



UNIVERSIDAD PARA MAYORES

**I, II CURSO Y CICLO DE
CONFERENCIAS ABIERTAS
DEL
AULA DE FORMACIÓN
ABIERTA 1999**

**DIRECCIÓN GENERAL DE ALUMNOS Y SERVICIOS A LA
COMUNIDAD UNIVERSITARIA DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA.**

**DELEGACIÓN PROVINCIAL DE ASUNTOS SOCIALES
DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Organiza:

**Dirección General de Alumnos y Servicios a la Comunidad Universitaria de la
Universidad de Málaga.
Delegación Provincial de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía.**

Directores del Curso:

**D. Alejandro García Pozo.
Director General de Alumnos y Servicios a la Comunidad Universitaria de la
Universidad de Málaga.
Dña. Ana Paula Montero Barquero.
Delegada Provincial de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía.**

Coordinadora del Curso:

**Dña. M^a Auxiliadora Domínguez Almellones.
Trabajadora Social de la Universidad de Málaga.**

Imprime:

**Gráficas Digarza, s.l.
Plaza de los Angeles nº 3**

D.L.: MA-762-99

I.S.B.N.: 84-7496-774-0

ACUERDOS DE SCHENGEN Y DERECHO DE EXTRANJERIA

Dña. ESPERANZA MÁRQUEZ CHAMIZO.

Prof. Asociada en la Facultad de Derecho

Introducción

En una sociedad cada vez más interrelacionada el estatuto jurídico de los extranjeros, en nuestro entorno político y geográfico, despierta un interés cada vez más justificado. Nuestro planeta, convertido en aldea global, nos presenta problemas globales que demandan soluciones homogéneas. La respuesta a esta problemática viene de la mano del Derecho Internacional Público, a saber, el conjunto de normas jurídicas creado por los acuerdos de voluntad de los Estados, expresada, de forma cada vez más frecuente, en el ámbito de las organizaciones internacionales, cuya vigencia y actualidad constituye un índice que mide la homogeneidad de un mundo interrelacionado. Para comprobar la certeza de esta reflexión basta recordar cualquier informativo de los medios de comunicación. En este sentido el Derecho Internacional es el Derecho del futuro pero determina considerablemente el derecho actual.

Ciertamente la regulación de la extranjería es competencia exclusiva de los Estados, pero el legislador español, en nuestro caso, debe actuar de acuerdo con los compromisos internacionales adquiridos por España. El Derecho Internacional Público determina la configuración de las normas de que regulan el trato a los extranjeros. Los principios derivados del Derecho Internacional que han de ser respetados por las normas dictadas en la materia por los Estados los podemos sintetizar como sigue:

- Respeto a los derechos humanos, en el trato de ciudadanos nacionales o extranjeros.
- Principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros.
- Principio de trato mínimo internacional, que garantiza un límite mínimo de protección que los Estados han de asegurar en todo caso.

No podemos dejar de recordar, con relación a lo anterior, que los derechos y libertades fundamentales que contempla nuestro texto constitucional han de ser interpretados de acuerdo con los tratados suscritos por España en la materia.

El estatuto jurídico de los extranjeros

La nacionalidad, desde el punto de vista legal, podemos definirla como el vínculo que une a la persona con el Estado; este vínculo tiene un doble contenido, puesto que además de ser un derecho fundamental constituye un estado civil. En nuestro país conviven nacionales, ciudadanos de la Unión Europea y extranjeros, categoría que reservamos a los nacionales de Estados que no pertenecen a la Unión Europea, porque los ciudadanos europeos están prácticamente asimilados a los nacionales. En los sistemas jurídicos estatales el régimen de extranjería se define por contraposición al de nacional o ciudadano. El concepto de ciudadanía de la Unión obliga a reflexionar sobre la aparición de una correlativa categoría de “extranjero de la Unión”.

Los extranjeros tienen en nuestro país los derechos que les otorga la ley, nos encontramos ante un derecho de configuración legal, según se establece en el artículo 13 de nuestro texto constitucional, el Estado tiene competencia exclusiva en la materia con las salvedades referidas en la introducción. Los ciudadanos de europeos gozan de los derechos establecidos en los tratados comunitarios y en las normas que de ellos se derivan, disfrutan de un trato prácticamente equiparado al de los españoles.

El Real Decreto 737/1995 regula la entrada y permanencia en España de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega), que recoge las obligaciones contenidas en el Tratado de Schengen. El resto de los extranjeros ha de sujetarse a las prescripciones de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio y del Real Decreto 115/1996, de 2 de febrero.

