

CURSO DE VERÁN SOBRE A NOVA LEI DE ESTRANXEIRÍA

(Sada, 27 e 28 de xullo de 2000)

Enrique Diego Fernández Pérez

Bolseiro da EGAP

Domingo Bello Janeiro, director da Escola Galega de Administración Pública destacou a importancia da adaptación da nosa lexislación en materia de estranxeiría ós compromisos asumidos por España nas súas relacións internacionais, en concreto ós acordos chegados en Tampere en outubro de 1999, partindo sempre da premisa das condicións de igualdade. Búscase con estas reformas lexislativas anticiparse ó que sucederá en anos futuros e que xa vén acontecendo, pois pode considerarse o fenómeno da inmigración no noso país como un feito estrutural ó ser destinatario de numerosos fluxos migratorios e punto de tránsito cara ó resto da Unión Europea.

Jacinto Gil Rodríguez, catedrático de dereito civil na Universidade do País Vasco foi o primeiro relator da mañá do día 27 na que explicou os aspectos fundamentais da conservación e perda da nacionalidade española. A estranxeiría consiste –así se define– na carencia daquela nacionalidade concreta que se toma como referencia (art. 1.1 LO 4/2000). Iso quere dicir que, o que é ‘estranxeiría’, pode ser ‘nacionalidade’ dende outro punto de vista.

Ó principio o Código civil dispuxo concisa e rotundamente que «a calidade de español pérdese por adquirir natureza en país estranxeiro». En cambio, a Constitución de 1931 asocia a perda unicamente á naturalización 'voluntaria'. O art. 22/1954 do código, dunha parte, incorpora aquela necesidade de 'voluntariedade na adquisición'; e, por outra, establece outros condicionantes específicos –similares ós hoxe vixentes–. O art. 23/1982 reordena as posibilidades de perda, e separa as hipóteses do emancipado que «adquire voluntariamente outra nacionalidade» e do que a tivese atribuída «dende a súa menor idade». Os primeiros deixan de ser españois, se no momento da adquisición –suposta a voluntariedade e a emancipación– completan tres anos de residencia fóra de España; os segundos, dotados dunha nacionalidade 'forte', soamente a perden se renuncian a ela. Por último, reunífanse as hipóteses, ó equípara-la 'utilización exclusiva' á 'adquisición voluntaria'. Coa súa respectiva premisa, a perda consúmase ós tres anos da emancipación ou da adquisición, se se mantén a residencia habitual no estranxeiro. Ademais 'e de se-lo caso', ofrécese a posibilidade de renuncia.

Outro tema de grande importancia refírese á compatibilidade da nacionalidade española respecto dalgúns países. Esta idea arrinca da Constitución de 1931: «Nestes mesmos países (Portugal e hispánicos de América, comprendido o Brasil), se as súas leis non o prohiben, ..., poderán naturalizarse os españois sen perde-la súa nacionalidade de orixe» (art. 24). Pero o código supedita a conservación ó Tratado: «... a adquisición da nacionalidade dun país iberoamericano ou das Filipinas non producirá perda da nacionalidade española cando así se conviñera expresamente co Estado no que se adquira a nacionalidade» (art. 22.IV/1954). O art. 11.3 da Constitución de 1978 recupera a xenerosidade da norma republicana e preceptúa que, nos países iberoamericanos e noutros particularmente vinculados con España, «aínda cando non lles recoñezan ós seus cidadáns un dereito recíproco, poderán naturalizarse os españois sen perde-la nacionalidade de orixe».

O artigo 11 da nosa Constitución remítelle á lei a regulamentación da perda da nacionalidade española, pero deixa dito que o 'español de orixe' non pode ser privado da súa nacionalidade, pode naturalizarse en países iberoamericanos ou outros vinculados particularmente con España, sen perde-la súa nacionalidade. Imperativos que deben conxugarse co dereito a cambiar de nacionalidade (artigo 15 da Declaración universal dos dereitos humanos).

O primeiro requisito para a perda da nacionalidade refírese á imposibilidade de perda «se España se encontrase en guerra» (art. 24.2). O segundo é estar emancipado, que fai referencia á capacidade. Precísase que quen vai perde-la nacionalidade española poida autogobernarse e, en particular, que alcanzara a emancipación. Como para axuiza-la capaci-

dade hai que ter en conta a lei persoal –española–, será abondo calquera tipo de emancipación do código.

Requirir que se posúa outra nacionalidade, significa que se busca autoriza-lo «cambio de nacionalidade», non a «expatriación». Exclúese tanto ‘desnacionalizar’ coma ‘desnacionalizarse’: non sería lexítimo ocasiona-la apatridia, nin sequera por renuncia do interesado. O requisito pode desagregarse en tres esixencias da ‘outra’ nacionalidade, que debe ser auténtica, atribuída ou adquirida correctamente, de conformidade coa lei do respectivo Estado e logo da perda.

Ata 1990, o Código falaba de «residencia» fóra de España; hoxe, a «residencia habitual» apunta inequivocamente ó domicilio fóra do territorio nacional. O requisito compútase no momento en que se adquire a outra nacionalidade ou no que se acada a emancipación e a situación necesita prolongarse durante outros tres anos (art. 24.1 e 2); noutro caso, a residencia apréciase só ó tempo de formula-la renuncia (art. 24.3 CC).

A Lei 18/1990 abre dúas interrogantes: 1ª ¿Se o aínda español regresa ó territorio nacional antes dos tres anos? e, 2ª ¿o país de residencia habitual debe corresponderse –no momento de referencia e, de se-lo caso, durante os tres anos do prazo– coa outra nacionalidade que se precisa? O primeiro problema solúciónase tendo en conta que a desconexión con España precisa manterse –para os efectos de deduci-la vontade de perda durante os tres anos subseguintes á adquisición ou á emancipación–. Polo demais, como o art. 24 esixe, unicamente reside «no estranxeiro», é obvio que o requisito se satisfai ‘permanecendo fóra de territorio español’.

As causas de perda

Conforme o sistema do art. 24 a nacionalidade española pérdese basicamente de dous xeitos: mediante renuncia, que pode utilizarse «en todo caso», e a causa do gozo doutra nacionalidade incompatible coa española. Pero convén diversificar esta segunda modalidade en dúas variantes.

A) *Adquisición voluntaria doutra nacionalidade*

A activación desta causa esixe, ademais da residencia habitual no estranxeiro e a adquisición dunha nacionalidade distinta –e incompatible: art. 24.2.II–, que a dita adquisición a realice, voluntariamente, un español emancipado.

B) *Utilización exclusiva doutra nacionalidade*

Para que poida poñerse en marcha esta causa de perda fai falla que o español «teña atribuída antes da emancipación a nacionalidade estran-

xeira» de que se trate. É indiferente a 'voluntariedade' ou 'involuntariedade' da adquisición; importa só que o suxeito se emancipa como dobre nacional. A causa resulta parcialmente nova. Incorporárase ó código en 1990, pero o 'mecanismo' que pode provoca-la perda recorda excesivamente ó vello «asentamento voluntario», perfilado pola Dirección Xeral a partir de 1965 e repudiado entre 1982 e 1990.

C) *Renuncia á nacionalidade española*

A Lei 18/1990, ademais de configura-la renuncia como vía de abdicación «en calquera caso», eleva a requisito *sine qua non* residir habitualmente no estranxeiro. Ben é verdade que, aquí, non precisa manterse trala renuncia, xa que a perda é inmediata. No demais, a eficacia da renuncia vén igualmente condicionada a que se formule persoalmente por español capaz, que adquirira nacionalidade e que España non se encontre en guerra. A Lei 18/1990 altera os presupostos e o ámbito da renuncia, pero no que fai ás formalidades da declaración limítase a preceptuar que ha facerse «expresamente».

Respecto ó réxime da inscrición da perda establécese que «a perda da nacionalidade prodúcese sempre de pleno dereito, pero debe ser obxecto de inscrición». En caso de non promover-la inscrición da perda o afectado por ela ('interesado'), «o encargado do rexistro (no que se atopa inscrito o nacemento daquel), logo da súa citación, practicará o asento que proceda» (art. 67 LRC).

A adquisición ou gozo de nacionalidades compatibles

O sistema de perda –a salvo a renuncia– devén inoperante sempre que a nacionalidade española o sexa «de orixe» e a estranxeira acumulada corresponda a «un país iberoamericano, Andorra, as Filipinas, Guinea Ecuatorial ou Portugal» (art. 24.2º.II; e antes art. 11.3 CE: efectivo dende o 29 de decembro de 1978). Procede advertir que nin a Constitución nin o código 'impoñen' nos referidos supostos a conservación «*sine die*» da nacionalidade española; simplemente a exclúen da ameaza de perda 'aprazada' pola posesión ou utilización da outra, ou o que é o mesmo, fan da española unha nacionalidade 'forte', da que só se poderá desprende-lo dobre nacional 'renunciando expresamente a aquela'.

A dobre nacionalidade

En principio, toda persoa ten dereito dende que nace a unha nacionalidade, pero pode acontecer que algúns resulten beneficiarios de dobre atribución, una «*iure soli*» e outra «*iure sanguinis*», ou ámbalas «*iure sanguinis*», por causa da diversidade nacional dos seus proxenitores. Ademais, cabe que a duplicidade sobreveña por adquisición dunha nova na-

cionalidade, se se trata da dun país co que o Estado de partida ten concertado un tratado de dobre nacionalidade ou se o seu ordenamento autoriza a subsistencia da nacionalidade anterior –sen prazo ningún (nacionalidades compatibles) ou sequera durante o que se precise para que sexa efectiva a perda da primeira nacionalidade (incompatible, pero coexistente durante tres anos: art. 24)–. Unha primeira interpretación entende que esta nova situación de dobre nacionalidade «automática» non é -nin pode ser- institución diversa da examinada dobre nacionalidade «convencional». Segundo ela, é obrigado le-las correspondentes disposicións constitucionais e ordinarias conforme os esquemas daqueles tratados –o constituínte non puido ignorar–, por suposto, cando se dea o caso de dobres nacionais correspondentes ós países que os teñen concertados con España, pero tamén cando o Estado ó que lle corresponda a nacionalidade ‘duplicada’ careza de convenio.

O simple estranxeiro e a estranxeiría privilexiada

A esencia do concepto de estranxeiro –puramente negativo– non está, pois, na pertenza a «outro» estado, senón na alleación ó estado de referencia e no que, polo momento, se encontra ou trata de entrar. Na mesma orde de ideas, a situación de estranxeiría non pode considerarse unívoca, senón diversificada, por unha parte, atendido o feito de que as normas que a regulamentan son, na súa maioría, de orixe interna e difiren dun estado a outro, e, tamén, porque non tódolos estranxeiros reciben, dentro do mesmo estado, idéntico trato. De tal xeito que, xa no terreo normativo, hai que identificar a determinados estranxeiros que poden considerarse «privilexiados».

Ante todo, o dereito internacional público outórgalles estatuto especial ós membros das misións diplomáticas e oficinas consulares, xefes de estado e representantes diplomáticos (convenios de Viena de 1961 e 1963). Outros privilexios encontran orixe nos respectivos tratados, xa subscritos na modalidade bilateral, onde reciben favor os nacionais doutro estado, xa con alcance multilateral e ó obxecto de reforza-la situación de estranxeiros que reúnan unha condición determinada –refuxiados ou apátridas–. A enumeración inclúe tamén os nacionais daqueles estados especialmente vinculados co de referencia, ben por lazos históricos valorados positivamente pola lexislación actual do propio estado, ben por se embarcaren formalmente nun proxecto de converxencia, como ocorre no caso da Unión Europea.

