

revista de

**DERECHO
MIGRATORIO Y
EXTRANJERÍA**

editorial

LEX NOVA

REVISTA DE

Derecho Migratorio y Extranjería

Derecho de las personas en movimiento transnacional

CONSEJO ASESOR

María del Carmen Ainaga Vargas CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE VERACRUZ (MÉXICO). **Eliseo Aja Fernández** CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE BARCELONA. **Pilar Charro Baena** PROFESORA TEU DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS. **Luis Fernández Arévalo** FISCAL DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA. **Javier Galparsoro García** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE VIZCAYA. **Juan L. Ibarra Robles** MAGISTRADO, PRESIDENTE DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO. **Javier de Lucas Martín** CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. **Fernando Mariño Menéndez** CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. UNIVERSIDAD CARLOS III. **Karen Musalo** ABOGADA Y PROFESORA DEL HASTINGS COLLEGE OF THE LAW. UNIVERSITY OF CALIFORNIA (USA). **Fernando Oliván López** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID. **José Luis Rodríguez Candela** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MÁLAGA. **Eduard Sagarra i Trias** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE BARCELONA. **Francisco Soláns Puyuelo** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE VALENCIA. **María Luisa Trinidad García** PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. UNIVERSIDAD DE ALMERÍA. **RICARD ZAPATA-BARRERO** PROFESOR TITULAR DE CIENCIA POLÍTICA. UNIVERSIDAD POMPEU FABRA.

DIRECTOR (Coordinador)

Pascual Aguelo Navarro

ABOGADO DEL R. E I. COLEGIO DE ZARAGOZA
PRESIDENTE DE LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA
DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA.

DIRECTORES (Adjuntos)

Aurelia Álvarez Rodríguez

PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO. UNIVERSIDAD DE LEÓN.

Ángel G. Chueca Sancho

PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA.

© LEX NOVA 2006

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A.
	General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	clientes@lexnova.es
ISSN	1695-3509
DEPÓSITO LEGAL	VA. 922-2002

Sumario:

[5] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

- [9] **I. Mujeres inmigrantes: la doble discriminación**
MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA
- [21] **II. Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería. (Libertad de circulación y de residencia en el nuevo “espacio de libertad, seguridad y justicia”)**
ELENA ARCE JIMÉNEZ
- [49] **III. La autorización para el trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios españoles**
PILAR FERNÁNDEZ ARTIACH
- [63] **IV. Políticas de acceso al empleo para inmigrantes en España**
FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO

NOTAS Y COLABORACIONES. *DOSSIER: PROTECCIÓN INTERNACIONAL*

- [77] **I. Introducción al Dossier sobre la protección internacional en España**
JULIÁN PRIETO HERGUETA y PASCUAL AGUELO NAVARRO
- [83] **II. El sistema europeo común de asilo y su recepción en la ley española**
PABLO SANTOLAYA MACHETTI
- [89] **III. La aplicación subsidiaria de la legislación general de extranjería a quienes se deniega el asilo**
JESÚS ERNESTO PECES MORATE
- [93] **IV. La intervención letrada en el procedimiento de asilo**
LOURDES NAVARRO GANDULLO
- [107] **V. La garantía de la asistencia del intérprete**
HASSAN BENHADDOU HANDI
- [131] **VI. Anexo**

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [141] **Asilo**
- [148] **Visado**
- [149] **Expulsión**
- [153] **Derecho al trabajo**
- [158] **Permiso de trabajo**
- [162] **Derecho Penal**
- [164] **Homologación de títulos**
- [166] **Nacionalidad**
- [172] **Régimen comunitario**
- [174] **Constitucional**

CRÓNICA LEGISLATIVA:

- [179] **I. Crónica legislativa**
 - [179] **Fuentes internas**
 - [180] **Fuentes internacionales**
 - [181] **Fuentes de la Unión Europea**
- [185] **II. Europa en breve. Información semanal de la Delegación en Bruselas**

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

- [191] **Notas bibliográficas**
- [193] **I. Reflexiones sobre las actuales propuestas migratorias en EEUU**
RICHARD A. BOSWELL
- [197] **II. Una reflexión sobre la Convención Europea para prevenir la apatridia en la sucesión de Estados**
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
- [203] **III. Políticas de inserción laboral para los inmigrantes**
FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO
- [211] **IV. Jornadas sobre Extranjería**

EDITORIAL

En el momento de redactar este Editorial una noticia de última hora acapara nuestra atención. Se trata de la creación de la Dirección General de Relaciones Internacionales y Extranjería, que supondrá la asunción por el Ministerio de Interior de nuevas e importantes competencias, aún no concretadas, en el ámbito de la extranjería, en detrimento de las que actualmente ostenta el Ministerio de Trabajo, a través de la Secretaría de Estado de Emigración e Inmigración y sus Direcciones Generales de Inmigración e Integración. Sin duda, todo ello repercutirá en la necesaria coordinación y homogeneización de las respuestas jurídicas y políticas.

De esta manera, si el verano comenzaba con el expectante y positivo anuncio del Borrador del Plan Estratégico sobre Ciudadanía e Integración, que pone el acento en políticas y medidas integradoras, el estío finaliza con esta noticia que puede suponer la vuelta al protagonismo de restrictivas políticas de control, que ya demostraron su ineficacia en anteriores legislaturas.

Las próximas semanas serán decisivas para precisar el rumbo de la política migratoria en nuestro país, tema que seguramente centrará una buena parte de nuestra atención.

El pretexto del incremento de la llegada de embarcaciones a las costas canarias no parece ser el único elemento que ha motivado este giro de la política gubernamental. Esperamos que el mencionado giro sea fruto de la reflexión y no una medida adoptada de forma precipitada y con el principal objetivo de acallar las críticas de una parte de la opinión pública y de la oposición política ante la aparentemente poco eficaz gestión del control de la llegada de embarcaciones desde la costa africana.

El tiempo nos dirá si la creación de esta nueva Dirección General obedece en última instancia a razones electorales cortoplacistas, que no afrontan el complejo fenómeno de la inmigración en todas sus dimensiones. Las reformas normativas que ya habían sido anunciadas por el Ministro Caldera constituirán un primer indicio del rumbo que tomará la regulación de la extranjería en el más próximo período.

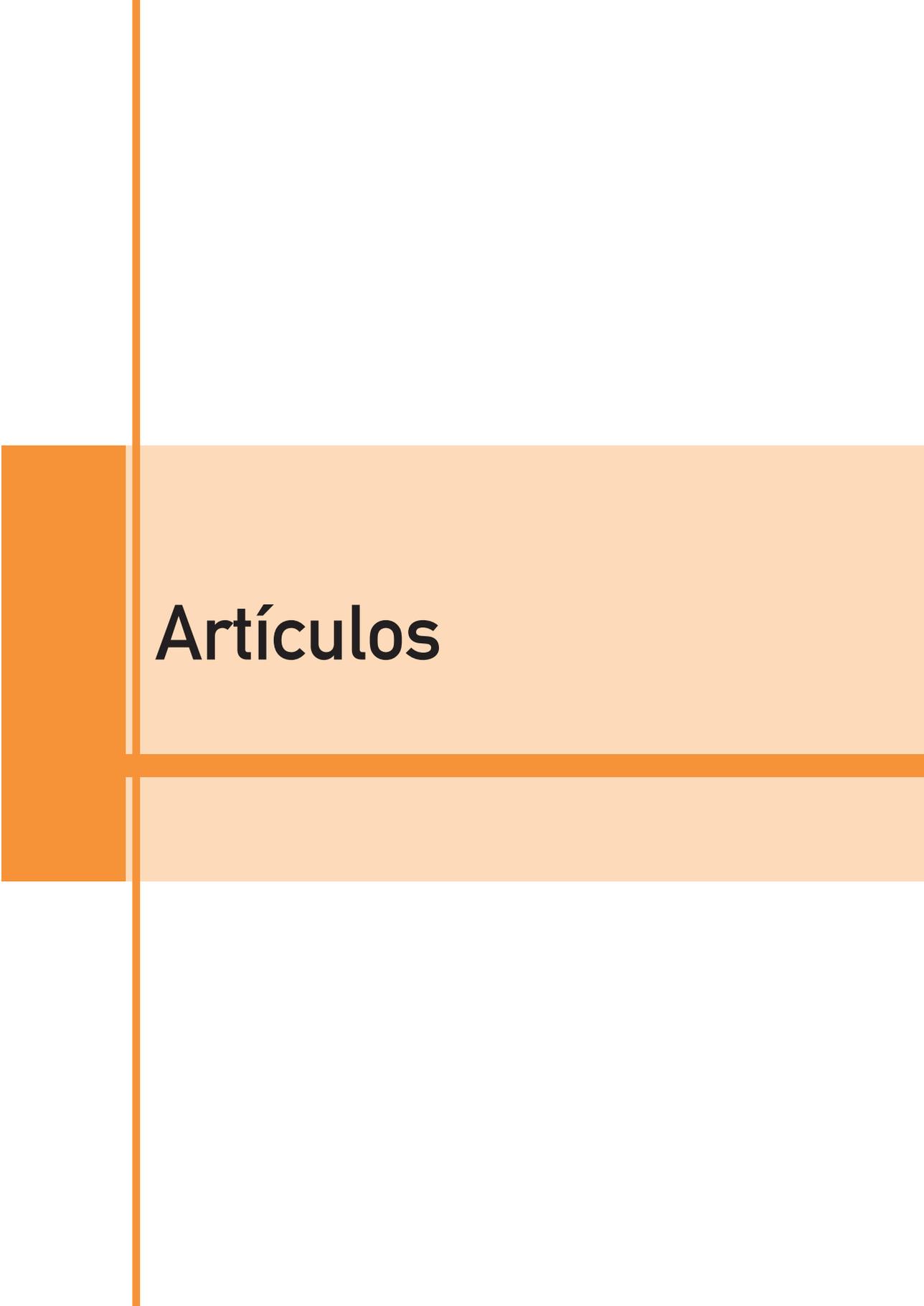
La REDMEX n.º 12 dedica una buena parte de sus trabajos a temas de contenido laboral relacionados con el hecho migratorio destacando el trabajo de Margarita Ramos que desarrolla un tema del máximo interés, como es la doble discriminación por razón de sexo de las mujeres inmigrantes. Por su parte Elena Arce expone en su artículo la problemática de los familiares extranjeros de nacionales españoles en el derecho de extranjería. Pilar Fernández plantea el

tema de la autorización de trabajo de los internos en centros penitenciario y Francisco Sacristán las políticas de acceso al empleo e inserción laboral para los inmigrantes.

El Dossier de este número de la REDMEX se centra en el novedoso tema de la Protección Internacional en España, que ha merecido la firma de un Convenio entre la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española y la Dirección General de Política Interior que pretende garantizar la formación y capacitación de los abogados encargados de la asistencia de las personas solicitantes de protección.

Las habituales secciones, jurisprudencia, legislación, convocatorias completan el contenido de este número 12 de la REDMEX. Destacamos las reflexiones del profesor de la University of California, Richard Boswell sobre las actuales propuestas migratorias en EE UU.

Esperamos que los temas de este nuevo número de la REDMEX sean del interés de todos y que su lectura ayude a colocarnos en materia, lo más rápidamente posible, en el regreso de vacaciones y comienzo del nuevo Curso.



Artículos

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad de La Laguna
(miramos@ull.es)

Mujeres inmigrantes: la doble discriminación

RESUMEN

MUJERES INMIGRANTES: LA DOBLE DISCRIMINACIÓN

A comienzos del siglo XXI ya es evidente el aumento progresivo de las migraciones protagonizadas por mujeres, una vez superados modelos tradicionales en los que las mujeres sólo se desplazaban por derivación de los vínculos con varones que previamente habían logrado hacer realidad su proyecto migratorio. El desarraigo del origen social y cultural, el desplazamiento a otro lugar, el asentamiento y la percepción del rechazo inicial como elementos propios e inherentes a todo proceso migratorio adquiere en las mujeres perfiles particulares que exigen y demandan respuestas específicas.

ABSTRACT

IMMIGRANT WOMEN: THE DOUBLE DISCRIMINATION

At the beginning of the XXI century it is already evident the progressive increase of migrations of women, once overcome traditional models in which the women only moved for derivation of the entails with men who previously had been successful in their migratory project. The uprooting of the social and cultural origin, the displacement to another place, the establishment and the perception of the initial rejection as peculiar and inherent elements to all migratory process acquire in the women particular profiles that demand specific answers.

Margarita Isabel Ramos Quintana

SUMARIO

I. Introducción: las migraciones en el contexto de una economía globalizada.

II. Mujeres y migraciones en Europa.

III. Mujeres inmigrantes y mercado de trabajo.

IV. Dificultades para la inserción de mujeres inmigrantes.

V. La reagrupación familiar.

VI. Una referencia particular a la violencia de género sobre mujeres inmigrantes.

I. INTRODUCCIÓN: LAS MIGRACIONES EN EL CONTEXTO DE UNA ECONOMÍA GLOBALIZADA

Los movimientos migratorios de personas hacia otros países o zonas diferentes de su lugar de origen son una constante que, en el momento actual, no sólo se mantiene sino que apunta en una línea de crecimiento progresivo e imparable. La mundialización de la economía y el libre desplazamiento de capitales en todo el planeta originan, como es sabido, focos de atracción y focos de rechazo de inversiones en función de la mayor rentabilidad económica previsible.

La atracción se produce por la concurrencia de elementos de variada índole: a) países con escaso nivel de desarrollo político de naturaleza democrática con los consiguientes procesos de descontrol del crecimiento económico en un contexto de libre mercado sin ninguna intervención por parte de los poderes del Estado; b) carencia de cohesión del tejido social con factores desestructurantes debido a la acumulación de riqueza en sectores minoritarios de la población; c) derivadamente de lo anterior, mano de obra barata, débil, vulnerable, carente de un sistema de ordenación del conjunto de relaciones de trabajo que dote de mínimas condiciones laborales a la población trabajadora. Todo ello globalmente considerado arroja un balance alentador de inversiones en ese tipo de zonas, especialmente, en el ámbito específico de la producción de bienes con costes laborales muy inferiores a los que se pueden conseguir en una economía intervenida.

Mujeres inmigrantes: la doble discriminación

El rechazo a la inversión en amplias áreas geográficas deviene de la convivencia, asimismo, de factores múltiples y de naturaleza diferente. En los países pobres y en las zonas deprimidas del planeta las causas se relacionan con: a) elementos de carácter político (situaciones de guerra, enfrentamientos tribales, regímenes no evolucionados hacia formas mínimamente democráticas –no identificables ni reconocibles para el modelo empresarial occidental–); b) de carácter económico, originadas por la carencia de medios e infraestructuras mínimas para poner en marcha iniciativas empresariales; c) escasos niveles de formación (especialmente, profesional) que dificultan la penetración e implantación de proyectos de inversión, etc. Es de destacar también cómo en los países desarrollados se está produciendo, paralelamente, un proceso (evidenciado) de deslocalización de empresas por la concurrencia de causas de naturaleza inversa, esto es, por la supresión de restricciones a los movimientos de capital que ahora encuentran otras áreas no intervenidas o con menor control político-económico y en las que los costes de producción son notoriamente más reducidos.

Uno y otro factor (la pobreza extrema y el desarrollo de sistemas sometidos a control democrático) contribuyen por distintas razones a la configuración de procesos de trasvase de capital e inversión que, como uno de los principales efectos que arrastran consigo, comportan desplazamientos masivos de personas hacia los lugares en que está teniendo lugar el “crecimiento de producción”. Las migraciones, por consiguiente, se dirigen hacia lugares de crecimiento económico y, asimismo, son copartícipes decisivas del desarrollo producido. Por ello, es justo reconocer que la inmigración contribuye a mantener y aumentar los niveles de crecimiento económico (y demográfico) de los países desarrollados.

En este contexto se sitúa cualquier análisis que pretenda hacerse de las migraciones internacionales, particularmente, de la inmigración en general y, más aún, de los desplazamientos migratorios protagonizados por mujeres.

En el entorno europeo, la necesidad de mano de obra extranjera se produce por dos motivos diferentes, pero íntimamente relacionados entre sí: a) por razones derivadas de las exigencias propias del mercado de trabajo, b) por las nuevas necesidades originadas debido al impacto ya evidente de la caída de tasas de natalidad y progresivo envejecimiento de la población en Europa¹. Los datos que arroja en este sentido alguno de los Documentos presentados por la Comisión en el seno de la UE a lo largo del año 2004 ponen de manifiesto una aproximación cuantificada del número de personas inmigrantes que se precisan para mantener el grado de desarrollo económico y social alcanzado en Europa a comienzos del siglo XXI². En el sentido aquí expuesto, la inmigración femenina constituye un factor relevante para el cumplimiento de las expectativas demográficas necesarias a fin de atender la conservación del grado de desarrollo y bienestar en Europa.

(1) Puede consultarse al respecto de estas consideraciones el *Libro Verde de la Comisión sobre el planteamiento de la Unión Europea sobre la gestión de la inmigración económica* de 10 de abril de 2002 [COM (2004) 0811].

(2) Así reflejado en el *Primer informe anual sobre migración e integración* presentado por la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones [COM (2004) 508 final].

II. MUJERES Y MIGRACIONES EN EUROPA

Los procesos migratorios habidos en Europa, especialmente, a partir de los años ochenta, se iniciaron con un perfil marcadamente masculino; ese perfil ya era objeto de una visible transformación diez años más tarde. A comienzos del siglo XXI, los flujos migratorios que recorren España, así como el resto de países europeos, están protagonizados por hombres y mujeres que buscan trabajo en el contexto de sistemas económica y socialmente más desarrollados.

Ha aumentado la población inmigrante femenina³, esa es una realidad incontestable y visible, y ha aumentado con perfiles específicos que derivan de su doble condición de mujeres e inmigrantes. La vulnerabilidad de su doble condición se pone de manifiesto en aspectos como ser mayoritariamente propensas a abusos sexuales, cargar con hijos y ancianos en su propio proyecto migratorio, ser objeto específico de tráfico sexual, estar expuestas a embarazos no deseados, abortos, enfermedades de transmisión sexual, contagio del SIDA, etc.

Sin duda alguna, el tráfico de mujeres con finalidad de explotación sexual se agudiza con la inmigración irregular en el que las mujeres quedan expuestas a todo tipo de abusos en la red de mafias que trafican con ellas. Añadidamente, ciertos factores de origen legal condicionan su acceso a centros de planificación familiar (o la dificultad se origina por los condicionantes culturales que arrastran consigo); existen aún importantes límites al acceso a la asistencia sanitaria para mujeres inmigrantes en situación irregular, lo que da lugar a sufrir enfermedades que pudieron prevenirse o evitarse; han de valorarse, igualmente, las dificultades lingüísticas con que se encuentran para acceder al mundo del empleo y a los servicios mínimos de asistencia social y jurídica. Si no están documentadas las mujeres inmigrantes tienen serios problemas para acceder a la economía regular, su ingreso en el mundo del trabajo se produce a través del trabajo “indecente” (en la terminología de la OIT), esto es, de la economía sumergida que comporta la realización de trabajo precario⁴ o, como es de sobra sabido, por medio de la explotación sexual a través de la prostitución. En el ámbito de la violencia de género las mujeres inmigrantes indocumentadas están expuestas a actos de violencia sin mecanismos adecuados de defensa, tanto en relación con la denominada violencia doméstica (conyugal) como la violencia en el trabajo⁵.

En suma, son factores no sólo de orden jurídico, sino también de carácter lingüístico, psicosocial, económico y político los que contribuyen a dibujar un marco desalentador para las mujeres que osan iniciar un proyecto migratorio fuera del “marco legal” preestablecido.

(3) Según datos emitidos por la OIT respecto a las migraciones internacionales registradas en el año 2000, de 175 millones de desplazamientos migratorios contabilizados en el mundo, las mujeres representaban el 49% de esa cantidad, apreciándose que en determinadas zonas geográficas, entre las que se incluye Europa, las mujeres habían sobrepasado el umbral del 50% [Fuente de Información y banco de datos (datos y cifras), en la web de la OIT].

(4) Véase el *Proyecto Marco multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales* elaborado con ocasión de la Reunión Tripartita para expertos, Ginebra, 31 de octubre-2 de noviembre de 2005. Publicaciones de la OIT, Ginebra, 2006.

(5) Vid. S. JOLLY y H. REEVES: *Gender and Migration* (Overview Report), UK, Institut of Development Studies (BRDGE), 2005, pp. 39 y ss.

Mujeres inmigrantes: la doble discriminación

Las causas que dan lugar a procesos migratorios en los que sus titulares son mujeres responden a una variada acumulación de factores: a) los que guardan relación con el lugar de destino, como pueden ser los concordantes con una realidad sociocultural diferente que comporte, a su vez, un proyecto emancipatorio para la mujer, especialmente, cuando se proviene de modelos culturales de naturaleza patriarcal (siendo posible que lleguen a alterarse los roles sexuales por causa de la inmigración; b) los que guardan relación con el lugar de origen, vinculados a situaciones de pobreza o de deterioro familiar (situaciones de ruptura matrimonial) y en los que se pretende, básicamente, buscar empleo que aporte autonomía e independencia. En todo caso, la decisión de migrar se encuentra directamente relacionada con la idea de progreso, ya sea éste entendido en sentido estrictamente socioprofesional, económico, o de índole personal.

La inmigración conlleva siempre un proceso de *desarraigo* frente al origen social y cultural del que se parte, y consiguiente sensibilidad de pérdida; comporta también un *movimiento*, hacia otro lugar cercano o lejano en el que hay riesgos, incluso, el de perder la vida; implica, asimismo, un *asentamiento* en un entorno desconocido y diferente; y, se acompaña de la percepción de un *rechazo*, una de las principales barreras que es preciso vencer en el momento y lugar de destino⁶. Estas cuatro connotaciones de cualquier desplazamiento migratorio adquieren rasgos específicos, fundamentalmente derivados de una mayor vulnerabilidad, cuando se trata de mujeres inmigrantes: el desarraigo del contexto familiar es especialmente problemático con respecto a los hijos (que se dejan o se cargan); el movimiento o desplazamiento implica riesgos de todo tipo de abusos, particularmente, aquellos que tiene que ver con su condición de mujer; el asentamiento es difícil tanto por los riesgos que el mismo supone cuando viajan solas como cuando lo hacen acompañadas con hijos o ancianos; el rechazo de la sociedad de acogida es particularmente manifiesto cuando la mujer no entra portando un proyecto “institucionalizado” en el mercado de trabajo, pero que se expresa también cuando es portadora de otros valores culturales, religiosos, familiares ajenos a las prácticas y tradiciones occidentales.

III. MUJERES INMIGRANTES Y MERCADO DE TRABAJO

Las mujeres, dentro de la composición del mercado de trabajo, encuentran empleo fundamentalmente en determinados sectores productivos o en ciertos tipos de trabajo directa o indirectamente relacionados con el devenir de acontecimientos que, a su vez, se presentan como significativos del desarrollo y prosperidad alcanzados en los países de acogida. Como paradigma de la idea expresada, la irrupción de las mujeres inmigrantes en el servicio doméstico.

El abandono del trabajo en el hogar por parte de las mujeres que ha acontecido en la práctica totalidad de países desarrollados para adentrarse en el espacio del tradicionalmente denominado “trabajo productivo” ha provocado, paralelamente, la necesidad y carencia de una “mano

(6) Estas reflexiones de G. HORBATY (Centro Internacional para las Migraciones y la Salud. OIT) fueron expuestas en la ponencia desarrollada en el Foro internacional sobre “Género e Inmigración”, Campus de Excelencia (2.ª edición). Fuerteventura, 2006.

de obra” que cubra las necesidades generadas para el servicio del hogar. Como es sabido, la necesidad de servicios alcanza aspectos de variada índole por los múltiples efectos y consecuencias de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo: tareas propias del servicio doméstico (labores de limpieza y cuidado del hogar), pero también el cuidado de hijos, el atendimiento de personas mayores, el cuidado de enfermos, etc.

De tal manera que puede afirmarse sin temor a exageración que las mujeres inmigrantes han contribuido y contribuyen decisivamente a la “liberación” de la mujer en los países desarrollados, al asumir los servicios y tareas familiares imprescindibles de mantener en un contexto en que las mujeres occidentales, en general, deciden abandonar el ámbito de “lo privado” para adentrarse en los espacios de “lo público”, provocando una de las transformaciones más evidentes que arrojará el definitivo balance de lo acontecido a lo largo del siglo xx.

Existe un apreciable paralelismo entre el acceso al trabajo protagonizado por las mujeres de los países desarrollados y la correlativa apertura al mundo del trabajo de las mujeres inmigrantes. Esa relación se manifiesta en un doble plano. Por una parte, el acceso de mujeres al trabajo en Occidente a partir de los años sesenta del siglo anterior “liberó” el espacio de trabajo propio del entorno familiar que, progresivamente, ha pasado a ser ocupado por mano de obra extranjera, por mujeres inmigrantes⁷. Pero no será esa la única vía de acceso al mercado laboral de la inmigración femenina, sino que, y éste es el segundo plano a destacar, la misma incorporación de la mujer occidental al trabajo en general supondría el consiguiente acceso de las mujeres inmigrantes a otros sectores productivos en los que también buscan empleo. Dicho con otras palabras, el acceso de las mujeres de los países desarrollados al mundo del trabajo traerá consigo el posterior acceso al trabajo de las mujeres inmigrantes.

Otros sectores productivos en que mayoritariamente encuentran trabajo las mujeres inmigrantes lo son el sector servicios (hostelería-turismo), la agricultura, así como diversas formas y modalidades de trabajos autónomos en los que se manifiestan como grandes emprendedoras (artesanía, pequeño comercio, profesiones médicas o terapéuticas, asistencia jurídica...). Es notorio cómo no siempre el tipo de trabajo desempeñado guarda relación con la titulación y cualificación profesional que se posee, apreciándose niveles de formación profesional muy elevados en relación con el empleo obtenido, lo que da lugar a numerosos supuestos de movilidad laboral descendente. Igualmente, el comportamiento activo para buscar empleo es mucho más ágil que el de la población trabajadora del país de origen (acompañado de una mayor disponibilidad para ocupar un puesto de trabajo no adecuado al perfil profesional del que se parte inicialmente; mayor rotación, por tanto, dentro del mercado de trabajo y una mayor capacidad de movilidad geográfica lo que les hace acreedoras de una mejor predisposición para mantenerse activas, es decir, con empleo)⁸.

(7) Resaltando la precariedad de condiciones del servicio doméstico prestado por mujeres inmigrantes, vid. R. MESTRE: “Inmigración, exclusión y género”, en AA.VV.: *Inmigración y derechos* (II Jornadas Internacionales sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales), coord. por N. FERNÁNDEZ SOLA y M. CALVO GARCÍA, Mira edit., Zaragoza, 2001, pp. 100 y ss.

(8) Cfr. COLECTIVO IOÉ: *Mujeres, inmigración y trabajo*, MTAS (IMSERSO), Madrid, 2001.

Mujeres inmigrantes: la doble discriminación

Por consiguiente, se aprecian cambios laborales experimentados por el desplazamiento de mujeres en el seno de migraciones internacionales⁹ en los que es posible detectar dentro del mercado de trabajo una serie de características: a) cambios a otras actividades respecto de las que tradicionalmente venían desempeñando en su lugar de origen, por tratarse de actividades inexistentes o inaccesibles para ellas; b) perpetuación de actividades, cuando no alteran su perfil en cuanto al sector productivo en que se mueven (el servicio doméstico, particularmente); c) acceso a ciertos niveles de trabajo cualificado (el conocimiento de idiomas, el dominio de conocimientos específicos relacionados con el país o la cultura de la que provienen, así como otros factores de naturaleza similar las convierte en candidatas a puestos de relevancia en las economías nacionales o en actividades de alcance internacional); d) actividades de intermediación cultural, en las que con facilidad encuentran empleo, justamente para facilitar el desarrollo de actividades y mecanismos de integración de la población inmigrante en los lugares de origen.

IV. DIFICULTADES PARA LA INSERCIÓN DE MUJERES INMIGRANTES

Las mayores y principales dificultades a que deben enfrentarse las mujeres inmigrantes son de doble naturaleza, si bien, uno y otro tipo aparecen íntimamente relacionados entre sí.

En primer lugar, las dificultades relativas a la *documentación*, aspecto que como de sobra ya es sabido, constituye –porque así lo ha querido la voluntad del legislador– la piedra angular de toda la ordenación jurídica de la extranjería e inmigración (no sólo por lo que se refiere a España, sino en todos los países que integran el Espacio Económico Europeo). Buena muestra de ello es que la documentación relativa a su identidad personal, así como a sus condiciones de entrada, residencia y trabajo se ha visto notablemente alterada en España en sólo cuatro años (cuatro reformas de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros y de su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000 y objeto de reforma por las Leyes Orgánicas 11/2003 y 14/2003 –en adelante, LOE– reformas, por tanto, acontecidas entre los años 2000 y 2004, evidencian el nivel de tensión, desacuerdos y correcciones imprescindibles que ha sido preciso abordar) y no debe olvidarse que la comunitarización de las políticas de inmigración dentro de la UE a partir de mayo de 2004 da lugar a que sean las instituciones competentes de la UE las que deban sentar las bases de la política de entradas y estancia de inmigrantes extracomunitarios en toda Europa. La primera de esas medidas en relación con el control de flujos migratorios hacia Europa ha sido recientemente aprobada por el Consejo, por medio del Reglamento/CE n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código Comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras exteriores (Código de fronteras “Schengen”)¹⁰, cuya entrada en vigor está prevista para noviembre de 2006.

(9) Vid. más extensamente, G. MARTÍN MUÑOZ, y A. LÓPEZ SALA: *Mujeres musulmanas en España. El caso de la inmigración marroquí*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2001.

(10) DOCE L 105, de 13 de abril de 2006.

Actualmente, y por decirlo aquí de forma absolutamente sintética, la regulación jurídica es extremadamente compleja, invita a una excesiva burocratización y resulta manifiestamente rígida (obligando a salidas inexplicables para volver a entrar), lo que dificulta poner en práctica políticas de inmigración proclives a fomentar una integración efectiva de las personas que acuden a trabajar en nuestros mercados.

En segundo lugar, la *situación familiar* de las mujeres inmigrantes. Para atender a esta cuestión se podría traer a colación la codificada dicotomía entre tipos de migración femenina. Una, en sentido tradicional tildada como “*migración de arrastre*”, en la medida en que se trata de una migración de seguimiento del “cabeza de familia” (entiéndase, cabeza masculina) y que obedece al esquema originario de los movimientos migratorios realizados inicialmente por varones. Otra, el desplazamiento protagonizado por la mujer “*con un proyecto migratorio propio*”. De ambos tipos, se ha señalado el mayor peligro que para la mujer entraña la migración “de arrastre” en la medida en que la posición de la mujer queda condicionada a los vínculos de parentesco y relación marital con el sujeto reagrupante¹¹, máxime si se tiene en cuenta las cautelas y recelos con que ha venido regulándose la institución de la reagrupación familiar.

V. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

En España, la LOE y su Reglamento de ejecución (RD 2393/2004, de 30 de diciembre) contienen el régimen jurídico de aplicación a la reagrupación familiar, que se asienta sobre los siguientes criterios y pautas de actuación:

A) Para entrar en España se ha de venir provisto de *visado de residencia por reagrupación familiar*. El derecho a solicitarlo es del “reagrupante”, que es el extranjero residente en España (artículo 16.2 de la LOE) siempre que tenga concedida la primera renovación de la Autorización de Residencia, es decir, que ya haya acumulado, al menos, un año de residencia legal en España (el Reglamento, en aras de facilitar la consecución de la misma, ha introducido la concesión de la solicitud de renovación por resolución afirmativa, pero también por silencio administrativo (artículo 42.1).

B) Por sujeto “reagrupado” hay que entender que se trata de aquel que ha sido autorizado a permanecer en España en situación de “residencia temporal por razón de reagrupación temporal” (se trata de una de las situaciones administrativas contempladas normativamente con un tratamiento específico), artículo 38 del Reglamento. En tal sentido, se especifica que pueden serlo:

a) el cónyuge: no ha de encontrarse separado “de hecho” o “de derecho”; no favorece a cónyuges cuando se trate de matrimonios celebrados en fraude de ley; no es posible reagrupar a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero residente admita esa modalidad de matrimonio; sólo es posible reagrupar al último de los cónyuges en el supuesto de segundas nupcias,

(11) R. MESTRE: “Género e inmigración en el Estado español. Discursos y derechos excluyentes”, *Sociología del diritto*, n.º 1, 1999, pp. 84-85.

Mujeres inmigrantes: la doble discriminación

en cuyo caso es preciso acreditar el procedimiento judicial que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, pensión al cónyuge y alimentos para menores dependientes.

b) los hijos: pueden ser objeto de reagrupación tanto los del residente como los de su cónyuge, incluidos los hijos adoptados; como condición exigible, ha de tratarse de menores de 18 o incapacitados y que no se encuentren casados; si es hijo de un solo cónyuge éste deberá tener la patria potestad en solitario, o bien la custodia, siempre que esté efectivamente a su cargo.

c) personas sobre las que se tiene la representación legal: sólo es posible reagruparlas si se trata de menores de 18 años o incapacitados.

d) ascendientes: tanto del residente como de su cónyuge en aquellos casos en que existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España (ayuda para cuidar nietos, apoyo por motivos de salud, etc.) pero sólo cuando estén a su cargo (siempre que se acredite haber transferido fondos al menos durante el último año de residencia en España, o soportado gastos en una proporción que permita deducir una dependencia económica efectiva).

C) Procedimiento: Se formula la solicitud por el residente al instar la renovación de la Autorización de Residencia. Ha de aportar la siguiente documentación: a) acreditar vínculos familiares; b) justificar ingresos suficientes para el sostenimiento de los familiares de los que se solicita la reagrupación familiar, incluyendo un seguro de enfermedad; c) disponibilidad de vivienda adecuada (Informe Ayuntamiento, o bien Acta Notarial mixta con copia de haber solicitado Informe al Ayuntamiento); d) si es por cónyuge, declaración jurada de que no reside en España otro cónyuge.

La Autorización emitida por la Subdelegación de Gobierno queda en suspenso hasta obtener el Visado de Residencia (deberá solicitarlo el familiar que vaya a ser reagrupado en un plazo de dos meses desde la notificación al reagrupante de la concesión de la autorización; una vez concedido el visado por reagrupación familiar, el familiar reagrupado dispone de tres meses para hacer su entrada efectiva en España).

D) La residencia independiente de los familiares reagrupados, también es posible cumpliendo los requisitos y bajo las circunstancias establecidas en el artículo 41 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000.

VI. UNA REFERENCIA PARTICULAR A LA VIOLENCIA DE GÉNERO SOBRE MUJERES INMIGRANTES

La violencia sobre las mujeres, por la propia condición de éstas, adquiere otras dimensiones específicas cuando concurre en la persona de una mujer que, además, es inmigrante. La vulnerabilidad de su doble condición la convierte en sujeto especialmente demandante de atención en lo que a la tutela de su dignidad se refiere.

En la realidad de la violencia de género sobre mujeres inmigrantes convergen dos planos jurídicos de ordenación. Por una parte, el correspondiente a la ordenación jurídica de la violencia de género propiamente dicha, manifestada por medio de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que incorpora la proscripción de toda discriminación basada en el género. La LO 1/2004 tiene por destinatarias a “todas” las mujeres, sin distinción por razón de nacionalidad, tratando de proteger frente a actuaciones y prácticas discriminatorias tanto a mujeres nacionales como extranjeras, sin distinción en este campo. Por otra, la ordenación proveniente del Derecho de extranjería e inmigración, la Ley Orgánica 4/2000 y sus disposiciones de desarrollo que, sin embargo, tiene por destinatarias a las mujeres no nacionales, no comunitarias, es decir, mujeres originarias de países no miembros de la Unión Europea y cuyo marco contempla un reconocimiento de derechos para inmigrantes, en general y, mujeres inmigrantes en particular, siempre que se encuentren debidamente documentados, ya que la igualdad en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución ha quedado reducido a un “*criterio interpretativo general*” (artículo 3.1 de la LOE), sin que pueda inferirse de ello la configuración de una igualdad efectiva con los españoles en el disfrute de todos y cada uno de los derechos mencionados. El principal factor desencadenante de elementos de desigualdad por razón de la extranjería lo constituye la necesidad de documentación administrativa que permita residir “legalmente” en España, de modo que la carencia de la misma cierra el acceso a un haz importante de derechos.

