos que los «nacionales de los Estados miembros», y ello se justificaba, según la Comisión, porque la equiparación de la familia del reagrupante con el nacional del Estado miembro «se ajusta a las Conclusiones del Consejo Europeo extraordinario de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999 en materia de política de inmigración y trato justo de los nacionales de terceros países...» (COM –1999– 638 final). Además, los Estados miembros, discrecionalmente, pueden decidir las condiciones que se deben satisfacer para ejercer una actividad económica. Entre éstas se incluye: la imposición de un plazo no superior a 12 meses antes de conceder la autorización para ejercer una actividad económica, y la limitación en el acceso a la actividad económica a los hijos mayores de edad y los ascendientes.

En tercer lugar, después de cinco años de residencia, el cónyuge (o la pareja de hecho) y el hijo que hubiere alcanzado la mayoría de edad tie-

nen derecho a solicitar un permiso de residencia autónomo, independiente del concedido al reagrupante, siempre que hubieran subsistido los vínculos familiares. Ahora bien, los Estados miembros podrán restringir la concesión de este permiso de residencia autónomo y circunscribirlo únicamente a los cónyuges (o pareja de hecho) en los casos de ruptura del vínculo familiar. Para los ascendientes y los hijos mayores de edad que no puedan subvenir a sus necesidades por motivos de salud, los Estados mantienen la capacidad discrecional de conceder este derecho. De la misma forma, facultativamente, previa solicitud «y si fuera necesario», se puede conceder un permiso de residencia autónomo en el supuesto de viudez, separación, divorcio o muerte de ascendientes o descendientes, a las personas que hubieran sido admitidas en virtud de la reagrupación familiar.

D) Sanciones: la denegación de la entrada y la pérdida del derecho de residencia

La entrada y residencia de los miembros de la familia, así como la retirada del permiso de residencia o la denegación de su renovación, se puede justificar por los siguientes motivos.

En primer lugar, por razones de orden público, salud y seguridad públicas. En el supuesto de la salud pública, esta medida sólo se justifica cuando sea previa a la expedición del permiso de residencia, y por ello no se puede fundamentar la denegación de la renovación o la expulsión cuando la enfermedad hubiera aparecido después de la expedición del primer permiso de residencia. Respecto a las medidas de orden público y seguridad pública, se tendrá en cuenta la gravedad o el tipo de infracción cometida, o el peligro que implique. Al respecto se señala, en el preámbulo de la Directiva, que el concepto de orden público podrá incluir una condena por la comisión de un delito grave, y que el concepto de orden público y seguridad pública incluye también los supuestos de pertenencia «a una asociación que apoya el terrorismo, apoya una asociación de ese tipo o tiene objetivos extremistas».

Dejar de cumplir con las condiciones previstas en la Directiva para ejercer la reagrupación familiar sería el segundo motivo. Se debe destacar que en relación a los recursos económicos suficientes, en la renovación del

permiso se tendrán en cuenta las contribuciones de todos los miembros de la familia y no solamente los recursos aportados por el reagrupante.

La tercera causa, la constituiría que el miembro familiar deje de tener vida familiar o conyugal efectiva con el reagrupante (incluyendo, en el caso del cónyuge, cuando el reagrupante mantenga una relación estable con otra persona). Asimismo, se puede retirar el permiso o denegar su renovación, si finaliza la residencia del reagrupante sin que el familiar disfrute de un permiso de residencia autónomo.

Finalmente, también se puede sancionar si la relación familiar es fraudulenta, tanto por utilizar documentos falsos o porque la relación se formalice con la finalidad de que la persona pudiera entrar y residir en un Estado miembro. Al respecto, los Estados miembros podrán tener en cuenta que el matrimonio (la relación estable o la adopción) se formalice después de que el reagrupante haya obtenido el permiso de residencia.

8.3. El control de la inmigración irregular

El control de los flujos es una preocupación constante para las instituciones de la Unión Europea. Esta inquietud se refleja en el artículo 63.3 b) del Tratado de la CE modificado por el Tratado de Amsterdam, al disponer que, en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, y en el marco de la elaboración de una política de inmigración, se adoptarán las medidas pertinentes relativas a «la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales». De hecho, aunque de forma fragmentaria, éste es un ámbito que ha producido un considerable desarrollo normativo por las instituciones de la Unión. En este contexto, se procederá a continuación a examinar las realizaciones que se consideran más relevantes.

8.3.1. La represión de la entrada, circulación y estancia irregulares

Las instituciones de la Unión Europea han adoptado diversos instrumentos relativos a la represión de la entrada, circulación y estancia irre-

gulares. En este apartado analizaremos los siguientes: la Directiva del Consejo relativa a las nociones de ayuda a la entrada, circulación y estancia irregulares y la Decisión marco para determinar las sanciones a tales comportamientos. Acto seguido se examina el supuesto específico de las sanciones a los transportistas que porten a nacionales de terceros Estados en situación irregular (esto es, sin los documentos de viaje necesarios). Se finaliza el apartado con la regulación de determinadas situaciones de las personas que han sido objeto de los comportamientos previamente examinados.