O cidadán comunitario

Non pode falarse aínda dunha auténtica «nacionalidade europea». En primeiro lugar, porque, a falla dun vínculo directo de cada cidadán

coas estruturas do poder político e xurídico da Unión Europea. A dita cidadanía significa actualmente que os nacionais dos restantes estados da Unión gozarán, en calquera deles, dunha «estranxeiría privilexiada», que, polo de agora, se concreta nos aspectos a que se refiren os artigos 17 a 21 do tratado, ou sexa, no «dereito a circular e residir libremente no territorio dos estados membros», o «dereito a ser elector e elixible nas eleccións municipais do estado membro no que resida», o acollemento «á protección das autoridades diplomáticas e consulares de calquera estado membro» no territorio dun terceiro país no que o seu non estea representado e nos dereitos de «petición» ante o Parlamento europeo e de «reclamación» ante o defensor do pobo.

O estranxeiro non comunitario ou de 'terceiros países'

A) O principio de equiparación en dereitos e liberdades

A situación deste 'estranxeiro de a pé', en canto ó recoñecemento dos dereitos fundamentais, está presidida polo art. 13 da Constitución, por canto asegura que 'gozará' «en España das liberdades públicas que garante o presente título nos termos que establezan os tratados e a lei». Mais alá da Constitución e dos tratados internacionais –vinculantes para España– non deberían perderse de vista certos contrastes de principio. Ante todo, a Lei orgánica 7/1985, do 1 de xullo, de estranxeiría –que se propuxo fundamentalmente o control das entradas e estancias en terreo español– e a benéfica infidelidade do seu regulamento tardío (aprobado por RD 155/1996, do 2 de febreiro), onde timidamente se manifesta a necesidade de previ-la marxinação e increméntanse os dereitos a prestacións asistenciais. Pero o contraste é maior, se se pensa no principio secular que continúa a exhibi-lo art. 27 do código.

B) O tránsito da estranxeiría (*propia ou paterna*) á nacionalidade

Aínda non se pode descarta-la hipótese de acceso á nacionalidade española por persoa que acredite os presupostos de atribución que esixen os artigos 17 e 19 do código ou que chegue a adquirila por outorgamento discrecional de carta de natureza, cando concorran no interesado as circunstancias excepcionais que esixe o art. 21.1, a vía que se lle pon ó alcance do inmigrante para chegar a aproveita-la nacionalidade do país de acollida será a denominada 'adquisición por residencia' a que se refiren os artigos 21 e 22.

A atribución da nacionalidade española

Acaso conveña recordar, entre os requisitos de atribución da nacionalidade *iure adoptionis* que o adoptado ten que ser menor de dezaoitos anos (e estranxeiro). Tratándose de adopcións constituídas por autori-

dade estranxeira constitúe requisito engadido e imprescindible –a súa inobservancia implicará o «non recoñecemento en España como adopción» e a denegación da inscrición no Rexistro Civil– que a entidade pública competente «declárase a idoneidade do adoptante, se este fora español e estivese domiciliado en España no tempo da adopción».

C) A posta a disposición da nacionalidade española

A adquisición por residencia pode considerarse a vía ordinaria de nacionaliza-los inmigrantes, aínda que non hai que esquecer tres cuestións: a) o requisito de que a residencia esixida teña que ser 'legal' (art. 22.3); b) a necesidade de que o interesado 'xustifique' «boa conducta cívica e suficiente grao de integración na sociedade española» (art. 22.4); c) a posibilidade de que o ministro de Xustiza denegue a concesión «por motivos razoados de orde pública ou interese nacional» (art. 21.2). Aínda que a recuperación non lles fora allea ós cambios lexislativos, pode prescindirse da evolución normativa, na medida en que sempre rexeu o principio de que a recuperación unicamente se completa cando se inscribe no Rexistro Civil. O contrario ocorría coa 'perda' que puido producirse no pasado e por causas pretéritas, aínda cando no se inscribira; así que, para calibra-la eficacia dunha perda non inscrita, haberá que recompoñe-lo cadro de vixencias ó instante no que se pretenda producila; para dictaminar unha recuperación, bastará consulta-lo Rexistro Civil. Aínda cando o art. 26 prevé toda recuperación da nacionalidade española, a que «se perdeu» –máis ou menos voluntariamente– e aquela da que «se lle privou» ó interesado, a exposición limitarase á primeira hipótese. Os avatares de interese refrense á esixencia de radicarse en España e á de 'renunciar' á nacionalidade estranxeira.

A recuperación dende o estranxeiro e o concepto de emigrante

A Lei 29/1995, do 2 de novembro, púxolle fin á contestada esixencia de que os emigrantes e os seus fillos acreditasen a súa residencia legal en España cando pretendan recupera-la nacionalidade española que perderon como consecuencia do fenómeno migratorio. Así o proclamou a exposición de motivos, ó sinalar que «o propósito da presente lei é, pois, a supresión do dito requisito cando se trate de emigrantes ou fillos de emigrantes, o que garda harmonía co deber do Estado, conforme o artigo 42 da Constitución, de orienta-la súa política cara ó retorno a España dos traballadores españois no estranxeiro».

De igual xeito, a Lei 18/1990 esténdelle-lo beneficio da dispensa –hoxe exención– ós fillos dos emigrantes, con tal de que estes posuíran nalgún momento da súa vida a nacionalidade española, independentemente do lugar do seu nacemento. Para os 'fillos ou descendentes de es-

pañois' nacidos xa 'estranxeiros', se non aproveitaron o privilexio temporal de adquiri-la nacionalidade dos seus ascendentes exercitando a opción -DT 3ª Lei 18/1990 e 1ª Lei 29/1995: pai ou nai de orixe española e nacido en España-, non queda outra canle de acceso que a adquisición por residencia no prazo dun ano ó amparo do artigo 22.1.f (non existe que o proxenitor sexa 'nacido en España' pero require que teña residencia o propio solicitante).

Os netos ou outros descendentes do emigrante, aínda que naceran españois, non gozarán da exención (que beneficia só os emigrantes e os seus fillos), se pretenden recupera-la nacionalidade española. Haberán de acreditar esta residencia ou obte-la dispensa do ministro de Xustiza, por concorreren neles as circunstancias excepcionais a que condiciona a dispensa o art. 26.1.a) *in fine*.

A inscrición da recuperación

O desexo de recupera-la nacionalidade española ten que facerse de xeito expreso e ser formulado de maneira solemne, precisamente, «ante o encargado do Rexistro Civil» [art. 26.1.b)]. A este respecto, o encargado competente para recibi-la declaración é o do domicilio do interesado e a inscrición practícase á marxe da de nacemento.

Alfonso Villagómez Cebrián, maxistrado e letrado do Tribunal Constitucional fixo o seu relato sobre as características xerais da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre os dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social.

Comezou o seu relatorio coa xestación da lei, que apareceu publicada no BOE o día 12 de xaneiro deste ano, co obxectivo de regular, segundo reza o seu título, os dereitos e liberdades dos estranxeiros e a súa integración social, (pois non contén unha exposición de motivos). Esta lei estivo sometida a un convulso proceso de tramitación parlamentaria na antesala mesma da disolución das Cámaras para as eleccións xerais do 11 de marzo de 2000. Foi así, un dos últimos textos lexislativos aprobados na lexislatura anterior.

Xa que se trata dunha lei con carácter de orgánica, para ser aprobada se precisaba que o fora pola maioría absoluta do Congreso, e nunha votación final sobre o conxunto do proxecto, segundo establece o art. 81.2 da Constitución. Tódalas emendas aprobadas no Senado son rexeitadas en bloque na Cámara baixa, por cento noventa votos en contra e cento cincuenta e tres a favor, quedando o Partido Popular como único defensor do texto aprobado no Senado, o que provoca un fenómeno inédito na nosa experiencia democrática, cal é que se aprobe unha lei desta importancia e transcendencia coa oposición do partido político que sostén o Goberno.

É unha norma que carece de exposición de motivos, o que convén destacar tamén, e non tanto pola rareza que ese dato implica en si mesmo, senón porque privou os operadores xurídicos dun instrumento fundamental para intentar entender mellor un contido que se plasmou en preceptos legais que presentan serios problemas de interpretación.

Respecto ás incorreccións técnicas da Lei de estranxeiría na definición do seu carácter orgánico, probablemente como consecuencia do convulso procedemento de tramitación a que esta lei foi sometida, é tecnicamente moi desafortunada en moitos dos seus preceptos. E, así, para calquera que se acerque a ela resultarán patentes os problemas interpretativos que presenta.

En efecto, comezando polo primeiro dos problemas, hai que dicir que a interpretación da disposición final cuarta da lei, conduce á conclusión de que lle outorga o carácter de orgánico a cincuenta e nove dos sesenta e tres artigos da lei e á totalidade das súas disposicións adicionais, transitorias, derogatorias e finais. Faino ademais dunha forma negativa: «os preceptos contidos nos artigos 10, 12, 13 e 14 non teñen carácter de orgánico, e son dictados en exercicio do disposto no artigo 149. 1. 2º da Constitución». É dicir, véñse dicir que estes catro únicos artigos que non teñen carácter orgánico foron dictados en virtude da competencia exclusiva que lle corresponde ó Estado en materia de nacionalidade, inmigración, emigración, estranxeiría e dereito de asilo. Esta «técnica» de legislar parece casar mal cos criterios que o Tribunal Constitucional sostén sobre a utilización restrictiva deste instrumento normativo que é a lei orgánica.

Por iso considera que é necesario entender restrictivamente o ámbito material reservado ás leis orgánicas. Sobre esta argumentación o Tribunal Constitucional restrinxiu o campo da lei orgánica: unicamente os dereitos fundamentais e liberdades públicas, é dicir, os artigos 15 a 29 precisan ser desenvolvidos mediante lei orgánica (STC 70/1983). Ademais, o termo «desenvolvemento» non significa que todo proxecto de lei que afecte ou incida dalgún xeito nos dereitos ou liberdades esixa lei orgánica, senón soamente cando aborde directamente o desenvolvemento destes, as regulacións frontais dirixidas a completa-la normativa básica desta materia. (STC 6/1982).

Pois ben, a aplicación desta doutrina constitucional á Lei de estranxeiría ha partir do dato incontrovertible de que o artigo 13 da Constitución non se atopa comprendido entre os artigos que autorizan-precisan a utilización deste peculiar instrumento. É certo sen embargo que esta lei, segundo o propio artigo 13, ha regula-los termos en que os estranxeiros poden aproveitarse dos dereitos e liberdades garantidos pola Constitución, e que nesa medida se estaría ante un contido de lei orgánica. Agora ben, o que non é constitucionalmente admisible é que ese

carácter se lle estenda automaticamente a calquera precepto que se inclúa na Lei de estranxeiría, que pode conter, como contén esta, aspectos relacionados coa súa integración social, sen dúbida de grande importancia, pero que non poden ser regulados mediante o instrumento da lei orgánica, na medida en que non son o desenvolvemento directo de dereitos fundamentais en sentido estricto.

Hai outro aspecto ó que lle prestar especial atención e que son as deficiencias da Lei 4/2000 na delimitación competencial entre Estado e comunidades autónomas. Así, as excepcións a ese carácter orgánico dos artigos 10 (dereito ó traballo e á seguridade social), 12 (asistencia sanitaria), 13 (axudas en materia de vivenda, e 14 (dereito ós servizos sociais), posto que se corresponden con artigos da Constitución que non estean sometidos á reserva de lei orgánica, xa que están incluídos na sección segunda do capítulo II do título primeiro e no seu capítulo III : «Dos principios rectores da política social e económica» (art. 30 a 52 CE).