Por ello, se produce un choque entre ambos planos de ordenación jurídica en el que la prevalencia de uno u otro marco (género o extranjería) determina grados y niveles de protección completamente diferentes en supuestos de violencia de género ejercida sobre mujeres inmigrantes.

El artículo 41.2.b) del RD 2393/2004 que contiene el Reglamento de la Ley de Extranjería permite que el cónyuge reagrupado (se refiere a la mujer inmigrante que ha sido objeto de un proceso de reagrupación familiar por su marido) pueda obtener una Autorización de Residencia independiente cuando sea víctima de violencia de género, “*una vez dictada a su favor una orden judicial de protección*”. Esta exigencia que, aparentemente, la iguala con respecto a las mujeres de nacionalidad española (en el sentido de inferir los derechos de tutela derivados de la violencia de género a partir de una orden de protección), sin embargo, requiere que dicha orden se haya instado tras la interposición de la correspondiente denuncia¹². Es sabido que el proceso de tutela penal articulado en la Ley Orgánica 1/2004 se sostiene sobre cuatro actuaciones básicas: denuncia de la víctima, mantenimiento de la denuncia, declaración en juicio y obtención de sentencia firme. Pues bien, el acto particular de la denuncia resulta particularmente grave cuando quien formula la misma es una mujer inmigrante en situación irregular, por carecer de autorización en vigor para permanecer en España. Y ha sido esta situación (de configuración jurídica contradictoria) la que ha propiciado que ante las denuncias de mujeres inmigrantes indocumentadas la administración policial haya reaccionado con soluciones en las que prima el elemento de extranjería sobre el de género, es decir, haciendo prevalecer su condición de “mu-

(12) Ha de señalarse que la sentencia judicial favorable a la mujer en el caso de maltrato o violación denunciado le permitirá obtener Autorización de Residencia independiente por motivos humanitarios [artículo 45.4.a) del Reglamento de Extranjería].

Mujeres inmigrantes: la doble discriminación

jer extranjera” frente al de “mujer maltratada”, de tal modo que, ante el intento de formulación de denuncia por la violencia ejercida sobre ellas, la respuesta haya sido incoar procedimiento sancionador de expulsión por estancia irregular en España [artículo 53.1.a) de la LOE, causa que admite, como es sabido, procedimiento preferente de expulsión, conforme disponen los artículos 130 y ss. del Reglamento].

La ventilación de este trato recibido por las mujeres inmigrantes en situación irregular¹³ ha obligado al Ministerio del Interior a intervenir en el asunto. La gravedad de esta situación, denunciada por múltiples organizaciones no gubernamentales y por los foros críticos en materia de inmigración, obligó el 10 de julio de 2005 a adoptar una posición institucional a la Secretaría de Estado de Seguridad para la aplicación en forma coordinada de la LO 4/2000, Ley de Extranjería, y de la LO 1/2004, Ley de Violencia de Género, dando lugar a la Instrucción número 14/2005, sobre *Situación de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género*.

Muy cautas, pero sin alcanzar una solución definitiva a esta grave y odiosa contradicción, las Instrucciones establecen que si instada la protección por iniciativa de la mujer maltratada ésta obtiene efectivamente la “orden de protección” por parte del Juzgado de Violencia sobre la Mujer o del Juzgado de Instrucción, quedará en suspensión la orden de expulsión y se podrá beneficiar, asimismo, de una Autorización de Residencia (que habrá de solicitar en el plazo de un mes). La concesión de la Autorización de Residencia (que lleva aparejada Autorización para Trabajar) impedirá proceder a la expulsión; sin embargo, se mantiene la posibilidad de sancionar a la mujer con multa por haber incurrido en situación irregular de su permanencia en España.

No haber acabado con la opción entre expulsión o multa en estos supuestos (artículos 138 y ss. del Reglamento de Extranjería) debe calificarse, sencillamente, como error, porque mantener el poder de sanción inhibe a las mujeres inmigrantes a la denuncia de la violencia sobre ellas ejercida (sea ésta de naturaleza doméstica o en el ámbito laboral). La solución adecuada debería haber sido la exención del procedimiento administrativo sancionador cuando tras la interposición de la denuncia la mujer obtiene la “orden de protección”; sólo así se superaría en términos de adecuación a la Constitución española (artículos 13, 14 y 10.2) la contradicción exhibida entre “orden de expulsión” y “orden de protección” o, lo que es lo mismo, entre sistema de tutela de la dignidad e igualdad y ordenamiento de extranjería.

A modo de síntesis final, es preciso insistir en que la ordenación jurídica de la residencia y trabajo de las mujeres inmigrantes sigue siendo muy compleja, de difícil cumplimiento: es fácil caer en la irregularidad y es difícil recuperar la regularidad. Particularmente, las mujeres inmigrantes en situación irregular se sitúan en el último eslabón de la cadena social, en la zona de exclusión del sistema social, expuestas a todo tipo de trabajos penosos o abocadas a la

(13) Amnistía Internacional (Sección española) ha denunciado en un Documento que ha hecho público: *Inmigrantes indocumentadas. ¿Hasta cuándo sin protección frente a la violencia de género?* el 24 de noviembre de 2005, las deficiencias aún subsistentes tras la aplicación de la Instrucción 14/2005 y las arbitrariedades a que aún continúan expuestas las mujeres inmigrantes en situación irregular (exclusión respecto del acceso a ayudas económicas, denegación de plazas en centros de acogida, remisión a recursos no especializados en violencia de género, etc.).

prostitución como única vía para poder sobrevivir en un mundo aparentemente desarrollado¹⁴, pero que integra dentro de parámetros de “normalidad” lastres de marginalidad como los aquí expuestos, alimentados por criterios político-económicos útiles al funcionamiento de dicho sistema.

(14) Véase el Dictamen recientemente emitido por el Comité Económico y Social Europeo sobre el tema *Las mujeres y la pobreza en la Unión Europea* (2006/c 24/18), donde se refleja que las mujeres por su condición de inmigrantes están aún más expuestas al riesgo de exclusión social y pobreza, pp. 3 y 4.

ELENA ARCE JIMÉNEZ

Abogada del Colegio de Córdoba
(elena@boloniaabogados.com)

II

Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería. (Libertad de circulación y de residencia en el nuevo “espacio de libertad, seguridad y justicia”)

RESUMEN

LOS FAMILIARES EXTRANJEROS DEL ESPAÑOL EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA. (LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y DE RESIDENCIA EN EL NUEVO “ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA”)

El objeto del presente trabajo está constituido por la situación (entrada y residencia) de los familiares, nacionales de terceros Estados, de españoles, excluida del régimen general de extranjería, establecido en la LOEXIS y su Reglamento de desarrollo. Su régimen aparece contemplado en el RD 178/2003, de 14 de febrero, cuyo artículo 2 considera como familiares a los cónyuges, descendientes y ascendientes, que cumplan los requisitos siguientes: al cónyuge: no estar separado de derecho; al descendiente: ser menor de 21 años o mayor de 21 años si acredita vivir a sus expensas; al ascendiente: acreditar su dependencia económica del ciudadano español. Al no estar suficientemente desarrollado el régimen jurídico de estos familiares en la citada norma, se hará una comparación de su situación con la de los familiares nacionales de terceros Estados de los ciudadanos comunitarios y con el régimen de reagrupación familiar de los extranjeros no comunitarios residentes en nuestro país.

ABSTRACT

THE FOREIGN RELATIVES OF THE SPANISH CITIZEN IN THE ALIENAGE RIGHT. (FREEDOM OF MOVEMENT AND RESIDENCE IN THE NEW “SPACE OF FREEDOM, SECURITY AND JUSTICE”)

The object of the present work is constituted by the situation (entrance and residence) of the relatives, national of third country, of Spanish citizens, excluded of the general regime of

Elena Arce Jiménez

II

alienage, established in the LOEXIS and its development Regulation. Its regime is contemplated in the R.D. 178/2003 of February 14, whose article 2 considers as relatives to the spouses, descendants and ascendants who fulfill the following requirements: to the spouse: not to be separated by right; to the descendant: to be under 21 year old or older than 21 year old if he guarantees to live off his expenses; to the ascendants: to guarantee their economic dependence of the Spanish citizen. Not having been sufficiently developed the juridical regime of these relatives in the mentioned norm, a comparison of their situation will be made with that of the national of third countries relatives of a community citizen and with the regime of family reunification of non community aliens resident in our country.

SUMARIO

I. Introducción.

II. Estado de la cuestión en el derecho comunitario. A) Familiares nacionales de terceros Estados de ciudadanos comunitarios que han ejercido el derecho a la libre circulación y residencia en otro Estado de la UE. B) Familiares reagrupables de ciudadanos extranjeros residentes legales en la UE.

III. Estado de la cuestión en derecho español. A) Ámbito de aplicación del RD 178/2003. B) Situación de los familiares de comunitarios. C) Los familiares de los españoles. D) Otros familiares de españoles no incluidos en el ámbito de aplicación del RD 178/2003: progenitores en situación documental irregular de menores españoles.

IV. Bibliografía.

Este artículo forma parte del trabajo de investigación, tutelado por la Dra. Gloria Esteban de la Rosa, Profesora Titular de Universidad en el Área de Derecho internacional privado de la Universidad de Jaén, con el que se ha obtenido la suficiencia investigadora y el certificado-diploma acreditativo de los estudios avanzados dentro de la línea de investigación “Régimen de entrada, estancia y permanencia de los extranjeros en territorio español y comunitario”, perteneciente al Programa de Doctorado “Regulación de la nacionalidad, inmigración e integración de los

Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería

II

extranjeros en España”, que organiza el Departamento de Derecho público y Derecho privado especial de la Universidad de Jaén (2002-2004).

“ya no es posible hablar con decencia de democracia, igualdad, garantías, derechos humanos y universalidad de derechos si no tomamos finalmente en serio la Declaración Universal de Derechos de la ONU de 1948 y los pactos sobre derechos de 1966; si los encerramos dentro de los confines establecidos de nuestras democracias, ampliados quizá a los de la fortaleza Europa; si seguimos disociando derechos del hombre y derechos del ciudadano, preocupándonos sólo de éstos y no de aquéllos. Tras la caída de los muros y el fin de los bloques, ya no hay coartadas para que la democracia, cuyo triunfo celebramos, no se haga verdad a sí misma.”

L. Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil*

I. INTRODUCCIÓN

En España, como nuevo país de inmigración, el desarrollo del fenómeno migratorio va de la mano del proceso de europeización (RIBAS MATEO 2004, 141). Hemos pasado, casi de manera simultánea, de perder nuestra condición de país de emigración a ser miembros de la Unión Europea y asumir un papel importante en Europa como país receptor de inmigrantes. Conforme a los datos facilitados por la Secretaría de Estado de Emigración e Inmigración, a 31 de marzo de 2005, el número de extranjeros con autorización de residencia en vigor en España ascendía a 2.054.453. En Andalucía, los datos del Observatorio Permanente de la Inmigración a abril de 2005 cifran en 240.475 el número de extranjeros residentes en nuestra Comunidad Autónoma, de ellos, más de la mitad, 126.850, son titulares de tarjeta en régimen comunitario. En este contexto han aparecido unos “extranjeros privilegiados” por su vínculo familiar con el ciudadano español. Por lo tanto, y a diferencia de otros países de la UE, tradicionales receptores de inmigrantes, en España se ha regulado al mismo tiempo la entrada de nacionales procedentes de terceros Estados, el ejercicio de la libre circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios y sus familiares y, por último, el régimen jurídico de los familiares extranjeros de los españoles. De las 707.025 tarjetas en vigor, en régimen comunitario, en abril de 2005 (34,41% del total de extranjeros residentes), 507.036 corresponden a ciudadanos nacionales de la Unión Europea. Por lo tanto, casi doscientas mil personas (199.989) son titulares de tarjeta comunitaria sin ser ciudadanos de la Unión Europea. No existen datos oficiales que desglosen quiénes son esos beneficiarios, esto es, si son titulares de tarjeta por ser familiares de residentes comunitarios o de españoles, ni tampoco cuántas de estas tarjetas corresponden a ascendientes, descendientes o cónyuges. Sin embargo, hay varios datos del Boletín de Inmigración del Observatorio Permanente de la Inmigración (datos de abril 2005), como son la media de edad (42 años) y la nacionalidad de los titulares de las mismas, que nos dan claves importantes sobre el perfil de estos familiares. Respecto a la nacionalidad de procedencia, la mayoría corresponden a ciudadanos iberoamericanos con 139.867 tarjetas. Tres países de tradicional emigración española como son Argentina, Venezuela y Cuba arrojan estos datos:

Tabla n.º 1: Nacionalidades más representadas según régimen general o comunitario

Procedencia	Régimen general	Régimen comunitario	Total
Argentina	29.758	29.250	59.008
Cuba	14.310	17.107	31.417
Venezuela	6.220	11.107	17.327

Fuente: Boletín de Inmigración del Observatorio Permanente de la Inmigración (datos de abril 2005).

Como se observa de los datos expuestos en la anterior tabla, casi la mitad de los argentinos son titulares de tarjeta en régimen comunitario. Los casos cubano y venezolano son llamativos ya que el número de ciudadanos que es titular de tarjetas en régimen comunitario supera al régimen general. Estos países han sido tradicionales receptores de emigración española, por lo que, podemos deducir que muchos de estos titulares de tarjeta en régimen comunitario son familiares de españoles que emigraron en su día. Estas cifras ponen de relieve la necesidad de que se tenga presente la realidad jurídica y social de los descendientes de aquellos españoles que dejaron de serlo y la pervivencia de sus vínculos con España. La última reforma de la normativa española de nacionalidad, a través de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad, no ha permitido adquirir la nacionalidad española, sin acreditar un tiempo de residencia legal en España, a un colectivo importante de estos familiares, en concreto nietos de españoles. El Defensor del Pueblo refleja su preocupación sobre lo que ha supuesto esta reforma (Anuario Defensor del Pueblo, 2003). A su juicio, supone ciertamente un avance notable para resolver una parte de las cuestiones pendientes de nuestro pasado nacional, pero no alcanza a dar una solución definitiva a todas las situaciones que ese pasado ha forzado. Por ello, el Defensor del Pueblo expresa su convicción de que, en el espíritu de la tarea que el artículo 42 de la Constitución proclama, resulta necesario continuar la labor legislativa para acoger como españoles a los descendientes de quienes hubieron de emigrar, ya sea por causas políticas o económicas, de una tierra que no fue capaz de procurar su libertad o su prosperidad y de cuya nacionalidad tuvieron que desvincularse, en muchos casos como una exigencia para mejorar su horizonte vital. El número de españoles que aún residen fuera de nuestras fronteras y los evidentes lazos que aún mantienen con nuestro país se reflejan sin duda en ese grupo importante de familiares que, siendo descendientes de españoles, son hoy día titulares de tarjetas en régimen comunitario. Respecto a los cónyuges extranjeros de ciudadanos españoles, consultando datos del INE, en 1998 se celebraron 9.267 bodas entre españoles y extranjeros. En 2002 la cifra se incrementó, 14.000 matrimonios, y llegó a duplicarse en 2003 (18.825), en este número se incluyen las uniones entre españoles y ciudadanos comunitarios, que representan el 11,5% del total. El dato significativo para este trabajo es que el 88,5% de los contrayentes tenía una nacionalidad que dificultaba la posibilidad de ingresar, trabajar y vivir en España. Según datos del Ministerio de Justicia en 2003 se llevaron a juicio 226 casos (el 1,2% de los 18.825 matrimonios registrados). De ellos 148 fueron declarados nulos.

La realización de este trabajo requiere una delimitación previa de los derechos subjetivos que puede invocar el español que desea convivir con su familia, compuesta por personas que os-

Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería

II

tenta la nacionalidad de un tercer Estado, en el territorio español o en el territorio de un Estado de la Unión Europea (en adelante, UE) o del Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE). Se trata de la libertad de circulación y de residencia, de un lado, de la vida en familia, de otro y, por último, del derecho a no ser discriminado por razones de nacionalidad.

Las estadísticas muestran que el derecho a la libre circulación y residencia en otro Estado de la Unión Europea ha sido y continúa siendo un derecho escasamente ejercido por los ciudadanos de la Unión. Así, los datos sobre movilidad del Anuario Eurostat del año 2001 señalan que menos de 6 millones de ciudadanos comunitarios viven en otro Estado miembro (lo que significa el 15% de la población comunitaria antes de la última ampliación), frente a la existencia de más de 13 millones de extranjeros extracomunitarios residentes en el territorio de la Unión. No sucede del mismo modo respecto al difícilmente cuantificable ejercicio del derecho de entrada y salida de un Estado miembro a otro. En el espacio Schengen, el ejercicio de ese derecho se ha convertido para los ciudadanos de la UE en equivalente a la libre circulación dentro de su propio Estado. Respecto a sus familiares, siguen existiendo barreras administrativas, y en algunos casos de derecho interno, que continúan poniendo trabas al libre ejercicio del derecho. (FERRER GÓMEZ, 2001). Véanse las Sentencias del TJCE de 17 de junio de 1997, de 19 de enero de 1999 y de 25 de junio de 2002.

La situación actual viene aún marcada por el hecho de que la libre circulación y el derecho de residencia de los familiares nacionales de terceros Estados en el territorio de la Unión Europea, sigue vinculada principalmente al hecho de que el ciudadano comunitario ejerza o haya ejercido su actividad económica en el territorio de otro Estado. Esta afirmación es matizada por la jurisprudencia del TJCE de forma constante, se han establecido unos mínimos que “el Estado miembro puede exigir a los nacionales de un Estado miembro que quiera disfrutar del derecho de residencia en su territorio, que dispongan para sí mismos y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida y de recursos suficientes a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida” (Sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 2002, apartado 87). En las conclusiones presentadas ante TJCE el 6 de febrero de 1997, por el Abogado general Sr. Fennelly, se resume la doctrina del Tribunal señalando que ha establecido que “la norma general” es que todo nacional comunitario que haya hecho uso del derecho a la libre circulación de trabajadores y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria de libre circulación y residencia.

La modificación del Tratado Constitutivo de la Unión (en adelante TCE) por el Tratado de Ámsterdan (en adelante TA) ha supuesto la sustitución de la idea de un “mercado interior” por un “espacio de libertad, seguridad y justicia”, articulado a partir del nuevo Título IV del TCE/TA, en el que cualquier contacto de una persona, con independencia de su nacionalidad, con el citado espacio supone aceptar que tal relación “interesa” al Derecho comunitario. Ello implica que el Derecho comunitario, tras la entrada en vigor del TA, se interesa también por las, antes consideradas, “situaciones (estrictamente) internas”, véase como ejemplo la sentencia del Tribunal

de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante STJCE) de 16 de enero de 1997. Nuevamente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es artífice de esta comprensión de las “situaciones vinculadas con el espacio/Derecho comunitario” (véanse, en especial, Sentencias de 25 de julio de 2002, asunto MRAX, C-459/1999 y de 19 de octubre de 2004, asunto Chen, C-200/02).

Por tanto, la entrada, estancia y residencia en el territorio español de una persona, nacional de un tercer Estado, que es miembro de la familia de un español residente en España, interesa al Derecho comunitario. Dicho de otro modo, está implicada una libertad comunitaria, la libertad de circulación y de residencia del nacional español, a pesar de que no haya ejercido la movilidad (Martín Pérez de Nanclares, 2002). El principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 12 del TCE/TA) coadyuva también a este resultado, al igual que el artículo 14 de la Constitución española (en adelante CE), como indica el Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de junio de 2004 de la Sala de lo contencioso-administrativo. El legislador español, sin motivarlo de forma expresa en las exposiciones de motivos (en adelante EEMM) de las normas de transposición de las normas comunitarias, hizo extensiva la normativa relativa a la entrada, estancia y residencia de los nacionales de los Estados miembros de la UE y del EEE y de los miembros de su familia (con independencia de su nacionalidad), a la entrada, estancia y residencia en el territorio español, de los miembros de la familia de los españoles.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO

A) Familiares nacionales de terceros Estados de ciudadanos comunitarios que han ejercido el derecho a la libre circulación y residencia en otro Estado de la UE

En la actualidad, nos encontramos dentro del ámbito comunitario con la siguiente paradoja: el legislador comunitario pretende dejar claro que los familiares nacionales de terceros Estados solamente podrán invocar la normativa comunitaria en la medida en que el ciudadano comunitario ejerza alguno de los derechos a la libre circulación y residencia dentro del territorio de la UE, mientras que el TJCE y la doctrina, de manera tímida pero cada vez más clara, interpretan la aplicación de ese Derecho comunitario a los familiares, tomando en consideración la existencia de ese vínculo familiar con el ciudadano comunitario, dejando en un segundo plano el hecho de que éste haya ejercido o no la movilidad dentro de la UE.

El legislador comunitario ha delimitado nuevamente, en la reciente Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (*DOUE* Serie L n.º 158, de 30 de abril de 2004), el ámbito de aplicación personal de la norma, circunscribiéndolo a “cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o residan con él” (artículo 2). En la propuesta de Directiva, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, la Comisión entendió que debía extenderse

Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería

II

la regulación comunitaria sobre reagrupación familiar y residencia a los nacionales de terceros Estados miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no ha ejercido la libre circulación, (el mismo derecho de reagrupación familiar que existe para el que sí la ha ejercido), con la finalidad, según disponía el apartado nueve de su Preámbulo, de evitar discriminaciones entre los ciudadanos de la Unión según ejercieran o no su derecho a la libre circulación. No obstante, la Directiva ha eliminado estas referencias (JIMÉNEZ BLANCO, 2003; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, 2003).

El TJCE, en Sentencia de 5 de junio de 1997 (caso Uecker), analiza el supuesto de una nacional de un tercer Estado que reside en Alemania junto a su esposo alemán. La esposa pretende que se le aplique la normativa comunitaria para evitar las limitaciones que existían en Alemania para contratar a extranjeros, invocando su condición de cónyuge de ciudadano comunitario, sin que su esposo alemán hubiese ejercido su derecho a la libre circulación dentro del territorio de la UE. El TJCE indica que: “una persona, nacional de un país tercero, casada con un nacional de un Estado miembro no puede invocar el derecho conferido por el artículo 11 del Reglamento n.º 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, cuando este trabajador nunca haya ejercido el derecho de libre circulación dentro de la Comunidad”. Este supuesto, recogiendo la que había sido jurisprudencia reiterada del Tribunal hasta ese momento, señala que las normas del Tratado en materia de libre circulación y los Reglamentos adoptados para su ejecución no pueden aplicarse a actividades que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario y cuyos elementos estén situados en el territorio de un solo Estado. Lo anterior constituye “un elemento que limita el desarrollo del principio de libre circulación... la situación del nacional comunitario que no ejerce la libre circulación se ve gravemente perjudicada al no poder reunir con él, sobre la base del Derecho comunitario, a los miembros de su familia”. FERRER GÓMEZ (2001, 13 y 51).

Esa claridad parece ir relativizándose con el paso de los años en la jurisprudencia del Tribunal, aunque en resoluciones que no tienen como objeto principal esta materia, sí podemos observar que el propio TJCE se aparta de su propia doctrina y va abriendo el campo de situaciones que considera tienen conexión con el Derecho comunitario. Así, en la Sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1999 (caso Wijsenbeek) el recurrente, de nacionalidad neerlandesa, fue procesado por haberse negado, con ocasión de su entrada en los Países Bajos, a presentar y entregar su pasaporte al agente de la policía nacional encargado de la vigilancia de las fronteras y a probar su nacionalidad por cualquier otro medio. En una de las alegaciones, el Gobierno irlandés considera que procede declarar la inadmisibilidad de las cuestiones al tratarse en el procedimiento principal de la aplicación en los Países Bajos de una disposición neerlandesa a un nacional neerlandés, el litigio principal es de carácter meramente interno. Sin embargo, el TJCE señaló que el recurrente de nacionalidad neerlandesa, al regresar a los Países Bajos, ejerció su derecho a la libre circulación en el interior de la Comunidad, por lo que puede beneficiarse de la protección que se deriva del Derecho comunitario. En esa misma línea, uno de los argumentos del gobierno belga, que ha opuesto en los asuntos MRAX (Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie) y García Avello, ha sido considerar que el TJCE no tenía competencia para pronunciarse por tratarse de cuestiones de derecho interno. En la Sentencia TJCE de 25 de julio de 2002 el gobierno belga alegó que el legislador nacional equiparó los cónyuges de los nacionales belgas

a los nacionales de Estados miembros con el fin de evitar que se les dispensara un trato menos favorable que el que reciben el cónyuge o los miembros de la familia de un nacional de otro Estado miembro. A juicio del Estado belga, el Tribunal de Justicia carece de competencia para tratar de la situación de un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional belga. El asunto llega al TJCE como una cuestión prejudicial planteada por los Tribunales belgas al TJCE en el marco de un litigio entre el (MRAX) y el Estado belga relativo a un recurso de anulación de la Circular de los Ministros de Interior y de Justicia de 28 de agosto de 1997, sobre el procedimiento de publicación de los edictos matrimoniales y sobre los documentos que deben aportarse para obtener un visado con objeto de contraer matrimonio en el Reino de Bélgica o para la expedición de un visado de reagrupación familiar en virtud de un matrimonio celebrado en el extranjero.

En ese mismo sentido, la Sentencia del TJCE de 2 de octubre de 2003 (caso García Avello) interpreta que tiene competencias para resolver la cuestión que se le plantea, a pesar de que el Estado belga oponía que se trataba de una cuestión de Derecho interno. Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre el Sr. C. García Avello, de nacionalidad española (casado con una ciudadana belga), en calidad de representante legal de sus hijos, y el Estado belga en relación con una solicitud de cambio del apellido de estos últimos. De la lectura del supuesto parecía evidente que el TJCE no iba a entrar a conocer el fondo del asunto por entender que se trataba de una estricta cuestión de derecho nacional. La pretensión en síntesis del recurrente es que sus hijos, nacidos en Bélgica y de madre belga, puedan ostentar los dos apellidos, paterno y materno, conforme al sistema español. Sin embargo, el TJCE no solo entra a conocer el fondo del asunto, sino que relaciona el hecho de que el Estado belga no acceda a la petición del recurrente como una violación de libertades fundamentales comunitarias, en concreto con la libertad de circulación y residencia. El TJCE recuerda que entre las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho comunitario figuran las relativas al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, en particular las relativas al ejercicio de la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros tal y como se halla reconocida en el artículo 18 CE. Si bien, en el estado actual del Derecho comunitario las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad, reconocida a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros. Dicho todo lo anterior, y analizado el supuesto que estudia, no parece posible comprender el final de la argumentación del TJCE en el presente asunto: “Sin embargo, la ciudadanía de la Unión, prevista en el artículo 17 CE, no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario”. Para justificar su intervención en este asunto, el TJCE argumenta que existe dicho vínculo con el Derecho comunitario en relación con las personas que se encuentran en una situación como la de los hijos del Sr. García Avello, que ostentan la nacionalidad belga y también la española. Por tanto, son nacionales de un Estado miembro que residen legalmente en el territorio de otro Estado miembro. Frente a esta conclusión, el Estado belga opuso la circunstancia de que los interesados en el procedimiento principal también tienen la nacionalidad del Estado miembro en que residen desde su nacimiento, Bélgica, siendo ésta la única que le reconocen, argumento al que también se opone el Tribunal, a cuya sentencia nos remitimos.

Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería

II

El TJCE, en Sentencia de 19 de octubre de 2004 (caso Chen), da un paso más y dice: “De entrada, procede desestimar la tesis defendida por los Gobiernos irlandés y del Reino Unido de que una persona en la situación de Catherine no puede invocar en su beneficio las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación y de residencia de las personas por el mero hecho de no haberse desplazado nunca de un Estado miembro a otro”. Esta resolución estudia un supuesto en el que una nacional china reside en el Reino Unido junto a su hija, menor de edad, de nacionalidad irlandesa. La menor no tiene derecho a adquirir la nacionalidad británica conforme a sus normas de nacionalidad. La negativa del Secretary of State for the Home Department a conceder a madre e hija un permiso de residencia de larga duración se basa en que la menor, de ocho meses de edad, no ejerce ningún derecho derivado del Tratado CE, como los previstos en el artículo 5 apartado 1 de las EEA Regulations, y en que la madre no está autorizada a residir en el Reino Unido con arreglo a la normativa citada.

De la anterior jurisprudencia parece deducirse que el TJCE, a pesar de seguir proclamando en cada una de sus resoluciones que la ciudadanía de la Unión no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario, está adoptando un criterio restrictivo a la hora de definir lo que es una situación interna, decantándose cada vez más por ampliar el vínculo de situaciones con el Derecho comunitario que hasta fechas muy recientes eran consideradas internas por el propio Tribunal.

B) Familiares reagrupables de ciudadanos extranjeros residentes legales en la UE

La evolución de la jurisprudencia del TJCE, desde que aparece el Reglamento CEE n.º 1612/68, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, va configurando un derecho a la vida familiar, que se sitúa dentro del ámbito de los derechos fundamentales, de manera casi absoluta para los ciudadanos comunitarios que ejercen el derecho a la libre circulación y para sus familiares y de manera mucho más limitada para los extranjeros residentes y sus familias. El legislador comunitario ha reconocido la importancia de proteger la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, y así lo viene entendiendo el TJCE en su jurisprudencia. En este sentido, puede verse la STJCE de 14 de abril de 2005 (asunto C 157/03), que condena a España.

Es en este nuevo “espacio de libertad”, donde el Tratado de Ámsterdam (título IV) sitúa el derecho a la libre circulación, garantizando la libre circulación entre los Estados miembros de todas las personas, sean o no comunitarias (artículo 61 TCE). Este espacio de libertad debiera incluir además “el pleno sometimiento de las acciones comunitarias o estatales al imperio de la ley y al escrupuloso respeto de los derechos fundamentales, así como la vocación de lograr una plena integración de los extranjeros, comunitarios o no, y sus familias en el Estado en el que residan, limando especialmente las diferencias de derechos que aún les separa de los nacionales de los respectivos Estados” (PÉREZ DE NANCLARES 2002, 69).

La Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 (*DOCE* de 3 de octubre de 2003) sobre el derecho a la reagrupación familiar se dicta con el objetivo de cumplir la obligación de protección a la familia y de respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos de Derecho internacional. Consagra en su considerando cuarto que la “reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia. Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado”. Para garantizar esa protección proclamada fija, según unos criterios comunes, las condiciones materiales para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. En primer lugar, la reagrupación familiar debe aplicarse en todo caso a los miembros de lo que la Directiva llama “familia nuclear: cónyuge e hijos menores de edad” y deja al criterio de cada Estado la decisión de permitir o no la reagrupación del resto de la familia.

El Parlamento Europeo recurrió ante el TJCE los artículos 4.1 y 8 de esta Directiva (asunto C-540/03). El TJCE, en Sentencia de 27 de junio de 2006, desestima el recurso.

Los artículos 4 (“1. Excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la presente Directiva, podrá verificar si cumple con el criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de la aplicación de la presente Directiva.”) 6. (“Excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva. Si las solicitudes se presentaren después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar.”) y 8 (“Excepcionalmente, cuando en materia de reagrupación familiar la legislación existente en un Estado miembro en la fecha de la adopción de la presente Directiva tenga en cuenta su capacidad de acogida, este Estado miembro podrá establecer un período de espera de tres años como máximo entre la presentación de la solicitud de reagrupación familiar y la expedición de un permiso de residencia a los miembros de la familia.”), fueron recurridos por el Parlamento con base en dos argumentos principales; en primer lugar al entender que suponía poner en manos de los Estados la posibilidad de restringir aún más las posibilidades reales que los trabajadores inmigrantes tienen de reunir a sus familias en territorio de la UE. En segundo lugar se invocaba el principio de no discriminación por razón de edad de las personas afectadas.

El TJCE desestima ambas alegaciones, comienza señalando que el artículo 4.1 tiene por efecto, “en circunstancias definidas estrictamente, en concreto en el supuesto de que un hijo mayor de 12 años llegue independientemente del resto de su familia, mantener parcialmente el margen de apreciación de los Estados miembros permitiéndoles, antes de autorizar la entrada y la residencia del menor al amparo de la Directiva, examinar si cumple un criterio de integración previsto por las disposiciones nacionales vigentes en la fecha de aplicación de ésta. No puede considerarse que la Directiva viole el derecho al respeto de la vida familiar. En el contexto de una directiva que impone a los Estados miembros obligaciones positivas precisas, mantiene a

Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería

II

favor de estos Estados un margen de apreciación limitado que no difiere del que les reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia relativa a este derecho para ponderar, en las circunstancias de cada caso, los intereses en conflicto”. Respecto a la edad de un menor y el hecho de que éste llegue independientemente de su familia dice el TJCE que “también son elementos que tiene en cuenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al tomar en consideración los vínculos del menor con los miembros de su familia en su país de origen, pero también los vínculos que tiene con el entorno cultural y lingüístico de este país”.

Respecto al criterio de integración, considera el TJCE que el mismo no es contrario en sí al derecho al respeto de la vida familiar recogido en el artículo 8 del CEDH y que además la integración puede estar amparada por varios de los fines legítimos contemplados en el artículo 8, apartado 2, del CEDH. Para concluir señalando que “el legislador comunitario no incurrió en ninguna contradicción al autorizar a los Estados miembros, en las circunstancias particulares contempladas en esta disposición, a examinar una solicitud desde el punto de vista de este criterio en el contexto de una Directiva que, como se desprende de su cuarto considerando, tiene por objetivo general facilitar la integración de los nacionales de terceros países en los Estados miembros al permitirles llevar una vida familiar gracias a la reagrupación familiar”.

Respecto al argumento de la no discriminación considera el TJCE que: “la elección de la edad de 12 años no es un criterio que viole el principio de no discriminación por razón de la edad, puesto que corresponde a una fase de la vida del menor en la que éste ya ha vivido durante un período relativamente largo en un país tercero sin los miembros de su familia, de manera que la integración en otro ambiente puede resultarle más difícil”. Y por último hace, a mi juicio, una afirmación que resulta difícil de comprender especialmente a la luz de la realidad social de los Estados miembros: “el hecho de no tratar de la misma forma al cónyuge y al hijo mayor de 12 años no puede ser considerado una discriminación injustificada del hijo menor de edad. En efecto, el propio objetivo de un matrimonio es constituir una comunidad de vida duradera entre los cónyuges, mientras que un hijo mayor de 12 años no permanecerá necesariamente mucho tiempo con sus padres”.

En relación al artículo 4.6 que había sido recurrido por el Parlamento al entender que permite a los Estados no permitir la reagrupación familiar de los menores mayores de 15 años, considera el TJCE que: “aunque el artículo 4, apartado 6, de la Directiva tenga por efecto autorizar a un Estado miembro a negarse a que las solicitudes presentadas por hijos menores de edad que ya hayan cumplido los 15 años se sometan a los requisitos generales del artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el Estado miembro sigue obligado a examinar la solicitud en interés del menor y procurando favorecer la vida familiar”.

Los argumentos del Parlamento para recurrir el artículo 8 son en síntesis que con él se permite que los Estados no examinen caso por caso las solicitudes de reagrupación familiar y que el período de espera para la presentación de la solicitud de dos a tres años constituye una limitación importante del derecho a la reagrupación familiar. El TJCE considera sin embargo que lo único que hace esta disposición es mantener a favor de los Estados miembros “un margen de apreciación limitado al permitirles cerciorarse de que la reagrupación familiar se producirá

en buenas condiciones, después de que el reagrupante haya residido en el Estado de acogida durante un período suficientemente prolongado para presumir una instalación estable y cierto grado de integración”. Y que el hecho de que un Estado miembro tenga en cuenta estos elementos y la facultad de diferir la reagrupación familiar en dos o tres años, no menoscaba el derecho al respeto de la vida familiar.

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

A) Ámbito de aplicación del RD 178/2003

El RD 178/2003 regula las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España por parte de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Tienen por tanto derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de los límites establecidos en el capítulo IV. La norma se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Los familiares que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de esta norma, son los señalados en el artículo 2: “a) A su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho. b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas. c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges”.

No existe ni una sola mención en las Exposiciones de Motivos del derogado RD 766/1992 ni en la del RD 178/2003 a estos familiares; ni a cuáles fueron los motivos que llevaron al legislador español a incluirlos en el ámbito de aplicación de la citada norma (ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, 2003). El Tribunal Supremo en sentencia de 10 de junio de 2004 ha dicho que la referencia en el RD 178/2003 a los familiares de españoles junto a los familiares de nacionales de otros Estados miembros de la UE “obedece sin duda a la necesaria igualdad de trato, en función de lo dispuesto en el artículo 14 de la CE en relación con el 19 de la misma, que ha de darse tanto a los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo así como a los españoles”.