A) La armonización de las nociones de ayuda a la entrada, circulación y estancia irregulares

A partir de una iniciativa francesa presentada durante el segundo semestre del año 2000, el Consejo adoptó, el 28 de noviembre de 2002, su Directiva 2002/90 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.⁽¹⁰⁾ El objetivo es armonizar las legislaciones internas de los Estados miembros para que tipifiquen como infracción el hecho de facilitar intencionadamente, ayudando de forma directa o indirecta, la entrada, la circulación o la estancia irregular de los nacionales de terceros Estados. Los comportamientos punibles incluyen la participación, cómplice o instigador, y la tentativa, y siempre y cuando se vulnere la legislación estatal sobre entrada, tránsito o estancia de extranjeros.

En el texto de la Directiva se diferencia entre la ayuda a la entrada y circulación, y la ayuda a la permanencia en un Estado miembro. En la ayuda a la entrada y circulación no se excluye *a priori* que el comportamiento sea punible aunque esté ausente el ánimo de lucro. Se deja a los Estados miembros la posibilidad de que puedan decidir, de acuerdo con su ordenamiento jurídico y usos nacionales, no imponer sanciones contra las personas que intencionadamente ayuden a entrar o transitar a un nacional de un tercer Estado cuando el objetivo sea prestar ayuda humanitaria. En cambio, en la ayuda a la permanencia sí se exige de forma expresa el ánimo de lucro para que el comportamiento sea punible.

(10) En DOCE L 328 de 5 de diciembre de 2002. El plazo de transposición de la Directiva finaliza el 5 de diciembre de 2004. La Directiva se aplica a todos los Estados miembros excepto Dinamarca; en la medida en que constituye un desarrollo del acervo Schengen también es aplicable a Noruega e Islandia.

Conviene también destacar que en la propuesta originaria se facultaba la posibilidad de eximir de responsabilidad por los hechos y conductas punibles, en caso de que los Estados miembros lo considerasen oportuno, a la familia del nacional del tercer Estado, incluyendo en esta categoría a su cónyuge o a la persona que viva abiertamente en situación marital y sus ascendientes, descendientes y hermanos, así como sus cónyuges respectivos. Las eximentes por razón del parentesco con el nacional del tercer Estado no fueron recogidas finalmente en el texto definitivo de la Directiva.

B) La determinación de las sanciones aplicables

En septiembre de 2000, la República Francesa, como complemento de la Directiva, propuso una iniciativa de Decisión marco. El 28 de noviembre de 2002, el Consejo adoptó su Decisión marco 2002/946 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.⁽¹¹⁾ En este acto se prevén una serie de sanciones dirigidas tanto a personas físicas como a personas jurídicas que participasen en estas actividades.

En relación con las personas físicas, se establece que las infracciones previstas en la Directiva 2002/90 serán objeto de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, que podrán acompañarse de otras medidas. Especialmente significativa es la relación de las circunstancias agravantes, pues llevan acarreadas penas privativas de libertad. Como circunstancias agravantes en la Decisión marco se prevén las infracciones cometidas por personas que pertenezcan a una organización delictiva, o cuando se ponga en peligro la vida de las personas que son objeto de infracción. Entendiendo por organización delictiva: «una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con inde-

(11) En DOCE L 328 de 5 de diciembre de 2002. El plazo para la transposición de la Decisión marco finaliza el 5 de diciembre de 2004. La Decisión marco es aplicable a todos los Estados miembros; en la medida en que constituye un desarrollo del acervo Schengen también es aplicable a Noruega e Islandia.

pendencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública».⁽¹²⁾

La sanción prevista (penal efectiva, proporcional y disuasoria antes mencionada) puede ser acompañada, cuando proceda, de otras medidas, como por ejemplo: el decomiso del medio de transporte utilizado; la prohibición de ejercer (directamente o mediante persona interpuesta) la actividad profesional con motivo de la cual se cometió la infracción, y la expulsión. Si la infracción cometida es realizada con ánimo de lucro y concurre alguna circunstancia agravante, será sancionada con una pena privativa de libertad de una duración máxima no inferior a ocho años. Ello no obstante, se permite que la pena sea de seis años «cuando ello sea indispensable para salvar la coherencia del sistema penal nacional», siempre que sean de las penas máximas más severas para delitos de gravedad comparable. Se debe subrayar que inicialmente se propuso que la pena máxima no fuera inferior a diez años, pero las serias discusiones en el Consejo y los problemas legislativos en algunos Estados motivaron su reducción.