Trátanse, todas elas, de materias nas que en maior ou menor grao esta lei establece unha certa igualdade de dereitos dos estranxeiros cos dos nacionais. O problema é sen embargo que a competencia exclusiva nestas materias non lle corresponde ó Estado senón ás comunidades autónomas, que están, por tanto, constitucionalmente habilitadas para determinar, por exemplo, os destinatarios da súa política de axudas sociais.

O chamado proceso de regularización dos estranxeiros

A disposición transitoria primeira da lei obrigou o Goberno a poñer en marcha un proceso de regularización para todos aqueles estranxeiros que se encontren en España con anterioridade ó 1 de xuño de 1999 e que acrediten ter solicitado ou ter tido permiso de residencia ou de traballo nos últimos tres anos. Deste xeito, continuábase coa tendencia a realizar periodicamente procesos de regularización, coincidindo con ocasión das reformas normativas. Así, o primeiro deles introduciuse na disposición transitoria segunda da LO 7/1985; o segundo, regulado por Acordo do Consello de Ministros do 7 de xuño de 1991, xustificouse coma unha necesidade de complementalo; o terceiro regulouse na disposición transitoria terceira do regulamento aprobado por Real decreto 155/1996, e, o cuarto, que tiña que ser regulado así mesmo mediante real decreto, é consecuencia directa da aprobación da presente lei.

Sen embargo, o caos producido nos primeiros días de entrada en vigor da dita disposición da lei, con grandes aglomeracións de inmigrantes ás portas das dependencias administrativas de varias cidades españolas, obrigou o Goberno, primeiro, a prorrogalo período de regularización extraordinario ata o 31 de xullo de 2000 e, despois, a aceleralo aprobación do Decreto de regularización.

O 18 de febreiro de 2000, o Consello de Ministros aprobou o Real decreto 239/2000, polo que se establece o procedemento para a regularización dos inmigrantes previsto na disposición transitoria primeira da Lei orgánica 4/2000. Esta norma regulamentaria veu desenvolver-lo procedemento para regularizar, mediante a concesión do permiso de residencia ou tarxeta de residente comunitario, a situación dos estranxeiros que se encontran irregularmente en España pero que poden acreditar que se encontraban no país con anterioridade ó 1 de xuño de 1999. Calculábase que esta medida podería afectar preto de 100.000 persoas.

Unha primeira aproximación ó contido da lei revela que o principal destinatario dos mecanismos xurídicos que propician a integración social dos estranxeiros é o inmigrante traballador que a economía española demanda cada vez con maior intensidade. Pero non está claro, a pesar do seu título, se esta lei opta por un modelo de asentamento da poboación inmigrante (ou sexa, pola integración social e estable da poboación inmigrada) ou por unha integración de «ida e volta», ou sexa, por un tipo de inmigración temporal, ou por ámbalas dúas á vez.

A lei, ó delimita-lo seu propio ámbito no art. 1º, considera estranxeiros –e polo tanto, principais destinatarios da lei– a quen careza da nacionalidade española, coa excepción do réxime xurídico aplicable ós nacionais de países da Unión Europea. Agora ben, unha análise máis detida dos preceptos da lei pon de manifesto que, sen embargo, o verdadeiro destinatario, o suxeito «latente», non é tanto calquera estranxeiro senón, especialmente, o estranxeiro inmigrante extracomunitario, con escasos ou nulos recursos económicos. Conforme o artigo 15 da lei, *«sen prexuízo do disposto nos acordos aplicables sobre dobre imposición internacional, os estranxeiros estarán suxeitos, respecto ós ingresos obtidos en España e ás actividades desenvoltas nesta, ós mesmos impostos que os españois»*.

De acordo cos obxectivos que se fixa nesta norma, a Lei orgánica 4/2000 supón un avance respecto da precedente normativa en varios aspectos. O primeiro deles é facilitar, se ben coas deficiencias que destacaremos, a integración social do estranxeiro. Neste sentido, o recoñecemento dos seus dereitos e a aplicación do principio de igualdade, supón un notable avance se o comparamos coa lexislación anterior a esta lei. Resulta todo un síntoma que o enunciado que lle dá título ó artigo 3 se refira á «igualdade cos españois e interpretación das normas», de tal sorte que, segundo reza o citado precepto legal, *«os estranxeiros gozarán en España, en igualdade de condicións que os españois, dos dereitos e liberdades recoñecidos no título primeiro da Constitución e nas súas leis de desenvolvemento, nos termos establecidos por esta lei»*.

Aínda reflectindo o citado texto o contido do artigo 13. 1 da Constitución española (os estranxeiros gozarán en España das liberdades públicas que garanta o presente título nos termos que se establezan nos

tratados e na lei) e a doutrina do Tribunal Constitucional (especialmente interesantes son as sentencias 107/1984, 99/1985 e 115/1987), a súa énfase na idea de que tales dereitos se gozan «en igualdade de condicións que os españois», anuncia, como en efecto ocorre ó longo dos preceptos da lei que se encontran agrupados no seu título primeiro, un tratamento moito máis favorable para os estranxeiros no referido á garantía dos seus dereitos e liberdades, tanto en relación cos dereitos fundamentais, coma con outros dereitos constitucionais e específicos (por exemplo o novo «dereito á documentación») ou os dereitos sociais.

A lei fai depender certos dereitos da situación administrativa do estranxeiro. Así, só os residentes teñen dereito ó sufraxio nas eleccións municipais (artigo 6), a promoveren asociacións (artigo 8), á liberdade de ensino, á creación e dirección de centros de educación (artigo 9.3), dereito ás axudas en materia de vivenda (artigo 13), a prestacións da Seguridade Social, ós servizos sociais non básicos (artigo 14) e ó reagrupamento familiar (artigos 16 e 17). Por último, cabe recordar que a Lei orgánica 4/2000 creou outra categoría de estranxeiro, a daqueles que se encontran inscritos no padrón municipal, que, aínda non sendo residentes, teñen dereito a elixir os seus propios representantes para que «tomen parte nos debates e decisións municipais que lles concirnen» (artigo 6.2), á asistencia sanitaria (artigo 12) e ás axudas en materia de vivenda en igualdade de condicións que os españois (artigo 13).

Por iso, a xuízo do relator, un dos aspectos que tal vez sexan máis positivos da Lei orgánica 4/2000 é a da atención especial que nela se lles dedica ás garantías xurídicas, ó recoñecer, por unha parte, o dereito a recorrer contra tódolos actos administrativos e as resolucións en materia de estranxeiría (artigos 19 e 59) e, por outra, ó reclamar, no seu capítulo IV, garantías para combater a discriminación dos estranxeiros.

O capítulo de garantías céntrase co artigo 20 que, no seu apartado 2º, recoñece o dereito á asistencia xurídica gratuíta para tódolos estranxeiros que se encontren empadroados en igualdade que os españois. Así, no número 1, establécese a asistencia letrada de oficio e de intérprete nos procedementos administrativos e xudiciais en materia de asilo e en todos aqueles que poidan leva-la denegación da súa entrada ou da súa expulsión ou saída do territorio español. Son as dúas novidades deste precepto que convén resaltar.

O segundo obxectivo da Lei orgánica 4/2000 foi o da integración social dos estranxeiros, tal como se propugna no texto legal. Un obxectivo que non resulta fácil de concretar, pois pensando no groso dos destinatarios da lei, o obxectivo da «integración social» dos estranxeiros (inmigrantes) non deba concibirse á maneira dun contrato de adhesión do estranxeiro-inmigrante a todos e cada un dos aspectos da sociedade de acollida, senón que habería de ser visto, en primeiro termo, coma un

proceso interactivo entre as comunidades e os pobos, de tal sorte que ha supor tamén cambios nas condicións de vida da sociedade de acollida. Dito en palabras chás: a sociedade de acollida debería estar disposta a xestionar esa interacción que todo proceso de integración social rectamente entendido implica.

Porque, en efecto, cada vez máis se fai evidente que o sistema inaugurado pola Declaración universal dos dereitos humanos de 1948, a Convención de Roma de 1950, ou os Pactos Internacionais de 1966, está deixando paso a un sistema xurídico global que tende a garantir con máis detalle os dereitos culturais dos individuos e dos colectivos que comparten un modelo cultural diferente ó subxacente no dereito occidental tradicional. Dende estes presupostos non bastaría xa coa extensión dos dereitos individuais consagrados no constitucionalismo clásico a todo tipo de persoas, independentemente de que estas pertencen a unha minoría cultural, nacional ou étnica. A crenza de que iso basta para asegurala súa integración e a convivencia pacífica está cada día máis cuestionada. De aí que se poida falar dun conxunto de normas que acentúan a importancia dos dereitos culturais das diferentes minorías, como o Convenio internacional sobre eliminación de tódalas formas de segregación racial, de 1965, ou o Convenio marco para a protección das minorías.

Resulta criticable, polo tanto, que a Lei orgánica 4/2000, lles impoña ós estranxeiros certas pautas culturais como condición para outorgarlle-lo gozo de determinados dereitos. Así ocorre cunha das pretendidas novidades máis importantes da lei : a reagrupación familiar (capítulo II). O artigo 16 só parece outorgarlle esta posibilidade á cónxuxe que adquirira a residencia en España, no artigo 17, apartado a), cando fai depende-la concesión do permiso de residencia ós parentes do estranxeiro residente sempre que se cumpran a serie de requisitos que alí se establecen («sempre que non estivera separado de feito ou de dereito...») «En ningún caso poderá reagruparse máis dun cónxuxe aínda que a lei persoal admita esta modalidade...» «Os fillos do residente e do cónxuxe...»).

Neste sentido, a Lei de estranxeiría de 2000 marcou, con tódalas súas deficiencias técnicas, un punto de non retorno e ben será que, a partir deste texto, e dos vindeiros que a sucedan, dea comezo un crecemento da conciencia social respecto a este problema que, sen dúbida, é o problema do século XXI.

Belén Caballud Hernando, técnica do Corpo Superior de Administradores Civís do Estado fixo o seu relatorio sobre os procedementos administrativos que regulan a entrada e saída do territorio nacional, o réxime de visados, permisos de traballo e de residencia.

Así, comezou distinguindo dous réximes xurídicos diferentes:

1. *Réxime xeral*, contido basicamente na Lei orgánica 4/2000 do 11 de xaneiro sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa

integración social, e o Regulamento de execución da Lei orgánica 7/1985 do 1 de xullo, aprobado polo Real decreto 155/1996, do 2 de febreiro, en todo o que non se lle opoña á anteriormente citada Lei orgánica 4/2000. Este réxime é de aplicación ós nacionais de terceiros estados que non sexan familiares de nacionais do Espacio Económico Europeo ou de españois e supletoriamente ós nacionais do Espacio Económico Europeo e ós seus familiares.

2. *Réxime comunitario*, contido no Real decreto 766/1992, do 26 de xuño, modificado polo Real decreto 737/1995, do 5 de xuño, e polo Real decreto 1710/1997, do 14 de novembro, que lles é de aplicación ós nacionais do Espacio Económico Europeo, ós seus familiares así como familiares de españois, sempre que ámbolos dous casos se encontren incluídos nas categorías establecidas no artigo 2 do mencionado real decreto.