El contenido del RD 178/2003 se ha visto alterado por dos sentencias del Tribunal Supremo y una del TJCE que, aunque se refiere al derogado RD 766/1992, afecta sin duda al RD 178/2003. La STS de 10 de junio de 2004, anuló el último inciso del artículo 2 (“y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos”) y el último inciso del apartado 3.4.º del artículo 11 (“y se acredite la convivencia en España al menos durante un año”). La STS de 9 de febrero de 2005 anuló el inciso “o de denegación de tarjetas” del artículo 18.2. La sentencia del TJCE de 14 de abril de 2005 afecta también de manera importante al RD 178/2003, aunque en

Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería

II

este último caso el Gobierno no ha dado cumplimiento aún a las indicaciones que el TJCE realiza en el sentido de considerar contraria al ordenamiento jurídico comunitario la exigencia de visado de residencia al familiar del residente comunitario en España, declarando que el artículo 10.3.d) del hoy derogado RD 766/1992 es contrario al Derecho comunitario. Siendo la redacción del artículo 11.3.c) idéntica al anterior precepto, a mi juicio, con base en la STJCE de 14 de abril de 2005, el artículo 11.3.c) del RD 178/2003 es ilegal.

El RD 178/2003 regula de manera confusa en su articulado la situación de los familiares de los españoles y la de los comunitarios. En ocasiones se refiere de manera distinta a ambos supuestos y en otros de manera ambigua. El artículo 8 regula de manera diferenciada los supuestos de residencia; así el familiar de español obtiene directamente una tarjeta de residencia por cinco años (artículo 8.4) y el familiar del comunitario obtiene la tarjeta con la misma duración que el ciudadano comunitario (artículo 8.3). El artículo 2 incluye a los familiares de los españoles en el ámbito del Real Decreto sin hacer precisión alguna acerca del lugar donde haya de residir el español. Sin embargo, el artículo 11 regula de manera conjunta dos situaciones totalmente distintas. Bajo la rúbrica “Requisitos” se sitúa dentro del Capítulo III “Procedimiento de solicitud, tramitación, expedición y renovación de tarjetas de residencia” y se refiere en su apartado 1 a “Los solicitantes de tarjeta de residencia”. Por lo tanto, en ningún caso se está refiriendo a nacionales españoles. El apartado 3 dice “Cuando los interesados sean familiares de las personas señaladas en el apartado 1 de este artículo, con el alcance previsto en el artículo 2...”. Por lo tanto, es claro que en el apartado 1 se está refiriendo al nacional comunitario que solicita una tarjeta que documenta su derecho a residir en España, tarjeta que, como señala el artículo 6, no es obligatoria para el comunitario. Continúa el artículo 11.3 diciendo que estos familiares (de comunitarios que residen en España) “deberán presentar, además de la documentación mencionada en el citado apartado 1: A) El documento que acredite el vínculo de parentesco con el familiar residente en España. B) La documentación acreditativa de que su familiar reside en España, y, en los supuestos previstos en el artículo 2.b) y c) de este Real Decreto, de que el solicitante vive a expensas de aquél. C) El visado de residencia en el pasaporte, o solicitud de exención de éste, que deberá presentarse conjuntamente con la solicitud de tarjeta de residencia”.

Algunas Subdelegaciones del Gobierno a la hora de interpretar este artículo lo han hecho entendiendo que cuando dice “el familiar residente” el legislador quiere decir que este RD solo se aplica a los familiares de los españoles que residan en España y que, por tanto, no puede ser invocado por familiares cuando el español no reside en España (resolución de la Subdelegación del Gobierno en Córdoba de 3 de julio de 2002, que ha sido anulada por la Sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJA en Sevilla por Sentencia de 19 de mayo de 2005 rec. 904/02). No existe, sin embargo, argumento alguno que avale la anterior interpretación. En primer lugar, porque como ya hemos visto anteriormente el artículo 11.3.c) es contrario a la normativa comunitaria, y por tanto no debe ser aplicado en ningún caso. En el caso concreto de los familiares de español, además no le es de aplicación ninguno de los apartados del artículo 11, por un lado porque el artículo 2 no restringe el ámbito de aplicación a los familiares de españoles residentes en España, sino que tan sólo dice familiares de español y, en segundo lugar, porque el propio artículo 11 los excluye al referirse exclusivamente a los *familiares de los solicitantes de tarjetas*, supuesto en el que en ningún caso podrá encontrarse un ciudadano español.

Y, por último, porque de la lectura de la norma se extraen supuestos en los que el legislador sí ha querido diferenciar de manera clara *dos situaciones*. En este mismo sentido, el apartado 3 del artículo 12 se refiere exclusivamente en las solicitudes de informes previos a los familiares de residentes comunitarios sin hacer mención alguna a los familiares de españoles. Igualmente, la disposición final segunda al referirse a la normativa subsidiaria y supletoria para los familiares no hace referencia alguna a los familiares de los españoles, limitándose a: “La entrada, permanencia y trabajo en España de los familiares de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, a los que se refiere el artículo 2 del presente Real Decreto, se regirán por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, en aquellos casos en que no quede acreditada la concurrencia de los requisitos previstos en el presente Real Decreto”.

B) Situación de los familiares de comunitarios

La norma se refiere a los familiares, nacionales de terceros Estados, de ciudadanos comunitarios que, en el ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia, trasladan su residencia a territorio español. El derecho a residir en España del familiar nacional de un tercer Estado de un ciudadano de la Unión Europea estará supeditado a que el ciudadano comunitario ejerza su derecho a residir en nuestro país. Los familiares de ciudadanos comunitarios continúan entrando a día de hoy en territorio de la UE y, a pesar de los avances en unificación de las políticas de inmigración de los Estados miembros, “bajo la regulación de las leyes de extranjería del Estado en el que pretenden residir y desarrollar una actividad laboral. Eso significa que se ven privados de la protección de la normativa comunitaria en el marco de la libre circulación y por ende de la jurisprudencia del TJCE tanto en este ámbito como en aquellas situaciones en que deba considerarse la posible vulneración de un derecho fundamental producto de una decisión que afecta al Derecho comunitario”. (FERRER GÓMEZ, 2002).

La situación de los familiares nacionales de terceros Estados de ciudadanos comunitarios que se desplazan a España ha sido objeto de varias llamadas de atención y recomendaciones al Estado español por la Unión Europea. La Sentencia del TJCE de 14 de abril de 2005 condena a España en el asunto C-157/03 por el incumplimiento de las Directivas 68/360/CEE, 73/148/CEE, 90/365/CEE y 64/221/CEE. El fallo de la sentencia declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 68/360/CEE, 73/148/CEE y 90/365/CEE, al haber supeditado la expedición de una tarjeta de residencia a nacionales de un tercer país, miembros de la familia de un nacional comunitario que ha ejercido su derecho de libre circulación, a la obtención de un visado de residencia previa a la entrada en el territorio nacional. Asimismo declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a la Directiva 64/221/CEE, al no haber expedido la tarjeta de residencia en el plazo más breve y, a más tardar, dentro de los seis meses siguientes a la solicitud del permiso.

Con anterioridad a la entrada en vigor del RD 178/2003, el TJCE ya se había pronunciado en materia de visados de familiares de ciudadanos comunitarios, en Sentencia de 25 de junio de 2002, asunto MRAX, sin que el legislador español, como veremos, lo tuviese en cuenta. A mi juicio,

Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería

II

el fallo de esta sentencia, respecto a la situación en España, ofrecía dudas de interpretación, que la Sentencia del TJCE de 14 de abril de 2005 se ha encargado de disipar. El TJCE declaró con ocasión del asunto MRAX lo siguiente: “Sin embargo, con arreglo a los artículos 3, apartado 2, de la Directiva 68/360 y 3, apartado 2, de la Directiva 73/148, cuando un nacional de un Estado miembro se desplace dentro de la Comunidad con el fin de ejercer los derechos que le son conferidos por el Tratado y por dichas Directivas, los Estados miembros pueden exigir un visado de entrada u otra obligación equivalente a los miembros de su familia que no posean la nacionalidad de ninguno de los Estados miembros. La lista de los países terceros cuyos nacionales deben hallarse provistos de visado para atravesar las fronteras exteriores de los Estados miembros se fijó mediante el Reglamento n.º 2317/1995, sustituido por el Reglamento n.º 574/1999, a su vez reemplazado por el Reglamento n.º 539/2001”. No obstante, las conclusiones de la sentencia matizaban de tal modo los supuestos de exigencia de visado que era difícil comprender a qué supuestos se refería, y especialmente era aventurado señalar los efectos que la misma tenía sobre la norma española. Así, la sentencia dejaba claro en primer lugar que un Estado miembro no podía denegar en la frontera la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intentaba entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pudiese probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurrían circunstancias que permitiesen demostrar que representaba un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública en el sentido de los artículos 10 de la Directiva 68/360 y 8 de la Directiva 73/148.

Se planteaba entonces, respecto a nuestra normativa interna, la siguiente cuestión: ¿es conforme a la normativa europea la exigencia de un visado al familiar nacional de un tercer Estado de un español o de un ciudadano comunitario? El TJCE, por Sentencia de 14 de abril de 2005, en el asunto C-157/03 contra el Reino de España, ha respondido de manera negativa, al considerar que el visado de residencia, requerido conforme a la legislación española, es un instrumento por el que las autoridades nacionales examinan, *antes* de la entrada en el territorio español, las razones por las que un nacional de un tercer país desea residir durante más de tres meses en el territorio nacional. A juicio del TJCE ese nacional de un tercer país no debe acreditar ninguna razón adicional al vínculo familiar, con las limitaciones que realiza la norma, para entrar y residir en el territorio. Su derecho procede, como materia de Derecho comunitario, del derecho del nacional comunitario, de manera que someterlo a formalidades previas a la entrada en el territorio nacional equivale no sólo a restringir su derecho (derivado), sino también a restringir el derecho del nacional comunitario.

En la actualidad habrá de interpretar, a la luz de las Sentencias del TJCE de 25 de julio de 2002 y 15 de abril de 2005, dos preceptos: De un lado, el artículo 4.2 del RD 178/2003 (que exige al familiar que no posea la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo el correspondiente visado); y de otro, el artículo 5.2 y 4 de la Directiva 2004/38/CE que aunque prevé la posibilidad de que el Estado miembro pueda exigir el visado al familiar nacional de tercer Estado, prevé de manera expresa en su apartado 4 que se han de otorgar todas las facilidades necesarias para que ese familiar se pueda proveer de documentos que acrediten su condición de familiar, antes de proceder a su retorno. Y todo ello sin olvidar lo que señala la Sentencia del TJCE de 25 de julio

de 2002: “salvo que se haga caso omiso de la eficacia plena de las mencionadas disposiciones de las Directivas 68/360 y 73/148, los visados se expedirán a la mayor brevedad y, en la medida de lo posible, en los lugares de acceso a territorio nacional”.

Por tanto, la cuestión que excede del ámbito del presente trabajo, pero que sin duda es relevante para el mismo, es si el concepto de visado que maneja el legislador español es compatible con el concepto de visado que maneja el legislador comunitario y la interpretación que del mismo realiza el TJCE. El artículo 27.2 de la Ley orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXIS) (tras su modificación por la LO 14/03) ha añadido al concepto de visado que hasta ahora se manejaba en derecho de extranjería español, (título que habilita al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo y solicitar su entrada), un nuevo concepto, el de “habilitará al extranjero, una vez se ha efectuado la entrada en territorio español, a permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta de identidad de extranjero”. La EM de la LO 14/2003 justifica este cambio desde una nueva concepción del visado como un elemento que agiliza y simplifica los trámites para el extranjero. Sin embargo, parece que lo que pretende evitar es la interpretación jurisprudencial constante y contraria a los intentos del legislador de ceñir a un número cerrado de supuestos lo que son motivos excepcionales; lo excepcional no es sinónimo de poco frecuente. Es conocida la distinción jurisprudencial que subyace en las resoluciones que revisan la actividad de la Administración en las denegaciones de exenciones de visado: en la concesión de un visado existe un amplio margen de discrecionalidad de la Administración; cuando el extranjero traspasa el umbral de nuestro ordenamiento jurídico ese interés del Estado español va a decaer a favor de otros derechos.

Contrasta con la anterior definición de visado la que encontramos en el artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DO L 81, p. 1). A tenor de esta normativa comunitaria se entenderá por visado una autorización expedida por un Estado miembro o una decisión adoptada por un Estado miembro, exigida bien con vistas a la entrada para una estancia prevista en ese Estado miembro o en varios Estados miembros, para un período de una duración total no superior a tres meses; bien la entrada para efectuar un tránsito a través del territorio de ese Estado miembro o de varios Estados miembros, con exclusión del tránsito aeroportuario.

Esa comparación entre las dos definiciones de visado es la que ha realizado el TJCE en sentencia de 14 de abril de 2005 para decidir si la normativa española en materia de visados para familiares de comunitarios se adaptaba a la normativa comunitaria, a pesar de que el visado al que se refiere la normativa comunitaria citada es un visado de estancia y el que regula la normativa nacional es un visado de residencia. Esta diferencia, como se observa en los argumentos de la sentencia, no ha sido tenida en cuenta por el TJCE a la hora de verificar la correcta adaptación de las normas españolas al derecho comunitario derivado de los familiares nacionales comunitarios a la libre circulación y residencia. También en relación a las denegaciones de visados a familiares de españoles, en este asunto concreto a cónyuges, se ha pronunciado en contra de

Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería

II

España la Sentencia de 31 de enero de 2006 del TJCE, en el asunto C-503/03, al declarar que el Estado español incumple la normativa comunitaria al haber denegado la entrada en España a dos cónyuges de ciudadanos comunitarios por el solo hecho de figurar como no admisibles en el SIS, sin haber verificado previamente que su presencia pudiera suponer una amenaza actual, real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad.

Respecto a la exigencia del visado tanto para el familiar del español como para el del comunitario, desde la publicación de la Sentencia del TJCE de 25 de julio de 2002 hasta la Sentencia del TJCE de 14 de abril de 2005, los Tribunales españoles no han mantenido un criterio unánime. Tan solo el Tribunal Superior de Justicia de Canarias se viene pronunciando de manera clara desde el año 1997 (véase por todas la STJC de 28 de junio de 2004). La Sala de lo Contencioso del TSJ se plantea en primer lugar si la norma nacional hace una adaptación correcta de la Directiva comunitaria 90/364/CEE, relativa al derecho de residencia cuando exige, a los efectos de la obtención de la tarjeta de residencia, el visado a los familiares de ciudadanos comunitarios que no posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea; afirma la Sala, que los términos incondicionales y precisos en los que está redactado el artículo 2.1 de la citada Directiva, esto es, que solo podrá exigirse al solicitante que presente un documento de identidad o un pasaporte válidos y que acredite el parentesco, “permiten afirmar que no puede exigirse en ningún caso visado a los solicitantes de permiso o de documento de residencia, aun cuando en este último caso se trate de personas que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de las Comunidades Europeas, pues la norma no permite establecer requisitos especiales en estos casos”

Siguiendo esta línea jurisprudencial y con base en la Sentencia del TJCE de 25 de julio de 2002, planteó la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes “Andalucía Acoge” el recurso contra el RD 178/2003 que fue estimado en parte por el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de junio de 2004. Precisamente la petición rechazada fue la anulación del artículo 11.3.c) del RD 178/2003: “Cuando los interesados sean familiares de las personas señaladas en el apartado 1 de este artículo, con el alcance previsto en el artículo 2, deberán presentar, además de la documentación mencionada en el citado apartado 1: c) El visado de residencia en el pasaporte, o solicitud de exención de éste, que deberá presentarse conjuntamente con la solicitud de tarjeta de residencia”. La argumentación del Tribunal Supremo para no acoger la petición de anulación del artículo 11.3.c) fue que a raíz del convenio de aplicación del Acuerdo Schengen se han eliminado los controles fronterizos entre los Estados miembros firmantes del mismo y se han armonizado los visados de entrada de corta duración y ha logrado la libre circulación de los nacionales de terceros estados, pero solo en relación con una estancia no superior a tres meses en un período de seis meses, estableciendo en su artículo 18 que los visados por una estancia superior a tres meses serán visados nacionales expedidos por cada parte contratante con arreglo a su propia legislación. Esa misma argumentación fue la utilizada por el Gobierno español en el asunto C 157/03, por el que la Comisión de las Comunidades Europeas denunció a España ante el TJCE por considerar que la legislación española en materia de visados de residencia a familiares nacionales de terceros Estados de ciudadanos comunitarios era contraria al Derecho comunitario. Asunto que finalizó con la condena a España por sentencia de 14 de abril de 2005. Los argumentos utilizados por el Gobierno español, idénticos a los del TS en la sentencia citada, que no

fueron tenidos en cuenta por el TJCE, subrayan en primer lugar las diferencias que separan a los visados de entrada de los visados de residencia y alega que el Reglamento n.º 539/2001 sólo se refiere a los visados de corta duración. En consecuencia, sostiene que los Estados miembros tienen competencia para regular los visados de larga duración o de residencia. Continuaba el Gobierno español señalando que no existe armonización a nivel comunitario respecto a la expedición de visados de residencia a los nacionales de países terceros. Y que, por tanto, al no haber adoptado el Consejo las medidas sobre políticas de inmigración en los ámbitos incluidos en el artículo 63 CE, párrafo primero, punto 3, letras a) y b), los Estados miembros siguen siendo competentes en la materia.

Por lo tanto es evidente la primera contradicción entre la interpretación que hace el TJCE de la normativa comunitaria y la que hace el Gobierno español junto al propio Tribunal Supremo; en el derecho español de extranjería, la norma es que todos los visados los expiden las autoridades consulares españolas en el extranjero, y con anterioridad a la entrada del familiar en territorio español, y solo de manera excepcional y en supuestos tasados [artículo 11.3.c) del RD 178/2003] la autoridad gubernativa podrá eximir al familiar de la obligación de acceder a territorio español provisto del correspondiente visado. A estos efectos es irrelevante, a juicio del TJCE, la distinción que realizan las autoridades españolas entre visados de estancia y de residencia. Lo que es contrario al derecho comunitario es supeditar el ejercicio de un derecho, cual es la libre circulación dentro del espacio comunitario, a una formalidad administrativa previa: obtención de visado. A juicio del TJCE, no es válido el argumento esgrimido por el Gobierno español al señalar que al familiar del nacional comunitario no se le exige un visado de estancia sino de residencia para reagrupación familiar. Ese visado que exige la normativa española no figura entre los requisitos que establecen las Directivas 68/360, 73/148 y 90/365 para la expedición del permiso de residencia a los miembros de las familias de nacionales comunitarios. Al establecer esa exigencia, el Gobierno español está obligando a dichos familiares a cumplimentar las formalidades relativas a la residencia antes de su entrada en territorio español, denegándoseles en caso contrario la expedición del permiso de residencia. Y esa exigencia es contraria a lo dispuesto en las Directivas citadas. La Sentencia del TJCE de 14 de abril de 2005 ha declarado la inadecuación de los preceptos del RD 766/1992 referentes a la obtención de visado por parte de los familiares de nacionales comunitarios, contrarios a las Directivas 68/360, 73/148 y 90/365. La cuestión que se plantea es si, tras la derogación del RD 766/1992 por el RD 178/2003 y tras la derogación de las Directivas citadas por la Directiva 04/38, cuyo plazo de transposición finaliza el 30 de abril de 2006, este argumento se mantiene intacto. La similitud de los preceptos que regulan estos supuestos en las nuevas normas nos hacen pensar que así es. En ese mismo sentido se pronunció la Abogada general en sus conclusiones al TJCE, de 4 de noviembre de 2004, en este asunto.

C) Los familiares de los españoles

Es importante recordar, a la hora de abordar este epígrafe, que el RD 178/2003 regula dos supuestos de hecho totalmente distintos. Por un lado, hablamos de ciudadanos comunitarios que deciden trasladar su residencia a España en compañía de sus familiares. En el estado actual del Derecho comunitario hemos visto que el derecho a la libre circulación y residencia de los fami-

Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería

II

liares nacionales de terceros Estados de ciudadanos comunitarios está supeditado a que éstos “acompañen o se reúnan” con el ciudadano de la Unión en el país de acogida. Sin embargo, el asunto dista mucho de estar claro respecto a los familiares nacionales de terceros Estados del español. Ni siquiera es, a mi juicio, asimilable al supuesto de ciudadano comunitario que traslada su residencia a España con sus familiares el caso del ciudadano español que decide regresar a España con su familia procedente de otro país de la UE.

La pregunta por lo tanto es ¿qué derecho o derechos está ejerciendo el familiar de un español nacional de un tercer Estado que desea entrar y/o residir en territorio español? Si, como hemos visto en el epígrafe correspondiente al estado de la cuestión en el derecho comunitario, el espacio de libertad, seguridad y justicia fuese una realidad que los Estados miembros han decidido llevar hasta sus últimas consecuencias, la respuesta sería que ese familiar, en cuanto familiar de ciudadano comunitario, ejerce en cualquier caso una libertad comunitaria ya que está entrando en territorio de la Unión Europea y que su entrada en España le permitirá entrar y circular libremente por el territorio de la UE. Pero sin duda, esta respuesta no es compatible con el estado actual del Derecho comunitario, máxime cuando el derecho a la libre circulación y residencia de los propios ciudadanos de la Unión está aún hoy sometido a ciertas limitaciones, que los Estados se muestran reticentes a hacer desaparecer.

De otro lado, puede considerarse que el familiar de español que desea entrar en territorio español ejercerá una libertad comunitaria si acompaña o se reúne con el ciudadano español que regresa de algún Estado miembro de la UE y que si el ciudadano español se encuentra en España o regresa con su familia a nuestro país procedente de un tercer Estado estaremos ante una cuestión de Derecho interno.

La elección de una u otra perspectiva tiene consecuencias importantes, pues si el citado familiar ejerce un derecho comunitario derivado para poder entrar en España tendrá que cumplir los requisitos de la Directiva de 29 de abril de 2004. Si se trata del cónyuge, tendrá que demostrar que se va a reunir con su cónyuge español en España, si se trata de un hijo tendrá que demostrar que su progenitor se encuentra en España y si es un ascendiente que su hijo se encuentra en España y acreditar además la dependencia económica. Si se trata de una cuestión de Derecho interno, el cónyuge no separado de derecho de un español podrá residir en España con independencia del lugar de residencia de su cónyuge, al igual que el hijo menor de 21 años. Para el mayor de 21 años y para el ascendiente habrá de acreditar que depende económicamente del español. No existe precepto legal alguno que obligue al español a residir en España. En este segundo supuesto, para que su familiar pueda entrar en territorio español, ni se le puede exigir a éstos que acrediten que acompañan o que van a reunirse con el ciudadano español, ni el Estado español hizo reserva alguna al adherirse a la Unión Europea respecto a quiénes debían ser considerados nacionales españoles a efectos del Derecho comunitario, como sí hicieron otros países como, por ejemplo, Reino Unido (véase Sentencia del TJCE de 20 de febrero de 2001).

El lugar de residencia de un ciudadano español no deja de ser una “circunstancia personal” conforme al artículo 14 de la CE y no se puede discriminar a un español en función de su lugar de residencia; máxime cuando la libertad de residencia es otro de los derechos consagrados cons-

titucionalmente, proclamando el artículo 19 que el español “tiene derecho a elegir libremente su residencia”. Esa ausencia de categorías de ciudadanos españoles en función de su lugar de residencia no existe respecto de sus nacionales en los ordenamientos jurídicos de otros países miembros (BLÁZQUEZ PEINADO, 1998). Por ejemplo, el derecho de la nacionalidad del Reino Unido establece diferentes categorías de ciudadanos británicos en función de la naturaleza de los vínculos que los unían con el Reino Unido.

Podría considerarse que si todo español tiene derecho a la libertad de circulación y de residencia en España de conformidad con el artículo 19 de la CE y que este derecho no está supeditado a que “ejerza la movilidad” o resida en España, cualquier miembro de su familia podría entrar y residir en nuestro país alegando el citado derecho (artículo 19 de la CE). Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos decir que el artículo 19 de la CE reconoce a “los españoles” cuatro derechos fundamentales distintos. En primer lugar, el derecho a elegir libremente su residencia, es “el derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente” (ATC 227/1983, STC 28/1999, y STC de 4 de abril de 2005). En segundo lugar, el derecho a circular por el territorio nacional; en tercer lugar, el derecho a entrar en España, que ha sido interpretado por el TC, en Sentencia de 4 de abril de 2005, en el sentido de que lo que protege es la conducta consistente precisamente en pasar de estar fuera de nuestras fronteras a encontrarse en el territorio nacional. Y, por último, el artículo 19 protege el derecho a salir libremente del territorio nacional. A pesar de que el tenor literal del mencionado precepto constitucional alude de forma expresa únicamente a los ciudadanos españoles como titulares de dichos derechos fundamentales, la jurisprudencia de este Tribunal ha declarado que de dicha regulación no puede extraerse la conclusión de que los extranjeros no puedan ser titulares de derechos fundamentales garantizados en la mencionada norma constitucional: “la dicción literal del artículo 19 de la CE es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el artículo 13 de la CE” [SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 2; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4, 169/2001, de 16 de julio, FJ 4.a) y de 4 de abril de 2005, FJ 5], cuyo apartado 1 dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. DE LUCAS MARTÍN afirma que es importante no olvidar al interpretar este apartado 1, que el propio TC (STC 107/1984 y STC 95/2000 en su fundamento jurídico 3) señala que: “la Constitución no establece que los extranjeros tengan en España los derechos y libertades que les atribuyan los Tratados y las leyes, sino aquellos derechos y libertades que garantiza el título I en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

La Sentencia del TC de 4 de abril de 2005 aborda la tarea interpretativa de delimitar los ámbitos constitucionalmente protegidos por los derechos recogidos en el artículo 1. Esta resolución aborda una perspectiva del artículo 19 que no había sido exhaustivamente analizada hasta entonces; el derecho a entrar en territorio español. El Tribunal Constitucional analiza quiénes pueden invocar el derecho a entrar en España, concluyendo que tanto la literalidad del artículo 13.1 de la CE, como en la interpretación sistemática que lo proyecta sobre el artículo 19 de la CE en relación con los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, “el derecho a entrar en España, con el carácter de fundamental, sólo corresponde a los españoles y no a los

Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería

II

extranjeros”. Sin embargo, y aunque no es el objeto de la sentencia comentada, de la argumentación de la misma se pueden sacar interesantes conclusiones de cara a la situación de los familiares extranjeros del español. Argumenta la sentencia dos interesantes cuestiones. La primera de ellas, a mi juicio de importantes consecuencias para los menores de edad de nacionalidad española con padres extranjeros: “el derecho fundamental del nacional a ser en todo momento aceptado por el propio Estado y, por tanto, a entrar en su país, es uno de los elementos esenciales de la nacionalidad y, en consecuencia, una de las diferencias jurídicas básicas en el estatuto personal del nacional y el extranjero, «tradicional binomio» que sólo progresivamente va siendo objeto de «parcial superación», por ahora, en el marco de «una naciente ciudadanía europea» [Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, FJ 3.a)]. La segunda cuestión se refiere a lo que la sentencia llama “supuestos concretos en los que concurren circunstancias específicas que cualifican la situación” (fundamento jurídico 4 *in fine*). Después de, como hemos visto, dejar claro que la titularidad del derecho fundamental a entrar en España no corresponde a los extranjeros, parece como si el TC quisiera dejar a salvo situaciones especiales, al decir: “Debe advertirse, sin embargo, que la argumentación y la conclusión a la que se llegue, que se desenvuelven en un terreno muy general, ni afectan ni se proyectan sobre supuestos concretos en los que concurren circunstancias específicas que cualifican la situación...”. Hace referencia el TC a cuatro supuestos, en primer lugar al régimen jurídico del derecho de asilo (artículo 13.4 de la CE), en segundo lugar al referirse a los ciudadanos de la Unión Europea de los que dice: “el derecho a entrar en España... regulado por tratados internacionales y por otras normas que lo separan sustancialmente del régimen aplicable a los demás extranjeros”; termina refiriéndose a dos situaciones propias del régimen general de extranjería: los extranjeros que ya estén residiendo legalmente en España y pretendan entrar en el territorio nacional después de haber salido temporalmente, y los supuestos de reagrupación familiar. Tras esta sentencia del TC considero que los familiares del español recogidos en el ámbito de aplicación del RD 178/2003 al entrar en España están ejerciendo un derecho fundamental (artículo 19 de la CE), que en el caso de los hijos menores de 21 años y del cónyuge les confiere el mero vínculo familiar con el español. En el caso de los mayores de 21 años y de los ascendientes podrán ejercer este derecho si, además del vínculo familiar, acreditan la dependencia económica del español.

La práctica consular española hace que los supuestos de familiares de españoles y de comunitarios se resuelvan de manera idéntica a los de familiares de ciudadanos extranjeros residentes legales. Los requisitos que se exigen van mucho más allá de lo que la propia norma autoriza. Los Informes anuales al Parlamento del Defensor del Pueblo Español hacen referencia de manera constante desde el año 2002 a las deficiencias de funcionamiento detectadas en las Misiones Diplomáticas españolas en el extranjero. Estas deficiencias afectan muy directamente al ejercicio de derechos por parte de los familiares de españoles y de comunitarios que desean acceder a territorio español. En varios consulados españoles la única diferencia entre el procedimiento para reagrupar al cónyuge del extranjero residente legal y al cónyuge de español o comunitario es que no existe un impreso habilitado al efecto, por lo que se sustituye por la exigencia de un acta notarial en la que el español o comunitario ha de mostrar su voluntad de iniciar los trámites para la reagrupación de su cónyuge, requisito que no encuentra respaldo en norma legal alguna (véase en la página 283 del anuario del Defensor del Pueblo 2004, la queja formulada por una Asociación acerca de la información errónea facilitada en las páginas web de distintos con-

sulados de España). Se sigue exigiendo visado en todo caso al ciudadano extranjero que alega un vínculo familiar con español, los requisitos para la obtención de visado varían en función del Consulado donde el familiar se dirija, el concepto de dependencia económica para ascendientes y mayores de 21 años sigue dependiendo exclusivamente del criterio consular y, por último, y no por ello menos grave, los consulados de España en el extranjero continúan cuestionando la veracidad de los matrimonios contraídos entre ciudadanos españoles y extranjeros, a este respecto pueden consultarse los Anuarios del Defensor del Pueblo desde el año 2002 al 2004 que dan cumplida cuenta de las quejas formuladas, así como de las recomendaciones realizadas por el Defensor del Pueblo y no atendidas por el Ministerio de Asuntos Exteriores. La práctica consular generalizada es que si un ciudadano extranjero acredita su matrimonio con un ciudadano español, se requiera por parte del consulado que el español manifieste su voluntad, mediante acta notarial, de que desea que su cónyuge se reúna con él en España. A mi juicio esa “manifestación de voluntad” carece de apoyo legal alguno. Veamos un ejemplo: ciudadano español que reside habitualmente en un país tercero, no miembro de la UE, y que se encuentra casado con un nacional de ese país tercero. En este supuesto la cuestión a dilucidar es ¿puede residir ese cónyuge en España con independencia de dónde resida el español? Los motivos pueden ser muy variados, por motivos laborales más o menos prolongados el español ha de residir en el extranjero y sin embargo su cónyuge desea residir en España, o bien el cónyuge desea establecer su domicilio en España junto a sus hijos menores, o el cónyuge desea realizar estudios en España, mientras el español reside en el extranjero. Cualquiera de estos supuestos carece de conexión alguna con el Derecho comunitario, pero tampoco encuentra regulación expresa en ninguna norma interna. La conclusión, una vez más, es clara: donde la norma no distingue no se debe hacer distinción; los cónyuges de los españoles solamente habrán de acreditar que no se encuentran separados de derecho para poder ejercer su derecho a residir en España, careciendo de apoyo legal alguno la solicitud de cualquier otro requisito. El concepto de separación de hecho que manejan las autoridades administrativas en materia de visados de reagrupación familiar de cónyuges de español dista con mucho del concepto de separación de hecho que se utiliza en el resto de nuestro ordenamiento jurídico, y cuáles son sus efectos civiles en cuanto al matrimonio. Una vez superado el primer filtro en cuanto a la validez del vínculo matrimonial contraído, esto es, controlada la validez del consentimiento, no existe por tanto motivo alguno que permita a la Administración actuar de manera distinta ante un matrimonio de los llamados mixtos y otro contraído entre españoles. Por lo tanto, y en el supuesto concreto de los matrimonios mixtos entre español y extranjero, rige en primer lugar la presunción de validez, y solo en el caso de que existan indicios se podrá entrar a valorar la presencia de un posible fraude. Una vez constatada la inexistencia de fraude no existe norma legal alguna que permita a la Administración española indagar acerca del lugar de residencia de los contrayentes o de si conviven diariamente o no bajo el mismo techo.

Otra cuestión a plantear es la posible discriminación que se podría plantear, en el caso español, por disfrutar de mejores condiciones, de los familiares de ciudadanos españoles respecto de los familiares de ciudadanos comunitarios. El TJCE se ha ocupado ya de estos supuestos y de otros que algunos autores han llamado “la discriminación a la inversa”, supuestos en los que la normativa nacional puede perjudicar a los familiares de los nacionales comunitarios que no han ejercido la libre circulación dentro del territorio de la UE, dado que el Derecho nacional

Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería

II

no reconoce a esos familiares los derechos que el Derecho comunitario les reconocería si su familiar comunitario hubiese ejercido el derecho a la libre circulación en otro país de la UE. La jurisprudencia del TJCE consagró en primer lugar la necesidad de tratar de forma similar a los cónyuges de los nacionales y de los comunitarios (SANTAOLAYA, 2004). Así, la Sentencia de 7 de julio de 1992 (caso Singh): “que los artículos 48 y 52 del Tratado CE (actualmente artículos 39 de la CE y 43 de la CE, tras su modificación) no se oponen a que los Estados miembros apliquen a los cónyuges extranjeros de sus nacionales normas de entrada y de residencia más favorables que las establecidas por el Derecho comunitario”. Continúa la sentencia citada señalando que “el cónyuge, debe disfrutar, cuando menos, de los mismos derechos que le otorgaría el Derecho comunitario si su esposo o su esposa entrase y residiese en el territorio de otro Estado miembro”.

Más adelante, la Sentencia del TJCE de 11 de abril de 2000 (caso Arben Kaba) da un paso más y declara que no es contrario al Derecho comunitario que un Estado miembro decida privilegiar a los cónyuges extranjeros de sus nacionales en relación a los cónyuges extranjeros de los residentes comunitarios. La normativa de inmigración del Reino Unido exigía a los cónyuges de trabajadores migrantes nacionales de los demás Estados miembros que hayan residido durante cuatro años en el territorio de Reino Unido antes de poder solicitar una autorización para residir en él por tiempo indefinido y que se examine dicha petición, mientras que impone tan sólo una obligación de residencia de doce meses a los cónyuges de personas residentes y establecidas en el referido territorio. Conforme a la sentencia citada, los Estados miembros pueden tener en cuenta la diferencia objetiva que existe entre sus propios nacionales y los de los demás Estados miembros en el momento de fijar las condiciones de concesión de una autorización de residencia por tiempo indefinido en su territorio a los cónyuges de dichas personas. Pueden exigir, para conceder un derecho de residencia incondicional a los cónyuges de personas que no disfrutaran de tal derecho, un período de residencia más largo que el exigido en el caso de los cónyuges de personas que ya poseen tal derecho.