En relación con las personas jurídicas, se propone que la declarada responsable de tales conductas sea sometida a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias que incluyan multas de carácter penal o administrativo. Junto a éstas, se pueden incluir otras acciones que abarcan desde medidas que impliquen su disolución, o colocación bajo vigilancia judicial, hasta la exclusión en el disfrute de ventajas o ayudas públicas o la prohibición de ejercer una actividad comercial. Además, las personas jurídicas también serían responsables cuando la persona física imputada en la comisión (o instigación, cómplice, o tentativa) de las infracciones ejerza un poder de dirección que le otorgue la autoridad suficiente para tomar decisiones o ejercer el control de la persona jurídica o que ostente un poder de representación de la misma.

(12) Se remite a la noción contenida en el artículo 1 de la Acción común 98/733 de 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea (DOCE L 351 de 29 de diciembre de 1998).

C) El caso específico de las sanciones a los transportistas

El 28 de junio de 2001, el Consejo adoptó su Directiva 2001/51 por la que se complementan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (CAS) de 14 de junio de 1985.⁽¹³⁾ Esta disposición del Convenio se refiere a determinadas obligaciones que las partes contratantes debían asumir sobre la responsabilidad de los transportistas que transporten a nacionales de terceros Estados sin los documentos de viaje necesarios. Se debe subrayar que la propuesta originaria de Directiva, presentada a iniciativa de la República Francesa (DOCE C 269 de 20 de septiembre de 2000), no hacía una remisión expresa a los preceptos del CAS, sino que definía la noción de transportista y explicitaba en qué consistía la infracción para hacerse acreedor de la sanción correspondiente; esto es, armonizaba las condiciones para aplicar la sanción. La oposición de algunas delegaciones motivó que se abandonara esta idea.

El objetivo de la Directiva es que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar, de acuerdo con el artículo 26 apartado 1 a) CAS, que los transportistas devuelvan a los nacionales de terceros Estados al lugar de procedencia, si el Estado de destino le hubiera denegado la entrada o si el transportista que debía trasladarlo a su país de destino se negara a embarcarlo. Si el transportista no puede devolverlo, se le obligará a encontrar medios para su devolución inmediata y, si ésta no es posible, a hacerse responsable de los costes de estancia y regreso del nacional del país tercero.

Es relevante subrayar que la remisión al Convenio de Aplicación ha comportado que el Consejo adoptase una Declaración con motivo de la adopción de la Directiva. En efecto, en el artículo 26 apartado 1 b) CAS se dispone que el transportista está obligado a cerciorarse de que el extranjero transportado tiene en su poder los documentos de viaje exigidos para entrar en el territorio de las partes contratantes. En la Declaración mencionada, el Consejo acuerda que «la utilización de una burda falsificación o la usurpa-

(13) En DOCE L 187 de 10 de julio de 2001. El plazo de transposición finalizó el 11 de febrero de 2003. La Directiva se aplica a todos los Estados miembros con las excepciones de Dinamarca y, en principio, Irlanda; en la medida en que constituye un desarrollo del acervo Schengen también es aplicable a Noruega e Islandia.

ción manifiesta equivaldrán a la falta del documento», aunque cada Estado miembro deberá determinar cómo deberá probarse que el documento de viaje se encuentra en estas circunstancias (Declaración 75/01, en Doc. 11450/01 de 27 de agosto de 2001).

En la Directiva se establecen las sanciones (pecuniarias y no pecuniarias) al incumplimiento de los artículos 26.2 y 3 CAS, que prevén sanciones (sin cuantificar) a los transportistas que, por vía aérea o marítima, transporten desde un tercer Estado hasta el territorio de las partes contratantes, a extranjeros que no estuviesen en posesión de los documentos de viaje exigidos (aplicable también a los transportistas de grupos que realicen enlaces internacionales por carretera en autocar, exceptuando el tráfico fronterizo). Las sanciones pecuniarias previstas, que deben ser disuasorias, efectivas y proporcionadas, suponen que los Estados miembros impongan sanciones de un mínimo de 3.000 euros y un máximo de 5.000 euros por persona transportada o bien un importe máximo de la sanción a tanto alzado por cada infracción no inferior a 500.000 euros, con independencia de las personas trasladadas (que es un término medio entre la propuesta inicial francesa que preveía una sanción por un importe mínimo de 2.000 euros por persona transportada y la exigencia del Parlamento Europeo de que la sanción no fuera inferior a 5.000 euros por persona transportada). En cambio, las sanciones no pecuniarias son discrecionales y se permite que cada Estado miembro pueda adoptar, si lo estima conveniente, medidas contra los transportistas como, por ejemplo: la inmovilización, incautación y decomiso del medio de transporte, o la suspensión provisional o la retirada de la autorización para su explotación.