O título II da Lei orgánica 4/2000, relativo ó réxime xurídico das situacións dos estranxeiros, dedícalle o seu capítulo primeiro, artigos 23 a 26, á entrada e saída do territorio español. Hai que ter en conta ó respecto o Convenio de aplicación do Acordo de Schengen así como o regulamento aprobado polo citado Real decreto 155/1996 en todo aquilo que non se lle opoña á lei.

Os artigos 23 e 24 da Lei orgánica 4/2000, establecen o réxime xeral de entrada en España por fronteira exterior, e determinan que todo estranxeiro que pretenda entrar en España deberá facelo polos postos habilitados para o efecto e cumprir ademais unha serie de requisitos:

1. Encontrarse provisto do pasaporte ou documento de viaxe que acredite a súa identidade, que se considere válido para tal fin en virtude de convenios internacionais subscritos por España.

2. Acreditar medios de vida suficientes para o tempo que pretenda permanecer en España.

3. Visado, salvo nos casos en que se estableza o contrario nos convenios internacionais subscritos por España. Non será esixible o visado cando o estranxeiro sexa titular dunha autorización de residencia en España ou documento análogo que lle permita a entrada en territorio español. (Schengen)

4. Non ter vixente a prohibición de entrada en virtude dunha resolución de expulsión nin ter prohibida a entrada en país ningún co que España teña asinado convenio en tal sentido, (sistema de información Schengen).

5. Xustificación dos motivos da solicitude de entrada, este é un requisito non previsto na Lei orgánica 4/2000, pero é unha esixencia do Convenio de aplicación do Acordo de Schengen, e encóntrase recollido no artigo 36 do Real decreto 155/1996.

6. De se-lo caso, certificado sanitario.

Non obstante, existen unhas excepcións que recolle a Lei orgánica 4/2000, respecto á posible entrada de estranxeiros que non cumbran estes requisitos:

■ Estranxeiro que no momento da súa entrada en España solicite acollerse ó dereito de asilo, concesión que se rexerá polo disposto na súa normativa específica.

■ Estranxeiro que non reúnan os requisitos establecidos nos parágrafos anteriores poderán ser autorizados a entrar cando existan razóns excepcionais de índole humanitaria, interese público ou cumprimento de compromisos adquiridos por España. Nestes casos, faráselle entrega ó estranxeiro da documentación que se estableza regulamentariamente.

Respecto á autorización de entrada se a documentación é encontrada conforme e non existe prohibición ou impedimento para a entrada do titular, estamparase no pasaporte ou título de viaxe o selo, signo ou marca de control establecido, salvo que as leis internas ou tratados internacionais en que España se parte prevexan o non estampado, co que, logo da devolución da documentación, quedará franco o paso ó interior do país.

En caso de que un estranxeiro non cumpra os requisitos esixidos para a entrada nin se encuentre nalgunha das circunstancias descritas, seralle denegada mediante resolución motivada, con información acerca dos recursos que poida interpoñer contra ela, prazo para facelo e autoridade ante quen debe formalizalo, e do seu dereito á asistencia letrada e intérprete. A resolución que denega a entrada en territorio nacional, que non esgota a vía administrativa pode recorrerse en alzada ante o director xeral da Policía. A entrada por fronteira interior non aparece regulada na Lei orgánica 4/2000, senón no artigo 22 do Convenio de aplicación de Schengen e no artigo 42 do Regulamento de execución da Lei orgánica 7/1985. Terán a obriga de declara-la entrada ante as autoridades policiais españolas os estranxeiros que entren en territorio español e procedan dun estado co que España asinara un acordo de supresión de controis fronteirizos (Acordo de Schengen). A declaración deberá realizarse no momento de efectua-la entrada no posto policial existente na fronteira. No caso de que non exista este posto policial a declaración de entrada deberá efectuarse en calquera comisaría de policía no prazo máximo de setenta e dúas horas a partir do momento da entrada en España.

Por outra banda, o artigo 26 da lei orgánica establece que as saídas do territorio español poderán realizarse libremente, excepto nos casos previstos no Código penal e na citada lei. Concretamente, a saída será obrigatoria nos seguintes supostos: a) expulsión do territorio español por orde xudicial, nos casos previstos no Código penal. b) Expulsión ou devolución acordadas por resolución administrativa nos casos previstos na presente lei. c) Delegación administrativa das solicitudes formuladas

polo estranxeiro para continuar permanecendo en territorio español, salvo que a solicitude se realizara ó amparo do artigo 29.3. O problema fórmulase en tanto que non distingue se cabe soamente saída obrigatoria en caso de denegación da solicitude de renovación de documentación de residencia.

Excepcionalmente, o ministro do Interior poderá prohibir a saída do territorio español por razóns de seguridade nacional ou de saúde pública. A instrucción e resolución dos expedientes de prohibición terá sempre carácter individual.

En relación cos visados hai que precisar que tódolos estranxeiros que se propoñan entrar ou, entrar e residir en territorio español deberán ir provistos do correspondente visado, validamente expedido e en vigor. Salvo os supostos exceptuados na normativa, ou en virtude do previsto en tratados ou convenios internacionais.

De conformidade co previsto no Convenio de aplicación do Acordo de Schengen de 1990, na Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, e no regulamento aprobado polo Real decreto 155/1996, do 2 de febreiro, establécese o seguinte respecto ó réxime xurídico dos visados (tipos, efectos, procedemento para a súa obtención):

Tipos de visados

1. Visado de tránsito.- Permiten transitar unha, dúas, ou excepcionalmente varias veces, poden ser de tránsito portuario ou aeroportuario e de tránsito territorial.

2. Visado de estancia.- Son aquelas que se conceden a un estranxeiro que desexa permanecer en España ata tres meses por semestre. Pode ser visado de viaxe ou para estancia de curta duración, visado de circulación múltiple, visado de cortesía, de estudos.

3. Visado de residencia.- Son aqueles que se lles poderán conceder ós estranxeiros que desexen trasladar a súa residencia a España. Podemos distinguir, visado de residencia para reagrupación familiar, de residencia para traballo, para exercer unha actividade exceptuada da obriga de obter un permiso de traballo, para asilo, de residencia non lucrativos.

4. Visados por circunstancias excepcionais.- O Ministerio de Asuntos Exteriores pode, excepcionalmente, e de conformidade cos acordos internacionais subscritos por España, encomendar a expedición de visados en fronteira.

Respecto ós efectos da obtención dun visado é importante sinalar e matizar os efectos que produce a obtención dun visado, con especial incidencia no visado de residencia, en tanto que adoita ser confundido como un documento suficiente en si mesmo para entrar e para residir no noso país. Así o visado permite a entrada en España, sempre que se

cumpran os demais requisitos esixidos para isto polo ordenamento xurídico, habilita para solicita-lo correspondente permiso de traballo e residencia ou permiso de residencia e as autoridades gubernativas non quedan vinculadas na súa actuación posterior pola concesión deste tipo de visado.

En relación coa excepción ó visado de residencia, o artigo 25.1 da Lei orgánica 4/2000, establece que este será expedido polas misións diplomáticas e oficinas consulares de España e excepcionalmente, por motivos humanitarios, de colaboración coa xustiza ou de atención sanitaria, poderán ser eximidos polo Ministerio do Interior da obriga de obter o visado os estranxeiros que se encontren en territorio español e cumpran os requisitos para obter un permiso de residencia.

O capítulo segundo do título segundo da Lei orgánica 4/2000, sobre as situacións dos estranxeiros regula nos artigos 27 a 32 a estancia e a residencia dos estranxeiros. Así mesmo no estudio da tipoloxía, requisitos e características fundamentais dos permisos de residencia hai que aplicar igualmente o articulado correspondente do regulamento aprobado polo Real decreto 155/1996, en todo aquilo que manteña a vixencia.

Os estranxeiros poderán encontrarse en España nas situacións de estancia, residencia temporal e residencia permanente. A estancia é a permanencia en territorio español por un período de tempo non superior a noventa días. Transcorrido este tempo, para permanecer en España será preciso obter ou unha prórroga de estancia ou un permiso de residencia. Así a prórroga de estancia pódena solicita-los estranxeiros que se encontran en situación de estancia, é dicir, aqueles que sen seren titulares dun permiso de residencia, están autorizados para permanecer en España por un prazo non superior a tres meses nun período de seis.

O permiso de residencia autoriza o seu titular a residir no noso país e a circular libremente por el, salvo o previsto no artigo 4 da Lei orgánica 4/2000, así como a circular durante un período de tres meses polo Espacio Schengen. Atendendo a diferentes criterios pódense distinguir diferentes tipos de permisos. Segundo a súa duración ou vixencia, os permisos de residencia pódense clasificar en temporais e permanentes, artigos 27, 29 e 30 da Lei orgánica 4/2000.

A Lei orgánica 4/2000, tamén distingue tendo en conta as causas polas que se accede a un permiso de residencia, así, pódese falar de permiso de residencia de reagrupación familiar, permiso de menores estranxeiro, permiso para estudos, para apátridas e permiso obtido en virtude da regularización do artigo 29.3 da Lei orgánica 4/2000.

En relación coa residencia de apátridas e refuxiados o artigo 31 da Lei orgánica 4/2000, establece que os estranxeiros que carezan de documentación persoal, e acrediten que o país da súa nacionalidade non lle recoñece esta, poderán ser documentados cunha tarxeta de identidade,

recoñecéndoselles e aplicándoselle-lo Estatuto de apátrida, conforme o artigo 27 da Convención sobre o Estatuto de apátridas, gozando do réxime específico que se determine regulamentariamente.

Os estranxeiros desprazados que sexan acollidos en España por razóns humanitarias ou a consecuencia dun acordo ou compromiso internacional, así como os que tivesen recoñecida a condición de refuxiado, obterán a correspondente autorización de residencia. Hai que ter en conta que a apatridia é diferente á situación de indocumentado, por isto seguen vixentes os artigos 63 e 64 do regulamento aprobado polo Real decreto 155/1996 relativos á cédula de inscrición e ó título de viaxe.

Outro punto que hai que considerar é o réxime dos permisos de traballo e residencia que se encontra regulado no capítulo segundo do título segundo, artigos 33 a 42. O artigo 33 fixa como criterio xeral a existencia de obter un permiso de traballo para traballar ó determinar que os estranxeiros maiores de dezaseis anos que desexen exercer calquera actividade lucrativa laboral ou profesional en España deberán obter unha autorización administrativa para traballar ou o permiso de traballo. Especifica dentro do procedemento administrativo de tramitación e resolución do permiso de traballo e residencia, os requisitos que deben reunirse para a obtención da parte laboral deste permiso unificado, distinguindo claramente entre traballo por conta propia e por conta allea.

Así mesmo, a Lei orgánica 4/2000 determina que o Goberno, logo da audiencia do Consello Superior de Política de Inmigración e das organizacións sindicais e empresariais máis representativas, establecerá anualmente un continxente de man de obra no que se fixará o número e as características das ofertas de emprego que se lles ofrecen ós traballadores estranxeiros non residentes en España, con indicación dos sectores e actividades profesionais, e estableceranse unhas excepcións a este.

Rematou este relatorio sinalándose que a Lei orgánica 4/2000 establece previsións específicas respecto a dúas situacións laborais concretas, os traballadores por temporada e os traballadores transfronteirizos (artigos 41 e 42).

