

## TRIBUNA:

### ***DERECHO DE EXTRANJERIA, POLITICA MIGRATORIA E IBEROAMERICA***

*Por Dña. Juana María Malca Leo*  
Abogada

Presidenta de la Red Internacional de Abogados EUREKA

El Derecho de Extranjería en España, como rama jurídica, se ha ido consolidando en estos 25 últimos años. Es un Derecho que hemos visto nacer y crecer, por obra de los flujos migratorios masivos, la política de Estado, la normativa de la Unión Europea y la práctica jurídica.

Como país de alta inmigración en éstas dos últimas décadas (principalmente, por flujos migratorios de países iberoamericanos como de Ecuador, Colombia, Paraguay, Bolivia o Perú); España ha contribuido con toda su casuística a crear esta rama jurídica específica. Lo que echamos en falta es que el Derecho de Extranjería no existe en los programas de estudio de las carreras universitarias como materia elemental, sino como Máster o especialidad, cuando creemos que merece un tratamiento de importancia singular como lo puede tener el Derecho Administrativo, Derecho Internacional Público o Privado u otras disciplinas. Además, lo consideramos básico para el conocimiento de los futuros profesionales del Derecho, ya que luego ésta rama brinda interesantes oportunidades en el ejercicio de la abogacía.

En lo que respecta al marco jurídico, la primera Ley de Extranjería, fue la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, vigente hasta el 01 de febrero de 2000. Sólo antes había un Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo, por el que se regula el procedimiento de concesión y prórroga de los permisos de trabajo y autorizaciones de residencia a extranjeros. Fue una Ley sumamente polémica, muy restrictiva en materia de derechos y especialmente por su tratamiento policial al fenómeno migratorio.

Posteriormente se promulgó la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que como indica su nombre intentaba tratar el fenómeno migratorio ya no desde una óptica policial, como puede ser el control de los flujos migratorios, sino que buscaba la integración de los residentes extranjeros y el respeto de los derechos humanos. Sin embargo, nada más nacer, dicha norma sufrió diversas modificaciones. La primera reforma fue la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, que según su exposición de motivos era para adecuarla a los compromisos que España adquirió en la Unión Europea, concretamente en la Cumbre de Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Después se promulgó, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Esta norma incluyó principalmente modificaciones a fin de dar una respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometían delitos (sustitución de la pena por la expulsión), y

de incorporar la nueva normativa con que el Código Civil abordaba la separación y el divorcio, y así garantizar la protección de la mujer extranjera.

La Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, trató de adaptar la normativa a las decisiones que durante los dos años anteriores se había ido tomando en el seno de la Unión Europea, entre otras y principalmente, para luchar contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos. Así, en este sentido, igualmente se potenciaba la colaboración con las compañías de transportes en orden a contar con mayor información sobre las personas que llegaban hasta el territorio español.

Y finalmente la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, modificación integral a la originaria 4/2000, que incorpora lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, en las sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, reconociendo que los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de los extranjeros no deben estar condicionados a su residencia legal. E incorpora varias normativas Europeas que afectan al Derecho de Extranjería, entre otras la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre 2003, sobre el Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y la Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal, mas conocida como la “Directiva de la vergüenza”, aunque de su estudio podemos sacar “armas” positivas para el ejercicio de la defensa, porque no todo es la ampliación del tiempo de internamiento en el caso español.

En todas éstas modificaciones han estado siempre presentes las razones de política migratoria, que son controlar el mercado laboral y los compromisos de España en la Unión Europea.

A la hora de defender a un ciudadano extranjero, sabemos que le corresponden por imperativo del artículo 10, apartados 1 y 2 de la Constitución, los derechos inherentes a la dignidad humana, y que está sometido primero a la primacía de los Tratados y Convenios Internacionales y después a la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, su Reglamento (Real Decreto 557/2011 de 20 de abril) y la jurisprudencia que en la materia se ha ido gestando, que complementa a las anteriores, siempre entendida como doctrina jurisprudencial.

Partimos de la base de que son de aplicación los derechos fundamentales a los extranjeros en idénticos términos que a los españoles, en cuanto inherentes a la dignidad humana. Derechos Humanos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, las garantías jurídicas, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y por los Convenios y Tratados Internacionales de los que España es parte. Luego, en otro nivel más bajo, figuran otro grupo de derechos, para los cuales el extranjero tiene que estar documentado y que ha ido modulando la doctrina constitucional, como el derecho al trabajo y a la seguridad social. Y finalmente, un grupo de derechos reservados sólo a los españoles, que son los derechos políticos.

Dentro de los instrumentos internacionales, es dable mencionar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, publicada el 24 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Esta Directiva, que invocamos poco en nuestro trabajo profesional, impone

deberes a los Estados, y establece también un conjunto mínimo común de garantías jurídicas respecto de las decisiones relativas al retorno, para garantizar una protección eficaz de los intereses de las personas. Así debe facilitarse la asistencia jurídica necesaria a aquellas personas que no dispongan de recursos económicos suficientes. Debemos luchar porque ésta sea efectiva, dado que mediante leyes de rango inferior como la Ley de Extranjería, su Reglamento, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y la Ley de tasas judiciales, la modulan, hasta dejarla sin contenido. Esto lo encontramos en el día a día en nuestro trabajo profesional y ello nos impide ejercer la defensa efectiva desde la primera instancia judicial, con barreras como la representación y las tasas judiciales. Todas ellas son impedimentos para ejercitar la tutela judicial efectiva que es un derecho fundamental para los extranjeros.

También esta Directiva, obligatoria para los Estados partes -España en éste caso- se refiere en su artículo 4, a la aplicación de las Disposiciones más favorables, y ahí se refleja la importancia de los acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados entre la Comunidad Europea o la Comunidad y sus Estados miembros o dichos Estados con terceros países.

Si analizamos, en el caso de España, los Convenios bilaterales de doble nacionalidad con los países iberoamericanos (Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Perú), alguno de éstos Convenios no sólo se refieren a la adquisición de la nacionalidad, sino, que tenemos, (Tratados como los de Perú, Chile, Uruguay) que también se refieren al derecho a establecerse en los países signatarios.

Por lo cual, en el caso de rechazos en frontera o expulsiones para los nacionales de éstos países (Convenio de doble nacionalidad de Perú de 16 de mayo de 1959, Convenio de doble nacionalidad de Chile de 24 de junio de 1958, Tratado de Paz y Amistad de Uruguay de 19 de julio de 1870 y Tratado de Cooperación y Amistad de 23 de julio 1992), entendemos que no se debería aplicar el retorno a sus nacionales en España y viceversa, ya que en dichos Tratados reconocen los derechos de residencia y trabajo entre otros, con la salvedad de que en el caso de Uruguay hay jurisprudencia contradictoria. Un derecho de residencia que entendemos debe de ser automático, para nacionales de uno y otro país. Entiéndase residencia, reagrupaciones familiares, residencia por causas humanitarias, etc. Si bien, en lo que respecta a las autorizaciones laborales iniciales tenemos algo avanzado y se aplica en los casos de Perú y Chile pero no así, en los permisos de residencia iniciales, en renovaciones laborales, arraigos, etc.

Ante la intención de los gobiernos de no querer aplicar éstos Convenios en su integridad por la política de control de los flujos migratorios que en estos años ha tenido España y la pasividad que los países iberoamericanos han mostrado en todo este tiempo, a la hora de hacerlos respetar, somos nosotros desde la práctica jurídica y desde la Abogacía los que tenemos que superar este grave obstáculo con el ejercicio profesional constante en la defensa del respeto a esta normativa internacional.