Los transportistas que prestan servicios por vía aérea han sido objeto de una Directiva específica, que no excluye la anterior, pero que matiza sus obligaciones respecto a la comunicación de los datos de las personas que transportan. Se trata de la Directiva del Consejo 2004/82 de 29 de abril de 2004,⁽¹⁴⁾ que fue adoptada a iniciativa de España, y sin el dictamen preceptivo del Parlamento Europeo.

(14) En D.O.U.E. L 261 de 6 de agosto de 2004. El plazo de transposición finaliza el 5 de septiembre de 2006. La Directiva se aplica a todos los Estados miembros excepto Dinamarca; en la medida en que constituye un desarrollo del acervo Schengen también es aplicable a Noruega e Islandia.

D) La situación del nacional del tercer Estado objeto del tráfico ilícito

Durante los apartados precedentes, hemos examinado los diferentes instrumentos que desde la Unión Europea se están adoptando en relación al tráfico y la ayuda a los inmigrantes irregulares. Se trataría ahora de analizar en qué situación se encuentra el nacional de un tercer Estado que se ha visto implicado, voluntaria o involuntariamente, en este tipo de actividades en tanto que objeto de tal comportamiento. El Consejo adoptó, el 29 de abril de 2004, su Directiva 2004/81 relativa a la expedición de un permiso de residencia a los nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.⁽¹⁵⁾

Con carácter previo, se debe hacer constar que los Estados miembros aplicarán la Directiva a los nacionales de terceros Estados que sean o hayan sido víctimas de la trata de seres humanos, y sólo discrecionalmente podrá aplicarse a quienes hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal (tal y como se define en la Directiva 2002/90 comentada anteriormente). El objetivo central de la propuesta es la concesión de un permiso de residencia por un período mínimo de seis meses, susceptible de renovación en determinados supuestos, para aquellas personas consideradas víctimas, cuando reúnan determinadas condiciones.

Para poder beneficiarse, se concede un período de reflexión (determinado por la legislación nacional) para decidir cooperar con las autoridades competentes y durante el cual no se ejecutará ninguna medida de expulsión en su contra. Durante este tiempo deben disfrutar de un nivel de vida que les garantice la subsistencia y el acceso a tratamiento médico de urgencia. Una vez finalizado el período de reflexión, se puede expedir el permiso de residencia, que se encuentra sujeto a un determinado procedimiento. Entre otros aspectos, se debe considerar: la conveniencia de la estancia de la víctima en el territorio para las investigaciones o las acciones judiciales, la voluntad clara de cooperar con las autoridades competentes, la ruptura de

(15) En D.O.U.E. L 261 de 6 de agosto de 2004. El plazo de transposición finaliza el 6 de agosto de 2006. La Directiva se aplica a todos los Estados miembros con las excepciones de Dinamarca y, en principio, Irlanda y el Reino Unido.

todo vínculo con los presuntos autores de los hechos, y que no constituya una amenaza para el orden público o la seguridad interior. Cabe también que se retire el permiso concedido cuando el beneficiario reanuda las relaciones con los presuntos autores de los hechos; si la cooperación es considerada como fraudulenta o infundada, o si la víctima deja de cooperar; cuando razones de orden público o seguridad interior así lo aconsejen, o si las autoridades competentes decidan desistir de la acción.

La concesión del permiso de residencia implica que el beneficiario sin recursos reciba asistencia médica y se le garantice su subsistencia. Los Estados miembros definirán, con posterioridad a la adopción de la Directiva, las condiciones y procedimientos para autorizar al titular del permiso de residencia, durante el tiempo de disfrute del permiso, el acceso al mercado de trabajo, a la formación profesional y a la educación.

La expiración del permiso dará lugar a la aplicación del régimen común de extranjería. En la propuesta originaria de la Comisión (COM (2002) 71 final, de 11 de febrero de 2002), se preveía que, a modo de incentivo, si la víctima presentare una solicitud de permiso de residencia, los Estados miembros tendrán en cuenta la cooperación realizada en el momento de examinarla. Esta previsión ha desaparecido, si bien se debe tener presente que el régimen previsto en la propuesta es mínimo, y que los Estados pueden, si lo estiman conveniente, conceder un régimen más favorable.