Régimen general de Extranjería

Los Estados no creen en la existencia de un mundo sin fronteras y para entrar en territorio nacional se requiere:

- Entrar por un puesto habilitado al efecto.
- Estar provisto de pasaporte o documento identificativo y visado. En la práctica el visado es una estampilla en el pasaporte, pero para obtenerlo es necesario seguir unos trámites e instruir un expediente. Se solicita en un modelo oficial y se presenta en la embajada o consulado del lugar donde reside el extranjero que pretende venir a España. En la tramitación de visado se valorará, por el funcionario que tramite el mismo, el objeto del viaje, los medios de subsistencia en nuestro país, la disposición de alojamiento, la solvencia del solicitante, su estado de salud y la garantía de retorno. El expediente se elevará al Ministerio de Asuntos Exteriores, que resuelve y envía la autorización a la embajada o consulado que, al fin, expide el visado.
- Justificar que se dispone de recursos económicos o medios de vida suficientes. Una Orden Ministerial de 22 de febrero de 1989 establece una cantidad de 5000 ptas. por día de estancia y persona.
- Justificar los motivos de la solicitud de entrada en España.
- Un certificado sanitario expedido en el país de procedencia que acredite que no padece enfermedades cuarentenables, infecciosas, parasitarias, drogadicción o alteraciones psíquicas importantes.

Los extranjeros que reúnan estos requisitos podrán ser autorizados a entrar en el territorio español. Estos requisitos se podrán obviar por motivos humanitarios o en virtud de obligaciones internacionales contraídas por España. Si la entrada fuese denegada se estampará un sello en el pasaporte, pero la denegación de entrada o rechazo en frontera no necesita, según la legislación española, la tramitación de expediente o comunicación de resolución, por lo que tampoco es posible la interposición de ningún recurso. La inseguridad jurídica y la indefensión del extranjero rechazado en frontera al carecer de la garantía de un expediente resulta evidente.

La permanencia en España requiere la obtención de un permiso inicial de tres meses, que se puede prorrogar por otros tres. Para obtener este permiso de estancia es necesario acreditar medios de vida y asistencia sanitaria, y formalizar el oportuno expediente que resolverá el Subdelegado del Gobierno. La estancia de los estudiantes exige acreditar la duración de la realización de los estudios que van a realizarse en territorio nacional.

La residencia en España está condicionada a la obtención de un permiso. El inicial tiene una duración de un año, se puede renovar por igual período de

tiempo. El ordinario tiene una duración de tres años, renovable por igual período. El extranjero que acredite haber residido en España legalmente durante seis años puede obtener un permiso de residencia permanente. También se concederá este permiso de residencia a jubilados o pensionistas que tengan medios de vida y cobertura sanitaria, apátridas y refugiados, y otros supuestos contemplados en el artículo 52 del Real Decreto 155/96. Por circunstancias excepcionales o motivos humanitarios se podrá otorgar un permiso de residencia de un año renovable. A la tercera renovación se podrá expedir un permiso de residencia por períodos más amplios.

Una novedad del reglamento de extranjería en vigor respecto al anterior es la regulación del sistema de visados por reagrupación familiar, evitando los trámites y duplicidades del anterior Real Decreto. El sistema de visados de reagrupación familiar se lleva a cabo en un expediente único, a iniciativa del reagrupante. El principio de reagrupación familiar consagra el derecho de los familiares de los extranjeros que residan legalmente en España a residir con estos. Este principio deriva de las declaraciones de derechos en la esfera internacional y tiene categoría de derecho fundamental. Se tramitará ante la Comisaría de Policía y lo resolverá el Subdelegado del Gobierno. A cada extranjero se otorgará un número de identificación.

Los extranjeros que pretendan desarrollar una actividad lucrativa en España tendrán que obtener un permiso de trabajo por cuenta propia o ajena, y gozará de los mismos derechos y condiciones que los trabajadores españoles. Para posibilitar que en España trabajen extranjeros no comunitarios se ofertarán empleos no atendidos por el mercado nacional, estableciéndose puestos de trabajo determinados en sectores y zonas geográficas determinadas. La oferta concreta también la nacionalidad del trabajador que pretenda venir a nuestro país. Esta oferta es conocida con el nombre de "contingente".