O primeiro relatorio da tarde realizouno Manuel Iglesias Cabero, maxistrado do Tribunal Supremo que falou sobre o dereito ó traballo dos estranxeiros. Comezou a súa exposición para incidir en que, basicamente, a normativa actual sobre estranxeiros encontrámola na Constitución e na Lei orgánica 4/2000. A norma fundamental dispón no seu artigo 13 que «os estranxeiros gozarán en España das liberdades públicas que garante o presente título nos termos que establezan os tratados e a lei». A L.O. 4/2000, que derogou expresamente a L.O. 7/85, do 1 de xullo, equipara no seu artigo 3 os españois e os estranxeiros no gozo dos dereitos e liberdades recoñecidos no título I da Constitución e nas súas

normas de desenvolvemento; «as normas relativas ós dereitos fundamentais dos estranxeiros interpretaranse de conformidade coa Declaración universal de dereitos humanos e cos tratados e acordos internacionais sobre estas mesmas materias en España, sen que poida alegarse a profesión de crenzas relixiosas ou conviccións ideolóxicas ou culturais de signo diverso para xustifica-la realización de actos ou conductas contrarios a estas».

A propia lei reconece a favor dos estranxeiros, nos seus artigos 10, 11 e 12, o dereito a exercer unha actividade remunerada por conta propia ou allea, así como o acceso ó sistema da Seguridade Social, nos termos legalmente previstos, ós dereitos de sindicación e folga e ós servizos sociais. Posto que o artigo 35 da Constitución encóntrase incluído no título I da norma fundamental, tamén lles ofrece a súa garantía ós estranxeiros, que terán en España «o deber de traballar e o dereito ó traballo, á libre elección de profesión ou oficio, á promoción a través do traballo e a unha remuneración suficiente para satisfacer as súas necesidades e ás da súa familia, sen que en ningún caso poida facerse discriminación por razón de sexo». Por esa mesma razón, os estranxeiros terán dereito a sindicárense libremente e a declarárense en folga (artigo 28 da Constitución), así como os dereitos de negociación colectiva e de adoptaren medidas de conflito colectivo (artigo 37 da mesma norma).

O Estatuto dos traballadores alude ós estranxeiros no artigo 7,c) para dicir que poderán contrata-la prestación do seu traballo, de acordo co disposto na lexislación específica sobre esta. O artigo 69 da Lei estatutaria reconécelles ós traballadores estranxeiros o dereito a seren electores e elixibles, en igualdade de condicións que os traballadores españois.

A Lei xeral da Seguridade Social do 20 de xuño de 1994, ó tratar no artigo 7 da extensión do campo de aplicación do sistema da Seguridade Social, dispón que, con respecto a nacionais de países que non sexan os de Hispanoamérica, Portugal, o Brasil, Andorra e as Filipinas, estarase ó que dispoñan os tratados, convenios, acordos ou instrumentos ratificados, subscritos ou aprobados para o efecto, ou a canto lles fora aplicable en virtude de reciprocidade tácita ou expresamente reconecida.

No Convenio nº 97 da OIT, do 2 de xullo de 1949, ratificado por España o 23 de febreiro de 1967, reconécese o dereito de libre circulación de traballadores cunha grande amplitude, garantindo a igualdade de condicións para tódolos traballadores, nacionais e estranxeiros, sen discriminación por razón de nacionalidade, raza, relixión ou sexo, no referente á remuneración e condicións de traballo, á afiliación a organizacións sindicais, vivenda e Seguridade Social. O convenio non lles é aplicable ós traballadores fronteirizos, á entrada por un curto período de artistas e de persoas que exerzan unha profesión liberal, nin á xente de mar.

Por outra banda a capacidade para traballar non se adquire ata os 16

anos, salvo casos excepcionais para intervir en espectáculos públicos e con autorización especial, así que tampouco os estranxeiros menores desa idade poden contrata-la prestación dos seus servicios e traballar en España. Así pois, en principio, os estranxeiros maiores de 18 anos e os menores desa idade pero maiores de 16 que vivan de forma independente, con coñecemento dos seus pais ou titores ou coa autorización da persoa ou institución que os teña ó seu cargo, poden contrata-la prestación do seu traballo. Pero o aproveitamento da plena capacidade de obrar dos estranxeiros non basta para habilitalos a contratar persoalmente a prestación de servicios; é necesario, ademais, que se cumpran as esixencias dos artigos 33 e seguintes da L.O. 4/2000, para traballar por conta propia o allea, e desenvolver en España unha actividade lucrativa laboral ou profesional.

As condicións legalmente impostas poden resumirse así: ter cumpridos os 16 anos de idade, equiparándose neste aspecto ós nacionais; autorización administrativa para traballar ou permiso de traballo; no procedemento administrativo sobre permisos de traballo é obrigatorio observa-las garantías xerais de contradicción, audiencia ó interesado e motivación da resolución, e respectar en todo caso o principio de igualdade.

Se o estranxeiro tivera o propósito de traballar por conta propia ou allea, exercendo unha profesión para a que se esixa titulación especial, a concesión do permiso de traballo condicionarase á posesión e, se é o caso, homologación do título correspondente.

A actual lexislación condiona a concesión dos permisos de traballo á situación nacional do emprego, e procura evita-la inmigración de persoas que pretenden desenvolver traballos solicitados por traballadores españois. Os artigos 35 e 37 da lei refírense a este problema, ó dispoñeren que a concesión inicial do permiso de traballo para prestar servicios por conta allea, dependerá da situación nacional do emprego; para tal efecto, o Goberno, logo da audiencia do Consello Superior de Política de Inmigración e das organizacións sindicais e empresariais máis representativas, establecerá anualmente un continxente de man de obra no que se fixará o número e as características das ofertas de emprego para os traballadores estranxeiros non residentes en España, con indicación dos sectores e actividades profesionais. Como se ve, trátase dunha cláusula de salvagarda dos intereses dos traballadores españois, a quen se lles outorga un dereito preferente, aínda que sexa de xeito xenérico, para acceder a un emprego.

Outro aspecto que hai que considerar é que o noso dereito positivo non impón ningún tipo de formalidade para a realización do contrato de traballo, polo menos como requisito *ad solemnitatem*, de xeito que tamén nisto rexe o principio espiritualista que para a contratación instau-

rou o ordenamento de Alcalá, no sentido que «de calquera maneira que o home se obrigue, queda obrigado», pero xa se viu que a contratación dos estranxeiros requírese logo da autorización administrativa ou do permiso de traballo, e o que se pretende é saber qué consecuencias prácticas poden alcanzar na relación laboral pola falta deses requisitos previos. A Sentencia do Tribunal Supremo do 27 de novembro de 1989, seguindo esa mesma norma doutrinal, declarou que se o demandante, dende a data do seu cesamento na empresa carece de permiso de residencia de traballo, sen a concorrencia destes requisitos non poden os tribunais da orde social da xurisdicción impoñer-la continuación da relación laboral no que se traduce a readmisión e a condena ó aboamento dos salarios deixados de percibir, sen vulnera-lo artigo 15 da L.O. 7/85.

O contrato de traballo dos traballadores estranxeiros queda así sometido a unha duración esencialmente temporal, a da vixencia dos permisos de residencia e de traballo confiados á Administración; por isto a súa extinción non entraña un despedimento senón a terminación do contrato conforme a causa prevista no artigo 49.2 do Estatuto dos traballadores. A solución que adoptaron as sentencias citadas, con fundamento en preceptos positivos, non perdeu sentido despois de publicarse a Lei 4/2000, aínda que a lectura do artigo 33.3 puidera inducirlas teses contrarias. O artigo citado dispón que «os empregadores que contraten un traballador estranxeiro deberán solicitar e obter autorización previa do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais. A carencia da correspondente autorización para contratar por parte do empregador, sen prexuízo das responsabilidades a que dea lugar, non invalidará o contrato de traballo respecto ós dereitos do traballador estranxeiro». O precepto está a lles preve-lo incumprimento dunha obriga imposta ós empresarios; non se refire a irregularidades na situación dos traballadores estranxeiros.

Outro tema que convén tratar é os dos traballadores comunitarios e o dereito de libre circulación, así as previsións dos tres tratados sobre a libre circulación consagrouse definitivamente na Acta única europea. A libre circulación é un dereito dos cidadáns comunitarios na que se encarna, de maneira moi significativa, o principio de igualdade e de non discriminación entre os cidadáns dos estados membros. O principio supón e reclama un tratamento igual para os cidadáns da Unión Europea no que concirne ó establecemento, emprego, condicións de traballo e salario, sen que en ningún caso poida erixirse en factor diferenciador a nacionalidade dos suxeitos, incluso para fixa-lo lugar de residencia.

O Tratado da C.E.E. prohíbe toda discriminación por razón da nacionalidade ó tempo que lles garante o dereito de residencia ós traballadores inmigrantes que fosen admitidos a título permanente e ós membros da súa familia que foran autorizados a acompañalos ou a reunírense con eles; estas persoas non poderán ser enviadas ó seu territorio de orixe ou

de procedencia cando, por motivos de enfermidade ou accidentes sobrevindos despois da chegada, o traballador migrador non pode exercer un oficio, agás que a persoa interesada o desexe ou que así o estableza un acordo internacional no que sexa parte o estado membro. Isto mesmo é o que pode lerse no artigo 8.1 do Convenio nº 97 da OIT que ratificou España.

O T.X.C.E. declarou en repetidas ocasións (Sentencia do 13 de abril de 2000. Caso Lehtonen, xogador de baloncesto) que os conceptos de actividade económica e de traballador non poden ser interpretados con criterio restrictivo. A mesma sentenza da conta do que debe entenderse por traballador: concorre tal condición nunha persoa que realiza, durante certo tempo, a favor doutra e baixo a súa dirección certas prestacións polas cales percibe unha remuneración.

Polas diferencias esenciais que se aprecian en dous grandes grupos de posibles beneficiarios de prestacións da Seguridade Social, parece aconsellable tratar por separado a problemática dos estranxeiros en xeral e dos cidadáns comunitarios:

■ Traballadores estranxeiros non comunitarios.

Para precisa-la orde das fontes reguladoras desta materia, o Tribunal Supremo proclamou con reiteración a primacía dos tratados internacionais sobre as normas de dereito interno, por virtude do disposto nos artigos 10 e 96 da Constitución. A primacía dos tratados internacionais validamente realizados e publicados oficialmente en España, alcanza incluso a Constitución, como se deduce do que establece o seu artigo 95.1, xa que «a realización dun tratado internacional que conteña estipulacións contrarias á Constitución será esixible logo da revisión constitucional».

Polo que se refire á asistencia sanitaria ós estranxeiros, a Sentencia do Tribunal Constitucional 95/2000, do 10 de abril, declarou infundada a denegación de asistencia sanitaria da Seguridade Social a unha estranxeira que convive en unión estable de feito cun cidadán español. Recordamos a sentenza que o mantemento do sistema público da Seguridade Social (artigo 41 da Constitución) e o recoñecemento do dereito á saúde (artigo 43) comportan a obrigaación dos poderes públicos de organizar e tutela-la saúde coas medidas, prestacións ou servizos necesarios. De todo isto, e do que dispón o artigo 13.1 da Constitución, dedúcese o dereito dos estranxeiros a beneficiárense da asistencia sanitaria nas condicións fixadas polas normas correspondentes, e á mesma conclusión se chega pola vía do artigo 3 da L.O. 4/2000, que establece que os estranxeiros gozarán en España, en igualdade de condicións que os españois, dos dereitos e liberdades recoñecidos no título I da Constitución e nas leis de desenvolvemento.

■ Traballadores comunitarios.

Parte da base de que o dereito comunitario, a pesar do seu efecto directo e do principio de primacía, non impuxo unha ordenación uniforme dos sistemas de protección da Seguridade Social en tódolos estados membros. Pero se non houbera máis dereito que o de cada estado, coas súas naturais diferencias, a libre circulación quedaría seriamente comprometida; non se trata de unificar sistemas, senón de harmonizalos, para derriba-las barreiras que impidan a libre circulación polo territorio comunitario.