8.3.2. La cooperación de los Estados miembros en la expulsión de los nacionales de terceros Estados

En el ámbito de la expulsión de los nacionales de terceros países, los Estados miembros han intentado, esencialmente, establecer mecanismos de cooperación y de armonización de sus legislaciones. Inicialmente, y dada la ausencia de competencias comunitarias en este ámbito, se adoptaron diversos instrumentos jurídicamente no vinculantes. Tal sería, por ejemplo, la Recomendación del Consejo de 30 de noviembre de 1992, relativa a la armonización de las prácticas de los Estados miembros en relación con el tránsito (entendido como el paso de una persona que no sea nacional de un Estado miembro por el territorio o la zona de tránsito de un puerto o aereo-

puerto de un Estado miembro) a efectos de la expulsión (en DOCE C 5 de 10 de enero de 1996). En este acto se proponen varias medidas, entre las que se destaca: la verificación, por parte del Estado que ha adoptado la medida de expulsión, de que la continuación del viaje y la admisión en el país de destino están garantizadas, o la transmisión de la información pertinente sobre la persona afectada. En cualquier caso, el Estado miembro de tránsito puede negarse a la circulación del nacional del tercer Estado cuando las informaciones proporcionadas no se consideren satisfactorias o, en el caso del tránsito terrestre, cuando la persona en cuestión constituya una amenaza para el orden público, la seguridad nacional y las relaciones internacionales del Estado en tránsito. Posteriormente, el 22 de diciembre de 1995, el Consejo consideró oportuno adoptar una Recomendación para garantizar una mayor eficacia en la ejecución de las medidas de expulsión (DOCE C 5 de 10 de enero de 1996). Para ello, se enumeran unos principios que deben regir la cooperación entre los Estados miembros en diversos ámbitos: para facilitar la obtención de la documentación necesaria que permita ejecutar la expulsión (especialmente cuando el nacional del tercer Estado carezca de la documentación de viaje o de identidad); para facilitar el tránsito a los efectos de la expulsión cuando la resolución hubiera sido expedida en otro Estado miembro, o para permitir la concertación entre los Estados miembros en la ejecución de la medida de expulsión.

Con estos antecedentes, y por la continua preocupación de los Estados miembros por incrementar la eficacia en la ejecución de las medidas de expulsión, el Consejo ha adoptado los instrumentos que se analizan a continuación en el ámbito del reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión y de la asistencia entre los Estados miembros.

A) El reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión

El Consejo, el 28 de mayo de 2001, adoptó su Directiva 2001/40, a iniciativa de la República Francesa, sobre el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros Estados.⁽¹⁶⁾

(16) En DOCE L 149 de 2 de junio de 2001. El plazo de transposición de la Directiva finalizó el día 2 de diciembre de 2002. La Directiva se aplica a todos los Estados miembros excepto Dinamarca; en la medida en que constituye un desarrollo del acervo Schengen también es aplicable a Noruega e Islandia.

El objetivo de la Directiva es permitir el reconocimiento de las decisiones de expulsión que sean adoptadas por un Estado miembro contra el nacional de un tercer Estado que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, y que se deberá ejecutar de acuerdo con la legislación vigente de este último. En este sentido, se debe destacar que el coste se realiza a cargo de la persona expulsada y, en caso de ser insolvente, la financiación repercute en el Estado que adopta la decisión de expulsión, que deberá compensar al que la ejecuta. Para ello se ha adoptado la Decisión del Consejo 2004/191 de 23 de febrero, estableciendo los criterios y modalidades de compensación (D.O.U.E. de 27 de febrero de 2004).

Este procedimiento se aplica a los nacionales de terceros Estados, con la única excepción de los miembros de las familias de los nacionales de los Estados miembros que hubieran ejercido la libre circulación comunitaria; siempre que, la decisión de expulsión que no puede ser revocada o suspendida se fundamente en unos determinados casos tasados en la Directiva. En concreto, cuando la decisión de expulsión se base en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacional, o en el incumplimiento de las normas nacionales sobre entrada o residencia del Estado miembro que adopta la medida de expulsión. Se entiende por amenaza grave y actual al orden público o a la seguridad nacional, cuando el nacional del tercer Estado sea condenado a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año, o cuando existan sospechas fundadas de haber cometido hechos punibles graves o la existencia de indicios reales de que tiene la intención de cometerlos en el territorio de un Estado miembro. Asimismo, si el nacional de un tercer Estado fuera titular de un permiso de residencia expedido por otro Estado miembro, las autoridades competentes del Estado que adopta la decisión le consultará y, si la legislación nacional del Estado que haya expedido el permiso lo autoriza, la decisión de expulsión le habilitará para retirarle el permiso.

Se debe señalar que los criterios materiales y procedimentales seguidos para llevar a término las decisiones de expulsión son los que se dispongan en las legislaciones internas de cada Estado miembro. En este sentido, y como recordaba la Declaración de la delegación finesa con ocasión de la

adopción de la Directiva, ésta «constituye sólo una primera fase en el camino hacia el total reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión de nacionales de terceros países»; y la «aplicación justa y eficaz de los principios de esta Directiva, y especialmente el trato equitativo a los nacionales de terceros países, requerirán en el futuro la adecuada aproximación de las legislaciones nacionales en este ámbito» (reproducida como Declaración 49/01, en Doc. 10571/01 de 4 de julio de 2001).