D) Otros familiares de españoles no incluidos en el ámbito de aplicación del RD 178/2003: progenitores en situación documental irregular de menores españoles

El concepto de familia que regula el RD 178/2003 es muy restringido. Nos encontramos con otros familiares, miembros también de lo que podemos llamar familia nuclear, que quedan fuera de este régimen privilegiado de extranjería, aunque resulta a mi juicio insostenible mantener que no sean titulares de ese derecho fundamental a residir en España. De todos los supuestos (parejas de hecho, descendientes mayores de 21 no dependientes, ascendientes no dependientes, incapaces, menores tutelados) destaca el de los progenitores extranjeros de menores de edad españoles. La normativa española de extranjería vigente no permite la obtención de autorización de residencia en España de los padres de los menores, ciudadanos de la Unión o nacionales españoles. Hasta el 7 de febrero del 2005 estas situaciones tenían respuesta y solución en el artículo 49.2.f) del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, ya que se le otorgaba a los ascendientes directos de un menor español, cuando este menor vivía a sus expensas, una exención del visado obligatorio para la obtención de la autorización de residencia y trabajo

(incluso el TS en Sentencia de 1 de diciembre de 2003, se había pronunciado en el caso de que no se acreditaran los medios económicos, concediendo la exención de visado por el mero hecho de la filiación). El RD 2393/2004 ha derogado el anterior reglamento sin recoger en su articulado un precepto similar, por lo que los padres de menores españoles o nacionales de otro país de la Unión Europea, quedan con la normativa española en el más absoluto abandono, sin poder acceder a una autorización de trabajo y residencia, obligando al menor español o comunitario a abandonar su estado o la Unión Europea en compañía de sus padres o negándole al menor el derecho básico al cuidado efectivo y acompañamiento de sus padres, y por ende a la unidad familiar, vulnerándose de este modo lo establecido en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La STJCE de 19 de octubre de 2004, caso Chen, se pronunció en un supuesto similar, relativo al derecho a residir de manera permanente en territorio de la UE de una ciudadana china, madre de una menor de edad de nacionalidad irlandesa. La negativa del gobierno británico a conceder a madre e hija un permiso de residencia de larga duración se basa en que la menor, de ocho meses de edad, no ejerce ningún derecho derivado del Tratado CE, como los previstos en el artículo 5, apartado 1, de las EEA Regulations, y en que la madre no está autorizada a residir en el Reino Unido con arreglo a la normativa citada.

De la jurisprudencia anterior del TJCE (Sentencia del TJCE 18 de junio de 1987, caso Lebon) se desprende que la condición de miembro de la familia “a cargo” resulta de una situación de hecho que se caracteriza porque el titular del derecho de residencia garantiza los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia. En el caso que analiza la sentencia citada se presenta precisamente la situación inversa, ya que el titular del derecho de residencia está a cargo del nacional del Estado tercero que se ocupa de su cuidado efectivo y que desea acompañarlo. En este contexto, la madre de nacionalidad china no puede invocar la condición de ascendiente “a cargo” de la menor de nacionalidad irlandesa, en el sentido de la Directiva 90/364, con el fin de disfrutar de un derecho de residencia en el Reino Unido. En cambio, la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño al que el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 reconocen un derecho de residencia, resida con el niño en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último. Argumenta la sentencia que un niño de corta edad puede invocar los derechos de libre circulación y de residencia garantizados por el Derecho comunitario. La aptitud de un nacional de un Estado miembro para ser titular de los derechos garantizados por el Tratado y por el Derecho derivado en materia de libre circulación de las personas no puede supeditarse al requisito de que el interesado haya alcanzado la edad mínima para disponer de la capacidad necesaria para ejercitar por sí mismo dichos derechos. Ni del tenor ni de la finalidad perseguida por los artículos 18 CE y 49 CE y por las Directivas 73/148 y 90/346 se desprende que el disfrute de los derechos que constituyen su objeto esté supeditado a un requisito de edad mínima. Es evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste. Concluye el Tribunal diciendo que, sólo por esta razón procede responder que cuando, “como sucede en el asunto principal, el

Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería

II

artículo 18 CE y la Directiva 90/364 confieran un derecho de residencia por tiempo indefinido en el Estado miembro de acogida a un menor de edad nacional de otro Estado miembro, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho ciudadano resida con él en el Estado miembro de acogida”.

Las resoluciones dictadas en la materia por tribunales españoles son aún escasas. Hasta que la Sala de lo Contencioso del TSJPV dictó la Sentencia de 10 de marzo de 2006, recurso de apelación n.º 607/2005, que analizaré seguidamente, tan sólo existían referencias a estos supuestos en caso de expulsión; así la Sentencia del TS (Sala 3.ª, Sección 5.ª) de 26 de enero del 2005, declaró la nulidad de la expulsión de la madre de nacionalidad brasileña de un menor español. La STSJPV de 10 de marzo de 2006 confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de los de Bilbao de 22 de septiembre de 2005 por la que se estima el recurso interpuesto contra la denegación de exención de visado y la expedición de la tarjeta de familiar en régimen comunitario solicitada el 13 de noviembre de 2003. Se alegó la infracción del artículo 8.3 en relación con el 2.c) del RD 178/2003. La recurrente de nacionalidad rumana convivía de forma estable con un ciudadano español desde el mes de marzo de 2001, estando inscrita la relación en el registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco. El día 9 de enero de 2003 nació el hijo de ambos que goza también de la nacionalidad española. Señala la sentencia que al supuesto planteado en el recurso le es de aplicación el apartado c) del artículo 2 del RD 178/2003 y aplica al caso la STJCE de 19 de octubre de 2004, caso Chen, analizada al comienzo de este apartado. El TJCE sí se ha pronunciado, en Sentencia de 19 de octubre de 2004, caso Chen, en un supuesto similar, relativo al derecho a residir de manera permanente en territorio de la UE de una ciudadana china, madre de una menor de edad de nacionalidad irlandesa. La negativa del gobierno británico a conceder a madre e hija un permiso de residencia de larga duración se basa en que la menor, de ocho meses de edad, no ejerce ningún derecho derivado del Tratado CE, como los previstos en el artículo 5, apartado 1, de las EEA Regulations, y en que la madre no está autorizada a residir en el Reino Unido con arreglo a la normativa citada.

De la jurisprudencia anterior del TJCE (Sentencia del TJCE 18 de junio de 1987, caso Lebon) se desprende que la condición de miembro de la familia “a cargo” resulta de una situación de hecho que se caracteriza porque el titular del derecho de residencia garantiza los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia. En el caso que analiza la sentencia citada se presenta precisamente la situación inversa, ya que el titular del derecho de residencia está a cargo del nacional del Estado tercero que se ocupa de su cuidado efectivo y que desea acompañarlo. En este contexto, la madre de nacionalidad china no puede invocar la condición de ascendiente “a cargo” de la menor de nacionalidad irlandesa, en el sentido de la Directiva 90/364, con el fin de disfrutar de un derecho de residencia en el Reino Unido. En cambio, la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño al que el artículo 18 de la CE y la Directiva 90/364 reconocen un derecho de residencia, resida con el niño en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último. Argumenta la sentencia que un niño de corta edad puede invocar los derechos de libre circulación y de residencia garantizados por el Derecho comunitario. La aptitud de un nacional de un Estado miembro para ser titular de los derechos garantizados por el Tratado y por el Derecho derivado en materia de libre circulación de las perso-

nas no puede supeditarse al requisito de que el interesado haya alcanzado la edad mínima para disponer de la capacidad necesaria para ejercitar por sí mismo dichos derechos. Ni del tenor ni de la finalidad perseguida por los artículos 18 de la CE y 49 de la CE y por las Directivas 73/148 y 90/346 se desprende que el disfrute de los derechos que constituyen su objeto esté supeditado a un requisito de edad mínima. Es evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste. Concluye el Tribunal diciendo que, sólo por esta razón procede responder que cuando, “como sucede en el asunto principal, el artículo 18 de la CE y la Directiva 90/364 confieran un derecho de residencia por tiempo indefinido en el Estado miembro de acogida a un menor de edad nacional de otro Estado miembro, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho ciudadano resida con él en el Estado miembro de acogida”.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario (A propósito de la Directiva 2003/86CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar)”, *Revista digital de Derecho de extranjería* <http://www.reicaz.es>.
- BLÁZQUEZ PEINADO, M.^a D., 1998: *La ciudadanía de la Unión*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- DE LUCAS MARTÍN, J.: “La difícil igualdad (A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional)”, *Revista de Derecho Migratorio y extranjería*, n.º 3, julio 2003, Lex Nova, Valladolid.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C. 2003: “Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España: comentario a la L.O. 14/2003, de 20 de noviembre” en C. MOLINA NAVARRETE (coord.): *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, Centro de Estudios Financieros.
- FERRAJOLI, L., 1999: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta.
- FERRER I GÓMEZ, A., 2001: *Libre circulación de nacionales de terceros Estados y miembros de la familia en la Unión Europea*. Barcelona: Instituto Universitario de Estudios Europeos.
- 2002: “Derecho de entrada de nacionales de países terceros cónyuges de nacionales de estados miembros”, *Revista La Ley*, 9 de noviembre.
- JIMÉNEZ BLANCO, P., 2003: “Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, n.º 5771, 30 de abril.

Los familiares extranjeros del español en el derecho de extranjería

II

- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., 2002: *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid: Colex.
- MOYA ESCUDERO, M., 2000: El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería, *La Ley*, 2000-1 (D-25).
- 2001 (coord.): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Granada: Comares
- RIBAS MATEOS, N., 2004: *Una invitación a la sociología de las migraciones*, Barcelona: Bellatera.
- SANTAOLAYA MACHETTI, P., 2004: *El derecho a la vida en familia de los extranjeros*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PILAR FERNÁNDEZ ARTIACH

Universidad de Valencia
(pilar.fernandez@uv.es)

III

La autorización para el trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios españoles

RESUMEN

LA AUTORIZACIÓN PARA EL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS INTERNOS EN CENTROS PENITENCIARIOS ESPAÑOLES

Hasta el año 2002, los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios españoles se venían encontrando con dificultades a la hora de formalizar un contrato de trabajo y entablar una relación laboral, ya fuera con el Organismo Autónomo encargado del trabajo productivo en el interior de los establecimientos penitenciarios, o ya lo fuera con un empresario del exterior. La causa residía en la carencia de la preceptiva autorización o permiso de trabajo.

En este artículo se efectúa un repaso de estas dificultades, y se da cuenta de las normas que han venido, desde entonces, a solventar este problema, realizando un conciso análisis de las Instrucciones de 2005.

ABSTRACT

THE AUTHORIZATION FOR THE WORK OF THE NON COMMUNITY FOREIGNERS INTERNED IN SPANISH PENITENTIARY CENTERS

Until the year 2002, non community foreigners interned in Spanish prisons found with difficulties to formalize a work contract and to establish a laboral relationship, so with the Autonomous Organism responsible for the productive work inside the penitentiary establishments, as with a manager of the exterior. The cause was the lack of the preceptory authorization or work license.

In this article a review of these difficulties is made, and it tackles the norms that have come, from then, to solve this problem, carrying out a concise analysis of the Instructions of 2005.

SUMARIO

I. Introducción.

II. El derecho del interno a un trabajo remunerado y la nacionalidad.

III. Las dudas en torno a la aplicación a los internos extranjeros de la normativa de extranjería sobre autorización de trabajo.

IV. La especial aplicación de la normativa de extranjería sobre autorización de trabajo por cuenta ajena a los internos extranjeros.

V. La regulación de las autorizaciones para el trabajo de los internos extranjeros a través de las Instrucciones del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que la propia Constitución Española (en adelante, CE) reconoce al extranjero en su artículo 13 el goce de las libertades públicas garantizadas en su título I, lo hace “en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Como es por todos conocido, la ley a la que se hace referencia en el precepto es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX), modificada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre y, más recientemente, por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, y desarrollada por Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (en adelante, RLOEx).

La LOEX condiciona el derecho al trabajo del extranjero extracomunitario¹ a la existencia de una autorización administrativa previa en forma de autorización de trabajo², de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35.1 de la CE. Este artículo reconoce el derecho al trabajo de los ciudadanos *españoles*, y no de los extranjeros, circunstancia ésta que ha sido utilizada por el legislador para imponer un régimen jurídico de acceso al trabajo distinto para los extranjeros. De este modo, el artículo 10.1 de la LOEX no reconoce el derecho al trabajo a los extranjeros en general, sino tan sólo a los “extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en

(1) Los ciudadanos comunitarios gozan del derecho a la libre circulación de trabajadores, aplicándoseles el principio de igualdad con los españoles en el acceso al empleo, con base en el artículo 1 del Reglamento CEE 1612/1968 del Consejo, de 15 de octubre.

(2) La disposición adicional primera de la LO 14/2003 introduce con carácter general el término *autorización* en sustitución del clásico *permiso*.

El trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios

III

las disposiciones que la desarrollen³; requisitos que se traducen en la necesidad de contar con autorización de residencia y de trabajo cuando resulten preceptivas.

En el presente artículo se aborda un aspecto muy concreto, y tradicionalmente problemático, de esta materia. Concretamente, el de si los extranjeros no comunitarios internos en un establecimiento penitenciario español necesitan de dicha autorización de residencia y de trabajo para acceder a un empleo, sea en el interior del centro penitenciario o sea en el exterior cuando acceden al tercer grado o a la libertad condicional –supuestos éstos en los que, en definitiva, siguen cumpliendo condena–; en otras palabras, trataré de esclarecer cuál es la regulación que se ha de aplicar, en materia de acceso al trabajo, a los extranjeros extracomunitarios que se encuentran internos en establecimientos penitenciarios españoles, bien sea en la situación procesal de presos preventivos o bien sea cumpliendo condena a una pena privativa de libertad.

II. EL DERECHO DEL INTERNO A UN TRABAJO REMUNERADO Y LA NACIONALIDAD

Entre las actividades que cualquier interno, con independencia de su nacionalidad, puede desarrollar se encuentra el trabajo remunerado⁴, dependiente y por cuenta ajena, objeto de una relación laboral especial cuando se efectúa en un taller productivo del Centro penitenciario gestionado por el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (en adelante, OATPFE), o de una relación laboral ordinaria cuando se trata de internos en régimen abierto o en libertad condicional que contraten con empresas del exterior. El régimen jurídico aplicable a la relación laboral especial viene previsto en el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, en desarrollo del artículo 2.1.c) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET); mientras que a la relación laboral ordinaria se le aplicará la legislación laboral común, sin perjuicio, como señala el artículo 1.2 del RD 782/2001, de la “tutela que en la ejecución de estos contratos pueda realizarse por la autoridad penitenciaria”.

En el acceso a un empleo de estas características, la normativa específicamente laboral contempla un principio de no discriminación en el que se incluye, como categoría sospechosa de discriminación, la nacionalidad del interno. Concretamente, reconoce el artículo 5.1.a) del RD 782/2001 el derecho de los internos trabajadores “a no ser discriminados para el empleo o una

(3) El Tribunal Constitucional ha mantenido, en Sentencia 107/1984, que en cuanto a su contenido se trata de un derecho de configuración legal, que no constitucional, para los extranjeros. Véase a este respecto, PEDRAJAS PÉREZ, F.: “Igualdad y no discriminación del trabajador extranjero en España”, en AA.VV.: *Jornadas sobre la Ley de Extranjería: sus repercusiones en el ámbito laboral*, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, Universidad de Granada, 2001, p. 81. Véanse también ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO: “Los derechos fundamentales de los extranjeros en España”, en RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (coords.): *El nuevo Derecho de extranjería*, Comares, Granada, 2001, p. 34; o TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 118 y ss.

(4) Véanse los artículos 25.2 de la CE y 27.1.c) Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, LOGP).

vez empleados, por razones de nacionalidad, sexo (...)”. En consecuencia, se considera prohibida, por discriminatoria, toda diferencia que se establezca para el acceso al empleo por razón de la nacionalidad. Esto supone la exclusiva aplicación, en la adjudicación de los puestos de trabajo vacantes existentes en los talleres productivos del Centro penitenciario, del orden de prelación contemplado en el artículo 3.2 del RD 782/2001, que no contiene referencia alguna a la nacionalidad del interno. Idéntica mención de la nacionalidad se efectúa en el artículo 4 del Reglamento Penitenciario de 1996, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se establece un principio general de igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la actividad penitenciaria.

La inclusión en estos preceptos de la nacionalidad como una de las circunstancias sospechosas de discriminación, motivada a mi juicio por el progresivo y considerable incremento del número de internos extranjeros en las prisiones españolas⁵, introduce un notable factor de diferenciación respecto de las previsiones de los artículos 14 de la CE, 3 de la LOGP o 4.2.c) y 17.1 del ET.

Sin embargo, la consideración de la nacionalidad como categoría sospechosa de discriminación en el marco de las Instituciones Penitenciarias no significa, necesariamente, que en el acceso al empleo los internos extranjeros no estén sometidos a las disposiciones de la LOEX. Ahora bien, tratar de aportar un poco de claridad a esta cuestión resulta, en mi opinión, necesario, por cuanto las dudas respecto a la aplicación de la normativa de extranjería en lo referente a la autorización de trabajo por cuenta ajena para internos extranjeros han sido constantes, viniendo fomentadas en gran medida, a mi juicio, por las contradictorias posturas sostenidas en este punto por el Ministerio del Interior y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

III. LAS DUDAS EN TORNO A LA APLICACIÓN A LOS INTERNOS EXTRANJEROS DE LA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA SOBRE AUTORIZACIÓN DE TRABAJO

En efecto, tradicionalmente, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (en adelante, DGIP) ha venido interpretando cuál es la situación real de los reclusos extranjeros de una forma que bien podría calificarse como “peculiar”. La DGIP ha sostenido que, mientras estén cumpliendo condena en España, los extranjeros se encuentran en una situación asimilada a la de la “legalidad”, que les permite obtener, incluso, una autorización para trabajar hasta que

(5) En efecto, a pesar de que las últimas reformas normativas en el ámbito penal que afectan directamente al colectivo de extranjeros se dirigieron a facilitar el procedimiento de expulsión de aquellos que cometan delitos, como sustitutivo de la pena –en concreto, con la modificación del artículo 89 del Código Penal de 1995 (aunque también del artículo 57 de la LOEX, relativo al procedimiento administrativo de expulsión) por 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*–, lo que puede provocar una ralentización de la tradicional tendencia al incremento de la población reclusa extranjera en los centros penitenciarios españoles, lo cierto es que ésta, en porcentajes redondos, es muy elevada, sobre todo por lo que respecta a los preventivos –estamos hablando de un 30 por 100 del total de la población penitenciaria actual; porcentaje que se eleva hasta el 52 por 100 cuando se refiere al total de internos preventivos–. Véanse los datos estadísticos de la población reclusa a enero de 2006 publicados en la página web del Ministerio del Interior, así como GARCÍA GARCÍA, J.: *Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria*, ponencia presentada al Congreso Penitenciario Internacional, Barcelona, marzo-abril 2006.

El trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios

III

extingan la relación jurídico-penitenciaria en España⁶. Y ello, al parecer, con independencia de la situación administrativa concreta del extranjero en el momento de su ingreso en prisión, esto es, con independencia de si se trata de un extranjero residente o se trata de un extranjero que se encuentra en situación irregular. Y al margen, además, de que la LOEX no contemple tal circunstancia de asimilación a la legalidad. Quizá sea éste el motivo por el que, en las Instrucciones de la DGIP relativas a los internos extranjeros⁷, tan sólo se haya hecho referencia a la preceptiva tramitación por parte del Establecimiento penitenciario, ante la Comisaría Provincial que corresponda, del Número de Identidad de Extranjero⁸.

No ha sido ésta, sin embargo, la interpretación realizada al efecto por la Tesorería General de la Seguridad Social, que ha venido impidiendo la afiliación y alta de los internos extranjeros por falta de autorización de residencia y trabajo en vigor⁹. A juicio de la Tesorería, aquellos internos extranjeros que quisieran desempeñar un puesto de trabajo por cuenta ajena mientras cumplen condena necesitan de autorización de residencia y autorización de trabajo en vigor, y no una “situación asimilada a la legal” que parece concretarse en una falta de la documentación necesaria. Parece haber existido en este punto una falta total de coordinación y de sintonía en las políticas del Ministerio del Interior y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Sobre esta situación *de facto* incide de forma decisiva, a mi entender, el tradicional y característico olvido en la normativa de extranjería del colectivo de trabajadores extranjeros internos en Establecimientos penitenciarios¹⁰. A tal olvido ha de añadirse la inexistencia de un tratamiento específico de esta materia—los requisitos para el acceso a un puesto de trabajo remunerado de los internos extranjeros— en la normativa penitenciaria y/o en la laboral específica.

En efecto, de entrada, los internos extranjeros, sean preventivos o penados, no se encuentran entre los colectivos excluidos del ámbito de aplicación de la LOEX por su artículo 2, ni encuadrados dentro de las excepciones a la autorización de trabajo contenidas en el artículo 41 de la LOEX.

(6) Puede verse esta interpretación en el *Informe Anual del año 2002* del defensor del pueblo, p. 218.

(7) Instrucción de la DGIP 18/2005, de 21 de diciembre, que revisa y deroga la Instrucción 14/2001, de 14 de diciembre, sobre adaptación de las normas generales sobre extranjeros a la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por LO 8/2000, de 22 de diciembre.

(8) Conforme al artículo 101 del RLOEX, este número es el identificador del extranjero, y deberá figurar en todos los documentos que se le expidan; pero no resulta equiparable a la Tarjeta de Extranjero, documento exclusivo que documenta a los extranjeros en situación de permanencia legal en España.

(9) Véase al respecto el *Informe Anual del año 2002* del defensor del pueblo, p. 224, aunque habla de “*inscripción de los internos extranjeros*”. Resulta evidente que la Tesorería aplicaba de un modo estricto en estos casos el artículo 42 del RD 84/1996, en su redacción anterior a ser modificado por RD 1041/2005, de 5 de septiembre.

(10) A diferencia de lo que sucede con trabajadores sujetos de otras relaciones laborales especiales que de modo expreso son contemplados por la LOEX o su reglamento, como es el caso de los extranjeros que pueden concertar un contrato de personal de alta dirección, para lo cual no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo [artículo 40.a) de la LOEX], o los artistas en espectáculos públicos cuyo trabajo está exceptuado del correspondiente permiso si la estancia se efectúa para realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada [artículo 41.1.g) de la LOEX]. Al respecto, véase BALLESTER PASTOR, M.A.: *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 216-226.

Ello no obstante, más allá de la previsión de su artículo 31.4 –sobre el que más tarde volveré–, la LOEX no contiene referencia expresa a su especial situación. Por su parte, la normativa penitenciaria, integrada a estos efectos por la LOGP y el RP de 1996, nada dice respecto de la capacidad para contratar la prestación de sus servicios por cuenta ajena de los extranjeros internos en un establecimiento penitenciario español. Y, finalmente, también mantiene silencio en esta materia el RD 782/2001, en el que no se contempla regulación específica respecto la capacidad para contratar de los internos extranjeros, ni a los efectos de remisión a la normativa de extranjería o a la legislación laboral común –en la que sí se efectúa tal remisión¹¹–, ni para excluirlos de su ámbito de aplicación –lo que, entiendo, hubiera sido regulación reglamentaria *ultra vires*–.

Todas estas circunstancias –en especial, el hecho de que no se establezcan especialidades normativas en esta materia–, nos llevan, parece que necesariamente¹², a concluir de un modo positivo acerca del preceptivo sometimiento de los reclusos extranjeros a las disposiciones de la LOEX y de su reglamento de desarrollo. En consecuencia, debe sostenerse que, para poder concertar la relación laboral especial o para trabajar en empresas del exterior mientras cumplen condena, necesitan contar con una autorización de trabajo por cuenta ajena. Dicha autorización, en opinión de la doctrina, indudablemente deberá haber sido tramitada por quien desempeña el papel de empresario en esta relación, dada la “especial situación de privación de libertad” del interno trabajador¹³.

IV. LA ESPECIAL APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA SOBRE AUTORIZACIÓN DE TRABAJO POR CUENTA AJENA A LOS INTERNOS EXTRANJEROS

A priori, la aplicación de la normativa de extranjería sobre autorización de trabajo no podría hacerse sin atender a la situación administrativa en que se encontraba el interno extranjero en el momento de su ingreso en prisión, o la situación en la que se encuentra durante su estancia en la misma. Sin embargo, sobre esta última influyen las innumerables dificultades con que se ha topado tradicionalmente el interno extranjero para renovar, o incluso obtener, una autorización de residencia y/o de trabajo durante su estancia en prisión¹⁴.

(11) Artículo 7.c) del ET.

(12) Ello, siempre que no defendiéramos que el derecho al trabajo del interno extranjero encuentra como fuente directa la previsión del artículo 25.2 de la CE, por lo que debería estar sometido a las mismas reglas que el derecho al trabajo del penado español, no quedando sujeto a las reglas específicas que para los extranjeros, con carácter general, prevé nuestro ordenamiento jurídico. Lo esencial en este caso es que primaría la condición de penado sobre la de extranjero, algo que he sostenido en un trabajo reciente: FERNÁNDEZ ARTIACH, P.: *El trabajo de los internos en Establecimientos penitenciarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 309-310.

(13) Véase RODRÍGUEZ MESA, M.J.: “La relación laboral especial de los penados en instituciones penitenciarias”, en *Revista de Derecho Social*, n.º 16/2001, p. 51. Puede entenderse que sea el empresario el sujeto habilitado porque, transcurridos tres meses desde su vencimiento, se considera al extranjero en situación irregular, no pudiendo concederse la renovación del permiso y considerándose la solicitud como inicial –véase en este sentido PUERTA VILCHEZ, J.M.: “Procedimientos y requisitos para la obtención del permiso de trabajo”, en *Jornadas sobre la Ley de Extranjería. Sus repercusiones en el ámbito laboral*, cit., p. 31.

(14) En este sentido, véase GARCÍA ESPAÑA, “Los extranjeros en cárceles españolas”, en LAURENZO COPELLO, P. (coord.): *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 179, donde señala que “con la LOEX

El trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios

III

Por este motivo, una parte de la doctrina¹⁵ entendió que la vía más sencilla para obtener el permiso de trabajo, con independencia de la citada situación administrativa, era la que permitía el derogado Reglamento de la LOEX de 1996¹⁶ en su artículo 74.3, conforme al cual “cuando circunstancias especiales lo aconsejen, la Dirección General de Migraciones podrá conceder validez de permiso de trabajo a aquellos documentos oficiales o privados que reúnan las condiciones que se determinen”.

Así, para quienes defendieron esta idea, entre tales documentos se incluiría la resolución administrativa o judicial de clasificación en tercer grado del extranjero condenado a pena privativa de libertad o de concesión de la libertad condicional. En este orden de cosas, también podría respaldarse la consideración entre los mismos del mandamiento de prisión –en forma de auto– para los preventivos, y del testimonio de sentencia firme para los penados. De este modo, aquel extranjero que ingresare en prisión lo haría provisto del documento administrativo que le habilitaría para concertar una relación laboral.

Finalmente, imagino que con ánimo de resolver toda esta cuestión, la Dirección General de Ordenación de las Migraciones utilizó la solución que le otorgaba el artículo 66.5 del Reglamento de 2001, dictando una Resolución de fecha 4 de diciembre de 2002 por la que se concedía “validez de permiso de trabajo, para el desarrollo de actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios, a la resolución de la autoridad judicial que ordena el ingreso en prisión de los internos extranjeros”. Lo mismo ha sucedido con las resoluciones de clasificación en tercer grado y de concesión de libertad condicional¹⁷.

se ha perdido la oportunidad de dar la posibilidad de que el inmigrante en prisión renueve u obtenga un permiso, aunque sea de forma excepcional, que le permita, en caso de ser imposible su expulsión, acceder al tercer grado ordinario o a la libertad condicional”. Además, también efectúa una crítica del RP de 1996, cuyo contenido resulta a su juicio insuficiente en tanto que no contiene referencia expresa alguna de los casos en que los internos no tienen ningún tipo de documentación o arraigo socio-familiar en España, ni de la forma de compensar estas carencias, pese a su trascendencia de cara a obtener ciertos beneficios penitenciarios dentro del sistema progresivo de cumplimiento.

(15) En ese sentido, HERNANDO GALÁN, M.B.: *Los extranjeros en el derecho penitenciario español*, Colex, Madrid, 1997, p. 68; y CHARRO BAENA, P.: *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 126. Otro sector de la doctrina, sin embargo, llegó a abogar por la creación de un permiso de trabajo especial para los internos extranjeros clasificados en tercer grado, exceptuando este supuesto del ámbito de aplicación de la LOEX por prevalecer la especial relación penitenciaria, en la medida en que ese trabajo constituye parte del tratamiento y un derecho fundamental para el recluso extranjero. Véase VARONA MARTÍNEZ, G.: “Extranjería y prisión: ¿Igualdad material en un sistema penitenciario intercultural?”, en *Eguzkilore*, 1994, p. 72. Por su parte, el defensor del pueblo se declaró partidario de que, para estos reclusos extranjeros clasificados en tercer grado, se habilitaran unas tarjetas específicas similares a la tarjeta de identidad de extranjero, que es el documento con el que cuentan los extranjeros con visado o autorización para permanecer en España según el artículo 105 del RLOEx. Véase el *Informe Anual del año 2002*, p. 219.

(16) Reglamento que fue aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, y sustituido después por el Reglamento de 2001, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio y con un precepto prácticamente idéntico a ese 74.3, el artículo 66.5.

(17) Así lo manifiesta GARCÍA GARCÍA, J.: *Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria*, cit., p. 17.

V. LA REGULACIÓN DE LAS AUTORIZACIONES PARA EL TRABAJO DE LOS INTERNOS EXTRANJEROS A TRAVÉS DE LAS INSTRUCCIONES DEL CONSEJO DE MINISTROS DE 1 DE JULIO DE 2005

El actual Reglamento de desarrollo de la LOEX contiene una previsión similar a la del derogado artículo 66.5 del RD 864/2001. Así, en su disposición adicional primera apartado 4.º dispone que “Cuando circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y en supuestos no regulados de especial relevancia, a propuesta del Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, el Consejo de Ministros podrá dictar instrucciones que determinen la concesión de autorizaciones de residencia temporal y/o trabajo, que podrán quedar vinculadas temporal, sectorial o territorialmente en los términos que se fijen en aquéllas. Las instrucciones establecerán la forma, los requisitos y los plazos para la concesión de dichas autorizaciones (...)”.

A pesar de las críticas¹⁸ que puede recibir el mecanismo descrito en esta disposición adicional, y que tienen que ver, ante todo, con la carencia de requisitos mínimos de publicidad exigidos a estas normas –crítica que, por supuesto, también podía hacerse a las Resoluciones dictadas en aplicación del derogado artículo 66.5–, el Consejo de Ministros ya ha hecho uso de esta potestad, dictando el 1 de julio de 2005 “Acuerdo por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales por parte de los internos extranjeros en los talleres productivos de los centros penitenciarios, y el ejercicio de actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional”.

Primeramente, importa destacar, como notas en común que poseen estas Instrucciones, que en las mismas se acuerda que la concesión de validez de autorización de trabajo tendrá “plenos efectos en materia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social”, lo que debería impedir a la Tesorería General poner trabas a la misma, al tiempo que se advierte de que otorgar validez como autorización de trabajo a ciertas resoluciones no obsta a la consideración como causa de expulsión administrativa, previa a la tramitación del correspondiente expediente, de toda condena a un extranjero por una conducta dolosa que constituya en España delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año –artículo 57.2 de la LOEX¹⁹–, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados o concurran las circunstancias previstas en el artículo 57.5 de la LOEX²⁰.

(18) Véase BALLESTER PASTOR: *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, cit., p. 294.

(19) Artículo criticado, al decir de GARCÍA GARCÍA: *Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria*, cit., p. 15, “por su automatismo, posible vulneración del principio *non bis in idem* y por su efecto perverso sobre los extranjeros con residencia legal que cometen un delito”.

(20) Circunstancias éstas que se sustancian en no haber cometido infracción prevista en el artículo 54.1.a) de la LOEX o no ser reincidente en la comisión, en el término de un año, de una infracción muy grave, y además encontrarse en una de las situaciones siguientes: los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos 5 años; los residentes permanentes; los españoles de origen que hayan perdido la nacionalidad española; o los beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los perceptores de una prestación contributiva por desempleo o beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

El trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios

III

Entrando ya en el análisis concreto del contenido de las Instrucciones, interesa resaltar lo siguiente:

1.º La **Instrucción Primera** concede validez de autorización de trabajo, para el desarrollo de actividad laboral en talleres productivos de los Establecimientos gestionados por el OATPFE, a “toda resolución de la Autoridad judicial que ordene el ingreso en prisión de un interno extranjero”, prolongándose dicha validez “hasta la finalización de las actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios”.

Como puede verse, se está reconociendo validez de autorización de trabajo, al objeto de permitir al interno contratar su prestación de servicios con el OATPFE concertando la relación laboral especial regulada en el RD 782/2001, tanto al Auto de prisión para los preventivos como al Testimonio de sentencia firme para los penados. Se sobreentiende, consiguientemente, que esta Instrucción Primera tiene como destinatarios tanto a los internos extranjeros en situación de prisión provisional como a los penados extranjeros clasificados en primer o segundo grado –que disfrutaban por tanto de un régimen cerrado u ordinario, respectivamente²¹; e incluso, a mi entender, a aquellos clasificados en tercer grado y que no dispongan de un trabajo en el exterior, por lo que disfrutaban de un régimen abierto restringido²² que no les ha de impedir entablar la relación laboral especial.

Estamos ante un reconocimiento automático de la validez de estos documentos como autorización de trabajo, lo que puede inferirse a partir de dos hechos: primero, la dicción literal del texto de la Instrucción (“toda resolución de la Autoridad judicial que ordene el ingreso en prisión de un interno extranjero tendrá validez de autorización de trabajo...”); y segundo, el que no se prevean más requisitos para tal concesión que la comunicación de la resolución a la Subdelegación del Gobierno en la provincia en que esté ubicado el Centro penitenciario –o Delegación del Gobierno en el caso de Comunidades Autónomas uniprovinciales–, así como a la Dirección General de Inmigración, sin contemplar actuación alguna de tales organismos a este respecto. En consecuencia, parece tratarse de una comunicación exigible a los meros efectos de notificación; en definitiva, al objeto de dar cuenta de la existencia de tales autorizaciones especiales a los órganos que habitualmente se encargan de gestionar la concesión de las autorizaciones de residencia y/o trabajo²³, teniendo en cuenta, por lo demás, que las autorizaciones reguladas por la Instrucción no sirven al extranjero para formar parte del mercado de trabajo nacional sino de uno muy específico, que es el existente en el interior de los Establecimientos penitenciarios, donde la oferta y demanda de puestos de trabajo remunerados, gestionada por el OATPFE, se somete a las previsiones del RD 782/2001.

(21) Siempre y cuando se entienda que los internos sometidos a un régimen cerrado pueden desarrollar la prestación de servicios objeto de la relación laboral especial, lo que podría depender en gran medida de la modalidad de vida a la que estén sometidos, en función del espacio físico donde se encuentren destinados. Véase un análisis de esta materia en FERNÁNDEZ ARTIACH: *El trabajo de los internos en Establecimientos penitenciarios*, cit., pp. 294 y ss.

(22) Véase el artículo 82.1 del RP de 1996.

(23) En este sentido, disposición adicional primera, apartado 1.º, del RLOEx.

Ahora bien, aun siendo similar en su redacción y contenido al de la Resolución de la Dirección General de Migraciones de 2002, al observar la forma en que se regula por la Instrucción la duración de la validez de la resolución judicial como autorización de trabajo cabe cuestionarse qué ocurriría con la misma si, otorgado a un interno extranjero un puesto de trabajo aplicando el orden de prelación previsto en el artículo 3.2 del RD 782/2001, la relación laboral especial entablada se extinguiera por cualquiera de las causas previstas en el artículo 10 del mismo Decreto, causas que pueden depender, o no, de la propia voluntad y actitud del interno. ¿Se ha de entender que, al finalizar la actividad laboral por extinción de la relación especial, la resolución judicial deja de tener validez como autorización de trabajo? Evidentemente, esto impediría al interno extranjero volver a contratar su prestación de servicios con el OATPFE, lo que le imposibilitaría ejercer su derecho a un trabajo remunerado reconocido en el artículo 25.2 de la CE.

Para evitar este tipo de dudas, lo más razonable hubiera sido prolongar su validez durante todo el tiempo de internamiento del interno extranjero, o al menos hasta su clasificación en tercer grado o la concesión de libertad condicional. Aunque no ha sido así, una interpretación teleológica del precepto nos debe llevar a considerar que dicha resolución judicial tendrá la citada validez mientras el interno extranjero pueda desempeñar actividades laborales en los talleres productivos de los Centros penitenciarios, con independencia de que entable una o más veces la relación laboral especial regulada en el RD 782/2001. Así se desprendía del texto de la Resolución de 2002, y nada nos hace pensar que la interpretación del texto actual deba ser distinta.