Los permisos de trabajo por cuenta ajena pueden ser:

- Tipo "A" para actividades de temporada.
- Tipo "b" inicial, de un año de duración y limitado a una actividad y ámbito geográfico determinado.
- Tipo "B" renovado, de dos años de duración. Lo pueden obtener los que poseían el permiso inicial.
- Tipo "C" permite desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional durante tres años.

Los permisos de trabajo por cuenta propia pueden ser:

- Tipo "d" para una actividad concreta durante un año, en un ámbito geográfico determinado.
- Tipo "D" renovado, para varias actividades por un período de dos años, se puede limitar a un ámbito geográfico determinado.
- Tipo "E" para cualquier actividad sin limitación geográfica, con una validez de tres años.
- Tipo "F" para actividades fronterizas por cuenta propia o ajena, tendrá una vigencia de cinco años y será renovable.

Los titulares de un permiso tipo "C" ó "E" podrán obtener un permiso permanente, pero el titular habrá de renovar la tarjeta cada cinco años. El permiso extraordinario se concederá a aquellos extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico o cultural de España, no tiene limitación temporal ni geográfica, pero la tarjeta habrá de ser renovada cada cinco años.

Régimen sancionador.

La Administración ejerce la potestad sancionadora ante el incumplimiento de las obligaciones impuestas en la legislación de extranjería. Se consideran infracciones la omisión de la solicitud de permisos de residencia y de trabajo o de sus renovaciones y la falta de comunicación relativa a las modificaciones de las circunstancias que motivaron la concesión de los permisos o que alteren esencialmente la situación personal de los extranjeros en España.

Las sanciones administrativas por infracciones de la legislación de extranjería van desde la devolución en frontera hasta la expulsión y la detención e internamiento en centros no penitenciarios. A un extranjero no comunitario que se encuentra en la frontera se le puede rechazar o prohibir la entrada si no acredita la tenencia de suficientes medios económicos, si no justifica los motivos para entrar en España y si no cumple los requisitos sanitarios referidos anteriormente. En este caso tendrá lugar el rechazo en frontera que habrá de ser notificado en una resolución que indique los recursos procedentes contra la misma, que en este caso es el contencioso administrativo.

El rechazo en frontera puede tener lugar porque sobre el extranjero no comunitario pese una prohibición de entrada anterior. La prohibición de entrada puede ir de tres a cinco años y comienza a computarse desde que, efectivamente, el inmigrante abandona el territorio nacional, como consecuencia de la ejecución de la expulsión. El rechazo en frontera ha de aplicarse cuando el extranjero no haya accedido jurídicamente al territorio nacional; si este ya se encuentra en dicho territorio lo procedente es la devolución, que se produce cuando se desatiende la prohi-

bición de entrada que conlleva el expediente de expulsión o cuando se accede ilegalmente a nuestro país.

Otras medidas que puede adoptar la Administración por infracción de la legislación de extranjería son la prohibición de salida, la presentación periódica del extranjero, el alejamiento de fronteras, y la residencia obligatoria en determinados lugares.

La Administración también puede sancionar a un extranjero con la devolución. Esta puede tener lugar cuando el extranjero se encuentra en España contraviniendo la prohibición de entrada establecida en la resolución que acuerda una expulsión. Tendrá lugar la expulsión también si el extranjero ha entrado ilegalmente en España, por carecer de documentación, no tener medios económicos suficientes o traspasar la frontera con prohibición de entrada. Podrá ser devuelto el extranjero también si se considera que falta a la verdad en los motivos que justifican su venida a España, no reúne los requisitos sanitarios o traspasa la frontera por puesto no habilitado. La alusión a la "veracidad de los motivos de su venida a España" queda a juicio del funcionario de fronteras, por lo que puede dar lugar a arbitrariedades, cuando no a injusticias. El defecto más evidente de la devolución, tal y como se plantea en la Ley, es de orden procedimental. No se establece expresamente la necesidad de instruir un expediente para un acto administrativo sancionador, o al menos coactivo, que debiera regirse por los principios que inspiran el procedimiento administrativo.

Los extranjeros también pueden ser detenidos o internados en centros no penitenciarios si se les ha incoado un expediente de expulsión por las siguientes causas: que carezcan de permiso de residencia, visado de estancia, prórroga de la misma, que se sospeche que están implicados en actividades contrarias al orden público, o a la seguridad interior o exterior del Estado, carezcan de medios lícitos de vida, ejerzan la mendicidad o desarrollen actividades ilegales. Es la única sanción de privación de libertad por irregularidades administrativas que existe en nuestro ordenamiento. Aun cuando pasó el filtro de constitucionalidad tras la interposición de un recurso por el Defensor del Pueblo, no puede dejar de llamarnos la atención si recordamos los principios básicos de Derecho cuando nos iniciábamos en los estudios universitarios. Es un buen ejemplo de legalidad injusta.