B) La asistencia entre los Estados miembros

Bajo este epígrafe nos referimos a las actuaciones que se están desarrollando en el seno de la Unión Europea, y a iniciativa de algunos Estados miembros, respecto a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión de nacionales de terceros Estados y en relación con la asistencia en caso de tránsito del nacional de tercer Estado por un Estado miembro. Respecto al primer supuesto, y a partir de una iniciativa de la República Italiana, el Consejo adoptó el 29 de abril de 2004, la Decisión 2004/573 relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión.⁽¹⁷⁾ La Decisión tiene como objetivo el establecimiento de normas relativas a la organización de vuelos conjuntos entre dos o más Estados miembros a los efectos de expulsar de sus territorios nacionales de terceros Estados que sean objeto de órdenes de expulsión, especificándose los cometidos específicos, y comunes, que deberían realizar las autoridades competentes de los Estados organizadores del vuelo y los Estados miembros participantes.

El segundo supuesto, la asistencia en caso de tránsito del nacional del tercer Estado por un Estado miembro, ha sido objeto de un tratamiento diferenciado en función de que se trate de tránsito por vía terrestre o marítima, o por vía aérea. En el primer caso es difícil alcanzar un acuerdo en el seno del Consejo, mientras que la regulación del segundo ha sido objeto de una Directiva del Consejo.

(17) En D.O.U.E. L 261 de 6 de agosto de 2004. La Decisión se aplica a todos los Estados miembros, excepto Dinamarca; en la medida en que constituye un desarrollo del acervo Schengen también es aplicable a Noruega e Islandia.

El 5 de agosto de 2003, la República Italiana remitió al Consejo una iniciativa de directiva relativa a la asistencia durante el tránsito por el territorio de uno o varios Estados miembros con motivo de la ejecución de las resoluciones de expulsión adoptadas por los Estados miembros contra nacionales de terceros países (en D.O.U.E. C 223 de 19 de septiembre de 2003). Dadas las preocupaciones y reticencias que mostraban algunas delegaciones de los Estados miembros, respecto al establecimiento de reglas específicas para el tránsito por su territorio, se ha preferido sustituir esta propuesta por unas Conclusiones del Consejo, que expresan la importancia que le conceden a la cuestión, pero que no comporta obligaciones jurídicas para los Estados miembros (en Doc. 15998/03 de 12 de diciembre de 2003).

En cambio, el 25 de noviembre de 2003, el Consejo, a partir de una iniciativa de la República Federal de Alemania, adoptó su Directiva 2003/110 sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea.⁽¹⁸⁾ La finalidad de la Directiva es concretar medidas de asistencia entre las autoridades competentes de los Estados miembros para facilitar las repatriaciones o alejamientos de nacionales de terceros Estados (con escolta o sin ella) que se produzcan por vía aérea. Así, en el caso de que un Estado miembro desee repatriar a un nacional de un tercer Estado por vía aérea, y en caso de no ser posible (o práctico) la utilización de un vuelo directo al país de destino, se podrá solicitar el tránsito por vía aérea a través de otro Estado miembro (en principio no se debe de solicitar si la ejecución de la medida implica un cambio de aeropuerto en el Estado requirente).

El Estado miembro requirente debe formular por escrito la solicitud de tránsito por vía aérea (al menos dos días antes de la fecha prevista para el tránsito) que deberá ser contestada en un máximo de 48 horas por el Estado requerido (mediante acuerdos, los Estados podrán decidir que las operaciones de tránsito se inicien por la notificación del Estado miembro requirente).

(18) En D.O.U.E. L 321 de 6 de diciembre de 2003. El plazo de transposición de la Directiva finaliza el 6 de diciembre de 2005. La Directiva es aplicable a todos los Estados miembros con las excepciones de Dinamarca y, en principio, Irlanda y el Reino Unido; en la medida en que constituye un desarrollo del acervo Schengen también es aplicable a Noruega e Islandia.

Éste deberá adoptar todas las medidas de asistencia que sean necesarias, desde el aterrizaje de la aeronave hasta la salida efectiva del nacional del tercer Estado. En particular: (a) recogerlo a la salida del avión y acompañarlo hacia el vuelo de enlace; asistencia médica de urgencia y manutención (del nacional del tercer Estado y, en su caso, su escolta); (b) recepción, custodia y transmisión de los documentos de viaje, y (c) comunicación al Estado requirente de la salida (en el supuesto de que viaje sin escolta) y de cualquier incidente grave que se produzca durante el tránsito. Los gastos derivados de esta asistencia, en la medida en que sean efectivos y cuantificables, serán imputados al Estado miembro requirente.