As persoas que desenvolven noutro estado membro outra actividade por conta propia ou allea, os pensionistas, estudantes, turistas e outros grupos que encontraran protección no sistema da Seguridade Social do estado membro de acollida, verían gravemente ameazado o dereito de libre circulación se non se lles dera un trato igual en todo o territorio da Unión Europea. Iso xustifica unha normativa propia da comunidade en materia de seguridade social que se contén, basicamente, nos regulamentos 1408/71 e 574/72, coas modificacións posteriores.

O último relato desta tarde foi realizado por Carlos Guervós Maillou, técnico do Corpo Superior de Administradores Civís do Estado que falou das infraccións e sancións administrativas en materia de estranxeiría, a regularización da situación e a expulsión.

O título III da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, atópase integramente dedicado ás infraccións en materia de estranxeiría e ó réxime sancionador destas como ilícitos administrativos, iniciándose este título cunha referencia ó marco legal no que se encadra o exercicio da potestade sancionadora da Administración pola comisión destas infraccións, exercicio que debe axustarse ó disposto na propia Lei orgánica 4/2000 e nas súas disposicións de desenvolvemento, e na Lei 30/1992, do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (artigo 46 da Lei orgánica 4/2000).

A continuación, a Lei orgánica 4/2000 clasifica as infraccións administrativas a ela en leves, graves e moi graves, incorrendo en responsabilidade administrativa quen sexa autor ou participe en calquera destas infraccións (artigo 47 da L.O. 4/2000), que se establecen nos artigos 48 a 50 da propia lei orgánica.

Ademais das sancións pecuniarias establecidas no artigo 51.1 da Lei orgánica 4/2000, aplicables independentemente de cal sexa a infracción, e da nacionalidade do infractor á L.O., o artigo 53 da lei orgánica, prevé a sanción de expulsión do territorio español, aplicable cando os infractores sexan estranxeiros e realicen conductas das tipificadas como moi graves, ou conductas graves das previstas nos apartados d), e) e g) do artigo 49 da Lei orgánica 4/2000, e que poderán aplicarse en lugar da sanción de multa, logo da tramitación do correspondente expediente administrativo.

Debe sinalarse que a Lei orgánica 4/2000 converte España nun caso peculiar entre os actuais países de destino dos fluxos migratorios, ó deixar fóra das causas de expulsión a permanencia irregular *per se*.

O artigo 53.4, pola súa parte, establece que, cando o estranxeiro se atope encartado nun procedemento por delictos castigados con penas privativas de liberdade inferiores a seis anos, o xuíz poderá autorizar, logo da audiencia do fiscal, a súa saída do territorio español, sempre que se cumpran os requisitos establecidos na Lei de axuizamento penal, ou a súa expulsión, se esta resultara procedente de conformidade co previsto nos parágrafos anteriores do presente artigo, trala instrucción do correspondente procedemento administrativo sancionador.

No suposto de que se trate de estranxeiros non residentes legalmente en España e que fosen condenados por sentenza firme, será de aplicación o disposto no artigo 89 do Código penal sobre expulsión xudicial.

O artigo 54 da L.O. 4/2000, refírese ó procedemento e efectos da expulsión do territorio español, sen establece-lo procedemento de urxencia ó que se refire o artigo 19.2 da propia lei orgánica, e establece o concepto de retorno, diferente da expulsión propiamente e cunha equivalencia aproximada ó de «devolución» que establecía a derogada Lei orgánica 7/1985, do 1 de xullo, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España, e que tamén utiliza o regulamento de execución desta, aprobado por Real decreto 155/1996, do 2 de febreiro.

Unha das achegas máis positivas da Lei orgánica 4/2000 é o tratamento que se lle dá no seu artigo 55, dentro do réxime sancionador, á colaboración contra redes organizadas, artigo que pretende incentivala denuncia contra os autores ou cooperadores co tráfico ilícito de seres humanos.

Os artigos 56 e 57 da lei orgánica están dedicados a diversas medidas tendentes a garanti-las resolucións que se deriven dos procedementos sancionadores en materia de estranxeiría, e, máis en particular, ó internamento do estranxeiro como medida que facilite o retorno, e á obriga-ción de presentación periódica.

O título III da Lei orgánica 4/2000, dedicado ás infraccións en materia de estranxeiría e ó seu réxime sancionador, péchase co artigo 59 no que se establece o carácter recorrible das resolucións sobre estranxeiros, e, segundo o cal, as resolucións administrativas sancionadoras serán recorribles de acordo co disposto nas leis, e será o réxime de executividade destas o previsto con carácter xeral.

En todo caso, segundo o artigo 59.2, cando o estranxeiro non se atope en España, poderá cursa-los recursos procedentes, tanto en vía administrativa coma xurisdiccional, a través das representacións diplomáticas ou consulares correspondentes, ou de organización de asistencia á emigración debidamente apoderadas, quen os remitirá ó organismo competente.

A situación do estranxeiro que se atopa irregularmente en territorio español, por non obter ou ter caducada a prórroga de estancia, a autorización de residencia ou documentos análogos, cando fosen esixibles, ou por entrar en territorio español carecendo da documentación ou dos requisitos esixibles, por lugares que non sexan os pasos habilitados ou contravindo as prohibicións de entrada legalmente establecidas, pode en ocasións corrixirse mediante algún dos mecanismos de regularización existentes, e que son:

1. A exención de visado, prevista no artigo 25.1 da Lei orgánica 4/2000, e xa previamente regulada na Orde ministerial do 11 de abril de 1996.
2. A regularización por arraigamento do artigo 29.3 da Lei orgánica 4/2000.
3. As sucesivas regularizacións extraordinarias cos seus procedementos establecidas periodicamente polo Goberno.

O artigo 25.1 da Lei orgánica 4/2000, ó referirse á expedición do visado, establece que o visado será expedido polas misións diplomáticas e oficinas consulares de España, pero tamén que, excepcionalmente, por motivos humanitarios de colaboración coa xustiza ou de atención sanitaria, poderalles ser eximido polo Ministerio do Interior da obriga-ción de obte-lo visado ós estranxeiros que se encontren en territorio español e cumpran os requisitos para obter un permiso de residencia. Cando a exención se solicite como cónxuxe de residente, deberanse reuni-las circunstancias do artigo 17 e acredita-la convivencia polo menos durante un ano e que o cónxuxe teña autorización para residir cando menos por outro ano.

O transcurso dunha permanencia prolongada e ininterrompida en España dun estranxeiro en situación irregular, como criterio que posibi-lite a regularización desta situación, foi estudada pola Administración do Estado, a través dun proceso de documentación individualizada que se abriu por mor dunha decisión adoptada pola Comisión Interministerial de Estranxeiría a proposta do Foro dos Inmigrantes, na que implica-ron os ministerios do Interior e de Traballo e Asuntos Sociais mediante a constitución dunha comisión *ad hoc* integrada por representantes da Ad-ministración e das organizacións non gobernamentais na que se estu-dian, caso por caso, as distintas situacións nas que se encontran determi-nados estranxeiros, os cales tras unha prolongada estancia irregular en España non obtiveron a documentación que autoriza a súa residencia le-gal. E así no artigo 29.3 da L.O. 4/2000, prevé dentro da regulación da si-tuación de residencia temporal, que poderá acceder a esta situación o es-tranxeiro que acredite unha estancia ininterrompida de dous anos en territorio español, figure empadroadado nun municipio no momento en

que formule a petición e conte con medios económicos para atende-la súa subsistencia, xa que se estaría ante un caso de arraigamento.

Do mesmo xeito o artigo 36.1 da lei, ó falar de permisos de traballo especiais, establece que terán dereito ó permiso de traballo os estranxeiros que obteñan o permiso de residencia polo procedemento previsto no artigo 29.3. Este permiso de traballo terá a duración dun ano e renovase mentres sigan as mesmas circunstancias.

Debe sinalarse ó respecto a imposibilidade de aplicar directamente o referido artigo 29.3 da L.O. 4/2000, por ser necesario un desenvolvemento regulamentario que concrete os conceptos xurídicos que aquel contén, fundamentalmente os medios de proba do requisito da estancia ininterrompida en territorio español, e os criterios de valoración do requisito dos medios económicos do solicitante para atende-la súa subsistencia.

A última regularización extraordinaria que se produciu antes da promulgación da Lei orgánica 4/2000 foi a prevista na disposición transitoria terceira do Real decreto 155/1996, do 2 de febreiro, polo que se aprobou o Regulamento de execución da Lei orgánica 7/1985.

A disposición transitoria primeira da Lei orgánica 4/2000 determinou unha nova regularización extraordinaria, ó establecer que o Goberno, mediante real decreto, establecerá o procedemento para a regularización dos estranxeiros que se encontren en territorio español antes do día 1 de xuño de 1999 e que acrediten ter solicitado nalgunha ocasión permiso de residencia ou traballo ou que o tiveran nos tres últimos anos.

O primeiro relatorio da mañá do día 28, segundo e derradeiro do curso de verán, foi o realizado por Fernando Sequeros Sazatornil, fiscal do Tribunal Supremo que falou do marco penal da inmigración.

A tutela e recoñecemento dos dereitos, por mor do disposto no art. 13 da C.E., debe entenderse aplicada igualmente ó estranxeiro, en principio, sen restricións. Proclama a nosa Carta magna no apartado primeiro do artigo mencionado que «*os estranxeiros gozarán en España das liberdades públicas que garante o presente título nos termos que establezan os tratados e a lei*». E é que aínda que a Constitución é «obra de españois», non pode afirmar que lles sexa soamente de aplicación «ós españois». O precepto aludido non debe interpretarse restrictivamente no sentido de que os estranxeiros poderán gozar tan só daqueles dereitos e liberdades que se establezan en tratados e leis. O seu contido comporta que o aproveitamento polos estranxeiros dos dereitos e liberdades recoñecidos no título I da Constitución, poderá temperarse ó que determinen os tratados internacionais e a lei interna española. Nese sentido a S. do T.C. 90/1985 do 30 de setembro. Sen embargo evidénciase a existencia de dereitos nos que o seu aproveitamento e exercicio correspóndenlles por igual a españois e estranxeiros e nos que a realización debe ser igual para ambos. Así sucede con aqueles dereitos fundamentais que lle pertencen

á persoa en canto tal e non como cidadán, ou dito doutro modo «*aquelles que son imprescindibles para a garantía da dignidade humana, que conforme o art. 10.1 C.E. constitúen o fundamento da orde política española*».

En relación co disposto no art. 14 do Convenio para a protección dos dereitos humanos e liberdades fundamentais, ten que concluírse no recoñecemento ó estranxeiro de residir en España, mentres non se acrediten causas que xustifiquen a súa expulsión, sen prexuízo de que a lei nacional estableza a posibilidade de lle fixar restricións á liberdade de circulación e de residencia por razóns de seguridade nacional ou orde pública.

Como consecuencia de tal recoñecemento o Código penal de 1995 completa coa inclusión dun título XI bis titulado «Delictos contra os dereitos dos cidadáns estranxeiros», un catálogo de delictos que ata a data se encontraban previstos no título XV do libro II, baixo a rúbrica «Dos delictos contra os dereitos dos traballadores».