2.º Por su parte, la Instrucción Segunda otorga a la Subdelegación del Gobierno, o Delegación de Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, la potestad de conceder “validez de autorización de trabajo a la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o al Auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional”. Para ello se exige –aun cuando pueden generarse dudas en torno a la naturaleza jurídica de la facultad atribuida a la Subdelegación o Delegación del Gobierno competente, cuestión sobre la que me detendré más adelante– que la condena del penado extranjero no haya sido sustituida por la sanción de expulsión por el Juez o Tribunal sentenciador²⁴ y, además, que el penado extranjero reúna una de las tres condiciones que se analizan a continuación y que se refieren a su situación administrativa en un momento concreto. Ahora bien, ya incluso para la clasificación inicial o progresión a tercer grado de un penado extranjero la Junta de Tratamiento habrá debido valorar previamente si éste reúne una de esas condiciones, pues así lo dispone la Instrucción de la DGIP 18/2005²⁵. Es evidente que tal valoración se exige para que, tras la clasificación, el interno pueda contar con esa autorización especial de trabajo, lo que le permitirá disfrutar de un régimen abierto pleno, pero quizá supon-

(24) El artículo 89 del Código Penal prevé la sustitución de la pena inferior a 6 años por expulsión así como la sustitución de pena igual o superior a 6 años por expulsión al acceder al tercer grado o al cumplimiento de las tres cuartas partes de condena, de forma automática para aquellos extranjeros no residentes salvo que excepcionalmente se aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena, o hayan cometido alguno de los delitos a los que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal.

(25) Literalmente establece que “la Junta de Tratamiento, antes de proceder al estudio y posible propuesta de clasificación o progresión a tercer grado de un penado extranjero con el objeto de desarrollar una actividad laboral en el exterior, deberá valorar si el interno reúne una de las condiciones anteriormente descritas”.

El trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios

III

ga incorporar en el mismo procedimiento de clasificación –inicial o posterior– un factor a tener en consideración que la propia normativa penitenciaria no contempla de un modo expreso. Veamos cuáles son las condiciones exigidas:

a) La primera condición posible es la de hallarse, en el momento de producirse la condena, en la situación de residencia o en la de estancia por estudios, teniendo en cuenta la posibilidad que establece el artículo 31.4 de la LOEX.

Debe destacarse, ante todo, que la exigencia del cumplimiento de esta condición se retrotrae al momento de producirse la condena, por lo que *a priori* no se habrá de ver afectada por las dificultades que el interno extranjero pudiera tener, durante su estancia en prisión, para renovar esa autorización de residencia. A esas dificultades parece estar haciendo expresa referencia la Instrucción cuando alude al artículo 31.4 de la LOEX, donde se prevé que “se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena”. Resulta difícil encontrar otro sentido para la cita de este precepto en este apartado de la Instrucción. Aunque también puede configurarse como una excepción a la causa de expulsión administrativa contemplada en el artículo 57.2 de la LOEX –que afecta a todo extranjero, sea o no residente legal–, si efectuamos un análisis sistemático y conjunto de lo dispuesto en ese precepto y en el artículo 57.5 de la LOEX, como se ha visto también mencionado en la Instrucción Segunda, *in fine*.

Son residentes en el momento de la condena, conforme al artículo 30 bis de la LOEX, “los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir”, tenga la misma carácter temporal o permanente. Dicha condición se acreditará, conforme se establece en la Instrucción de la DGIP 18/2005, a través del correspondiente visado o de la tarjeta de identidad del extranjero, o bien del Testimonio de sentencia, cuando se declare en el mismo la condición de residente legal del penado, o mediante certificación de la autoridad competente sobre la situación del penado extranjero.

Por otro lado, dispone el artículo 33.2 de la LOEX que “la situación del extranjero en régimen de estudiante será la de estancia y la duración de la autorización será igual a la del curso para el que esté matriculado”, pudiendo prorrogarse anualmente “si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial y que cumple los requisitos exigidos por el centro de enseñanza al que asiste, habiéndose verificado la realización de los estudios”. Dicha condición se acreditará, a su vez, mediante la presentación de la tarjeta de estudiante, obligatoria cuando la estancia sea superior a 6 meses (artículo 106.1 del RLOEx).

b) La segunda condición que puede reunir el penado extranjero es la de encontrarse en uno de los supuestos del artículo 45 del RLOEx para la obtención de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, previstos todos ellos para extranjeros que ya se encuentran en España en situación irregular o de mera estancia.

Las circunstancias excepcionales a las que hace referencia el artículo 45 del RLOEx, y que permiten la obtención de una autorización de residencia temporal, son el arraigo laboral, familiar o social (45.2); las razones de protección internacional respecto de los asilados, refugiados o personas desplazadas (45.3), las razones humanitarias (45.4) y la colaboración con las Autoridades españolas o las razones de interés público o seguridad nacional (45.5)²⁶.

En este caso, y a diferencia del anterior, el hecho de encontrarse en cualquiera de los supuestos de ese artículo 45 puede producirse no sólo en el momento de la condena, sino también, caso de no verificarse entonces, en el momento de dictarse la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o el Auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional. Será el interno quien deba aportar la documentación por la que acredite encontrarse en alguno de esos supuestos, salvo que el Centro penitenciario tenga constancia de la misma.

c) La última de las tres condiciones posibles previstas por la Instrucción es la de encontrarse en uno de los supuestos del artículo 72 del RLOEx, para la obtención de una autorización de residencia permanente.

En tales supuestos se hallan: a') los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en territorio español durante cinco años, debiendo aportar como prueba de ello la tarjeta de identidad de extranjero; y b') los enumerados en el apartado 3 de ese artículo 72 del RLOEx, esto es: los residentes beneficiarios de una pensión de jubilación en su modalidad contributiva, o de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, en su modalidad contributiva, o de prestaciones análogas a estas últimas obtenidas en España y consistentes en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento; o bien los extranjeros que hayan nacido en España y al llegar a la mayoría de edad acrediten haber residido en España de forma legal y continuada durante, al menos, los 3 años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud; o bien los que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española; o bien quienes al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los 5 años inmediatamente anteriores de forma consecutiva; o bien los apátridas o refugiados que se encuentren en territorio español y tengan reconocido el respectivo estatuto en España; o, por último, los extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior.

Por lo que respecta al momento en que debe concurrir esta condición, resultan aplicables las mismas consideraciones efectuadas al hilo del análisis de la segunda.

Reseñadas las tres condiciones a que se refiere esta Instrucción, una de las cuales necesariamente debe reunir el penado extranjero si quiere contar con esta autorización especial de trabajo, existe una cuestión en la que merece la pena detenerse. Se trata de las dudas planteadas en tor-

(26) Un análisis de la regulación de estas situaciones, en RUANO ALBERTOS, S.: "Las autorizaciones de trabajo de los trabajadores extranjeros no comunitarios", en *Tribuna Social*, n.º 178/2005, pp. 22-24; y en BALLESTER PASTOR: *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, cit., pp. 244-293.

El trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios

III

no a la naturaleza jurídica de la facultad que se atribuye en la Instrucción a la Subdelegación del Gobierno –o Delegación de Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales–. En una primera aproximación, podría entenderse que no resulta preceptiva para el citado organismo la concesión de validez de autorización de trabajo a la citada resolución o Auto, en la medida en que la fórmula empleada por la Instrucción no parece contemplar la concesión automática, al decir literalmente “podrá conceder... siempre que...”, y no “concederá” o “deberá conceder”. La que sí aparenta ser de ejercicio automático e inmediato, sin embargo, es la obligación que se impone a la DGIP de dar traslado de su resolución o del Auto del Juez de Vigilancia a la Delegación o Subdelegación de Gobierno competente, “a los efectos de la instrucción del expediente de concesión de validez de autorización de trabajo”, y a la Dirección General de Inmigración.

Si la facultad atribuida a la Delegación o Subdelegación de Gobierno fuera de uso discrecional, la denegación habría de ser, entiendo, motivada²⁷ –así lo establece el artículo 53.2 del RLOEx, con carácter general, para los supuestos de denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena–, aunque cabe cuestionar cuáles pueden ser los motivos que justifiquen tal denegación.

Pudieran ser los previstos en el artículo 53.1 del RLOEx –no todos, evidentemente, sino sólo aquellos cuya aplicación al supuesto concreto podría resultar apropiada, como los contemplados en las letras c), d), e), f), g), h) o k)–, si bien obsta a ello que están ligados a la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, no sólo a una autorización de trabajo, y que, además, en la Instrucción no existe una remisión al precepto en cuestión. En realidad, si lo que intenta el Consejo de Ministros, en aplicación de la disposición adicional primera del RLOEx, es configurar un procedimiento extraordinario para un colectivo cuya situación no está expresamente contemplada en la normativa de extranjería, pero para el que circunstancias de diversa naturaleza así lo aconsejan, es innegable que en la Instrucción se regula esta materia de forma incompleta y, sobre todo, sin especificar si los vacíos han de ser colmados mediante la aplicación de la ley y el reglamento de extranjería.

Motivo distinto para la denegación pudiera ser, quizá, la misma inexistencia de una oferta real de trabajo. Lo cierto es que la Instrucción Segunda nada dice respecto de tal posibilidad; antes bien, ni siquiera parece que vincule la concesión de validez como autorización de trabajo a los documentos citados con la existencia o no de un contrato de trabajo ordinario y actual con una empresa del exterior. Esta falta de vinculación tendría posiblemente menor importancia en el caso del penado en libertad condicional –libertad para cuya concesión no se requiere contar con un trabajo en el exterior, si bien durante su cumplimiento el penado puede buscar y encontrar un empleo para el que sí necesite autorización de trabajo–, pero mayor en el caso del penado clasificado en tercer grado –para quien tener o no un puesto de trabajo en el exterior afecta ante todo a su modalidad de vida en prisión, pues si no se tiene se les veda el disfrute de un régimen abierto pleno debiendo conformarse, en su caso, con la modalidad restringida del régimen abierto–.

(27) Lo contrario podría causar en el penado extranjero indefensión, prohibida en el artículo 24 de la CE.

Resulta a mi juicio difícil de admitir el uso discrecional de la facultad de conceder validez de autorización de trabajo a las resoluciones citadas estrictamente fundado en la existencia o no de una oferta de trabajo, siempre y cuando el penado extranjero cumpla las condiciones impuestas por la Instrucción Segunda, y a pesar de la dicción literal de la misma, antes relatada. El hecho de que el penado extranjero no cuente con una oferta de trabajo en el momento en que se instruye el expediente por la Subdelegación o Delegación de Gobierno correspondiente no obsta para que, a futuro, pueda encontrar un puesto de trabajo mientras termina de cumplir totalmente su condena –pues, clasificado en tercer grado o liberado condicional, continúa cumpliendo–. Para poder suscribir entonces un contrato de trabajo, y también a los efectos de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, se le va a exigir contar con la correspondiente autorización administrativa para trabajar, que es lo que se ha tratado de agilizar y facilitar a través del mecanismo descrito en la Instrucción.

Además, como la misma se encarga de señalar, el que se reconozca a los documentos citados la validez de autorización de trabajo no otorga *per se* al penado extranjero la condición de residente, si no la tuviera. En definitiva, se está configurando por la Instrucción un supuesto extraordinario en el que el extranjero no comunitario puede tener autorización de trabajo sin que simultáneamente cuente con la de residencia, lo que le asimila en ese punto a la situación del trabajador transfronterizo²⁸.

Y, por otra parte, la citada validez tiene una duración determinada. Se ha de admitir que la Instrucción Segunda tan sólo trata de facilitar al penado extranjero, y exclusivamente mientras dure su situación de penado, los trámites administrativos de acceso al empleo, sea actual o futuro. Y es que esa autorización especial para trabajar, como he señalado arriba, se encuentra sometida a una duración máxima, que será “de 6 meses y hasta la fecha de cumplimiento de la condena”, aunque podrá renovarse sucesivamente –entiendo que en aquellos casos en que, transcurridos los 6 meses, no se haya extinguido la condena– a solicitud del interesado, y siempre con el tope señalado. En el momento en que el penado extranjero cumpla la condena en su totalidad, esta autorización especial para el trabajo se extinguirá, dejando de producir efectos.

En conclusión, a pesar de clarificarse el panorama normativo aplicable al interno extranjero no comunitario respecto de los requisitos para el acceso a un puesto de trabajo remunerado, lo que tiene mucho de positivo, sin embargo el contenido concreto del Acuerdo del Consejo de Ministros se encuentra aquejado de ciertas deficiencias, que he tratado de poner de manifiesto, y que le hacen merecedor de una valoración final en cierta medida crítica.

(28) Véanse sobre este tipo de trabajador los artículos 43 de la LOEX y 84 del RLOEX.

FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO

Profesor Titular de la Universidad Complutense
de Madrid
(franciscosacristan@ozu.es)

IV

Políticas de acceso al empleo para inmigrantes en España

RESUMEN

POLÍTICAS DE ACCESO AL EMPLEO PARA INMIGRANTES EN ESPAÑA

En este artículo se profundiza sobre aspectos específicos de la política activa del acceso al empleo del colectivo inmigrante y, en concreto, su doble condicionamiento en la regulación jurídica actual: en primer lugar, la obtención de la autorización administrativa para trabajar y, en segundo término, porque su solicitud de permiso para trabajar y el acceso al mismo, debe hacerse desde una situación administrativa autorizada.

ABSTRACT

POLICIES OF ACCESS TO THE EMPLOYMENT FOR IMMIGRANTS IN SPAIN

In this article it is gone deeply into specific aspects of the active politics about the access to the employment of the immigrant community and, to sum up, its double standing in the current juridical regulation: in the first place, the obtaining of the administrative authorization to work and, in second term, because their petition of a license to work and the access to it, should be done from an authorized administrative situation.

SUMARIO

I. Adecuación de ofertas y demandas de trabajo para inmigrantes.

II. La situación nacional de empleo.

III. Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

IV. Bibliografía.

I. ADECUACIÓN DE OFERTAS Y DEMANDAS DE TRABAJO PARA INMIGRANTES

Podríamos coincidir que uno de los objetivos primordiales para dar sentido a esta primera política activa de empleo destinada al colectivo inmigrante, el acceso al empleo, es alcanzar un deseable ajuste entre la oferta de trabajo para extranjeros y la demanda de esta específica mano de obra por las empresas. Pero, el legislador español, en lo referente a la regulación de esta primera política activa, el acceso al empleo del colectivo inmigrante, nos diseña un escenario en el que se refleja como la adecuación entre las dos variables (oferta y demanda) no se puede considerar como una finalidad en sí misma, sino que se encuentra condicionada por una serie de aspectos.

Respecto a la segunda de las variables, la demanda de trabajadores, las empresas son objeto de una intervención en la gestión de las ofertas de empleo que presenten ante los servicios públicos, pues necesitan conocer y consultar la situación nacional de empleo y elegir exclusivamente a aquellos trabajadores extranjeros que tuvieran capacidad, esto es, que dispongan de los documentos administrativos que les capacitan¹.

Así viene indicado en el artículo 38 de la Ley Orgánica de Extranjería, que lleva por título *permiso de trabajo por cuenta ajena*, cuando señala de forma nítida que en la gestión de esa oferta de empleo la administración laboral capacitará al trabajador extranjero: “para la concesión inicial del permiso de trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo”.

Estos dos requisitos anteriores, la comprobación de la situación nacional de empleo y la autorización para trabajar o permiso de trabajo, exigidos por las autoridades administrativas labora-

(1) La capacidad para contratarse del trabajador extranjero está condicionada a la obtención de la autorización administrativa. La jurisprudencia es firme en este sentido, (véase entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo 10 de marzo de 1983) al señalar como a pesar de la realización por el extranjero de una actividad con todos los visos de relación laboral, “... esa actividad y el contrato poseen únicamente apariencia contractual por ser el permiso de trabajo un requisito *sine qua non* en el contrato de trabajo con extranjero”.

Políticas de acceso al empleo para inmigrantes en España

IV

les, tienen como finalidad principal la regulación y control del mercado de trabajo de acuerdo a la tutela del interés general. De manera particular, algunos autores² en sus interpretaciones acerca de la Ley Orgánica de Extranjería mantienen que en la intervención administrativa se conjugan un triple orden de intereses: el del inmigrante, que pretende acceder a un puesto de trabajo, motivo y razón de su entrada y estancia en el país de acogida; el del empresario, que necesita mano de obra y recurre al colectivo inmigrante porque no la encuentra entre los españoles o no le resulta adecuada y, en última instancia, la propia Administración española, sobre la que recae la función de realizar un ajuste preciso entre la oferta y la demanda, además de la tutela del orden público laboral³.

El régimen general de control administrativo laboral o regulación del trabajo de los extranjeros contiene varias excepciones, tanto en lo concerniente a la consideración del mercado laboral nacional, como respecto al permiso de trabajo. Desde la óptica de la primera circunstancia, la excepción a la situación nacional de empleo, los artículos 36.4 y 40 de la Ley Orgánica de Extranjería hacen una remisión a normas de reciprocidad entre países y a un listado de trabajadores en los que concurren razones técnicas, lingüísticas o similares, respectivamente. Si nos ubicamos en la segunda situación, la excepción a la autorización para trabajar o permiso de trabajo, el artículo 41 de la Ley Orgánica de Extranjería establece una serie de actividades y personas que no tendrán que solicitarlo.

Junto a esta tutela del mercado de trabajo por la administración laboral, la Ley Orgánica de Extranjería introduce una interconexión entre las exigencias de control laboral (la autorización para trabajar, situación nacional de empleo) y unas exigencias de orden público, en particular, una vinculación entre el permiso de trabajo y la situación administrativa del inmigrante⁴. Se trata de una vinculación, cuyo control por la administración laboral se resume en no ignorar un requisito como es la autorización de estancia o residencia que no se encuentra directamente incluido en los objetivos del mercado de trabajo⁵.

La conexión entre el permiso de trabajo y el necesario permiso de estancia o residencia autorizada, se encuentra recogido en el precepto que abre el capítulo III de la Ley Orgánica de Extran-

(2) PUERTA VÍLCHEZ, J.M.: *Comentarios a la Ley de Extranjería* (coord. M. MOYA ESCUDERO), cit., p. 278, cit. RAMOS QUIN-TANILLA, I.: "Los permisos y autorizaciones para el trabajo de los extranjeros", *Ponencia II presentada al Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*.

(3) Control que, en el ámbito del trabajo del extranjero se concreta en tres pilares: lograr el ajuste entre la oferta y la demanda, lo que llevará a establecer requisitos menos rigurosos en el acceso al empleo, pero manteniendo los privilegios de determinados trabajadores; la persecución de las prácticas ilegales, a través de sanciones a empresarios que contraten a extranjeros sin permiso, que irán de 6.001 a 60.000 euros por cada trabajador contratado; armonizar el cuerpo legislativo que regula autorizaciones administrativas para trabajar.

(4) Son tres las situaciones administrativas en las que pueden encontrarse los nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo al entrar en territorio español: la estancia, la residencia temporal y la residencia permanente (artículo 29 de la LOE).

(5) Esta exigencia no busca regular un mejor ajuste del mercado de trabajo, sino que posee una finalidad exclusivamente de control del flujo de la inmigración: el fomento de la inmigración por la vía de la legalidad.

jería (artículo 36.1), cuando señala que, con la obtención del permiso de trabajo, el trabajador deberá proveerse “además del permiso de residencia o autorización de estancia”⁶.

Desde esta configuración de la norma, los ofertantes de fuerza de trabajo sólo lo pueden hacer desde una situación de residencia autorizada. Además, esta vinculación entre la autorización administrativa para trabajar y su acceso desde una de las situaciones administrativas autorizadas se manifiesta igualmente en el procedimiento administrativo coordinado de obtención del permiso de trabajo⁷. La exigencia conjunta de estos dos permisos y la limitación que esto origina en el acceso al empleo de los inmigrantes fue cuestionada desde la perspectiva de la Constitución Española de 1978. Se planteó la duda sobre la posible vulneración del principio de igualdad en la política de empleo para los extranjeros respecto de la que se aplica a los nacionales. El Tribunal Constitucional⁸ estableció que “constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles en materia de acceso al trabajo y no existe tratado que así lo imponga. La existencia de una legislación que, según la interpretación de los Tribunales exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente contrato de trabajo no se opone, pues, a la Constitución. La desigualdad resultante con relación a los españoles no es en consecuencia inconstitucional”.

En definitiva, la concreción de esta primera política activa, el acceso al empleo del colectivo inmigrante está doblemente condicionado: en primer lugar, a la obtención de la autorización administrativa para trabajar y, en segundo término, porque su solicitud de permiso para trabajar y el acceso al mismo, debe hacerse desde una situación administrativa autorizada. En consecuencia, cualquier entrada al mercado de trabajo sin una situación administrativa correcta será sancionada y motivará la denegación del permiso de trabajo. Todo esto, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas a que tal incumplimiento diera lugar y siendo sujetos infractores de la misma, tanto el trabajador como el empresario⁹.

Como complemento a este primer punto y antes de pasar al desarrollo de los aspectos que incluyo en este apartado de la adecuación entre ofertas y demandas de trabajo para inmigrantes, adjunto una tabla de entidades y programas que en distintos ámbitos territoriales españoles

(6) La exigencia de un permiso de residencia para acceder a una autorización para trabajar, supone que la política de empleo en extranjería está ayudando a garantizar el control de los flujos migratorios. La obtención de la autorización para trabajar se vincula a la posesión de una autorización de residencia. Por tanto, la política de acceso de los extranjeros al trabajo se encuentra estrechamente conectada con la política de entrada y visados, esto es, con las situaciones administrativas (título II de la LO “Régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros” artículos 24 a 49).

(7) En lo relativo a la instrucción del procedimiento se tramita primero el permiso de trabajo por las áreas o dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, dictada resolución favorable por esta autoridad laboral, ésta remitirá la documentación a la autoridad gubernativa competente para la concesión, si procede, del permiso de residencia.

(8) Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 107/1984, de 23 de noviembre de 1984, siendo su presidente D. Francisco Rubio Llorente.

(9) Matizar que la calificación y sanción de este tipo de conductas contrarias al orden público laboral se encuentran en la LOE, pero su procedimiento se lleva a cabo de conformidad con el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social (RD 928/1998).

Políticas de acceso al empleo para inmigrantes en España

IV

contribuyen a hacer efectivos los objetivos encaminados al acceso e integración del inmigrante en el mercado de trabajo en España. Se trata de asociaciones privadas a las que distintas Administraciones Públicas españolas han encargado la gestión y desarrollo de proyectos para el acceso al empleo de los inmigrantes.

ENTIDAD	PROGRAMA	ÁMBITO
Agencia Adventista para el desarrollo y recursos asistenciales (Madrid)	Proyecto de integración socio laboral y asistencia a mujeres inmigrantes con hijos a su cargo	Madrid
Asamblea de Cooperación por la Paz (Madrid)	Fomentar la integración laboral: Mantenimiento del Servicio de Orientación Laboral.	Comarca Sur de Madrid
Asociación Al Anwar de Mujeres Marroquíes en España (Madrid)	Inserción laboral con Mujeres Inmigrantes	Madrid
Asociación Comisión Católica Española de Migración (Madrid)	Programa de integración socio-laboral	Moguer (Huelva), Melilla, Aldaia (Valencia), León, Burgos, Cáceres, Fuenlabrada, Móstoles (Madrid), Gijón (Asturias) y Guadalajara
Asociación de Promoción de Servicios Sociales (Madrid)	Inserción Laboral con Inmigrantes.	Madrid
Asociación de Trabajadores e Inmigrantes Marroquíes en España (Madrid)	Información, asesoramiento socio laboral y bolsa de empleo.	Jaén, La Rioja, Almería, Murcia, Barcelona y Madrid
Asociación Española de Amistad con los Pueblos Árabes (Barcelona)	Itinerario de formación pre-laboral: ayuda a domicilio.	Sant Vicent
Asociación Iniciativas Solidarias (Barcelona)	Promoción de medidas complementarias y de acompañamiento para personas inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados (Programa de medidas complementarias de empleo -PMCE)	Barcelona, Madrid, Lleida, Tarragona y Girona
Asociación para el Estudio y la Promoción del Desarrollo Comunitario (Barcelona)	Programa Inserción socio laboral para jóvenes. Plan Integral Acogida Manresa III Fase.	Manresa
Asociación para el Estudio y Promoción del Bienestar Social (Barcelona)	Protagonistas de nuestro proceso de inserción laboral	Barcelona
Asociación socio-cultural IBN-BATUTA (Barcelona)	Proyecto Empleo: Servicio de integración socio-laboral para inmigrantes y formación de jóvenes en las nuevas tecnologías.	Cataluña Barcelona (provincia)
Comisión Española de Ayuda al Refugiado (Madrid)	Formación ocupacional para la inserción y promoción profesional del colectivo de inmigrantes	Todo el Estado

Francisco Sacristán Romero

IV

ENTIDAD	PROGRAMA	ÁMBITO
Comité de Defensa de los Refugiados, Asilados e Inmigrantes en el Estado Español (Madrid)	Servicio de información, orientación y formación para el acceso al empleo	Madrid
Comité Internacional de Rescate (Madrid)	Acompañamiento para la integración sociolaboral	Madrid
Confederación Sindical de Comisiones Obreras. (Madrid)	Capacitación profesional para inmigrantes	
Confederación Sindical de Comisiones Obreras. (Madrid)	Cursos de integración socio laboral	Todo el Estado (excepto Ceuta y Melilla)
Consortio de Entidades para la Acción Integral con inmigrantes. Beniaján (Murcia)	Dispositivo de acogida temporal y red de centros de inserción sociolaboral	Todo el Estado
Cruz Roja Española (Madrid)	Promoción del empleo para inmigrantes	Granada, Zaragoza, La Rioja (provincia.) y todo el Estado
Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes Extranjeros en Andalucía. "Andalucía-Acoge". (Sevilla).	Inserción y promoción sociolaboral de personas inmigrantes en Andalucía	Algeciras, Almería, Córdoba, Jerez, Cádiz, etc., Granada Huelva, Jaén y Málaga
Federación Mujeres Progresistas. (Madrid)	Servicio de orientación e inserción laboral	Todo el Estado
Fundación ADSIS (Madrid)	Integración laboral de inmigrantes	
Fundación CIPIE Centro de Investigaciones, Promoción y Cooperación Internacional. (Madrid).	Formación y empleo para inmigrantes en las CC.AA. con mayor número de población extranjera	Málaga, Canarias, Valencia, Madrid y Murcia
Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad.- M.P.D.L. (Madrid)	Información. Orientación y asesoramiento a inmigrantes. Orientación socio-laboral	Todo el Estado
Red Acoge- Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes (Madrid).	Integración laboral	Alicante, Burgos, Córdoba, Madrid, Elche, Madrid, Murcia (autonóm.), Valdepeñas, Valladolid, Talavera de la Reina, Valencia y Orihuela
Red Araña Tejido de Asociaciones por el Empleo Juvenil (Madrid).	Arraigo	Todo el Estado
Unión General de Trabajadores-UGT (Madrid)	Centros de información y asesoramiento sociolaboral para inmigrantes	Zaragoza, Oviedo, Palma de M., Las Palmas de G.C., Santander, Albacete, León, Navalmoral de la Mata, Vigo, Pamplona, Bilbao, Logroño, Ceuta, Melilla y todo el Estado
Unión Sindical Obrera, Confederación (Madrid)	Información, orientación y asesoramiento a inmigrantes	Sevilla, Barcelona, Valencia, Madrid, Murcia, P. de Mallorca, Santander y Gijón
Voluntariado Madres Dominicanas (Madrid)	Bolsa de trabajo para inmigrantes y curso de intervención sociosanitaria	Madrid

II. LA SITUACIÓN NACIONAL DE EMPLEO

La legislación española en materia de inmigración establece una restricción de los sectores de actividad en los que se conceden las autorizaciones de trabajo para los trabajadores extranjeros. Esto significa que los permisos de trabajo se otorgan teniendo en cuenta la situación real del mercado de trabajo en España, es decir, atendiendo al número de desempleados españoles y extranjeros con residencia legal en España que se encuentran en situación de desempleo.

Se parte del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que establece en el apartado a) del artículo 50 como requisito para la concesión de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena a trabajadores extranjeros, que la situación nacional de empleo permita la contratación de dichos trabajadores, entendiéndose que dicha situación hará posible la contratación de inmigrantes cuando no existan en el mercado de trabajo demandantes de empleo adecuados y disponibles para cubrir las necesidades de los empresarios. El mencionado apartado, con el objetivo de concretar la definición del término situación nacional de empleo, crea un instrumento para su determinación que es el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura.

Con la finalidad de garantizar que todas las ofertas de trabajo sean cubiertas, las autorizaciones para trabajar son concedidas únicamente cuando la demanda de mano de obra queda sin cubrir por los españoles o residentes legales desempleados. Para conocer la situación nacional de empleo se recurre a los informes previos del Instituto Nacional de Empleo (INEM). Ahora bien, estos informes no se solicitan en los siguientes casos:

- En los supuestos de los nacionales chilenos o peruanos, puesto que existen Convenios en este sentido.
- Haber sido español.
- Ser hijo o nieto de español.
- Tener a su cargo ascendientes (padres) o descendientes (hijos) de nacionalidad española.
- Haber nacido y residir legalmente en España.
- Ser cónyuge o hijo de trabajador extranjero que posea un permiso de trabajo renovado.
- Haber tenido la condición de refugiado o asilado. Esta preferencia se mantendrá durante los doce meses siguientes a la pérdida de la mencionada condición.
- Los trabajadores que realicen labores de montaje o reparación de maquinaria y equipos importados o instalaciones de una empresa extranjera que se traslade total o parcialmente a España. En este caso se deberá haber presentado ante el órgano u órganos competentes, el correspondiente justificante.
- Los solicitantes de asilo, de conformidad con lo previsto en la Ley de Asilo (Ley 5/1993, de 26 de marzo, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo).
- Los desplazados, que sean titulares de un permiso de residencia, de conformidad con lo previsto en la Ley de Asilo (Ley 5/1993, de 26 de marzo, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo).

- Haber obtenido un permiso de residencia tras cinco años de permanencia en España (artículo 41 de la LO 4/2000, modificada por LO 8/2000).
- Tratarse de un puesto de confianza [artículo 71.2.a) de la LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000].
- Considerarse personal clave de una empresa extranjera que se instale en España.

III. CATÁLOGO DE OCUPACIONES DE DIFÍCIL COBERTURA

El Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura tiene como misión fundamental la de hacer posible la contratación de inmigrantes en todos aquellos puestos de trabajo para los que no existan demandantes en el mercado nacional y tal como sus dos últimas palabras indican (Difícil Cobertura) donde sea realmente complicado cubrir esas vacantes¹⁰.

El Boletín Oficial del Estado publicó una Resolución, de 8 de febrero de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), que fijó el procedimiento que se debe seguir para la elaboración del denominado “Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura”, permitiendo la contratación de extranjeros en aquellas situaciones en las que no existan en el mercado de trabajo demandantes de empleo adecuados y disponibles para cubrir las necesidades de los empresarios.

El objetivo de este Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura es servir como herramienta para determinar y concretar la definición del concepto “situación nacional de empleo”, que se recoge en el artículo 50 del actual Reglamento de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

En particular, este Reglamento establece como requisito para la concesión de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena a trabajadores extranjeros, que la situación nacional de empleo haga factible su contratación cuando no existan demandantes nacionales adecuados y disponibles.

La publicación de este Catálogo permite que los empresarios necesitados de trabajadores inmigrantes insten la tramitación de autorizaciones con el objetivo de residir y trabajar, destinada a trabajadores extranjeros cuando las vacantes de puestos de trabajo que necesiten cubrir lo sean en ocupaciones que figuren en el Catálogo.

Este instrumento se puso a disposición de los empresarios y trabajadores en la primera quincena de marzo de 2005. Otra de sus particularidades relevantes es que su periodicidad es trimestral, elaborándose en la primera quincena de cada trimestre natural por el Servicio Público de Empleo Estatal, siempre teniendo en cuenta la información suministrada por los Servicios de

(10) En este sentido, parte de la doctrina consultada entiende que se podría estar generando un mercado laboral de dos velocidades en el que los inmigrantes estarían colocados en una cierta posición marginal.

Políticas de acceso al empleo para inmigrantes en España

IV

Empleo de las Comunidades Autónomas, previa consulta con la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Con el objetivo de delimitar las ocupaciones que se hallan en el Catálogo, se tienen en cuenta los siguientes tres datos esenciales:

- 1.º Media de demandas de los últimos doce meses de las personas que se encuentran solicitando una determinada ocupación a fin de mes.
- 2.º El número de puestos de trabajo que los empresarios han ofertado a lo largo del año.
- 3.º El total de puestos de trabajo para los que no se ha encontrado el candidato idóneo y el número de contratos que se han comunicado a los Servicios Públicos de Empleo en el último año.

Estas informaciones anteriores ofrecen la posibilidad de la obtención de tres indicadores importantes, que parten de la premisa previa de la inclusión automática de las ocupaciones para las que la media de demanda sea igual a cero. De manera particular, estos indicadores se refieren al grado de penetración (IP), el grado de dificultad para cubrir (ID) y el de escasez de demandantes (IE).

Con todos estos conceptos, se elaborará un valor medio provincial y se incluirán en el Catálogo las ocupaciones en que se cumplan que los tres indicadores tengan un valor igual o inferior al valor medio provincial. Además, los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos pueden incluir o excluir del Catálogo las ocupaciones que su experiencia en la gestión así lo determinen.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas españolas, quizás de toda la información analizada sea Cataluña el territorio donde con más precisión se han conseguido los objetivos que se persiguen en el Catálogo¹¹. Este instrumento fue presentado por el Departamento de Trabajo e Industria de la Generalidad de Cataluña y el Servicio de Ocupación de Cataluña (SOC). Se hablaba de 140 ocupaciones que el Servicio de Ocupación de Cataluña no podía cubrir por dos motivos esenciales: uno primero, referido a la ausencia de personas inscritas en las oficinas de trabajo en las disciplinas concretas a las que se refiere el Catálogo y, en segundo lugar, debido a que la cantidad de personas en paro es inferior a la demanda.

De manera resumida, se constata que el Catálogo tiene como una de sus misiones esenciales la coordinación de los flujos inmigratorios para que las personas que lleguen a España lo hagan de una forma secuenciada y ordenada, con el objetivo primordial de trabajar en los empleos vacantes. Además, también es posible que las personas que busquen trabajo se informen de las necesidades no cubiertas del mercado de trabajo, funcionando a modo de observatorio periódico y preciso acerca de las necesidades de formación y, en última instancia, es un servicio que agiliza la tramitación de la contratación de los inmigrantes en origen. Apuntar que repasado el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura en Cataluña, válido para el 2.º trimestre de 2005, se confirma que son profesiones y empleos cualificados los que copan una buena parte de este instrumento de trabajo.

(11) Cataluña registró 140 ocupaciones de difícil cobertura en el mercado de trabajo.

En definitiva, el vigente Reglamento de la Ley de Extranjería contempla un nuevo método para la definición de la situación nacional de empleo con una periodicidad trimestral, de ámbito provincial a través de la información remitida por los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas y previa consulta de la comisión tripartita.

Los encargados de la elaboración de la propuesta de un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura son los servicios públicos de empleo estatal. Además, con esta figura se pretende que las profesiones o actividades que tienen dificultades para ser cubiertas por los trabajadores españoles, comunitarios o extranjeros residentes, puedan detectarse por los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas a partir de un sentido amplio de la información disponible y que ésta pueda ser revisable trimestralmente para responder siempre a la realidad del mercado de trabajo.

La definición de la situación nacional de empleo pretende alejarse de rigideces estadísticas, ajustarse al ámbito más propio de las contrataciones como es la provincia, y, sobre todo, tener en los Servicios Públicos de Empleo de las CC. AA. una fuente básica de información, así como en la Comisión Tripartita un órgano consultivo y de seguimiento.