El Estado miembro requerido podrá denegar el tránsito por vía aérea en una serie de supuestos tasados: (a) el nacional del tercer Estado esté acusado de delitos penales, buscado para la ejecución de una resolución judicial en el Estado requerido, o constituya una amenaza para el orden público, la seguridad y la salud públicas o para las relaciones internacionales del Estado requerido; (b) la aplicación de la medida requiera un cambio de aeropuerto en el territorio del Estado miembro requerido; la admisión en el país de destino (o el tránsito por otros Estados) no sea posible, o (c) que la asistencia solicitada no pueda ser efectuada, por razones prácticas, en una determinada fecha (en cuyo caso se señalará una fecha lo más cerca posible a la señalada). También podría revocar la autorización de tránsito ya concedida por las mismas causas cuando tuviera conocimiento de hechos que justificasen la denegación del tránsito.

El Estado miembro requirente se compromete a readmitir al nacional del tercer Estado, y sufragar los costes que ello ocasione, cuando la autorización del tránsito haya sido denegada (o revocada); así como en el supuesto de que el nacional del tercer Estado hubiese entrado sin autorización en el Estado miembro requerido durante el tránsito, o si el tránsito por vía aérea se ha frustrado o no es posible.

8.4. Consideraciones y reflexiones finales

De la exposición descrita conviene realizar las siguientes consideraciones y reflexiones finales.

La primera consideración final es el carácter marcadamente facultativo que tiene el régimen jurídico establecido en la normativa adoptada por la Unión Europea. Los derechos garantizados a los nacionales de terceros Estados, y las condiciones necesarias para disfrutar de tales derechos, están sujetos a la modulación que realicen los Estados miembros. La generosa utilización del condicional en la regulación comunitaria, y en definitiva la discrecionalidad del contenido de los actos adoptados, permite afirmar que la normativa de la Unión Europea se aprueba con la intención de dar cabida, o cobijo, a los diferentes regímenes de extranjería ya vigentes en los Estados miembros.

Ello no es óbice para que se observen determinadas tendencias en la regulación adoptada, y en la pendiente de adopción. Así, respecto a la admisión de nacionales de terceros Estados, se acredita un marcado tono restrictivo en la propuesta, y una tendencia clara a la segmentarización de los grupos de inmigrantes en función de la capacidad de acogida del Estado receptor y de los vínculos históricos y culturales con el Estado receptor. La propuesta no es definitiva y es susceptible de modificaciones que pueden variar significativamente su contenido; así, en el informe emitido por el Parlamento Europeo se aboga por ampliar el contenido de los derechos y modular los requisitos necesarios para obtener el permiso de residencia-trabajo. Sin embargo, atendiendo a la experiencia de otros textos jurídicos adoptados recientemente, no parece que las recomendaciones del Parlamento Europeo, en tal sentido, vayan a tener éxito.

Respecto al estatuto de residente de larga duración, los derechos que se debieran reconocer recuerdan a los contemplados para los nacionales de los Estados miembros en el ámbito de la libre circulación de personas, si bien las diferencias en el alcance de la formulación de los derechos induce a pensar que será difícil que la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en este ámbito sea totalmente aplica-

ble a los residentes de larga duración. En este sentido, es especialmente significativa la evolución que la noción de orden público y seguridad pública ha tenido en el contenido de las diferentes propuestas hasta su texto definitivo. La influencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001 ha tenido una gran significación en la substitución de los elementos que limitaban la acción de los Estados miembros para determinar cuándo un nacional de un tercer Estado estaba sujeto a una medida de orden público, y ha supuesto un incremento de la capacidad discrecional de los Estados para apreciar estos comportamientos (como lo demuestra el documento de trabajo de la Comisión de 5 de diciembre de 2001, en COM (2001) 743 final).

En cuanto al derecho a la reagrupación familiar, cada propuesta presentada por la Comisión fue reduciendo el ámbito de aplicación y el contenido jurídico de los derechos contemplados, y simultáneamente ampliando las excepciones y particularidades presentadas por los Estados miembros. El texto final de la Directiva, a pesar de tener un carácter vinculante para los Estados, se asemeja en su contenido a una Resolución del Consejo, jurídicamente no vinculante, de 1 de junio de 1993, sobre la armonización de las políticas nacionales relativas a la reunificación familiar.

El control de la migración irregular, si bien ha sido objeto de una abundante regulación por la Unión Europea, adolece de una falta de aproximación general al fenómeno, que conlleva un tratamiento fragmentario de la cuestión. Ello lleva a que las medidas perfiladas por las instituciones de la Unión Europea impliquen un cierto endurecimiento en ciertos ámbitos, aunque paradójicamente una cierta laxitud en otros. Así, por ejemplo, en el artículo 27 del Convenio de Aplicación de Schengen (que quedará derogado el 5 de diciembre de 2004) se prevé que los Estados partes establezcan sanciones adecuadas contra las personas que con fines lucrativos ayuden a entrar o a permanecer en un Estado parte. Con los nuevos instrumentos adoptados (Directiva del Consejo 2002/90 y Decisión marco 2002/ 946), la ausencia del ánimo de lucro no tiene porque excluir la aplicación de las sanciones previstas, ni la tipificación como infracción de tal comportamiento. En cambio, ciertos comportamientos, como el empleo de emigrantes irregulares, no se incluye específicamente en las conductas tipificadas, ni consiguientemente

en las circunstancias agravantes, y ello cuando desde las mismas instancias comunitarias se considera al empleo de irregulares como una práctica que incita a la inmigración irregular.