Así a protección penal indiscriminada á clase traballadora prevese no art. 311 do C.P. O precepto en cuestión, denominado delicto laboral, foi introducido pola Lei 15.11.71 manténdose cunha estrutura similar no C.P. vixente. A súa aparición marcou un cambio de rumbo na política criminal ó lle dispensar unha protección ó traballador en canto tal, é dicir, non tanto como persoa común senón, sobre todo e especialmente, coma membro integrado no mercado de tráfico. A razón da súa punición estriba en que o lexislador quixo protexela clase traballadora no seu conxunto, como grupo social que tradicionalmente sufriu abusos e menoscabos nos seus dereitos.

Respecto do emprego de traballadores estranxeiros sen permiso de traballo en condicións prexudiciais para o seus dereitos segundo o que establece o art. 312 do C.P. despréndese que non soamente se protexen as condicións laborais dos estranxeiros, senón tamén a man de obra nacional, que pode verse privada de certos traballos pola contratación de estranxeiros en condicións que poden resultar mais beneficiosas para o empresario. En efecto, a experiencia diaria amosa como en moitas ocasións o estranxeiro é empregado en traballos que precisamente os traballadores españois non queren levar a cabo, por razóns que van dende a súa penosidade ou risco, ata a súa baixa consideración social e a súa escasa remuneración. O emprego de traballadores estranxeiros sen permiso de traballo, en condicións prexudiciais para os seus dereitos, conforma unha das tres modalidades específicas previstas no código nas que se manifesta a protección penal do traballador estranxeiro. Trátase dun tipo delictuoso de perfís difusos e pouco delimitados coa normativa laboral, sendo difícil a súa distinción como infracción administrativa e ilícito penal.

Dentro da expresión *tráfico ilegal* deberá entenderse a trasfega de per-

soas fóra ou á marxe das canles establecidas legalmente, e que teñen como consecuencia máis inmediata a imposibilidade do seu control por parte da Administración do mercado laboral, da súa realidade obxectiva; das condicións, en definitiva, no que o traballo se realiza.

Tamén neste artigo van sancionarse dúas situacións de difícil mari-daxe, dúas conductas diferentes que nada teñen que ver en común:

Por unha banda: a de quen recruta persoas ou determínaas a abandonaren os seus traballos mediante o ofrecemento de emprego ou de condicións laborais falsas ou enganosas.

Por outra: a de quen leve a cabo as conductas do art. 311, contra os dereitos dos traballadores, cando estes posúan a calidade de estranxeiros. En definitiva, cando se contraten traballadores foráneos sen permiso de traballo baixo condicións ilegais.

Non se esixe un dolo específico para a comisión do delicto, e abonda o dolo xenérico de coñecer e voluntariamente executa-la acción típica, en concreto a de: *empregar a súbditos estranxeiros sen permiso de traballo*. Na redacción do artigo suprimiuse o dolo reforzado que comportaba a expresión «*maquinacións ou procedementos maliciosos*» utilizada no art. 499 bis do C.P.A. precedente inmediato destes preceptos.

Un dos incumprimentos laborais máis frecuentes é o que acontece cando un empresario non pode asegurar un traballador ilegal estranxeiro, por canto a afiliación ó sistema non pode realizarse sen a acreditación previa dun permiso de traballo. En consecuencia, coa lexislación vixente non parece que se lle poida imputar a un empresario este delicto polo simple feito de ter un traballador estranxeiro sen permiso de traballo e, consecuentemente, sen seguridade social.

Esta lei de estranxeiría recoñécelles no art. 14.1 ós estranxeiros residentes o dereito a accederen ás presentacións e servizos da Seguridade Social nas mesmas condicións que os españois. A lei prevé no art. 27, as tres situacións nas que pode encontrarse o estranxeiro: de *estancia*, de *residencia temporal* e de *residencia permanente*. Para obte-la residencia temporal –como paso necesario para obte-la permanente tralos cinco anos esixidos para esta–, faise necesario conforme o art. 29.2 que o estranxeiro dispoña de medios de vida para atende-los gastos de manutención e estancia da súa familia, durante o período de tempo polo que se solicita –superior a noventa días e inferior a cinco anos– sen que para iso teña que exercer, necesariamente, unha actividade lucrativa; que se propoña realizar unha actividade económica por conta propia e solicite para iso as licencias ou permisos correspondentes; teña unha oferta de contrato de traballo a través do procedemento regulamentariamente recoñecido, ou sexa beneficiario do dereito á reagrupación familiar. En consecuencia, non é necesario permiso de traballo para a obtención da residencia temporal de maneira ineludible, todo estranxeiro residente

que realice unha actividade remunerada por conta allea sen permiso de traballo, terá dereito a acceder ás presentacións citadas, e está obrigado o empresario a dalo de alta nalgún dos réximes existentes e, en consecuencia, se non o fai, poderá incorrer en delicto e ser sancionado.

Polo que, en definitiva, a aplicación do art. 312.2 do Código penal parece reconducida á explotación do súbdito estranxeiro en situación de legalidade, pero sen permiso de traballo, sendo de aplicación o art. 311.1 para os supostos en que os traballadores se encontren en situación de ilegais, co condicionamento engadido que ten que existir engano ou abuso de situación de necesidade do inmigrante.

Outro tema que hai que tratar é o da promoción de inmigración clandestina tal e como o art. 313 do Código penal prescribe. Así na primeira alínea castígase, cunha dinámica plural na forma de proceder, a promoción ou o favorecemento da inmigración clandestina de traballadores estranxeiros.

Na orde da súa consumación o delicto non require para a súa comisión a entrada ilegal efectiva en territorio nacional. Trátase dun delicto de tendencia, no que se utilizaron similares conceptos para expresa-la súa dinámica que nos delitos contra a saída pública dos art. 368 e ss. do C.P., aínda que evidentemente o ben xurídico protexido sexa diferente. Como consecuencia do abano de actividades que o tipo penal admite, basta con que se promova ou favoreza por calquera medio a inmigración clandestina para que se consume o delicto. Isto comporta que é suficiente a participación do infractor nalgunha das múltiples tarefas que converxen para levar a cabo a acción co obxecto de que se cumpra a previsión normativa. Polo que se poden incluír conductas tales como o financiamento da operación, a actuación como intermediario, transportista, empregador, etc. sempre que concorran determinados condicionamentos e presupostos.

Quedan excluídos da aplicación deste precepto, aquelas persoas que non estean a traballar ou non se proponan realizar unha tarefa laboral. Polo que bastará con que se acredite que a finalidade da entrada clandestina a España do emigrante, sexa a de buscar traballo, sen necesidade de que especificamente estea identificada a tarefa ou ocupación concreta que haxa que realizar. Ocupación que, en todo caso, deberá ter carácter laboral, e non comprenderá o exercicio de ocupacións como a prostitución, xa que o favorecemento ou promoción en relación coa entrada, saída ou estancia do territorio nacional, está sancionado especificamente no art. 188.2 do C.P. dentro do capítulo V do título VIII, dedicado ós «delictos contra a liberdade e indemnidade sexuais».

Soamente se considera clandestina a entrada ilegal que impida o necesario control dos achegados ó territorio nacional, quedando excluída a situación de ilegalidade en que poida incidir quen ó entrar legalmente

no país se encuentre nela, por caducarle o permiso concedido ou non renovar este.

No segundo apartado castígase coa mesma pena a conducta do que «*simulando contrato ou colocación ou usando doutro engano similar, determine ou favoreza a emigración dalgunha persoa a outro país*».

Do teor do precepto podería entenderse que a emigración propiciada dende o noso país a un terceiro soamente afectaría como suxeito pasivo os súbditos nacionais. Sen embargo, non quedan excluídos do ámbito da súa comprensión os súbditos estranxeiros que se encontraren en España ó non facerse exclusión deles. En calquera caso, coma no suposto precedente, debe tratarse de traballadores pois aínda que non aparecen mencionados con tal calidade a simulación de contrato ou colocación soamente permite esa interpretación. Co mesmo criterio debe considerarse o suxeito activo do delito, que non ten por que ser empresario, precisamente, o poder realiza-la acción fraudulenta, calquera persoa que simule esta contratación. Podendo conformar precisamente a suposta condición de empresario, unha das formas de engano ás que se refire o tipo penal nos seus presupostos obxectivos.

A promoción do tráfico ilegal de persoas prescribe no art. 318 bis, introducido pola L.O. 4/2000 do 11 de xaneiro, no que ademais da modificación do art. 312, inclúe un título XV bis, e incorpora á tipoloxía delictuosa unha figura nova ata ese momento non cuberta polo lexislador: o *tráfico ilegal de persoas*.

As actividades despregadas sofren un incremento punitivo tanto na pena privativa de liberdade coma na pecuniaria, cando disxuntivamente ou acumulativamente se verifiquen ánimo de lucro, o emprego de violencia, intimidación ou engano, ou abuso dunha situación de necesidade da vítima.

A pena agravada de por si no apartado segundo increméntase coa súa imposición no tramo superior desta en razón do risco que se engada que comporte a posta en perigo para bens persoais da vítima como da súa propia vida, a súa saída corporal ou a súa integridade.

O estranxeiro pode posuír ante os tribunais, coma calquera outro cidadán, a posición de denunciante ou denunciado, querelante ou querelado, autor ou vítima do delito. Pode ter procesualmente en xuízo a calidade de imputado, acusado, procesado ou responsable civil subsidiario, ou comparecer debidamente representado como acusador particular ou privado, exercitando a acción penal e civil conxuntamente ou soamente algunha delas.

O estranxeiro como *inculpado* é a parte necesaria no proceso penal, que ve ameazado o seu dereito á liberdade ó imputárselle a comisión de feitos delictuosos pola posible imposición dunha sanción penal no momento da sentenza.

Dende esta posición o estranxeiro ten ante todo o *dereito á defensa* recoñecido como dereito fundamental na Constitución, art. 24.1, que prohibe a indefensión, e o art. 24.2 que sanciona o dereito á defensa propiamente establecido.

Este dereito esixe un presuposto básico: *a audiencia do inculpado* e con ela a comprensión do marco acusatorio para a adecuada contradicción procesual.

Poden diferenciarse nesta orde, as seguintes situacións:

- a) Expulsión do territorio decretada en virtude de resolución administrativa.
- b) Expulsión do territorio do encartado nun procedemento xudicial, antes da sentenza.
- c) Expulsión do territorio nacional do condenado nun procedemento xudicial, despois da sentenza.

A continuación o relator José Luis Requero Ibáñez, maxistrado do contencioso-administrativo da Audiencia Nacional referiuse ó estranxeiro e á tutela xudicial efectiva; o control xudicial da actividade administrativa nesta materia, e en especial ás medidas preventivas.

O artigo 18 da LOEst 2000, fai expresa referencia en canto á tutela xudicial efectiva, que os estranxeiros teñen dereito a esta (artigo 18.1), o que debe poñerse en relación co artigo 59.2. cando di que cando o estranxeiro non se encontre en España, poderá cursa-los recursos procedentes, tanto en vía administrativa coma xurisdiccional, a través das representacións diplomáticas ou consulares correspondentes, ou de organizacións de asistencia á emigración debidamente apoderadas, quen llos remitirá ó organismo competente.

1. O dereito á asistencia xurídica

A Lei 1/96, do 10 de xaneiro, reguladora do dereito á asistencia xurídica gratuíta recoñécelle este beneficio *ex lege* en dúas situacións: por unha parte para os estranxeiros nacionais da Unión Europea ou de terceiros estados que residan legalmente en España cando acrediten insuficiencia de recursos para litigar [artigo 2,a)] e para os non legais nos casos do apartado f) do mesmo precepto.