Este sistema de participación es nuevo y, por tanto, posibilita poder proponer, condicionar o rechazar elaboraciones de catálogos que se distancien de la realidad del mercado de trabajo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AJA, E. (coord.): *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ARAGÓN BOMBÍN, R. y CHOZAS, J.: *La regularización de inmigrantes durante 1991-1992*, MTySS, Madrid, 1993.
- BAYLOS, A.: *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.
- “Institucionalización sindical y prácticas neocorporativas. El caso español 1977-1987”, en *Revista de Trabajo*, n.º 91, julio-septiembre, 1988, Madrid, pp. 9-21.
- BILBAO, A. y PRIETO, C.: “Políticas empresariales de mano de obra en el sur metropolitano”, en *Economía y Sociedad*, n.º 3, Madrid, 1990, pp. 141-143.
- CAPEL, Horacio: *Los inmigrantes en la ciudad. Crecimiento económico, innovación y conflicto social*. Publicado también en DELGADO, M. (Ed.): *Debat de Barcelona. Ciutat i immigració*. Barcelona: Centre de Cultura Contemporànea, 1997, pp. 83-112. Publicado también en *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, n.º 3, 1 de mayo de 1997, 24 pp.
- CASAS, M.E. y ESCUDERO, A.: “Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales”, en *Revista española de Derecho del Trabajo*, n.º 17, Madrid, 1984, pp. 51-92.
- CASTILLO MENDOZA, C.A.: “Control y organización capitalista del trabajo. El Estado de la cuestión”, en *Sociología del Trabajo*, n.º 9, Madrid, 1990, pp. 117-139.
- CENTI, C.: “Mercado de trabajo y movilización”, en *Sociología del Trabajo*, n.º 4, Nueva Época, otoño 1988, pp. 43-66.

Políticas de acceso al empleo para inmigrantes en España

IV

- CERÓN RIPOLL, P.: *La inmigración dominicana en Madrid* (Tesis doctoral sin publicar), Universidad Complutense, Madrid, 1999.
- COLECTIVO IOÉ: *La inmigración extranjera en España*, Grup de Fundacions La Caixa, Madrid, 2000.
- “Rasgos generales y perfil sociodemográfico”, en GIMÉNEZ, C. (coord.): *Inmigrantes extranjeros en Madrid*, Comunidad de Madrid, 1993, tomo I, pp. 137-419. 211
- “La inmigración extranjera en España: sus características diferenciales en el contexto europeo”, en CONTRERAS, I. (coord.): *Inmigración, racismo e interculturalidad*, Talasa, Madrid, 1994, pp. 83-119.
- *Inmigrantes extranjeros en la Sierra Oeste de Madrid*, Mancomunidad de Servicios Sociales Sierra Oeste, San Lorenzo del Escorial, 1994.
- *Discriminación contra trabajadores marroquíes en el acceso al empleo en España*, OIT, Ginebra, 1995.
- *Presencia del Sur. Marroquíes en Cataluña*, Fundamentos, Madrid, 1995.
- *Discursos de los españoles sobre los extranjeros. Paradojas de la alteridad*, CIS, Madrid, 1995 (Colección Opiniones y Actitudes, n.º 8).
- “Inmigrantes y mercados de trabajo en España. Planteamiento general y aplicación a un caso concreto: los trabajadores marroquíes en el sector de la construcción en la Comunidad de Madrid”, en Seminario *Inmigración, empleo e integración social*, Universidad Menéndez Pelayo, Santander, julio de 1995.
- *La educación intercultural a prueba: hijos de inmigrantes marroquíes en la escuela*, CIDE/Laboratorio Estudios Interculturales Universidad de Granada, Granada, 1996.
- DÍEZ NICOLÁS, J.: *Los españoles y la inmigración*, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, MTAS, Madrid, 1999.
- ESPADA RAMOS, M.ª L.: *¿Europa, ciudad abierta? La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Instituto Municipal de Formación y Empleo, Ayuntamiento de Granada, Granada, 1997.
- FUNDACIÓN IESA (Toharia, L.; García Serrano, C. y Sahún, M.ª): *El factor trabajo en la construcción: empleo, demandas y ofertas (1985-1990) y la formación profesional ocupacional en el sector*, MOPT, Madrid, 1991.
- GIMÉNEZ, C. (coord.): *Inmigrantes extranjeros en Madrid*, Comunidad de Madrid, Madrid, 1993, tomos I y II.
- IBAÑEZ, J.: *Más allá de la sociología. El Grupo de Discusión: técnica y crítica*, Siglo XXI, Madrid, 1979.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Encuesta de Población Activa* (varios años).
- “Evolución Social en España 1977-1987”, *Cuadernos ISE*, n.º 2, Madrid, 1988.
- *Evolución social en España 1993*, Madrid, 1993.
- JURADO GOMEZ, E.: *El mercado de trabajo en el sector de la construcción*, ANCOP, Madrid, 1995.
- LÓPEZ DE LERA, D.: “Análisis de la estadística sobre población extranjera”, en *Serie de Artículos y Ponencias del Instituto de Demografía del CSIC*, Madrid, 1991.
- LORCA, A.; ALONSO, M. y LOZANO, L.A.: *Inmigración en las fronteras de la Unión Europea*, Encuentro, Madrid, 1997.
- MIGUÉLEZ, F.: “Trabajo y relaciones laborales en la construcción”, en *Sociología del Trabajo*, n.º 9, Madrid, primavera de 1990, pp. 35-54.
- MIGUÉLEZ, F.; RECIO, A. y ALÓS, R.: *Transformaciones laborales en la industria de la construcción en Cataluña*, U.A.B./CC.OO Catalunya, Barcelona, 1990.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Encuesta de Coyuntura Laboral*, 2.º trimestre de 1992, Madrid, 1993, 213.

- *Anuario de Estadísticas Laborales 1990*, Madrid, 1991.
- MURO, J. y otros: *Análisis de las condiciones de Vida y Trabajo en España*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1988.
- OKOLSKI, M.: “Poland”, Informe para el *SOPEMI 1991* de la OCDE, Varsovia, 1991 (edición interna).
- PALOMEQUE, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1991.
- PRIETO, C.: “Cambios en la gestión de mano de obra: interpretaciones y crítica”, en *Sociología del Trabajo*, n.º 16, Madrid, 1992.

Notas y colaboraciones

Dossier: Protección internacional

JULIÁN PRIETO HERGUETA

Subdirector General de Asilo

PASCUAL AGUELO NAVARRO

Presidente de la Subcomisión
de Extranjería del Consejo General de la Abogacía
Española

Introducción al Dossier sobre la protección internacional en España

I. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y EL ASILO

El Glosario sobre Migración, publicado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en español en 2006 (<http://www.iom.org>), define la protección como “todas las actividades que tienen por finalidad obtener el respeto de los derechos individuales de una persona de acuerdo con la letra y el espíritu del orden jurídico (particularmente derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho internacional de la migración o derecho internacional de los refugiados)” (p. 55).

El mismo Glosario define la protección internacional como “protección basada en un instrumento internacional o en el mandato de una organización u órgano internacional para asegurar, por parte del Estado, el respeto de los derechos protegidos en esos instrumentos. Es el caso de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos de 1977, derecho de iniciativa del CICR, Convenciones de la OIT e instrumentos de derechos humanos” (p. 56).

A veces, por protección internacional puede entenderse aquella que un Estado, a través del asilo u otros mecanismos protectores, concede a personas que no son sus nacionales en sustitución de la de sus autoridades, cuando se encuentran en alguna de las situaciones recogidas en la normativa sobre refugiados, desplazados y apátridas. En tales casos el Estado actúa no en beneficio propio, sino en interés de toda la Comunidad, de toda la Humanidad.

Debemos pues diferenciar dos tipos de protección internacional: La ofrecida por las organizaciones u órganos internacionales y la ofrecida por los Estados en ciertas ocasiones. Principalmente nos referiremos a la segunda, correspondiente por tanto sobre todo a órganos estatales, en nuestro caso españoles.

Desde esta perspectiva, tan sólo de forma imprecisa, cuando se utiliza el término asilo, en él se suele englobar el concepto más amplio de protección internacional.

En el sistema estatal español de protección internacional, es clásica la distinción entre el régimen de asilo para refugiados, la protección subsidiaria, la protección temporal para desplazados en casos de flujos masivos y el régimen de los apátridas, por una parte, y el ámbito de la inmigración, por otra. Conforman en nuestro ordenamiento dos esferas institucional y jurídicamente diferenciadas, entre las que destaca la protección de los refugiados, de conformidad

con la Convención de Ginebra de 1951, las personas que, no obstante no reunir los requisitos para su reconocimiento como refugiados, se les otorga protección subsidiaria, los desplazados y los apátridas; mientras que el fenómeno de la inmigración responde a factores de distinta índole, principalmente socioeconómicos.

II. EL DERECHO DE ASILO. LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951

La configuración clásica del asilo como un derecho graciable, que los Estados conceden a sus amigos o a los enemigos de sus enemigos, ha dado paso a un reconocimiento del derecho que asiste a los refugiados de obtener protección, en caso de temer fundadamente persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de ideología política.

Con base en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, fruto de la situación existente al final de la II Guerra Mundial, se ha construido un derecho de los refugiados que se ha configurado como *ius cogens* o derecho imperativo, que obliga a los Estados a través de la costumbre internacional incluso aun cuando tales Estados no sean partes en la Convención de 1951.

En realidad, como señalara el Tribunal Internacional de Justicia en el dictamen de 1951 sobre la Convención que prohíbe el genocidio, “los principios que subyacen a la Convención son principios que están reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso fuera de cualquier obligación convencional... En tal Convención, los Estados partes no tienen intereses propios; simplemente tienen, todos y cada uno de ellos, un interés común...” (Recueil de la Cour Internationale de Justice 1951, párrafo 23). Pues bien, lo mismo puede decirse hoy de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados.

La Convención de Ginebra constituye el instrumento clave en el ámbito de la protección de los refugiados y ha sido la base del posterior desarrollo que ha sufrido el derecho de los refugiados en diferentes áreas del mundo. Sin embargo, la evolución que ha seguido la realidad en diferentes partes del mundo ha generado situaciones a las que tuvo que hacerse frente tanto desde el aspecto material como formal.

Por una parte, y a pesar de las excelencias de la definición de refugiado de la Convención de Ginebra, cuya interpretación evolutiva y acorde con la realidad de las distintas situaciones sigue siendo válida, no ha podido cubrir todas las circunstancias necesitadas de protección internacional que se han puesto de manifiesto desde 1951, entre las que, sin duda, se incluyen las personas que no son objeto de persecución personal y concreta, sino que huyen de una situación generalizada de conflicto.

Desde el punto de vista formal hay que remontarse a la década de los 80, pues hasta entonces la aplicación del derecho de los refugiados apenas presentó dificultades. Todas las personas

Introducción al Dossier sobre la protección internacional en España

que invocaban su condición de refugiado respondían a los requisitos establecidos para ello. Es a partir de la finalización del ciclo económico expansivo y de la oferta de trabajo de los países desarrollados cuando se comienza a hablar de crisis en los procedimientos de asilo, pues esta situación dio lugar a políticas restrictivas de la emigración económica, que se ve abocada a buscar otra vía de entrada y la pretende encontrar en la institución del asilo.

III. LA COMUNITARIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y EL ASILO

En el ámbito de la Unión Europea, el Tratado de Ámsterdam ha comunitarizado la política de asilo, por tanto, ya no podemos hablar del asilo como un derecho de soberanía de los Estados, al menos europeos, pues está sujeto al marco normativo establecido en el Derecho de la Unión, que obviamente prima sobre los ordenamientos estatales.

Consecuencia de esta actividad es el nuevo marco jurídico de la protección internacional en Europa que, partiendo de la completa y total aplicación de la Convención de Ginebra, la trasciende y la completa con una serie de disposiciones que regulan, entre otras, la responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo entre los Estados miembros, las reglas procedimentales, y el establecimiento por vez primera del régimen de protección subsidiaria y de la protección temporal para casos de flujos masivos.

En esta materia, las normas del Derecho de la Unión Europea se han encaminado a la distinción entre diferentes *tipos de estatuto* otorgado a los extranjeros que cumplen tres condiciones: “necesitan protección internacional”, la solicitan y no son “excluidos” de ella. En otras palabras, son consideradas normativamente como personas que “merecen” o pueden merecer la protección.

Resulta imprescindible contar en esta materia con el Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer Estado¹.

Es preciso recordar asimismo las dos Directivas siguientes:

– La Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (DOUE L 31, 6.2.2003, p. 18).

– La Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (DOUE L 326, 13.12.2005, p. 13).

(1) DO L 50, 25.2.2003, p. 1. El artículo 24 señala esta sustitución del Convenio.

La protección internacional que ofrece España, que debe cumplir las normas del Derecho de la Unión Europea por ser nuestro país miembro de la Unión, se basa en tres pilares:

- a) *la Constitución de 1978*, que en su artículo 13.4 establece que “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”, y *la Ley 5/1984, de 26 de marzo de 1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*²;
- b) *la Convención de Ginebra de 1951, sobre el estatuto de los refugiados*, así como los demás Instrumentos Internacionales que son de aplicación en este ámbito, como el *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* o la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes*, de los que España es firmante; y
- c) el acervo comunitario aprobado en materia de asilo.

IV. EL PAPEL RELEVANTE DE LA ABOGACÍA EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL

El sistema español de protección internacional, por tanto, comprende todo ese elenco de disposiciones, cuyo cumplimiento atañe a todas las Instituciones competentes, empezando por la propia Administración, en concreto por el Ministerio del Interior y, dentro de él, la Dirección General de Política Interior, de quien depende la Oficina de Asilo y Refugio, órgano responsable de la instrucción de los expedientes administrativos.

Pero no sólo es la Administración la que juega un papel importante en el ámbito de la protección internacional ofrecida por España, pues el sistema español atribuye a otros agentes una presencia relevante. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), los Abogados defensores, las ONG, desempeñan una importante función que, bajo el estricto control judicial, contribuye a equilibrar y dotar de garantías al sistema para que cualquier persona que se encuentre en una situación digna de protección internacional tenga acceso a ella y pueda disfrutar de dicho régimen.

La Dirección General de Política Interior, responsable de la protección internacional que ofrece España, y el Consejo General de la Abogacía Española, se propusieron entre sus objetivos el de mejorar y reforzar el sistema a través de un conjunto de medidas y actuaciones que no se limitan a la mejora técnica del procedimiento, sino que van más allá, como son las adoptadas para garantizar que los inmigrantes reciben la información necesaria para saber si su situación es susceptible de recibir protección internacional española, el acceso al procedimiento, removiendo los obstáculos que puedan dificultarlo, la concesión de protección en casos en los que la

(2) Esta Ley fue ampliamente reformada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

Introducción al Dossier sobre la protección internacional en España

perspectiva de género está presente, todo ello en línea con el firme compromiso de la defensa y protección de los derechos humanos.

Como hemos dicho, no compete solamente a los poderes públicos la defensa de la protección internacional, sino que también atañe al resto de actores, para lo que resulta indispensable que cuenten con la formación y capacitación profesional adecuada. Resulta esencial saber distinguir las situaciones acreedoras de protección de aquéllas en las que no se dan los requisitos para ser protegidas. Ello requiere la necesaria formación y especialización de todos los que de alguna manera prestan sus servicios y trabajan en el ámbito de la extranjería, en especial de los abogados que conforman una parte importante de la arquitectura de nuestro sistema, para diferenciar las distintas situaciones en las que se encuentran los extranjeros que llegan a nuestro país y poder canalizarlas por la vía más adecuada.

En este sentido, la Dirección General de Política Interior y el Consejo General de la Abogacía Española, siendo conscientes de la importancia de una adecuada especialización de los abogados, han alcanzado un acuerdo para ofrecer esta formación especializada a los integrantes de los turnos de extranjería y asilo de los diferentes Colegios, con el objetivo de contribuir a un mejor desempeño de la función que nuestra legislación atribuye a los abogados en materia de extranjería y asilo. Acuerdo que ya se ha plasmado en la celebración de unas Jornadas de introducción a la protección internacional ofrecida por España en Melilla, Las Palmas, Fuerteventura y Ceuta. Jornadas que van continuar celebrándose en los lugares de mayor presión migratoria con carácter periódico, así como a través de fórmulas no presenciales que faciliten al acceso de los abogados a esa especialización.

Estas Jornadas han proporcionado la oportunidad de escuchar a expertos en protección internacional de diferentes procedencias: el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la judicatura, el ámbito académico, las ONG, los propios abogados y la Administración, que han puesto en común sus conocimientos y experiencia. Se ha analizado la protección internacional desde diferentes ángulos: El nuevo marco jurídico del asilo derivado de su comunitarización a través del Tratado de Ámsterdam y la creación del Sistema Europeo Común de Asilo; el concepto y tipos de protección internacional, la interpretación y aplicación del derecho de los refugiados acorde con la realidad social como respuesta a las nuevas formas de persecución que hoy día se producen; el procedimiento administrativo; el papel del ACNUR; la labor del abogado; las mejores prácticas; la jurisprudencia de los Tribunales.

En definitiva, una panorámica completa de la protección internacional española desde el punto de vista técnico jurídico, con el objetivo de mejorar los resortes de nuestro sistema, de manera que cualquier persona que llegue a territorio español como consecuencia de una situación que, según lo dispuesto en la Norma, sea merecedora de protección disponga de garantías suficientes para acceder a ella.

Para finalizar, sólo cabe mostrar confianza en que sean pronto visibles los frutos de estas Jornadas de especialización, sobre las que, no obstante, se continúa trabajando para adecuarlas a las necesidades que puedan presentar los diferentes actores que intervienen en el ámbito de

la protección internacional española, en este caso la abogacía, toda vez que, como han manifestado las diferentes Instituciones con competencia en materia de protección internacional y derechos humanos, la formación de todos los agentes implicados en ella es una garantía básica del adecuado funcionamiento de los sistemas de protección internacional.

PABLO SANTOLAYA MACHETTI

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Alcalá
(pablo.santolaya@uah.es)

II

El sistema europeo común de asilo y su recepción en la ley española*

Se me ha pedido que realice una exposición del sistema europeo común de asilo. Entiendo que debo centrarme en la exposición de la última normativa europea y su incidencia en nuestra ley de asilo, y a ello está dirigido la parte más importante de este trabajo. Sin embargo me ha parecido necesario, para contextualizar esos cambios, repasar muy brevemente el origen y desarrollo del proceso de creación del sistema europeo de asilo.

Y es que ciertamente puede resultar llamativo el grado de intensidad que ha adquirido la comunitarización de esta materia que tradicionalmente era considerada una prerrogativa exclusiva del Estado, ejercicio de soberanía que realizaba cada Estado en atención a sus propios intereses, como parte de su política exterior y como manifestación de la superioridad de sus instituciones políticas, de manera que, como ya afirmaba la Constitución Montagnarde de 1793: “La República francesa da asilo a los extranjeros expulsados de su patria por causa de la libertad, lo rehúsa a los tiranos”.

El asilo, la protección que un país otorgaba a los perseguidos por las autoridades de otro, era una decisión soberana de cada Estado. Cada concesión o denegación era un acto de soberanía, lo que se plasmaba, internamente, en las reticencias a admitir cualquier grado de control judicial de este tipo de decisiones, consideradas literalmente discrecionales y, en el orden internacional, rechazando cualquier compromiso jurídicamente vinculante para los Estados en esta materia añadido al que ya significaba la Convención de Ginebra. Convención que, no debemos olvidarlo, nace inicialmente para acoger única y exclusivamente a refugiados europeos como consecuencia de la II Guerra mundial y, sobre todo, de la posterior división en bloques separados por lo que se llamó un telón de acero.

(*) Se recoge en este texto mi intervención en las Jornadas de Introducción a la protección internacional en España, organizadas por la Oficina de Asilo del Ministerio del Interior y el Colegio de Abogados de Melilla, y celebradas en esa ciudad entre el 25 y el 27 de abril. He respetado el texto original, eliminando, tan sólo, algunas expresiones excesivamente coloquiales. El carácter de intervención oral explica la ausencia de notas bibliográficas, pero se ha preparado sobre la base de dos trabajos previos publicados. Por una parte la reciente *Guía sobre el derecho de asilo en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, El Derecho Editores, Madrid 2006, en la que me he ocupado de la “Interpretación del concepto de refugiado según la Convención de Ginebra. Otras formas de protección individual. Procedimientos abreviados en la tramitación del derecho de asilo”, pp. 27 a 62, 68 a 75 y 128 a 139, utilizando para ello las recientes normas europeas, y por otra, para los precedentes del sistema europeo de asilo, mi libro *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Colección Derecho Público, Valladolid 2001.

Es por ejemplo significativo que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Convenio de Roma, no incluyera el derecho de asilo, y no lo hizo porque no se consiguió el consenso necesario para ello. Es también significativo que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sí lo haya hecho y que en consecuencia en el futuro, el asilo formará parte de la Constitución Europea como derecho fundamental.

A pesar de todo ello, el hecho es que el asilo se ha sometido en estos últimos años a un intenso proceso de comunitarización, aún no concluido, pero que sin duda supone, ya hoy, la existencia de importantes restricciones a la soberanía estatal en esta materia y la imposibilidad de entender el derecho de asilo en cualquiera de los países de la Unión, sin tener presente el derecho comunitario.

Y ello se debe en mi opinión a la confluencia de dos factores:

El primero de ellos jurídico. Europa se constituye como un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada, lo que obliga necesariamente a abrir también una vía para coordinar las disposiciones estatales referentes tanto a la extranjería en general como al asilo en particular, eliminando una pluralidad de regímenes insostenibles en una Europa sin fronteras.

El segundo fáctico: el proceso de la construcción de la Europa sin fronteras coincide con la ruptura del modelo de refugiado. La caída de los sistemas comunistas supone la pérdida de sus principales destinatarios en el ámbito europeo, y la dramática sustitución de unos cientos de refugiados individuales, de relativamente fácil asimilación porque normalmente eran de elevada formación, por miles de personas que huyen de las consecuencias derivadas de la caída del bloque comunista, en particular de la guerra en la ex Yugoslavia. Europa pasa entre 1983 y 1992 de 65.000 a 692.000 solicitantes de asilo anuales.

Y en este contexto se toma conciencia de que ya no era posible seguir aplicando el Principio de San Froilán en el que como en la canción infantil centroeuropea se le pide al Santo, con ocasión de un incendio que “salve nuestra casa y queme la de los demás”, tradicional en materia de asilo –y en otras muchas– y que, por el contrario, era preciso comenzar un proceso de armonización de las normativas y prácticas de asilo en los países de la Unión como paso hacia su comunitarización.

Proceso que puede también implicar, y ello es la principal crítica que recibe, restricciones en la práctica de asilo. JOLY lo ha descrito como el paso “del liberalismo descoordinado al restriccionismo armonizado”, en la medida en que en buena medida ha consistido en la creación de unos estándares comunes, que, para ser admisibles por todos, se han diseñado adaptando el aspecto menos avanzado de la protección en cada uno de los ordenamientos existentes en la Unión y haciéndolos normas mínimas para todos ellos.

Aunque posiblemente en muchos aspectos esto sea cierto, también lo es que, prácticamente sin excepción, se trata de una normativa redactada para diseñar normas mínimas, es decir que los

El sistema europeo común de asilo y su recepción en la ley española

II

Estados pueden ir más allá en sus regulaciones internas sobre la materia, aspecto que no conviene perder de vista a la hora de criticar los frutos de este sistema común europeo de asilo.

En cualquier caso este proceso ha conocido tres momentos claramente diferenciados no tanto por razón de la materia que se ha abordado en cada uno de ellos, que es de alguna manera siempre la misma, sino sobre todo por el instrumento formal que se ha utilizado, de manera que globalmente se ha pasado de una cooperación intergubernamental a una auténtica comunitarización, o, desde otro punto de vista, desde los compromisos políticos a las normas vinculantes y obligatorias.

El primero de ellos es la vía intergubernamental que se abre con la reunión de los Ministros responsables de Inmigración en Londres el 20 de octubre de 1986 y llega hasta el tratado de Maastricht.

Sus principales frutos fueron el Convenio de Dublín, para determinar el Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo, el Acuerdo de Schengen, para la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes y las Resoluciones y Conclusiones de Londres, una serie de compromisos políticos al más alto nivel adoptados como normas jurídicas no obligatorias o de *Soft Law* de extraordinaria importancia en cuanto condicionaron la modificación de gran parte de las leyes de asilo Europeas, incluida la española y en cuanto son la base de toda la normativa comunitaria posterior. Se refieren a solicitudes de asilo manifiestamente infundadas, al enfoque armonizado de las cuestiones referentes a terceros países de acogida y a los países en los que, en términos generales, no existe peligro de persecución.

La segunda fase es la vía del III Pilar del Tratado de la Unión. A partir de Maastricht la política de asilo, como parte del denominado “tercer pilar” pasa a ser de “interés común”, la Comisión comparte iniciativa con los Estados Miembros y el Parlamento tiene que ser informado. Se siguen empleando sin embargo instrumentos de *Soft Law*, entre ellas hay que citar especialmente dos:

La primera es la Posición común de 23 de noviembre de 1995, relativa a la aplicación armonizada del término refugiado, de extraordinaria importancia porque, a pesar de su carácter jurídicamente no vinculante, ha sido muy frecuentemente utilizada por nuestros tribunales como instrumento interpretativo del alcance de la Convención de Ginebra y de nuestra Ley de asilo, lo que evidencia que, al menos en nuestro país, ha logrado el objetivo que se proponía: ser un instrumento para la aplicación progresivamente armonizada del derecho de asilo.

La segunda, la Resolución de 20 de junio de 1995, sobre garantías mínimas en los procedimientos, que pretende una unificación también procedimental, pero que sin embargo establece muchas posibilidades de excepción y ha tenido mucha menor importancia en la práctica, al menos en España, ya que se consideró, probablemente con razón, que nuestra normativa cumplía con creces las escasas exigencias de esa Resolución.

Por fin la tercera fase se abre con el Tratado de Ámsterdam que entró en vigor el 1 de mayo de 1999 y significa la consideración del asilo como un asunto de cooperación reforzada, y la necesidad de que, en el plazo de cinco años, el Consejo adoptase, de acuerdo a los instrumentos jurídicos europeos es decir como derecho europeo una serie de normas que afectan, entre otros, a los siguientes aspectos:

En primer lugar a la sustitución del Tratado de Dublín. Efectivamente se ha aprobado el Reglamento CE 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero, a su vez desarrollado por el Reglamento CE 1560/2003 de la Comisión.

En segundo lugar el establecimiento de un estándar europeo de ayudas públicas y acceso al mercado de trabajo para los solicitantes de asilo. Ha sido aprobado por la Directiva 2003/9/CE del Consejo y se ha efectuado, al menos, una primera trasposición a nuestra normativa por el Reglamento de extranjería de 30 de diciembre de 2004. Sin embargo es evidente que desde el punto de vista sistemático su lugar no es el reglamento de extranjería y que deberá pasar a la normativa de asilo en el momento en que se produzca la trasposición de las normas a las que nos referiremos a continuación.

En tercer lugar el establecimiento de los criterios y mecanismos para la concesión del estatuto de refugiado así como para las personas que sin serlo, precisan protección internacional. Para ello se ha aprobado la Directiva, 2004/83/CE de 29 de abril, llamada de reconocimiento cuya adaptación al derecho español debería estar realizada antes del 10 de octubre de 2006.

Por último las normas procedimentales para determinar la condición de refugiado y de protección internacional. En lo referente al procedimiento para la concesión del estatuto de refugiado se ha aprobado la Directiva 2005/85/CE de 1 de diciembre de 2005, que puede ser también aplicada, a voluntad de los Estados para las solicitudes de protección internacional, que deberá estar incorporada al derecho nacional no más tarde del 1 de diciembre de 2007.

Así pues en estos momentos nos encontramos ante una situación de nuestra normativa de asilo que podríamos considerar transitoria. El desarrollo del sistema europeo común de asilo nos va a obligar, en el inmediato futuro, en el horizonte de la actual legislatura, a adaptar en profundidad nuestra normativa de asilo. Y en este sentido son dos las preguntas que debemos contestar ¿cuál es en concreto la norma a modificar? y, ¿con qué alcance?

La respuesta a la primera de ellas creo que es evidente. Va a ser preciso modificar nuestra Ley de asilo. En forma alguna es suficiente una reforma reglamentaria. Piénsese, por citar solo un argumento, aunque lo suficientemente contundente, que la Directiva que llamábamos de reconocimiento establece una nueva categoría de personas que gozan de protección internacional junto a los refugiados, creando una figura inexistente en nuestro ordenamiento, parcialmente equiparada a los refugiados, y que, por referirse a derechos de las personas, cuyo régimen de derechos y obligaciones, creo que es evidente ha de hacerse precisamente en la ley. En definitiva, en el futuro tendremos una ley de asilo y de “protección subsidiaria internacional”.

El sistema europeo común de asilo y su recepción en la ley española

II

La segunda de las preguntas hace referencia al alcance de la modificación legal; en concreto si sería suficiente efectuar una mera reforma parcial de la vigente ley del 84 o sería por el contrario preferible proceder a la redacción *ex novo* de una nueva ley.

La pregunta tiene distintos niveles de respuesta, de manera que, por ejemplo, la opción más aconsejable desde el punto de vista de la técnica normativa puede ser políticamente imposible. Sin embargo en abstracto, desde una óptica puramente académica, no tengo ninguna duda que lo razonable sería proceder a la redacción de una nueva Ley.

Y ello es así porque las modificaciones que hay que hacer en la vigente ley son demasiadas para admitir la técnica de las reformas parciales. Sin ánimo de ser exhaustivo, la recepción de las normas europeas en nuestra ley de asilo requiere, entre otras y al menos las siguientes modificaciones:

– Del artículo 1: Para señalar que la protección internacional que otorga España será por una parte el Asilo, y, por otra, la Protección subsidiaria internacional.

– Del artículo 3: Debe determinar los agentes de persecución del 6 de la directiva de reconocimiento, los agentes de protección del 7 de la misma directiva, la posibilidad de protección interna del 8, los actos de persecución del 9, los motivos de persecución del 10, y la exclusión.

– Del artículo 4 al menos para establecer una nueva redacción de las obligaciones del solicitante de asilo, presentes tanto en la Directiva de reconocimiento (4.1 y 4.2) como en la de procedimientos (9).

– Del artículo 5: para introducir normas procedimentales como la aprobación del informe de la entrevista o el derecho a la información sobre las solicitudes o las obligaciones que asume el Estado en el supuesto de que la tramitación dure más de seis meses.

– Pero, sobre todo, del artículo 5.6 para reformar los supuestos en los que es legalmente posible la inadmisión a trámite, para adecuarlos al artículo 25 de la directiva de procedimientos, incluyendo la definición de primer país de asilo y la definición de tercer país seguro. Hay que tener en cuenta en este sentido que en el futuro las causas más extendidas que hoy implican la inadmisión –sobre todo que la solicitud se base en hechos manifiestamente falsos o inverosímiles del 5.6.d)– no podrán ser tramitadas por este procedimiento.

– Artículo 7: El artículo 23 de la directiva de procedimientos señala las condiciones en las que los Estados pueden aplicar procedimientos prioritarios o acelerados. No son los procedimientos de inadmisión a trámite hoy existentes, sino una novedad desconocida en este sector de nuestro ordenamiento, de manera que la ley de asilo debería valorar si se van a utilizar y los supuestos que se tramitarían por él.

– Artículo 8: Nueva redacción de los requisitos para la concesión del asilo, así como la regulación de los Refugiados *in situ*.

En fin, un nuevo Título absolutamente *ex novo* Referido a la protección subsidiaria y que debería contener, al menos, la definición de persona con derecho a esa protección, el alcance del estatuto con relación al de refugiado... lo que queda, si es que queda algo del actual 17.3 que pasaría a ser una protección nacional subsidiaria de la subsidiaria internacional.

En definitiva todo parece apuntar a que necesariamente en el inmediato futuro tendremos una nueva Ley de asilo (y de protección subsidiaria internacional) en nuestro país. En realidad si los plazos de trasposición fueran auténticas obligaciones jurídicas probablemente estaríamos a punto de incurrir en responsabilidad internacional ante la imposibilidad cierta de que una operación normativa de este alcance se desarrolle antes del 10 de octubre de este año.

Hay una pregunta que, me temo, es inevitable en la medida en que parece responder a una opinión bastante difundida. Esta reforma ¿tiene que ser necesariamente restrictiva del estatus actual del derecho de asilo en nuestro país?

Y la respuesta es, estoy convencido, de signo negativo. Las normas europeas han diseñado un sistema de mínimos, pero nada impide que nuestra ley de asilo diseñe un estándar superior. Juegan en el sentido del artículo 10.2, para diseñar un estatuto de mínimos que debemos cumplir, pero no impide en absoluto que en aspectos como el régimen de suspensión y las medidas cautelares, o la identificación entre la protección subsidiaria y el asilo el legislador español vaya tan lejos como lo considere oportuno. Es más, hay algún aspecto en los que la norma europea puede servir de acicate para el avance de la normativa española, por ejemplo en materia de persecución por razón de sexo.

Queda una última cuestión, ¿cuál es el futuro a largo plazo del asilo en Europa?, y la respuesta en mi opinión debe basarse en dos elementos:

Por una parte el compromiso, establecido ya en Tampere, en octubre de 1999, de que lo que se pretende es establecer un procedimiento de asilo común y un estatuto uniforme válido en toda la Unión.

Por otra la consideración en la Constitución europea del asilo como un derecho fundamental.

Por ello no es imposible que dentro de unos años haya que explicar, en foros como éste, que España ha perdido definitivamente su capacidad para determinar quién tiene derecho de asilo, y que es una especie de Oficina de Asilo europea la que lo hará, desde la consideración del asilo como un derecho fundamental que se ejerce en la totalidad del espacio de libertades que Europa nunca ha dejado de ser.

La aplicación subsidiaria de la legislación general de extranjería a quienes se deniega el asilo*

LA APLICACIÓN SUBSIDIARIA DE LA LEGISLACIÓN GENERAL DE EXTRANJERÍA A QUIENES SE DENIEGA EL ASILO Y LAS RAZONES HUMANITARIAS OBSTATIVAS DE LA EXPULSIÓN.

No son infrecuentes las solicitudes de asilo denegadas o inadmitidas a trámite, que conllevan el rechazo en frontera o la salida obligatoria o expulsión del territorio español, contra las que el extranjero puede recurrir en sede jurisdiccional conforme a lo establecido por el artículo 21.1 de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado 5/1984, de 26 de marzo, reformada por Ley 9/1994, de 19 de mayo.

En estos casos, aparte de la suspensión por ministerio de la ley de la ejecutividad del acto administrativo, establecida por el artículo 21.2 de dicha Ley, cuando se haya solicitado el reexamen y el representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados hubiese informado favorablemente la admisión a trámite de la solicitud de asilo, se debe tener en cuenta por los Jueces y Tribunales que, al resultar aplicable la legislación general de extranjería (Ley Orgánica 4/2000, reformada por Leyes 8/2000 y 14/2003), queda el ciudadano extranjero amparado por ésta, de modo que si solicita permiso de residencia o de trabajo o exención de visado, mientras tales peticiones no hayan sido resueltas por la Administración, no es posible ejecutar la orden de expulsión o de salida obligatoria del territorio español, como se deduce del artículo 17 de la citada Ley 5/1984, reformada por Ley 9/1994, y de la doctrina jurisprudencial, recogida, entre otras, en Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de marzo, de 1988, 29 de mayo de 1991, 25 de noviembre de 1995, 17 de febrero de 1996, 19 de febrero, 22 de julio y 19 de diciembre de 2000, 24 de febrero de 2001 y 4 de noviembre de 2005 (recurso de casación 10.375/2003), según la cual, mientras la Administración no ha resuelto la solicitud de permiso de residencia, de trabajo o de regularización de su situación, formuladas por un extranjero, no es conforme a Derecho acordar su expulsión, pues no cabe equiparar la conducta de quien elude los controles administrativos con la de quien acredita el cumplimiento de ellos.

Los órganos jurisdiccionales han de tener presente que, si bien conforme al ordenamiento jurídico aplicable cabe la expulsión de un extranjero al que se le concedió el asilo o la condición de refugiado, las razones humanitarias son especialmente relevantes en estos casos, así como en los de inadmisión a trámite o denegación de tales derechos, para impedir la expulsión del territorio español cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios

(*) Extracto de la Ponencia *La tutela judicial de los inmigrantes*, presentada al 16 Encuentro de Abogacía de Extranjería y Asilo, Sevilla 2006.

graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país a pesar de no reunir los requisitos para gozar de la condición de asilado o refugiado, según prevén los artículos 17.2 y 20.2 de la mencionada Ley 5/1984, reformada por Ley 9/1994, y ha sido repetidamente declarada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 30 de septiembre de 1996, 2 de marzo, 11 y 22 de mayo y 12 de diciembre de 2000, 17 de abril y 28 de julio de 2001, 28 de septiembre de 2002, 1 de julio, 2 y 29 de septiembre, 5 y 13 de octubre, 3 de noviembre y 16 de diciembre de 2004 y 25 de enero de 2005 (recurso de casación 4074/2001).