De la misma forma, la adopción de la Directiva del Consejo 2001/51 sobre la responsabilidad de los transportistas refleja la dificultad de regular parcialmente un instrumento muy importante, según los Estados miembros, en el control de los flujos migratorios en la Unión Europea. Además, ha supuesto que determinados temas, como la situación de los solicitantes de asilo (la responsabilidad de los transportistas que trasladan estas personas) o la obligación de los transportistas de hacerse cargo de la persona trasladada, sean objeto de serias críticas.

Colección Estudios Sociales

Disponible en Internet: www.estudios.lacaixa.es

Títulos publicados

- ANUARIO SOCIAL
- 1. LA INMIGRACIÓN EXTRANJERA EN ESPAÑA
(*Agotado*)
Eliseo Aja, Francesc Carbonell, Colectivo Ioé (C. Pereda, W. Actis y M. A. de Prada), Jaume Funes e Ignasi Vila
- 2. LOS VALORES DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA Y SU RELACIÓN CON LAS DROGAS
(*Agotado*)
Eusebio Megías (director), Domingo Comas, Javier Elzo, Ignacio Megías, José Navarro, Elena Rodríguez y Oriol Romaní
- 3. LAS POLÍTICAS FAMILIARES EN UNA PERSPECTIVA COMPARADA
(*Agotado*)
Lluís Flaquer
- 4. LAS MUJERES JÓVENES EN ESPAÑA (*Agotado*)
Inés Alberdi, Pilar Escario y Natalia Matas
- 5. LA FAMILIA ESPAÑOLA ANTE LA EDUCACIÓN DE SUS HIJOS
(*Agotado*)
Víctor Pérez-Díaz, Juan Carlos Rodríguez y Leonardo Sánchez Ferrer
- 6. VEJEZ, DEPENDENCIA Y CUIDADOS DE LARGA DURACIÓN
(*Agotado*)
David Casado Marín y Guillem López i Casasnovas
- 7. LOS JÓVENES ANTE EL RETO EUROPEO
Joaquim Prats Cuevas (director), Cristòfol A. Trepal i Carbonell (coordinador), José Vicente Peña Calvo, Rafael Valls Montés y Ferran Urgell Plaza
- 8. ESPAÑA ANTE LA INMIGRACIÓN *
Víctor Pérez-Díaz, Berta Álvarez-Miranda y Carmen González-Enríquez
- 9. LA POLÍTICA DE VIVIENDA EN UNA PERSPECTIVA EUROPEA COMPARADA
Carme Trilla
- 10. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA
(*Agotado*)
Inés Alberdi y Natalia Matas
- 11. INMIGRACIÓN, ESCUELA Y MERCADO DE TRABAJO *
Colectivo Ioé (Walter Actis, Carlos Pereda y Miguel A. de Prada)

* Versión inglesa disponible en Internet

12. LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA EN NUESTRAS CIUDADES
Benjamín García Sanz
y Francisco Javier Garrido
13. FAMILIAS CANGURO
Pere Amorós, Jesús Palacios, Núria Fuentes, Esperanza León y Alicia Mesas
14. LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES
Colectivo Ioé (Carlos Pereda, Miguel A. de Prada y Walter Actis)
15. LA INMIGRACIÓN MUSULMANA EN EUROPA
Víctor Pérez-Díaz, Berta Álvarez-Miranda y Elisa Chuliá
16. POBREZA Y EXCLUSIÓN SOCIAL
Joan Subirats (director), Clara Riba, Laura Giménez, Anna Obradors, Maria Giménez, Dídac Queralt, Patricio Bottos y Ana Rapoport
17. LA REGULACIÓN DE LA INMIGRACIÓN EN EUROPA
Eliseo Aja, Laura Díez (coordinadores), Kay Hailbronner, Philippe de Bruycker, François Julien-Laferrrière, Paolo Bonetti, Satvinder S. Juss, Giorgio Malinverni, Pablo Santolaya y Andreu Olesti

Diseño y maquetación :
www.cege.es
Ciutat d'Asunción, 42
08030 Barcelona

Publicación internet:
J.J.Serveis d'Informàtica SL
www.comunicacions.com
Travessera de Dalt 30
08024 Barcelona