La expulsión es una sanción administrativa si la acuerda una autoridad administrativa, puesto que también puede ser decretada judicialmente y en este caso nos encontraremos ante una sanción penal. La sanción de expulsión se podrá acordar por la pertinente autoridad administrativa en los siguientes casos: por encontrarse ilegalmente en España, es decir a falta de algunos de los documentos que

la legislación requiere con relación a la residencia o al trabajo; por estar implicado en actividades contrarias al orden público o a la seguridad del Estado; por haber sido condenado por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados; por ausencia de notificación de las modificaciones de todas las circunstancias determinantes de su situación personal o laboral; por carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.

Cuando la documentación del extranjero con relación a la estancia, residencia o visado no está en regla la Administración decreta la orden de salida obligatoria. Si el extranjero abandona España en el plazo estipulado no existirá prohibición de entrada y podrá volver a acceder a nuestro país cuando su documentación se encuentre en regla.

El régimen aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea.

El proceso de integración europea se construye a partir de la definición de un mercado común en el que los nacionales de los Estados miembros reciben un tratamiento común en el territorio de cada uno de los Estados miembros (principio de no discriminación y de trato nacional) al que no tienen acceso los nacionales de terceros Estados. Con el Acta Unica Europea y el Tratado de Maastricht se define el mercado interior como un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada.

La problemática de la extranjería en el proceso de integración está ligada a la libre circulación de personas y crece a la sombra del concepto de ciudadanía europea. La ciudadanía europea tiene un componente político del que carecía la libre circulación de trabajadores que se predicaba en los orígenes de las comunidades europeas. Si partimos de que es ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro, por exclusión, el extranjero será aquel que no puede disfrutar del régimen de la ciudadanía de la Unión. El "régimen de extranjería de la Unión" tiene una dimensión funcional, se circunscribe a aquellas cuestiones consideradas de interés común y que garanticen que el elemento extranjero no interfiera en la consagración del mercado interior. Para ello se necesita armonizar las legislaciones sobre el tránsito en fronteras, que se traduce en una política de visados, asilo e inmigración que cierre las fronteras de la Unión, esta exigencia se cumple en la legislación española. La consecuencia de este embrionario sistema de extranjería de la Unión, ha determinado las reformas del Derecho interno español en materia de inmigración, y ha definido el estatuto del extranjero no comunitario en nuestro país en los términos que se han expuesto, muy sucinta-

mente, en apartados anteriores.

El régimen de entrada, residencia y permanencia de los ciudadanos de la Unión Europea es más favorable que el que se ha referido para los no europeos. El desarrollo originario del régimen comunitario está referido a la libre circulación de trabajadores y la libertad de establecimiento. Para hacer efectiva esta libertad las comunidades europeas, mediante directivas o reglamentos, adoptaron las medidas necesarias. Entre ellas podemos citar la Directiva 68/360, la Directiva 90/364, la Directiva 90/365 y la Directiva 90/366; el Reglamento 1612/68, el Reglamento 1408/72 y el Reglamento 572/72. Las prescripciones que contienen estas normas comunitarias están recogidas en el Derecho interno español en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, que establece el régimen de entrada y permanencia en España de los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo.

Los nacionales (y sus familiares) de la Unión y el Espacio Económico Europeo tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer en territorio nacional en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles, sin perjuicio de la limitación referida a los empleos de la Administración Pública. La única documentación necesaria es el pasaporte o la tarjeta de identidad. Tendrán derecho a solicitar una tarjeta de residencia, que tendrá un efecto declarativo, y será automáticamente renovable con una validez de cinco años. Podrá tener una duración de un año en los casos de residencia o permanencia temporal. La expedición de la tarjeta o su renovación será automática. El Real Decreto 766/1992 también comprende a los pensionistas, jubilados o estudiantes, que podrán residir en nuestro país si tienen suscrito un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos y disponen de recursos suficientes.