La reforma introducida en la Ley reguladora del derecho asilo y de la condición de refugiado de 1984 por la Ley de 1994 no sólo no ha atajado los dos factores determinantes de la crisis de la institución del asilo, que son la clasificación de los exiliados y la perversión que supone pedir el asilo para conseguir la inmigración, sino que ha creado la figura de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, resultando la intervención del ACNUR tan extraordinariamente comprometida que, para evitar amparar con el asilo la inmigración económica, es más reactivo, en ocasiones, a reconocer la condición de refugiado que la propia Administración.

La complejidad de la inadmisión a trámite de las peticiones de asilo quedó patente en las Sentencias de la Sala Tercera (Sección 6.^a) del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2001 (recurso de casación 2476/1997), 19 de septiembre de 2002 (recurso de casación 3234/1998), 28 de septiembre de 2002 (recurso de casación 4235/1998) y 21 de noviembre de 2002 (recurso de casación 218/1998), y recientemente la misma Sala (Sección 5.^a) en sus Sentencias de fechas 1 de junio de 2004 (recurso de casación 3678/2000, fundamento jurídico tercero), 22 de junio de 2004 (recurso de casación 3382/2000, fundamento jurídico segundo), 20 de julio de 2004 (recurso de casación 3105/2000, fundamento jurídico segundo), 27 de julio de 2004 (recurso de casación 4607/2001, fundamento jurídico cuarto), 22 de septiembre de 2004 (recurso de casación 3634/2001, fundamento jurídico cuarto), 28 de septiembre de 2004 (recurso de casación 3951/2001, fundamento jurídico segundo), 13 de octubre de 2004 (recurso de casación 5256/2001, fundamento jurídico segundo) y 14 de octubre de 2004 (recurso de casación 7412/2000, fundamento jurídico segundo), ha declarado que se debe admitir a trámite la petición de asilo cuando las causas alegadas sean de aquéllas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, salvo que resulten manifiestamente falsas, inverosímiles o carentes de vigencia, sin que en ese trámite sea preciso aportar pruebas o indicios de su existencia o realidad, lo que sólo se deberá exigir para resolver sobre la concesión o no del asilo.

Concretamente, las Sentencias de fechas 1 de junio de 2004 (recurso de casación 3382/2000), 22 de junio de 2004 (recurso de casación 3382/2000), 20 de julio de 2004 (recurso de casación 3105/2000), 27 de julio de 2004 (recurso de casación 4607/2001), 22 de septiembre de 2004 (recurso de casación 3634/2001), 28 de septiembre de 2004 (recurso de casación 3951/2001), 14 de octubre de 2004 (recurso de casación 7412/2000) 4 y 5 de enero de 2005 (recursos de casación 4816 y 5072 de 2001, fundamento jurídico primero), han expresado claramente que “no es la fase de admisión un trámite para resolver anticipadamente la solicitud de asilo sino un modo de evitar peticiones en las que concurren cualesquiera de las circunstancias previstas en el apartado 6 del artículo 5 de dicha Ley” y que “no se pueden confundir los requisitos para la concesión del asilo, establecidos en el artículo 8 de la nueva Ley de Asilo, con las condiciones

La aplicación subsidiaria de la legislación general de extranjería

III

para que una solicitud de asilo sea admitida a trámite, para lo que es suficiente con aducir hechos verosímiles y vigentes, que constituyan una causa que pueda dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado”, de manera que “las pruebas o los indicios sobre la certeza de los hechos se han de valorar una vez admitida a trámite la solicitud de asilo, a fin de concederlo o no, pero para incoar el oportuno procedimiento es suficiente, como acabamos de expresar, que los alegados sean constitutivos de alguna de las causas contempladas en el artículo 3.1 de la referida Ley 5/1984”.

En el mismo sentido que las anteriores, podemos citar las siguientes pronunciadas por la Sección Quinta de la Sala Tercera: 7 de julio de 2005, casación 2100/2002 (Sierra Leona), 7 de julio de 2005, casación 2096/2002 (Marruecos), 7 de julio de 2005, casación 756/2002 (Cuba), 7 de julio de 2005, casación 723/2002 (Sierra Leona), 7 de julio de 2005, casación 6377/2001 (Colombia), 18 de julio de 2005, casación 3087/2002 (Georgia), 22 de julio de 2005, casación 3028/2002 (Egipto), 22 de julio de 2005, casación 3185/2002 (Cuba), 22 de julio de 2005, casación 3201/2002 (Cuba), 22 de julio de 2005, casación 3239/2002 (Congo), 28 de julio de 2005, casación 3213/2002 (Ucrania), 28 de julio de 2005, casación 5999/2001 (Sierra Leona), 8 de septiembre de 2005, casación 3358/2002 (Cuba), 8 de septiembre de 2005, casación 2494/2002 (Sierra Leona), 8 de septiembre de 2005, casación 3311/2002 (Ucrania), 8 de septiembre de 2005, casación 2086/2002 (Cuba), 8 de septiembre de 2005, casación 2085/2002 (Ucrania), 8/9/2005, casación 1143/2002 (Sierra Leona), 8/9/2005, casación 3808/2002 (Cuba), 23 de septiembre de 2005, casación 3293/2002 (Cuba), 23/9/2005, casación 3519/2002 (Cuba), 23 de septiembre de 2005, casación 1331/2002 (Cuba), 23 de septiembre de 2005, casación 3401/2002 (Turquía), 23/9/2005, casación 3367/2002 (Bangladesh) y 30 de septiembre de 2005, casación 3870/2002 (Sri Lanka).

La Sala 3.^a del Tribunal Supremo ha examinado el contenido y alcance de los artículos 4.1 y 5.4 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, declarando en sus Sentencias de 1 de junio de 2004 (recurso de casación 492/2000), 21 de abril de 2006 (recurso de casación 2770/2003) y 21 de abril de 2006 (recurso de casación 2675/2003), que ha de informarse al solicitante de asilo no sólo del derecho a ser asistido por un abogado de su elección sino sobre la posibilidad de recabar un abogado de oficio, que le asista y asesore.

LOURDES NAVARRO GANDULLO

Abogada representante de CEAR Sevilla
(servjuridanda@cear.es)

IV

La intervención letrada en el procedimiento de asilo

SUMARIO

I. El asilo: Consideraciones generales y acceso del extranjero al procedimiento. La intervención letrada. A) Antes de la entrada en territorio español. a) Sanciones económicas a los transportistas que trasladan a extranjeros indocumentados. b) Generalización del visado de turista para viajar a España. c) Dificultad de acceso al procedimiento de asilo en las Embajadas. B) En el puesto fronterizo. a) Vía aérea. b) Vía marítima. C) Solicitudes de asilo presentadas en territorio español. a) Falta de información adecuada a los extranjeros, que desconocen en muchas ocasiones que tienen derecho a una protección internacional. b) Deficiencias en la asistencia de intérprete. c) Deficiencias en la realización de las entrevistas de asilo. d) Durante la tramitación del expediente de asilo. e) Acceso al procedimiento de las personas ingresadas en Centros de Internamiento.

II. Ceuta y Melilla.

I. EL ASILO: CONSIDERACIONES GENERALES Y ACCESO DEL EXTRANJERO AL PROCEDIMIENTO. LA INTERVENCIÓN LETRADA

Subrayar el acusado descenso del número de solicitudes de asilo que se viene produciendo en España en los últimos años. De las 9.490 solicitudes de asilo que se presentaron en España en el año 2001 hemos pasado en el año 2005 a 5.257 solicitudes de asilo. Aunque es cierto que esta tendencia descendente, es tónica presente en los países europeos, es más cierto que el número de solicitudes presentadas en éstos está lejos de ser parejo con las presentadas en España, puesto que en el 2005 en Francia 50.050 personas solicitaron asilo, en Alemania, 28.910 y en Reino Unido, 30.460.

Es evidente que algo está ocurriendo, y esto no es otra cosa que las barreras y obstáculos que se están poniendo al acceso al procedimiento de asilo que, como no podía ser de otra forma, se ponen claramente de manifiesto con estos simples datos estadísticos.

No cabe otra conclusión dado que siguen existiendo conflictos armados (véase la situación en la que se encuentra Colombia, Costa de Marfil, RD Congo, Sudán, entre otros muchos), catástrofes humanitarias, vulneraciones de los más elementales derechos de las personas, en definitiva, personas con necesidades de protección internacional.

Es más, y continuando con los datos estadísticos, a pesar de la caída en picado del número de solicitudes de asilo, podemos afirmar que el número de personas afectadas de esta necesidad de protección no ha disminuido sino todo lo contrario ha aumentado. Esto es, según datos del ACNUR en 2005 ha aumentado en 1,3 millones el número de personas bajo la competencia del ACNUR así como el número personas en situación de desplazamiento interno, en 16 países existen 6,6 millones de desplazados internos, frente a los datos de finales del 2004 en los que el número de desplazados internos era de 5,4 millones de personas en 13 países.

Evidentemente las cifras no cuadran, las personas no están encontrando la protección que necesitan, en este caso, la protección internacional que otorga la condición de refugiado y el derecho de asilo.

La legislación española en materia de asilo asume la definición de refugiado recogida en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de Nueva York sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967.

Por tanto, de conformidad con el artículo 1A2 de la Convención de Ginebra, el término refugiado se aplica a toda persona que

“debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.”

De acuerdo con las obligaciones derivadas por España de la Convención de Ginebra, los refugiados reconocidos quedan protegidos de la devolución o expulsión, en los términos del artículo 33 de la Convención de Ginebra.

Es el llamado principio de *non-refoulement*, piedra angular del derecho de asilo. De conformidad con el cual

“Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.”

Al refugiado reconocido se le aplica un estatus jurídico “privilegiado” que se concreta en la autorización de residencia en España, la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles, la expedición de documentos de viaje e identidad necesarios y la asistencia social y económica establecida reglamentariamente.

La intervención letrada en el procedimiento de asilo

IV

Por ello, la calificación de un extranjero como refugiado y el reconocimiento de dicha condición por parte de las autoridades de un Estado supone la aplicación de un régimen jurídico comparativamente muy favorable respecto al régimen general de extranjería.

Por otro lado, tener presente, que la sola solicitud de la condición de refugiado, la sola solicitud de asilo político, implica de forma inmediata la aplicación de la legislación de asilo y de las garantías establecidas en la misma.

Por consiguiente los efectos y consecuencias jurídicas de la solicitud de asilo son directos e inmediatamente aplicables al solicitante. Al solicitante de asilo le asisten una serie de derechos o garantías insoslayables. Estos son:

- No podrá ser rechazado en frontera o expulsado hasta la resolución de la solicitud.
- Se suspenderá cualquier procedimiento de expulsión del extranjero que se halle pendiente.
- Toda solicitud de asilo supondrá la autorización de permanencia provisional en España, expidiéndose la correspondiente documentación al interesado.
- Se comunicará la solicitud al ACNUR.
- Ser asistido por un abogado de su elección tanto en el momento de realizar la solicitud como a lo largo de todo el procedimiento de asilo. Para acceder a la asistencia letrada el solicitante puede elegir cualquiera de las siguientes vías:
 - Contactar con Organizaciones No Gubernamentales que cuenten con un Servicio Jurídico gratuito para los solicitantes de asilo.
 - Solicitar del Colegio de Abogados el nombramiento de un Abogado de oficio con carácter gratuito (Servicio de Orientación Jurídica a Extranjeros).
 - Contactar con un Abogado privado de su elección.
- Ser asistido por intérprete si no conoce el idioma español. Para acceder a la asistencia de intérprete, el solicitante podrá elegir las siguientes vías:
 - Solicitar en las dependencias administrativas el nombramiento de un intérprete con carácter gratuito.
 - Contactar con Organizaciones No Gubernamentales que cuenten con un Servicio de Intérpretes gratuito.
 - Contactar con un intérprete privado de su elección.
- Derecho a recibir asistencia médica en caso de necesidad, y orientación sobre los servicios sociales existentes para refugiados (Unidad de Trabajo Social en la OAR y Cruz Roja).
- Derecho a Trabajar una vez admitida a trámite la solicitud y transcurridos 6 meses desde la presentación de la misma.

El Derecho a solicitar asilo político es un derecho fundamental de carácter Universal. Recogido en nuestra norma interna artículo 1 de la Ley de Asilo, así como en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece de manera expresa que

“En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y disfrutar de él, en cualquier país.”

Por ello, todas las prácticas que limitan el acceso efectivo a la protección del asilo suponen sin duda alguna una dejación de las autoridades españolas en las responsabilidades adquiridas que emanan tanto de la ratificación de la Convención de Ginebra como del resto de instrumentos internacionales de protección.

No obstante ello, en España el acceso al procedimiento de asilo se ha convertido verdaderamente en una larga cadena de dificultades y obstáculos a sortear.

Vamos a analizar algunas de las dificultades que con carácter general a todo el territorio español, se encuentran las personas para acceder a una protección internacional efectiva, para luego hacer una breve referencia a la situación tan peculiar que detectamos en las ciudades de Ceuta y Melilla.

Este cúmulo de dificultades de las que venimos hablando, empiezan para el solicitante antes de entrar en España, continúan a su llegada a los puestos fronterizos y, desde luego, no terminan con su acceso al territorio español.

A) Antes de la entrada en territorio español

Evidentemente el primer paso para garantizar a los potenciales refugiados esta protección efectiva sería garantizar a todas las personas que la necesiten, la posibilidad de solicitar asilo ante las autoridades españolas.

No obstante la combinación de la necesidad de visado para viajar a España y las sanciones a los transportistas están produciendo en la mayor parte de casos la absoluta imposibilidad de acceso legal de los posibles refugiados al procedimiento de asilo tanto en puestos fronterizos como en territorio español. Esto es, se imposibilita *de facto* su acercamiento a los mismos con la utilización de transportes “regulares”, viéndose obligados a entrar “de forma irregular” ya sea mediante pateras, escondidos en bajos de camiones o autobuses, o como la imaginación movida por la necesidad sean capaces de ingeniar, y siempre en manos de mafias de tráfico de seres humanos.

a) Sanciones económicas a los transportistas que trasladan a extranjeros indocumentados

A pesar de que la Convención de Ginebra en su artículo 31 establece en relación con los refugiados que los Estados contratantes no impondrán sanciones a refugiados a causa de su entrada o presencia irregular, y de que la legislación española de Extranjería reconozca la posibilidad de entrar en territorio español sin documentación alguna a aquellos extranjeros que soliciten el derecho de asilo, en la práctica existe una barrera jurídica fundamental en la propia ley de Extranjería, de enorme infranqueabilidad, y que consiste en la tipificación de cuantiosas sanciones económicas para los transportistas que trasladen a extranjeros indocumentados a España.

La intervención letrada en el procedimiento de asilo

IV

Es más, el apartado 3.º del artículo 54 de la Ley se encarga de establecer la improcedencia de sanciones en caso de solicitud de asilo, siempre y cuando dicha solicitud de asilo sea admitida a trámite.

Esto hace que los diferentes transportistas, compañías aéreas, de autobuses, ferrocarriles o navieras, se nieguen a transportar a extranjeros con documentación defectuosa o inexistente, por miedo a las sanciones ya que, lógicamente, ni están ni tienen porqué estar en condiciones de valorar si las alegaciones del potencial solicitante son susceptibles de admisión a trámite en el supuesto de formalización de la solicitud.

b) Generalización del visado de turista para viajar a España

En este sentido hay que denunciar la necesidad de visado para extranjeros provenientes de países en los que existen graves violaciones de derechos humanos así como disturbios políticos y guerras civiles, países susceptibles de emitir flujos considerables de refugiados fuera de sus fronteras interiores. Como crudo ejemplo, señalar la instauración del visado a partir del 1 de enero de 2002 para los ciudadanos colombianos como ejemplo de enésima vulneración del derecho a pedir asilo consagrado en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Ello supuso un notable y sostenido descenso desde el 2002 hasta el 2004 del número de solicitantes de asilo colombianos, pero como antes comentábamos, la necesidad unida a la intensidad, magnitud y violencia del conflicto que asola este país, ha motivado que durante el 2005 Colombia vuelva a ser el país con mayor número de solicitudes de asilo presentadas, a pesar de estos férreos controles fronterizos.

c) Dificultad de acceso al procedimiento de asilo en las Embajadas

Vamos a analizar las dificultades en las que se encuentran los posibles refugiados para el acceso al procedimiento de asilo en las Embajadas, en cuanto lugar habilitado de conformidad con el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Asilo.

Las problemáticas que se detectan en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares en el Extranjero ponen en clara cuestión la efectividad de la mismas como lugares de acceso al procedimiento de asilo. Podemos destacar los siguientes,

- 1.- Dificultad de acceso a las dependencias consulares españolas en el extranjero.
- 2.- Carencia de medios personales y materiales en las dependencias consulares.
- 3.- Falta de formación específica en materia de asilo de los funcionarios que trabajan en las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas. Esto supone que la información que se remite a la OAR o está incompleta o es inexacta, lo que perjudica a los solicitantes de asilo y supone una desventaja frente a los que lo piden en España.
- 4.- Ausencia de abogados que puedan asesorar al extranjero que desea solicitar asilo en España.

5.- Falta de entrega del folleto de información útil y básica a los solicitantes de asilo en dependencias consulares.

6.- Excesiva duración de los procedimientos de asilo iniciados en representaciones consulares.

7.- Falta de aplicación de la posibilidad legal de traslado a España durante el procedimiento a solicitantes de asilo que se encuentren en situaciones de riesgo. Ello supone que la persona perseguida debe tener los suficientes recursos económicos para sufragar su estancia en un tercer país a la espera de la resolución de su expediente.

Consecuencia directa de ello es el reducido número de solicitudes de asilo presentadas en las Misiones diplomáticas u Oficinas Consulares españolas en los últimos años.

B) En el puesto fronterizo

Analizadas las dificultades para el acceso al asilo antes de llegar a territorio Español, la situación no mejora para la persona que habiendo sorteado éstas, se encuentra ante un puesto fronterizo Español, con la intención de solicitar la protección del gobierno español.

Veamos las dificultades en las que se encuentra una persona que pretenda acceder a territorio español bien si utiliza un transporte aéreo bien en caso de utilizar un transporte marítimo.

a) Vía aérea

En el caso de la que persona decida o consiga venir a España en avión se va a encontrar con serias dificultades hasta conseguir formalizar su solicitud de asilo, entre éstas se encuentran las siguientes.

- Controles de documentación a pie de escalerilla tanto en los aeropuertos de origen y como de destino. Incluso hemos tenido conocimiento de la existencia de controles dentro de los propios aviones.
- Barreras de acceso al procedimiento de asilo de los extranjeros retenidos en los aeropuertos españoles. La CEAR tiene conocimiento de casos en los que los interesados han tenido que vencer la resistencia de las autoridades policiales para poder formalizar su solicitud de asilo. Hasta el punto de que no en pocas ocasiones se les exige que hablen español puesto que si no se pronuncia expresamente la palabra "asilo" las autoridades no consideran que la persona necesita protección. En estos casos es fundamental el papel del abogado en la información y asesoramiento que presten desde el principio al posible solicitante de asilo, aun cuando la asistencia sea para otro procedimiento administrativo (devolución, expulsión, etc.).

Os invito a que para mayor seguridad en la garantía de este derecho, esto es en la detección de personas necesitadas de protección internacional, se pregunte a la persona en cuestión dos preguntas claves, ¿por qué saliste de tu país? y ¿qué crees que ocurriría caso de tener que regresar al mismo?

La intervención letrada en el procedimiento de asilo

IV

De esta forma podemos hacer esta labor tan importante de detección de posibles casos de refugiados con necesidad de protección internacional.

b) Vía marítima

Evidentemente estamos ante el caso de los polizones que llegan a nuestros puertos.

En ese sentido destacamos fundamentalmente la ausencia de Asistencia letrada en los puertos españoles, ya que cuando atraca un buque en nuestros puertos, las autoridades policiales continúan aplicando la Instrucción de 9 de abril de 2002 que no prevé asistencia letrada sino una entrevista por las autoridades policiales en la que no se intenta averiguar la intención del polizón.

Para paliar, en la medida de lo posible, esta situación, el 14 de julio de 2005 la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior publicó una nueva Instrucción sobre aspectos Procedimentales ligados al Posible ejercicio del Derecho de Asilo por Polizones extranjeros, que complementa la ya citada de 2002 y añade tres preguntas “1. ¿Cuáles son los motivos por los que ha abandonado su país?, 2. En su caso, tránsito desde su país al país en el que desembarcó. 3. ¿cuál es su voluntad o pretensión respecto a las autoridades españolas?”.

Sin embargo, y dado que el número de solicitudes de asilo presentadas por polizones en 2005 fue muy reducido, esta modificación ha sido insuficiente para garantizar el acceso al procedimiento de asilo en España de aquellas personas que requieran de ésta protección internacional.

Asimismo, añadir, que no se permite el acceso al buque de las organizaciones no gubernamentales además se incumple incluso esta instrucción dado que no avisan al letrado de guardia ni siquiera en el caso de que conste expresamente el deseo del polizón de entrar en España.

Durante el 2005 CEAR ha conseguido la estimación de varios contenciosos en casos de vulneración del derecho fundamental de defensa del polizón. En uno de estos recursos cuando la letrada tuvo acceso al expediente en fase de demanda pudo comprobar como a la pregunta cuál es su voluntad o pretensión respecto a las autoridades españolas contestaron “evitar a los que persiguen a su hermano” o “quiero ayuda”, y en ninguno de estos casos es entendido por las autoridades españolas como necesidad de protección.

C) Solicitudes de asilo presentadas en territorio español

Si a pesar de todas las dificultades señaladas la persona en cuestión logra entrar en territorio español se va a encontrar otra serie de trabas que dificultan su acceso a una protección efectiva.

Con carácter general vamos a señalar algunas deficiencias comunes a todo el territorio nacional, para de esta forma subrayar una serie de recomendaciones o pautas de actuación en la asistencia letrada durante el procedimiento administrativo de asilo político.

Nuestra intervención letrada se convierte en este momento en fundamental en aras del derecho de defensa de todas aquellas personas que tratan de solicitar la protección del gobierno español través de la institución del asilo político.

La asistencia letrada durante todo el procedimiento administrativo de asilo, desde el primer momento y a lo largo de todos los complejos trámites por los que una persona debe pasar hasta lograr un estatuto que garantice su protección en España, es indispensable, dada la complejidad del procedimiento así como la situación de especial desvalimiento en la que se encuentran los refugiados que llegan a nuestro país, muchas veces sin conocer la lengua o habiendo sufrido situaciones muy duras.

Destacar la siguiente problemática detectada.

a) Falta de información adecuada a los extranjeros, que desconocen en muchas ocasiones que tienen derecho a una protección internacional

El letrado deberá asegurarse de que la persona está necesitada de protección y desea solicitar asilo político en España. Además y con carácter previo a la entrevista deberá explicarle de manera asequible para su nivel cultural el carácter del procedimiento, el desarrollo del mismo, el papel de cada una de las personas que intervienen así como la gratuidad de la asistencia letrada. No en pocas ocasiones hemos tenido testimonios de personas que nos afirman no haber sido conscientes de la presencia de letrado o, al menos, nadie se le presentó como tal. Incluso, a veces la persona ni siquiera sabe, conoce o es consciente de que ha realizado una solicitud de asilo político.

b) Deficiencias en la asistencia de intérprete

Dadas las deficiencias detectadas así como la dificultad para disponer de intérprete de determinadas lenguas el letrado deberá informarse sobre la necesidad de tener que utilizar intérprete. Éste ha de ser independiente, por lo que habrá de asegurarse de que en las labores de interpretación no participen personas que puedan inducir a desconfianza en el solicitante de asilo.

c) Deficiencias en la realización de las entrevistas de asilo

La entrevista de asilo es fundamental en la tramitación de la solicitud de asilo, si tenemos presente tanto el aún elevado índice de inadmisiones a trámite, como, en el caso de ser admitido, que el solicitante no tendrá con casi toda probabilidad la oportunidad de tener una segunda entrevista con el funcionario encargado de instruir su expediente. Por tanto, y teniendo presente estas circunstancias, la asistencia letrada en la misma no sólo es fundamental sino imprescindible.

Las deficiencias detectadas en algunas ocasiones han sido las siguientes.

- En algunos casos se realizan entrevistas excesivamente breves. Incluso hay provincias que se limitan a añadir el escrito del letrado sin realizar la misma.

La intervención letrada en el procedimiento de asilo

IV

- Falta de formación adecuada de los agentes entrevistadores.
- Actitud por parte de los entrevistadores secas, cortantes y poco comprensibles con la difícil situación por la que está pasando el solicitante de asilo.
- Negativa por las autoridades competentes a facilitar copia de la solicitud de asilo.

Ante estas situaciones el letrado no puede ni debe convertirse en convidado de piedra, todo lo contrario ha de tener una actitud activa y alerta en defensa del solicitante de asilo. Por consiguiente deberá atender a las siguientes cuestiones:

- Que el estado anímico de su asistido permita la realización de la entrevista. De no ser así adoptará las medidas oportunas.
- Buscar información sobre el país de origen y tenerla disponible, puede necesitarse durante la entrevista.
- Que la formulación de las preguntas sean comprensibles para el nivel cultural del solicitante. De no ser así se asegurará de que se realicen cuantas aclaraciones sean necesarias.
- Es conveniente que se realicen preguntas adicionales que aclaren contradicciones en las que haya podido incurrir el solicitante o complementen la declaración.
- Que se facilite copia íntegra del formulario cumplimentado y de la documentación aportada.
- Es aconsejable recomendar al solicitante realizar un escrito de alegaciones que recoja las alegaciones del solicitante de la forma más extensa posible, incluso por orden cronológico para evitar que se escape ningún detalle relativo a la persecución alegada.

d) Durante la tramitación del expediente de asilo

Una vez admitida a trámite la solicitud de asilo, el expediente entra en la fase de instrucción para la concesión del estatuto. En esta fase seguimos encontrándonos serias dificultades para el acceso a la protección internacional de las personas necesitadas de la misma. Se siguen poniendo muchas pegas para el acceso a los expedientes; existe una ausencia acusada de entrevistas personales con los instructores; criterios confusos y carentes de pautas de actuación claras; inversión del beneficio de la duda que convierte la actividad probatoria en un obstáculo insalvable; excesiva duración de algunos procedimientos; o instrucciones aceleradas en otros casos, etcétera.

Ante esta situación los letrados debemos de tener presente una serie de pautas generales de actuación.

- Informar al solicitante de la posibilidad que tiene para seguir disponiendo de asistencia jurídica. Facilitándole toda la información necesaria sobre las siguientes fases de procedimiento de asilo, sus derechos, obligaciones, así como las direcciones concretas de Organizaciones No Gubernamentales y Colegios de Abogados en todo el territorio nacional para el seguimiento de su solicitud.

- Es necesario que el letrado tenga conocimientos de la legislación específica, jurisprudencia, así como de los países y las zonas de origen de los solicitantes.
- Tratar de profundizar en el expediente aportando las ampliaciones necesarias o tratando de recabar cuantos elementos probatorios fundamenten los hechos y las alegaciones presentadas por el solicitante. Esta documentación e información complementaria se podrá presentar en cualquier momento durante la tramitación del expediente por la OAR, y no sólo en los diez días de la LPA. Es conveniente presentarlo antes de que la instrucción eleve el criterio a la CIAR.
- Intercambio de puntos de vista y colaboración con el ACNUR, la OAR así como con las Organizaciones No Gubernamentales que tengan entre sus objetivos el asesoramiento y la ayuda a los refugiados.
- Importancia de la entrevista del solicitante con la instrucción del expediente.
- No podemos olvidar que estamos ante un procedimiento administrativo al que le es aplicable en toda su extensión la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

e) Acceso al procedimiento de las personas ingresadas en Centros de Internamiento

Aunque ni la Ley ni el Reglamento lo menciona expresamente, nada impide la presentación de solicitudes en los Centros de Internamiento. En muchas ocasiones una de las principales dificultades de este tipo de presentación deriva de las dificultades del abogado para entrar en estos Centros, aunque en los últimos meses hemos de constatar que se ha avanzado positivamente en el acceso del letrado de CEAR a determinados Centros como el de Algeciras.

Además, hemos de tener presente una serie de consideraciones

- Que la solicitud se presente lo antes posible.
- Que aunque se tramita según el procedimiento ordinario de solicitud en territorio nacional, suele tramitarse con preferencia, por lo que es habitual que los plazos para su resolución sobre admisión o inadmisión sean más breves. Esto hace que se exija un papel activo del letrado.
- Que la dirección del Centro ha adoptado las medidas oportunas para dar cumplimiento a los trámites preceptivos con diligencia. En caso contrario se adoptarán las medidas oportunas por parte del letrado a efectos de poner en conocimiento de las autoridades competentes la intención del extranjero de solicitar asilo en España.
- Que se adopten medidas para evitar la comunicación de esta situación a las autoridades del país de origen del mismo, así como evitar la entrevista de las mismas, con el solicitante.

Una vez examinadas con carácter general la problemática más relevante con la que se puede encontrar una persona para el acceso al procedimiento de asilo en España, podemos detenernos en la problemática específica y tan peculiar que se detecta en la ciudades de Ceuta y Melilla.

La intervención letrada en el procedimiento de asilo

IV

II. CEUTA Y MELILLA

La mayor parte de los inmigrantes que llegan a Ceuta y Melilla proceden de los países subsaharianos y Argelia, aunque últimamente también están llegando personas procedentes de países como Bangladesh o la India.

Ante la imposibilidad de estas personas para entrar en territorio español por los mecanismos administrativos reglados, intentan hacerlo de forma irregular.

Esta situación está generando la aparición de precarios campamentos tanto en las cercanías de estas ciudades como en otros puntos de Marruecos.

Estas personas se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, en el sentido más extenso del término. Allí estas personas son perseguidas y acosadas por la policía marroquí; sufren el racismo de determinados sectores de la población local; en determinadas ocasiones son detenidas y expulsadas de forma irregular al desierto; se realizan redadas continuamente por la policía marroquí tanto de día como de noche; éstos suelen quemar sus enseres personales y documentos.

Además, en estas zonas también se producen otras formas de violencia. De esta situación desesperada se nutren las redes clandestinas de tráfico de personas; afloran los robos, las mujeres sufren en mayor medida si cabe esta situación desesperada, siendo objeto de agresiones sexuales, violaciones, explotaciones, prostitución. Todas estas agresiones permanecen impunes dado que como estas personas no tienen derechos no denuncian ante las autoridades estos hechos.

Al principio de este año en CEAR tuvimos conocimiento de que había un grupo de ivorienses en el bosque de Mariwuari, cercano a Melilla, que se encontraba en las condiciones antes descritas de absoluta precariedad. Sitiados por las autoridades marroquíes, en una zona boscosa, escondidos sin poder salir, sin comida, ni agua, dado que está controlado el acceso al agua, sometidos a continuas redadas y expulsiones al desierto, En este lugar conseguimos entrar y que nos firmaran un documento en el que expresaban su deseo de solicitar asilo y un documento de representación con el fin de poder presentar esta solicitud. Esto hicimos en el Consulado de Nador, con fecha de 3 de marzo, presentando un total de 14 solicitudes.

Acabamos de tener conocimiento de que van a archivar estas solicitudes por incomparencia de los solicitantes en la ratificación de las mismas. Evidentemente, las autoridades españolas no han tenido presente la situación descrita, así como su imposibilidad real de acceso al Consulado a fin de ratificar las solicitudes.

Ya en los perímetros fronterizos muchas de las personas que tratan de cruzar la frontera de Ceuta terminan heridas o muertas, tanto cuando su intento de entrada lo realizan a nado como saltando la verja fronteriza. Esta última, continúa siendo la vía más utilizada, a pesar del continuo elevado de la valla y la intensificación de la vigilancia en estas fronteras, como intento desesperado de medida de “control” de la inmigración, que se caracteriza por el cierre de fron-

teras y por concebir a los migrantes exclusivamente como un aporte de fuerza de trabajo para sus sistemas productivos.

Si a pesar de ello, logran cruzar las fronteras de Ceuta y Melilla tampoco terminan las dificultades de los solicitantes en el acceso efectivo al procedimiento de asilo.

Resulta cuanto menos peculiar, que cuando en general los extranjeros que entran irregularmente en España tratan de escapar por todos los medios de las autoridades españolas para no ser expulsados, en Ceuta se produce el fenómeno contrario. El objetivo de todos los extranjeros que llegan a Ceuta es llegar a la Policía Nacional para “registrarse”, puede que pretendiendo evitar lo que CEAR viene denunciando desde hace tiempo, las expulsiones ilegales de extranjeros.

CEAR ha venido en los últimos años denunciando y documentado casos de personas expulsadas ilegalmente a través de los perímetros fronterizos.

Esta práctica es uno de los principales obstáculos para facilitar el acceso al procedimiento de asilo.

El artículo 157 del Reglamento de Extranjería establece que la persona que pretenda entrar de manera irregular en España deberá ser devuelta tras la tramitación de un procedimiento administrativo de devolución con asistencia letrada y derecho a intérprete cuando no entienda español.

Sin embargo existen infinidad de testimonios que demuestran devoluciones *de facto* a personas a través de las vallas con independencia de cuál sea la documentación de que dispongan o los motivos por los que hayan abandonado su país. Estas devoluciones han llegado a afectar incluso a solicitantes de asilo, a personas que tenían una cita concertada con la Delegación del Gobierno y a personas reconocidas como refugiados por ACNUR en Marruecos o en terceros países.

Estas devoluciones automáticas vulneran el artículo 24 de la Constitución porque conculcan los derechos a la asistencia letrada y a la tutela judicial efectiva, así como el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales, ya que se les puso en riesgo de ser sometidas a un trato inhumano y degradante.

Los mismos preceptos son vulnerados si España devuelve a Marruecos a los extranjeros que hayan entrado de forma irregular, puesto que el principio de no devolución implica que España debe asegurarse de que la persona devuelta a este país recibirá protección contra la tortura, los malos tratos o la detención arbitraria y ninguna garantía existe al respecto porque las condiciones en las que Marruecos expulsa a los subsaharianos a Argelia o Mauritania, incluso sin el consentimiento de dichos países, puede considerarse como un trato inhumano, degradante, o incluso como tortura.

La intervención letrada en el procedimiento de asilo

IV

Todos fuimos testigos de las lamentables y vergonzosas condiciones en las que España expulsó a Marruecos a 73 personas desde Melilla el pasado 6 de octubre, en su mayor parte originarios de Malí y Costa de Marfil que acababan de saltar la valla.

Ante esta situación, entre otras iniciativas, CEAR ha presentado un recurso ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos con sede en Estrasburgo.

Por otro lado, en Ceuta se producen otra serie de peculiaridades a tener muy presente dado que esta ciudad se ha convertido en el segundo lugar después de Madrid, donde se presentan más solicitudes de asilo.

- Continúan las dilaciones en el acceso al procedimiento. En general los extranjeros que solicitan asilo en Ceuta reciben una cita para volver día después a formalizar su solicitud. Aunque estas demoras en la actualidad se han reducido considerablemente, sigue dependiendo del número de extranjeros que pidan asilo.
- Insuficiente información sobre sus derechos, situación legal, procesos en los que se encuentran o condiciones de acogida.
- Insuficiente asistencia letrada y de interpretación.
- Deficientes entrevistas de asilo para identificar a los refugiados. Como ya hemos comentado la entrevista juega un papel fundamental para poder identificar si el solicitante es un refugiado político. Es necesario que sea detallada, precisa y en profundidad para poder conocer la historia completa del solicitante. Sin embargo, en Ceuta en general las alegaciones son cortas, esquemáticas y no suelen ser preguntados para que aclaren sus respuestas o sobre cuestiones contradictorias.
- Uso abusivo por parte de las autoridades españolas del proceso de inadmisión a trámite en Ceuta. Todo lo relatado puede contribuir a que la OAR no admita a trámite muchas de las solicitudes de asilo provenientes de Ceuta, considerándolas “manifiestamente infundadas” por tratarse de alegaciones genéricas, imprecisas, contradictorias o por falta de credibilidad.
- Expulsiones legales, decir que los solicitantes de asilo inadmitidos a trámite se les inicia un expediente de expulsión, cuando en el resto del país se les impone una salida obligatoria. Además, este expediente de expulsión en no pocas ocasiones es ejecutado a pesar de que el solicitante tenga interpuesto el correspondiente recurso ante la jurisdicción. La legislación española no garantiza el efecto suspensivo del recurso por lo que en algunos casos se ha vulnerado la legislación internacional de refugiados y en concreto el principio de no devolución.
- Traslado a la península. Dado que España no tiene acuerdos de readmisión con muchos países del África subsahariana, sus nacionales no pueden ser expulsados. Cuando se produce una importante afluencia de extranjeros a Ceuta, las autoridades españolas los trasladan a la península. A pesar de no poder ser expulsados se les da una orden de expulsión junto al billete de barco, que les impide regularizar su situación jurídica en España. Se les avoca a una situación de irregularidad que les hace vulnerables frente a abusos y discriminaciones de todo tipo.