Esta regulación non é satisfactoria, pois non acaba de comprenderse que o apartado a) refira este dereito ós que residan legalmente en España e para os que non se encontren nesta situación o apartado f) refírao tan só a *«aqueles procesos relativos á súa solicitude de asilo»* sendo máis que evidente que se un estranxeiro acredita carencia de medios para litigar, reside ilegalmente e impugna un acto de expulsión ou un acto denegatorio do permiso de residencia ou de traballo poderá acollerse a este

beneficio; en consecuencia, sería contradictorio coa doutrina xurisprudencial entender que o dereito á tutela xudicial efectiva na súa manifestación de acceso ós tribunais deixa de ser un dereito inherente ou substancial a toda persoa ó quedar excluído del os estranxeiros fóra dos casos dos apartados a) e f) do artigo 2 da Lei 1/96.

Pola súa banda o artigo 20 LOEst 2000 –dereito á asistencia xurídica gratuíta– dispón que os estranxeiros teñen dereito á asistencia letrada de oficio tanto nos procedementos administrativos coma xudiciais relativos á denegación da súa entrada ou á súa expulsión ou saída obrigatoria do territorio español e en tódolos procedementos en materia de asilo.

Complemento deste dereito –e consecuencia do dereito á defensa no ámbito sancionador– é que teñen dereito á asistencia de intérprete se non comprenden ou falan a lingua oficial que se utilice.

En canto ó acceso á xustiza gratuíta, o artigo 20.2 determina que os estranxeiros residentes e os que se encontren en España inscritos no padrón do municipio no que residan habitualmente, que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar terán dereito á asistencia xurídica gratuíta en iguais condicións que os españois nos procesos nos que sexan parte, calquera que sexa a xurisdicción na que se siga.

Para o caso do procedemento de expulsión, na anterior regulación os trámites ligados á detención e, de se-lo caso, internamento do estranxeiro, gardan autonomía respecto do procedemento sancionador. No caso do artigo 30,2 prevense unha serie de garantías do detido, de xeito que se se infrinxen si que afectan o procedemento sancionador administrativo en canto que poden causar indefensión real ou material.

2. Existencia de acto. Especial consideración do acto político

Na LOEst 1985 invocábanse «*as circunstancias que así o aconsellen*» para o peche de postos fronteirizos acordada polo Goberno (artigo 11,5) ou a invocación de que «*medie causa suficiente*» para autorizar excepcionalmente a entrada, tránsito ou permanencia de estranxeiros indocumentados ou con documentación defectuosa (artigo 12,4). Outro caso era a chamada á grave posta en perigo da seguridade ou dos intereses nacionais, á orde pública, á saúde ou á moral pública ou ós dereitos e liberdades dos españois para a suspensión de asociacións promovidas e integradas maioritariamente por estranxeiros, o que desaparece no artigo 8 LOEst 2000.

Tampouco se identifica a concorrencia dun acto político na resolución prevista no artigo 21.4 non soamente porque no formal debe ir motivada, senón pola expresa chamada a uns conceptos indeterminados como é a seguridade nacional, a orde pública ou a saúde pública e os dereitos e liberdades dos españois.

3. Extensión territorial

Rexe o artigo 24 LOPX e para tal efecto é indiferente que o acto se dictara fóra do territorio nacional como ocorre no caso de representacións diplomáticas ou que os efectos se produzan no interesado sen que chegue a estar en España como ocorre no caso de devolucións ou de rexeitamentos en fronteira pois o dato físico de onde estea o estranxeiro é irrelevante pois o que conta é que fora destinatario dun acto ou actuación dun órgano da Administración española.

Neste sentido o artigo 24.2 LOEst 2000 garante expresamente a recorribilidade dos actos en casos de denegación de entrada ó sinalar que *«ós estranxeiros que non cumpran os requisitos establecidos para a entrada, lles será denegada mediante resolución motivada, con información acerca dos recursos que poidan interpoñer contra ela, prazo para facelo e autoridade ante quen deben formalizalo, e do seu dereito á asistencia letrada»*. Ademais, o artigo 59.2 prevé que *«cando o estranxeiro non se encontre en España, poderá cursa-los recursos procedentes, tanto en vía administrativa coma xurisdiccional, a través das representacións diplomáticas ou consulares correspondentes, ou de organizacións de asistencia á emigración debidamente apoderadas, quen llos remitirá ó organismo competente»*.

4. Órganos competentes

Rexen as regras dos artigos 8 a 12 da LXCA. Quizais a cuestión máis problemática en canto ás sancións non pecuniarias é que a competencia lles corresponde ós delegados e subdelegados do Goberno, logo a competencia xurisdiccional hai que entender que lles corresponde ós xulgados do contencioso-administrativo (artigo 8.3 LXCA). Para as multas, sexa a contía que sexa, a competencia é dos xulgados por razón do artigo 8.3.2º por ser máxima de dez millóns de pesetas.

5. Lexitimación

Dentro dos criterios xerais de *pro actione* deducibles hoxe en día da Lei 30/92 LXCA, cómpre indicar que para todo tipo de procedementos no artigo 18.3 estarán *«lexitimadas para intervir como interesadas as organizacións representativas constituídas legalmente en España para a defensa dos inmigrantes»*.

6. Procedemento aplicable

Respecto da idoneidade nesta materia do procedemento especial de protección dos dereitos fundamentais, obviamente os actos máis idóneos para seren impugnados son os sancionadores. Agora ben, a maior conveniencia dese procedemento polo seu carácter preferente e sumario (artigo 53.2 CE) quedaría superada polo procedemento abreviado.

Por outra parte, nos casos de medidas antidiscriminatorias (artigo 21 LOEst), o artigo 22 reconduce expresamente á vía do procedemento de protección dos dereitos fundamentais.

7. Prazo de interposición e designación de avogado e procurador de oficio

Para os casos nos que se interese a designación de avogado e de procurador de oficio hai que entender que a solicitude do dereito de asistencia gratuíta debe ser formulada dentro dos prazos xerais previstos na LXCA e unha vez designado o avogado e procurador, interpoñe-lo recurso dentro dos prazos legais.

Trala Lei 1/96 pódese solicita-lo dereito de asistencia gratuíta dende o momento en que queda esgotada a vía administrativa, ben mediante resolución expresa ou presunta e queda pechada para o demandante dende o momento en que formula o seu escrito de demanda e se se trata dun codemandado ou coadxuvante, dende o momento en que contesta, tal e como se deduce do artigo 8.

Debe partirse sempre da regra xeral do artigo 16,1º pola cal «*a solicitude de recoñecemento do dereito á asistencia xurídica gratuíta non suspende o curso do proceso*», regra que se ben se refire a un proceso iniciado ben podería aplicarse á fase previa ó proceso contencioso-administrativo e é que mentres que o acto ou disposición xeral non debeñan firmes e consentidos por non teren sido impugnados dentro de prazo, ben pode dicirse que o proceso contencioso-administrativo inicia a súa vida dende o *dies a quo* que serve para o cómputo dos prazos para recorrer.

Esa regra ten a súa excepción no artigo 16.3 que prevé a presentación da solicitude antes de iniciarse o proceso se ben dados os termos xerais en que se pronuncia apunta como excepción que *a acción poida resultar prexudicada polo transcurso dos prazos de prescripción*. De tal xeito pode deducirse que no caso do contencioso-administrativo a presentación da solicitude suspende os prazos para recorrer e en canto á prevención segundo a cal esa interrupción dáse «*sempre que dentro dos prazos establecidos nesta lei non sexa posible nomea-lo solicitante avogado e, de ser preceptivo, procurador da quenda de oficio que exerciten a acción en nome do solicitante*», debe terse en conta que ante a comisión o prazo non pode exceder de dous meses (artigo 16 *in fine*), o que leva a que a regra xeral sexa a de suspender.

Esta regra xeral ten as súas modulacións en máis e en menos. En efecto, se se está ante a impugnación dunha resolución presunta, por silencio administrativo, o prazo para acudir ó contencioso-administrativo dilátase pois dende que se entende producido o silencio, o prazo para acudir ó contencioso-administrativo é de seis meses. Por outra parte esa

regra da suspensión rexe con carácter xeral para o caso de que se opte por acudir ó procedemento de protección de dereitos fundamentais, pois probablemente nos prazos fugaces previstos non se poida obter un recoñecemento expreso de tal dereito.

Caso diferente é que se obtivera o recoñecemento de forma provisoria ó amparo do previsto no artigo 15, o que pode ter especial virtualidade para o caso de demandantes do dereito de asilo en canto que se lles recoñece o dereito *ex lege*.

8. Medidas preventivas

Fronte ó casuísmo da materia, o Tribunal Supremo segue un criterio xeneralizador ó soste que ante a multiplicación de recursos nesta materia non pode seguirse o criterio xeral de suspender por ser contrario ós intereses públicos e frustrarse doutra forma a finalidade buscada coa lexislación de estranxeiría.

Non obstante neste extremo diferénciase entre a doutrina asentada nos casos de expulsión e os supostos referentes á denegación de permisos de traballo e residencia, visados, etc.

A xurisprudencia segue o tradicional criterio de entender que non son susceptibles de suspensión aqueles actos que son de contido negativo. Non obstante os tribunais veñen entendendo que un acto como é a sanción que se salda coa expulsión dun estranxeiro de España ten un contido indubidablemente positivo e que é atendible en función das persoais circunstancias do recorrente. Por outra parte tense en conta o concreto estatuto ó que está sometido o estranxeiro, de aí que a suspensión sexa procedente por regra xeral no caso de nacionais da Unión Europea. Nestes casos repútase que hai un prexuízo inherente á expulsión de quen está acollido a ese réxime especial, salvo que se trate de actuacións que afecten a orde pública.

Rafael de Mendizábal Allende, maxistrado do Tribunal Constitucional, clausurou o curso de verán co relatorio «A emigración como fenómeno humano, sociolóxico e xurídico. A construción constitucional do «outro». Xenofobia e discriminación. O estranxeiro. Comezou a falar do nomadismo e da transhumancia como elementos consubstanciais á liberdade do home dende o principio dos tempos. O que ocorre é que nos nosos tempos adopta outras formas e motivacións. España encóntrase hoxe en día cun fenómeno novo porque de ser un país exportador de emigrantes, pasou con posterioridade a ser non soamente unha porta de entrada cara ó resto de Europa. Os movementos migratorios son sempre resposta a un desequilibrio humano masivo fundamental nalgún punto do sistema. Hai moitas clases de emigracións, tanto exteriores coma interiores, de zonas rurais a urbanas, nacionais ou internacionais;

todas elas débense a unha serie de factores ligados á distribución da poboación. España ten unha débeda histórica cunha serie de pobos, polo que debería facerse unha política de inmigración onde foran favorecidas as persoas da nosa estirpe.

Con posterioridade á realización deste curso de verán e con data do 22 de decembro de 2000 aprobouse a Lei orgánica 8/2000, que reforma a Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro de 2000, sobre dereitos e liberdades fundamentais dos estranxeiros en España e a súa integración social. Pártese, para isto, da situación e características da poboación estranxeira en España, non só na actualidade, senón de cara ós anos vindeiros, regulándose a inmigración dende a consideración desta coma un feito estrutural que converteu España nun país de destino dos fluxos migratorios e, pola súa situación, tamén nun punto de tránsito cara a outros estados, nos que os controis fronteirizos nas rutas dende o noso foron eliminados ou reducidos substancialmente. Por outra banda, esta normativa forma parte dunha formulación global e coordinada no tratamento do fenómeno migratorio en España, que prevé dende unha visión ampla tódolos aspectos vinculados a ela, e, por isto, non só dende unha única perspectiva, senón de todas conxuntamente. 