Los ciudadanos de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que no tengan en orden su documentación (tarjetas referidas en los párrafos precedentes) únicamente podrán ser sancionados con una multa. No pueden ser sancionados con la prohibición de entrada, la denegación de permisos o tarjetas o con la expulsión. Estos ciudadanos únicamente podrán ser sancionados por razones de orden público. Con relación a este concepto hemos de recordar que el concepto de orden público, según ha establecido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha de ser el mismo que se aplique a los nacionales españoles, y el orden público se define dentro de los parámetros que determina la jurisprudencia europea, el orden público no se deja a la interpretación de los Tribunales de cada Estado comunitario (Directiva 64/221). El orden público se relaciona con la licitud o ilicitud de conductas, de su legalidad o ilegalidad definidas en la legislación sobre seguridad ciudadana, no se relaciona con conductas penalmente

tipificadas, pero son actividades ilícitas o ilegales.

A modo de conclusión, podemos decir que la legislación española consagra un doble régimen de extranjería, el general destinado a los ciudadanos no comunitarios, asentado en un rígido sistema de visados, y un régimen comunitario. Trato muy desigual para los desiguales. En el caso de las prescripciones destinadas a los no comunitarios se aprecian márgenes de discrecionalidad administrativa que nos parecen demasiado amplios, y soluciones no satisfactorias en la política de “contingentes”. No debemos olvidar que en nuestro país existen ofertas de empleo que no se cubren por los trabajadores españoles, puesto que sus expectativas de calidad de vida se encaminan en otra dirección, propia de una sociedad desarrollada. Estos puestos de trabajo vacantes representan verdaderos proyectos de vida para ciudadanos muy cercanos en el espacio y muy lejanos en otros parámetros...

Por último, no puedo desaprovechar la ocasión de expresar, al menos desde estas páginas, mi agradecimiento a D. Jose Antonio Tallón Moreno, Abogado, Letrado de la Asesoría Jurídica de Comisiones Obreras en Málaga y Profesor Honorario del Seminario de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de Málaga, por habernos señalado con sus conocimientos y su actitud, el mundo de la extranjería como un ámbito que reclama atención, dedicación estudio y apoyo.

BIBLIOGRAFIA

- Legislación sobre Extranjeros, ed. Cívitas, 2º Edición.
- Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea. Colección Escuela Diplomática, nº 3. Edición a cargo de Concepción Escobar Hernandez.
- Derecho Comunitario Europeo, ed. Mc.Graw -Hill , 1996.
- Tratado de la Unión Europea, ed. Tecnos, 1996.
- Prácticas de Derecho Comunitario Europeo, ed. Tecnos, 1994, Victoria Abellán Honrubia y otros.
- Documentos de la Comisión Europea: Agenda 2000.
- <http://www.europa.eu/eur-ex/lif/dat/es-495do533html>

CONVENIOS INTERNACIONALES Y NORMATIVA BASICA EN LA MATERIA.

- Constitución Española de 27 de diciembre de 1.978 (B.O.E. de 29 de diciembre de 1.978).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de

- diciembre de 1.948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1.966 (B.O.E. de 30 de abril de 1.977).
 - Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1.966 (B.O.E. de 2 de abril de 1.985).
 - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1.966 (B.O.E. de 30 de abril de 1.977).
 - Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Adoptado en la Resolución 2.106 (XX) de 21 de diciembre de 1.965 (B.O.E. de 17 de mayo de 1.969).
 - Resoluciones de la AGNU sobre el Asilo: 1.839 (XII), de 19 de diciembre de 1.962; 2100 (XX) de 20 de diciembre de 1.965; 2.203 (XXI) de 16 de diciembre de 1.966 y 2.312 (XII) de 14 de diciembre de 1.967.
 - Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1.959 (B.O.E. de 10 de octubre de 1.979).
 - Ley Orgánica 7/ 1.985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (B.O.E. de 3 de julio de 1.985).
 - Real Decreto 155/1.996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1.985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (B.O.E. de 23 de febrero de 1.996).
 - Orden de 7 de febrero de 1.997, por la que se regula la tarjeta de extranjero (B.O.E. de 15 de febrero de 1.997).
 - Orden de 22 de febrero de 1.989 sobre medios económicos cuya posesión habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España (B.O.E. de 6 de marzo de 1.989).
 - Orden de 11 de abril de 1.996 sobre exenciones de visado (B.O.E. de 17 de abril de 1.996).
 - Real Decreto 766/1.992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (B.O.E. de 30 de junio de 1.992).
 - Real Decreto 1.710/1.997, de 14 de noviembre, de modificación del régimen de entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (B.O.E. de 15 de noviembre de 1.997).