Estamos hablando de un problemática compleja con una solución difícil en la que de forma prioritaria e ineludible ha de exigirse a los gobiernos y el gobierno español en particular, garan-

tizar una política comprometida con los derechos humanos de los refugiados, solicitantes de asilo e inmigrantes.

HASSAN BENHADDOU HANDI

Traductor intérprete
Oficina de asilo y refugio
(hhandi@refugio.mir.es)

v

La garantía de la asistencia del intérprete

SUMARIO

I. Introducción.

II. Pinceladas acerca de la historia de la traducción e interpretación.

III. La asistencia lingüística es un derecho constitucional.

IV. Quiénes son los intérpretes, cuál es su papel en la Administración.

V. El perfil de los solicitantes de asilo desde la óptica del intérprete.

VI. Las dificultades de comunicación cuando el idioma no es compartido y pautas a seguir.

VII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La protección una palabra bonita e inspiradora, que a mí personalmente me remite a mi infancia fuera de este país y me recuerda a mi madre y a mi padre, que tanto hicieron para protegerme.

La protección, un concepto que a menudo echamos de menos en este mundo escaso de justicia que nos ha tocado vivir, digo vivir refiriéndome a nosotros los del primer mundo. Los del tercer, cuarto o quinto mundo seguramente utilizarían otros verbos o conceptos más apropiados como padecer o sufrir.

Hablar y tratar de la protección internacional en el ordenamiento jurídico español desde los múltiples ángulos y perspectivas, tanto de la administración, colegio de abogados, tribunales u

organismos internacionales, es algo interesante, porque aporta un mayor conocimiento y facilita el acercamiento y el entendimiento. Pero no es suficiente, si únicamente damos importancia a los conceptos, leyes, reglamentos, procedimientos y acuerdos sin tener en cuenta al sujeto, a quienes necesitan nuestra protección.

A veces, me da la sensación de que cuando hablamos de “ellos”, de los extranjeros, de los refugiados, solicitantes, o desprotegidos, o cuando legislamos, resolvemos, fallamos o les defendemos lo hacemos como si no existiese ningún impedimento de comunicación, es decir como si todos los extranjeros fuesen originarios de un barrio de Madrid, de Sevilla, o que todos hablasen un buen castellano.

Siento decirles que mi modesta experiencia como traductor e intérprete tanto dentro de la Oficina de Asilo y Refugio como fuera de ella, me ha enseñado que donde hay un quehacer en común, una tarea o trabajo que llevar a cabo en equipo, es ineludible el reconocimiento mutuo y conciencia de la importancia de todos los elementos o factores que entran en juego.

En las actuaciones con los extranjeros, en general, intervienen funcionarios, policías, jueces, abogados, miembros de ONG, etcétera, y entiendo que todos colaboren y trabajen juntos, unos legislando, otros aplicando leyes o ejerciendo la defensa. Pero se echa de menos, en la mayoría de los casos, la falta o mejor dicho el poco reconocimiento a una de las piezas fundamentales en todo este engranaje, me refiero a esta pieza que sirve de vehículo o transmisor de mensajes y que hace posible la comunicación y el entendimiento entre los extranjeros y los demás actores y agentes.

Podemos legislar, podemos dictar sentencias, un letrado puede presentar recursos, etcétera, pero no siempre podemos proteger adecuadamente a quienes no entendemos o malentendemos, por esta razón el valor de los traductores e intérpretes viene dado por una necesidad ineludible tanto por el extranjero como por los agentes que intervienen en la protección.

Si la comunicación es deficitaria, todas las decisiones se verán condicionadas, por esta razón considero necesario la incorporación de los traductores e intérpretes a este proceso por necesidad humana y por imperativo profesional.

La intervención de los intérpretes, aparte de ser un derecho de los extranjeros, es también un derecho de los funcionarios, letrados y demás agentes que trabajan con los extranjeros.

Los intérpretes son una herramienta básica de comunicación. Y como toda herramienta, tiene su libro de instrucciones que hay que conocer para contar con resultados positivos.

Por esta razón quiero acercarlos a esta profesión siguiendo el siguiente esquema, y dado que el espacio es el que es, me someteré a su dictadura sin extenderme demasiado para poder completar el esquema en el espacio que se me ha reservado.

La garantía de la asistencia del intérprete

v

II. PINCELADAS ACERCA DE LA HISTORIA DE LA TRADUCCIÓN E INTERPRETACIÓN

Una de las pruebas materiales más antiguas halladas en Egipto demuestra y refleja la existencia de la figura de los traductores. En el grabado encontrado en una de las tumbas, y que se remonta a los tiempos de los faraones, año 1350 antes de cristo, se vislumbra una famosa imagen de un intérprete inclinado escuchando a un embajador asirio delante del faraón.

Según varios investigadores, hace tres mil años, en el antiguo Egipto, los intérpretes gozaban de una gran estima, lo que llevó a los faraones a crear el título hereditario de “intérprete superior” existían otros títulos, como el llamado Sóter o salvador.

A lo largo de la historia, los gobernantes, jefes militares, ministros han reclamado la presencia de los intérpretes en las campañas bélicas, en negociaciones y en las transacciones comerciales.

También se usaba a los rehenes y esclavos y se requerían los servicios de los hijos de nobles que habían recibido educación fuera.

Los intérpretes fueron un factor decisivo en la propagación y difusión de las creencias, tuvieron un papel importante en los imperios multiétnicos y multilingüísticos y ciudades como Babilonia (Bruselas en la actualidad) donde se traducían las disposiciones y decretos del o al asiré, caldeo, hebreo, árabe, etc.

Los templos servían también como sedes para la traducción.

Hay documentos y notas escritas de rabinos sobre los escollos y problemas lingüísticos y de traducción, incluso sobre las cualidades y condiciones que un intérprete debe cumplir (su edad, su posición de cara al orador, su fe...).

En la Grecia helénica (2000 a 200 antes de cristo) los intérpretes aseguraban los contactos con los pueblos sometidos, pero parece que no gozaban del mismo prestigio que en tiempos de los egipcios. Los antiguos griegos se consideraban muy superiores en cuanto a cultura y lengua y esperaban que los demás, es decir, que los bárbaros, aprendieran su lengua.

Gran parte del legado filosófico y cultural occidental que conocemos en la actualidad es gracias a los traductores árabes y judíos que han ejercido de puente y rescatado parte de una cultura tan valiosa como la griega.

Durante la primera etapa del Islam, los prisioneros de guerra recuperaban la libertad enseñando sus lenguas a los musulmanes que querían aprender.

Durante la conquista del nuevo mundo, enseguida los conquistadores se pusieron a resolver el problema de la comunicación, recurriendo a los servicios de los indios (trasladaban a algunos a España para aprender el idioma).

Durante aquella época se desarrollaron algunas ordenanzas relativas al deber del traductor-intérprete como el deber de jurar, en este contexto se cree que nació el antecedente de la figura del actual intérprete jurado.

Después de la guerra mundial y los juicios contra los nazis, la traducción se incorpora al mundo de la tecnología, nace la interpretación simultánea.

En cuanto a las escuelas de traducción e interpretación, la ETI de Ginebra se fundó en 1941 y las primeras escuelas españolas de traducción e interpretación surgieron en los años sesenta, en Barcelona primero y después en Granada.

III. LA ASISTENCIA LINGÜÍSTICA ES UN DERECHO CONSTITUCIONAL

Como ven cuando hablamos de las dificultades de comunicación, de la intervención de los intérpretes y traductores, del ordenamiento jurídico y las garantías lingüísticas no estamos hablando de algo nuevo ni inventando nada.

La profesión del traductor está ligada a la misma existencia de los seres humanos, se cuenta que la profesión de traductor es la segunda profesión más antigua del mundo.

En la actualidad la asistencia lingüística a los solicitantes de asilo es un derecho consagrado en la constitución española.

Se han desarrollado varias leyes y reglamentos a propósito.

Como el artículo 22 de la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre que deja claro que los extranjeros que no estén familiarizados con el idioma tienen derecho a intérprete:

“1. los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.”

El artículo 8.4 de la ley de asilo reconoce a los solicitantes que no hablan castellano el derecho a la asistencia lingüística. Dice lo siguiente:

“los solicitantes de asilo que se encuentren en el territorio nacional tendrán derecho a intérprete y asistencia letrada para la formalización de su solicitud y durante todo el procedimiento.”

No es cuestión de citar todas las leyes, pero me gustaría señalar y remarcar que en la mayoría de los artículos y leyes, ambos derechos, tanto el derecho a la asistencia jurídica como el derecho a la asistencia lingüística van parejos. Son derechos que van de la mano.

La garantía de la asistencia del intérprete

v

Y para que estos derechos se disfruten con todas las garantías, no queda otro remedio que abogar por una buena profesionalización y formación de los traductores e intérpretes.

A diferencia de la profesión de abogacía, los traductores en los servicios públicos no están registrados en ningún colegio. Es decir no existe un colegio de traductores.

Existe una asociación de traductores llamada APETI, (a la que pertenecen algunos traductores, algunos de ellos se dedican más al mundo de la literatura e investigación). Se acaba de formar otra asociación que engloba a algunos traductores e intérpretes de los grupos 1 y 2.

IV. QUIÉNES SON LOS INTÉRPRETES, CUÁL ES SU PAPEL EN LA ADMINISTRACIÓN

Como consecuencia de los grandes cambios y el gran desarrollo que España experimenta, en este país viven miles de extranjeros, el número de los que llegan aumenta cada día, el número de intérpretes y traductores que forman parte del tejido de las administraciones, y demás organismos públicos, estatales, o autonómicos españoles es escaso. El volumen de trabajo ha aumentado lo que hace que el problema se plantee en comisarías, centros educativos, hospitales, etc.).

El desconocimiento de nuestras lenguas y culturas por parte de un gran número de extranjeros supone una barrera y crea problemas que pueden ser solventados con la incorporación de más traductores, intérpretes y mediadores culturales.

¿Cuál es la situación?

En general venimos de una situación mala y deficitaria debido a la escasez de personal cualificado. Ni siquiera existía un acuerdo en lo referente al nombre o categoría de la profesión de los traductores en los servicios públicos.

La denominación del puesto de quien ejerce de intérprete dependía del ámbito de actuación y del lugar de destino, a veces eran considerados como Oficiales de Primera, otras, Técnicos o técnicos superiores o traductor y/o intérprete.

En algunos ministerios eran clasificados dentro del grupo, 5 (Ministerio de Defensa) en otros, dentro del grupo 4 y en otros dentro de los grupos 3 o 2.

Algunos traductores contratados desde hace muchos años pasaron a ser interinos formando parte del personal laboral. Siguen existiendo los contratados eventuales, como los del INEM cuya duración del contrato no excede los cinco meses. Algunos organismos tienen acuerdos o convenios firmados con ONG que se dedican a traducir y a facilitar intérpretes.

La mayoría de estas ONG trabajan con personal extranjero que ha aprendido el castellano y lo ha adquirido como segunda o tercera lengua.

También existen multitud de empresas privadas que se dedican a las tareas de facilitar intérpretes y traductores. Estas empresas se presentan a concursos y las que mejor ofertas presentan ganan los contratos, que suelen ser de un año de duración.

La gran mayoría de los traductores que trabajan para estas empresas son eventuales, se les paga por horas, y cuando se necesitan.

En ocasiones las personas que se encargan de la coordinación de los traductores son personas ajenas al mundo de la traducción, desconocen las peculiaridades de la profesión. Los controles de selección o no existen o son insuficientes, lo que les importa es que el intérprete hable muchos idiomas y que esté disponible en cualquier momento y que se conforme con cobrar lo estipulado por la empresa.

Como ven, este es el panorama del que partimos y del que venimos, pero hay que reconocer que poco a poco, y debido a varios factores y a nuestros llamamientos desde dentro y fuera, las cosas van cambiando.

Los funcionarios, abogados, policías y demás agentes se están dando cuenta de la importancia de la profesionalización de la tarea de traducción e interpretación. No es suficiente hablar dos lenguas para ejercer de intérprete como tampoco lo es disponer de una determinada indumentaria y arma para ser considerado policía.

¿Qué formación tienen los intérpretes en los servicios públicos?

- Algunos tienen formación adecuada, sufragada por sí mismos (personas inquietas con ganas de superación).
- Otros simplemente hablan dos idiomas, nunca han recibido formación ninguna acerca de las normas de traducción e interpretación o acerca del código ético.
- Muchos desconocen casi todo sobre su lugar de trabajo, como los procedimientos administrativos, judiciales, policiales o protocolos de actuación, es decir no están familiarizados con el trabajo ni el entorno.
- También hay quienes desconocen los contextos sociales, culturales, políticos, etc. de las personas a las que interpretan.
- La falta de estabilidad y continuidad obstaculiza la buena marcha de los trabajos, y a su vez es causa de desmotivación, ya que para muchos intérpretes estos trabajos son para conseguir un dinero extra, suelen tener otros trabajos de los que dependen y en muchas ocasiones esos trabajos no tienen relación ninguna con la traducción e interpretación. Algunos son camareros, conductores, alumnos o parados.

¿Cuáles son las consecuencias?

- Retrasos y acumulación de expedientes.
- Paralización del trabajo.
- Quejas y protestas de los extranjeros, funcionarios y abogados.

La garantía de la asistencia del intérprete

v

- Inseguridad e indefensión.
- Obstaculización de operaciones o trabajos de investigación.
- Censuras.
- No utilización de la terminología adecuada.
- La falta de neutralidad (algunos intérpretes harán lo que sea con tal de caer bien para conseguir un contrato).

La falta de profesionalidad del intérprete perjudica gravemente los intereses de los extranjeros y de las administraciones, condiciona la defensa y en definitiva obstaculiza la protección y crea indefensión.

Ha habido varias denuncias públicas, como las efectuadas por seis intérpretes de los juzgados denunciando la indefensión de los inmigrantes a causa de las malas traducciones, hasta el grado de que pueda haber extranjeros detenidos o condenados por culpa de una mala interpretación (*El País* 29 de noviembre de 2001).

Incluso hubo declaraciones provenientes de sectores policiales manifestando la falta de traductores, como los de árabe y dialectos, hasta el extremo, según Manuel Sánchez Fonet “Secretario General del Sindicato Unificado de Policía” (SUP), de que se hayan grabado cintas de sospechosos y que estas cintas hayan estado meses sin traducir (publicado en *El País*).

Esto significa que incluso después de que los agentes puedan hacer un gran trabajo y disponer de grabaciones y material necesario para prevenir y evitar actos peligrosos en el momento oportuno, todo se queda en nada por falta de personal cualificado para interpretar y traducir. La pregunta es de qué sirve incorporar más policías, agentes e investigadores si luego parte esencial del trabajo va a estar condicionado debido a la falta de intérpretes y traductores profesionales.

No es cuestión de falta de medios económicos, es más bien cuestión de mentalidad. Debemos desechar la idea o la creencia de que cualquiera que hable un poco un idioma extranjero puede resolver los escollos de la comunicación.

Es el momento de cambiar de mentalidad, y que los usuarios reconozcan la necesidad de una interpretación de calidad en sus interacciones, no únicamente para cumplir las formalidades, cuando mencionamos los usuarios nos referimos a las partes de todo intercambio lingüístico en que los participantes no hablan el mismo idioma (extranjero por un lado, policía, instructor, jueces, abogados, funcionarios, etc., por otro).

Tener derecho a algo es un primer paso, tiene que haber también garantía de derecho. Es decir que se pueda disfrutar plenamente del derecho.

Si yo fuera un extranjero y me asignaran un abogado quiero que este abogado esté lo suficientemente preparado para atenderme, y si me asignan un traductor deseo lo mismo. Si la gente

que me tiene que atender no está formada o desconoce su misión, haber tenido derecho me sirve de bien poco.

Yo no quiero un abogado o intérprete para figurar o cumplir los protocolos, espero que ellos me presten los servicios inherentes a su profesión y condición.

Nuestra misión en la OAR

La Oficina de Asilo y Refugio, más que mi lugar de trabajo es mi universidad y mi centro de formación.

Realmente, la OAR al abogar por nuestra estabilidad y formación como intérpretes independientes en el ejercicio de su trabajo con total objetividad e imparcialidad ha conseguido que los traductores e intérpretes que forman parte de la plantilla estén a la altura de las circunstancias y seguir adquiriendo más experiencia.

Para mí, el gran intérprete se hace trabajando, no es cuestión solo de diplomas o títulos. Las titulaciones actuales de traducción de muchas universidades, por el contenido de sus asignaturas distan bastante de la realidad (no todo es literatura, ni tampoco todo es teoría).

Los titulados universitarios están habilitados para ejercer, pero tampoco podemos esperar a que haya titulaciones en todas las lenguas y dialectos. Es imposible.

La traducción o interpretación no es algo que se ejerza en el vacío, es necesario apostar por una formación práctica para adaptarse al lugar de trabajo y a sus peculiaridades.

Entiendo perfectamente que a un funcionario que lleva 15 años en la administración ejerciendo su tarea en una determinada área, cuando cambia de destino o de área de actuación, pueda estar meses sin asumir responsabilidades y tomar decisiones, hasta conseguir adaptarse a su nuevo trabajo y entorno.

Lo entiendo perfectamente, lo que no acepto es que no se trate a los intérpretes de la misma manera.

Los intérpretes no son bomberos que hay que buscar cuando hay que apagar fuegos. Para respetar los parámetros de calidad, el intérprete debe disponer de tiempo y confianza suficientes para adaptarse a su trabajo.

La Solución es apostar por la estabilidad y formación en el puesto de trabajo. Porque las actuaciones del traductor-intérprete son diversas según el ámbito de actuación. Por ejemplo en la OAR nuestra misión abarca prácticamente todo el proceso:

La garantía de la asistencia del intérprete

v

- Intervinimos en la formalización de solicitudes de asilo “primeras entrevistas”.
- Intervenimos en las entrevistas en profundidad con instructores especializados según áreas geográficas.
- Intervenimos en la expedición y renovación de documentos y consultas de expedientes.
- Atención e información al público.
- Notificación de resoluciones.
- Registro de documentos de entrada y salida.
- Intervención en la orientación a los solicitantes sobre prestaciones sociales, ayudas y derivación a centros de acogida.
- Servir de enlace vía teléfono (contactos con solicitantes o colegas europeos).
- Intervenimos en el proceso de toma de huellas y derivación a otras comisarías.

Traducción de documentos

- Historias de persecución.
- Documentos de identidad.
- Partidas de nacimiento y actas de matrimonio.
- Informes médicos.
- Citaciones, sentencias, notificaciones, notas policiales.
- Publicaciones de prensa (que guarden relación con los solicitantes).
- Folletos informativos publicados por la OAR.

La documentación a traducir son originales, copias, documentos enviados por fax. Documentos en buen estado, copias inteligibles e ininteligibles.

Modalidades de la interpretación

Hay que tener en cuenta que ser traductor no significa ser intérprete y viceversa.

Hacer una traducción directa no significa saber hacer la inversa (hay traductores que solo están especializados en traducir en una dirección).

– La principal diferencia entre traducción e interpretación es que mientras la traducción contempla los textos escritos, la interpretación se centra en el lenguaje oral, es decir la diferencia radica en el canal.

Definición:

“la interpretación es el trasvase de un mensaje oral de una lengua a un mensaje oral en otra lengua con el fin de permitir la comunicación entre miembros de comunidades con diferentes características lingüísticas.”

grosso modo es así, pero a veces delimitar el campo de acción de lo que es traducción o interpretación se torna complejo. Porque a veces estas dos tareas se tornan interdependientes, Ej.:

- Leer en un idioma y hablar en otro (interpretación a la vista, leerle al solicitante en su idioma lo transcrito por el instructor en castellano, es decir traducir la traducción).
- Escuchar en un idioma y escribir en otro (rellenando formularios).

El discurso oral se organiza a medida que avanza la conversación de modo que es más llamativo rectificar y organizar las frases, el grado de corrección y precisión en la interpretación es inferior al de traducción.

La interpretación es un proceso que exige respuestas inmediatas a situaciones inmediatas.

El intérprete trabaja con lo puesto, es decir con lo que sabe.

Tipos de interpretación

La más antigua es la consecutiva.

- La consecutiva unidireccional (se interpreta a una sola lengua, un solo emisor como en las conferencias o discursos).
- La consecutiva continua (el emisor realiza un discurso y cuando termina, el intérprete reproduce valiéndose de notas y memoria).
- La consecutiva discontinua (dividiendo el discurso en unidades de sentido, anotan los nombres propios, cifras, lugares).
- La interpretación consecutiva bilateral discontinua: Es la más ejercida en la OAR (Los interlocutores alternan sus intervenciones, se interpreta a las dos lenguas, según sea necesario).

Con este pequeño resumen, quiero dejar claro que la traducción e interpretación son oficios complicados y bastante serios como para que cualquiera los pueda ejercer.

Hay que tener en cuenta que lo que manejamos es algo vivo y dinámico, me refiero al lenguaje que está sometido al cambio continuo, traducir no es simplemente buscar sinónimos en otras lenguas.

El mero hecho de hablar dos lenguas o incluso aprenderse los diccionarios de memoria no es garantía de estar en condiciones de ejercer de intérprete o traductor, porque las palabras no son más que un vehículo, y traducir o interpretar exige análisis, incluso toma de decisiones. Todos sabemos que cada lengua tiene sus secretos y es producto de su entorno y las influencias que ha recibido.

La carga semántica de las palabras en una lengua no es la misma en otras lenguas, países y regiones.

Ej.: “eres gorda” un insulto en España, un halago en Etiopía.

La garantía de la asistencia del intérprete

v

–El niño está hecho un jabato, significa fuerza o salud, traducida esta frase al árabe obedeciendo al criterio del diccionario y sin tener en cuenta el contexto cultural el resultado sería que el niño es un guarrro en sentido de sucio.

Ej.: “Eres un gallina” significa cobardía, para trasladar ese significado a otra cultura o lengua, como la rumana, no me valdría el diccionario, tendría que convertir la gallina en conejo.

Es decir para que un rumano entienda que le estoy hablando de cobardía tendría que decir: “Eres un conejo”.

Caminar es sinónimo de andar. Pero no es lo mismo traducir: “andaré por los 40” que “caminará por los 40”.

Igual que hablamos de animales, podemos hablar del significado de colores, el color del luto en España es el negro mientras que en otras culturas es el blanco, el verde puede traducirse por azul etc.

Si incluso cuando creemos que compartimos la misma lengua, pero pertenecemos a áreas geográficas o culturas distintas, podemos comunicarnos y entablar conversaciones pero con el riesgo de que a veces cada uno entienda algo distinto de lo que quiere dar a entender su interlocutor. Nosotros los españoles debemos tener en cuenta estos matices cuando tratamos de comunicar con nuestros colegas latinoamericanos, desearle a una amiga peruana una buena polla, es simplemente suerte para ganar una primitiva, nada de groserías.

A un cubano no le debe asustar que un madrileño le invite a una mariscada.

Como ven el trabajo de interpretación no es una tarea mecánica, es algo muy creativo y es un desafío al Dios bíblico. El intérprete no lleva a cabo un mero trasvase lingüístico sino también una convergencia o negociación de significados culturales o sociales.

Cuando los funcionarios, policías, abogados, jueces... trabajen con material traducido, o a través de intérpretes, deben extremar las precauciones, porque a veces antes de que decida el juez o el instructor ya ha decidido el traductor.

Las palabras más que comunicar a menudo insinúan e invocan, por esta razón surgen las discrepancias entre lo que se dice y lo que se da a entender.

El poder ejercer de imán para acercar a personas de habla distinta, culturas diferentes, dispares objetivos y hacer que se descubran y se comuniquen, más que algo maravilloso es un arte. Y entender el arte no está al alcance de todos.

Si podemos considerar la traducción e interpretación como arte es en gran parte por la independencia de la que goza esta disciplina. Es totalmente incorrecto decir que este intérprete es de la policía, de la guardia civil o de tal juez, el intérprete no es propiedad de nadie, él presta sus

servicios a los interlocutores. Es independiente, nadie debe condicionar su trabajo o su neutralidad.

El verdadero intérprete no se caracteriza por un determinado estilo, se adapta a los estilos de los interlocutores.

El intérprete en el ejercicio de su trabajo, es solamente intérprete, no se puede cuestionar ni su origen ni sus creencias ni su imparcialidad.

V. EL PERFIL DE LOS SOLICITANTES DESDE LA ÓPTICA DEL INTÉRPRETE

Trazar un perfil cerrado de los solicitantes de asilo es imposible, ya que existe una multitud de factores que lo dificultan como:

- La procedencia,
- la variedad de idiomas y dialectos que se hablan,
- las diferentes culturas a las que pertenecen,
- su nivel cultural.

No obstante, si algo les asemeja, es el contenido negativo y dramático de sus historias.

El relato de sus vivencias refleja el dolor, el sufrimiento, el desgarrar, algunas historias son demolidoras, jóvenes de costa de marfil que han perdido sus familias, mujeres violadas, hombres que lo han perdido todo en Irak o Palestina a causa de la destrucción masiva, personas que no quieren rendirse al hambre, otros en busca de un mundo mejor...

Todos ellos nos dan cuenta de que no vivimos en el mejor de los mundos, les aseguro que he escuchado muchas historias de crueldad humana, que a veces superan a las historias de películas de ficción sobre el horror.

En general, el contenido de las entrevistas es negativo, triste y como intérprete, el hecho de estar escuchando todos los días, durante horas y horas, historias de muertes, persecuciones, torturas e injusticias, acaba marcando el carácter de cualquiera. El estado de ánimo se contagia y los dramas de los demás también los sentimos, queramos o no, los intérpretes que trabajamos con los solicitantes de asilo tenemos que realizar un enorme esfuerzo para no vernos arrastrados emocionalmente.

No pretendo a estas alturas ponerles tristes ni desanimarles, solo les cuento la realidad, y yo personalmente me siento muy afortunado haciendo lo que hago, interpretando, me siento como un ángel que presta su voz a los más necesitados para transmitir sus sentimientos, sus quejas, y suplicar protección. Acaso eso no es algo maravilloso que da sentido a una profesión y si me apuráis justifica toda una existencia.

La garantía de la asistencia del intérprete

v

Nosotros los intérpretes, nunca entramos a valorar si lo que cuenta el solicitante es relevante o no, si es verosímil o no, si cabe en los supuestos de asilo según la Convención de Ginebra o no, ni tampoco cuestionamos los procedimientos o los trabajos de los instructores.

Si los traductores e intérpretes actuamos como instructores o policías estaríamos poniendo en pie de desigualdad a los solicitantes que no hablan el castellano (Es decir si uno habla castellano tendrá un instructor “un filtro”, si no habla castellano tendrá más de un “filtro”).

Los fines y objetivos de los interlocutores no siempre coinciden, mientras el instructor busca la verdad, el solicitante busca protección o mejor dicho estatuto, el abogado busca lo mejor para su defendido, son planteamientos que aunque ligados son diferentes (existen unas reglas de juego que cualquier intérprete que se precie debe respetar).

Las partes suelen ocupar posiciones “desiguales” en cuanto al poder y a la necesidad, una persona que necesita ayuda y otra persona que la puede proporcionar, o una persona que tiene un problema y otra que va a decidir cómo resolver este problema.

No todos los solicitantes son iguales ni reaccionan de la misma manera:

- Personas que se encuentran desorientadas.
- Personas con miedo a ser devueltas a sus países.
- Personas que han sufrido torturas y no se atreven a contarlo o quieren olvidarlo.
- Personas enfermas física o mentalmente.
- Personas traumatizadas que no les importa el procedimiento.
- Personas con nivel de formación muy bajo con problemas de comunicación.
- Personas con nivel intelectual alto (políticos, escritores, médicos).
- Personas que utilizan terminología específica (Militares, Imanes o Sacerdotes).

Caso de militares: terminología castrense, grados militares difíciles de traducir. Las correspondencias no se ajustan a las de otras que pertenecen a otras estructuras diferentes.

Ej.: *Maréchal des logis* (mariscal de logística, traducido literalmente, puede despistar. Para nosotros mariscal es algo superior. Cuando aquí en el ejercito de costa de marfil se está aludiendo a sargento de caballería.

- La dificultad de traducir los nombres de armas, o productos y sus siglas.
- Las maneras de manifestar las emociones tristeza, miedo y cabreo no son similares en todas las culturas.
- Personas que no se fían de nosotros (el traficante les asesoró para no contarlo todo).
- Otras que lo quieren delegar todo en el intérprete (ya que el intérprete conoce las dos realidades) Ej.: dice el solicitante: “por favor, explíqueme que en África las cosas no son así como dice el instructor”.

El solicitante quiere delegar en el intérprete parte de lo que le corresponde hacer, creyendo que el intérprete lo sabrá hacer mejor.

- Piden asesoramiento al intérprete (¿digo la verdad o no?).
- Quieren contarnos cosas pero nos piden que no las contemos al instructor.
- Algunos quieren que el intérprete sea de su país o región (creen que así lo defenderá mejor y habrá mejor entendimiento).
- Algunos no quieren que el intérprete sea de su religión o país (caso de conversos o apóstatas).
- Solicitantes que quieren que el intérprete sea de determinada religión (para ellos es determinante).

La cuestión de la confianza: A veces los solicitantes creen que el intérprete es su defensor, intentan conseguir su apoyo incondicional y que el intérprete ejerza presión sobre los demás, ya que es quien les entiende y probablemente conoce sus realidades.

En algunos casos presuntamente fraudulentos ocurre que algunos extranjeros se escudan detrás del idioma como barrera para dilatar, no contestar, confundir o eludir las contradicciones. Ocurre a veces que durante una entrevista todo parece que va bien pero en cuanto se toquen ciertas cuestiones de repente parece que el solicitante no se entiende con el intérprete. El extranjero se escuda detrás de la barrera idiomática, contesta lo que le parece.

El entrevistador, creyendo que existe un problema de comunicación empieza a reformular las preguntas una y otra vez alargando las entrevistas.

VI. LAS DIFICULTADES DE COMUNICACIÓN CUANDO EL IDIOMA NO ES COMPARTIDO Y PAUTAS A SEGUIR

Voy a señalar algunos factores que pueden influir en el resultado final de las entrevistas y que los entrevistadores, policías, jueces, abogados o quienes trabajan con extranjeros deben saber.

A veces la imparcialidad no se cumple no por mala fe, es por ignorancia, por falta de conocimientos básicos, eso pasa en comisarías, oficinas de extranjeros, centros de ayuda, centros de salud etc., porque se prefiere la rapidez y economía a la eficacia aceptando a cualquiera que hable dos idiomas, sin tener en cuenta la fluidez del mismo.

Según Jan Cambridge (Inglaterra) hay una ignorancia generalizada sobre el rol del intérprete.

Es fundamental que los intérpretes que trabajen con solicitantes dispongan de información y conocimientos sobre el asilo, la comprensión del proceso facilitaría la traducción. Cada término implica consecuencias, no es lo mismo detención que retención, ni repatriación que expulsión,

La garantía de la asistencia del intérprete

v

ni inadmisión que denegación). Si el intérprete no conoce el proceso ni la jerga de su lugar de trabajo, aunque tuviera la máxima cátedra en traducción no estaría a la altura.

Si el intérprete no es consciente de la importancia de lo que está en juego en una entrevista de asilo, si no conoce el fin y el porqué de las cosas es posible que las cosas salgan mal. Nadie se entrega a un trabajo o labor que no comprende. Una tarea, cuyo fin se desconoce, se hace con menos interés.

Si el solicitante repite una contestación o una frase, interpretarla las veces que haga falta, el intérprete no debe decir “ya lo ha dicho antes”.

Falta de coherencia, o ambigüedad (no hacer comentarios):

Ej.: el intérprete dice: “es que no dice nada”. A veces los solicitantes en las segundas entrevistas no se acuerdan de lo dicho en la primera entrevista, entonces responden ambiguamente para no contradecirse, entonces empieza el juego, el instructor cree que no se entienden, reina la confusión, el instructor no sabe por qué de repente no se entienden. El intérprete es el primero en percatarse de las intenciones del solicitante. Pero el intérprete no puede decirle por ejemplo al instructor: “Te está tomando el pelo”.

El intérprete no puede alertar de ello, infringiría la norma de imparcialidad, emitiendo juicios de valor, eso va en contra del principio de neutralidad.

Para reformular. Cuando no se entiende la pregunta o la respuesta ¿quién debe reformularlas? Los interlocutores o el intérprete.

Pedir la deletreación de los nombres y apellidos, nombres de lugares o regiones. Surgen muchos problemas al transcribir los nombres, el orden de los apellidos en algunos países es diferente al nuestro.

Desconfiar:

Puede pasar lo contrario: el solicitante desconfía del intérprete, a partir de ahí pueden surgir infinidad de inconvenientes al principio de la entrevista o indirectamente después sin que se sepa el origen o la raíz de los problemas.

Ej.: Desconfianza, al rellenar el formulario: Saharaui al que pones: nacionalidad marroquí, interpreta que estás a favor de Marruecos, kurdo que no admite la nacionalidad Siria...

Ej.: Solicitantes que exigen un intérprete con un perfil determinado, que no sea Musulmán, que no sea originario de determinada región, que no sea mujer...

Incluso en esto ha caído algún letrado: (caso solicitante convertido: letrado me dice que quiere otro intérprete que no sea musulmán).

No se debe revelar ni el origen, ni religión, ni orientación política o sexual.

A veces durante las entrevistas, algún interlocutor cambia de rol, por ejemplo, el extranjero se quiere convertir, en un instante, en instructor y en vez de contestar empieza a preguntar al intérprete por su origen, orientación religiosa, etc.

En casos similares, ni contesto ni censuro las preguntas, aunque el extranjero trata de que yo le responda. Para evitar un diálogo bilateral “extranjero intérprete” marginando al instructor o abogado, yo traslado las preguntas siempre al instructor quien debe contestar o no.

Ejemplo: el extranjero pregunta al traductor: ¿Eres cristiano o musulmán? El intérprete desvía la pregunta utilizando la tercera persona: intérprete: traduce: El solicitante pregunta si el intérprete es cristiano o musulmán. Incluso cuando la pregunta sea impertinente, es el instructor quien debe calificarla como tal.

Expresiones de los solicitantes y demás interlocutores:

Solicitantes que se expresan mal, que utilizan expresiones locales o mezclando dos idiomas es frecuente en ciudadanos argelinos que alternan el árabe con el francés, otros árabe e inglés. También hay quienes se expresan mezclando indistintamente árabe clásico con el dialectal, lo que a la hora de interpretar plantea serias dificultades, dado que veces la misma expresión, palabra o frase puede pertenecer a los distintos registros idiomáticos con significados opuestos o alejados, ejemplo si un árabe que mezcla dos idiomas dice: **Marradani**. Al intérprete se le plantea la duda, si traduce esta palabra como árabe clásico significaría: “Ha tratado de curarme”. Pero si se considera la palabra **Marradani** como forma dialectal entonces la interpretación sería la opuesta, es decir “me ha hecho daño”.

Hay que tener en cuenta que el árabe dialectal mezclado con el culto (las mismas expresiones tienen distintas interpretaciones, Ej.: marrad, rouh al, Inhazamto...

Solicitantes que se bloquean, se expresan ambiguamente, hablan en presente cuando se refieren a hechos pasados, o en pasado cuando se refieren al presente, frases inacabadas, palabras sueltas, insinúan más que afirman, utilizan la ironía.

Solicitantes que hablan pero no contestan a las preguntas.

Saltos en el tiempo sin previo aviso (hablando de una fecha y de unos acontecimientos determinados, el solicitante como lo quiere contar todo introduce hechos que corresponden a otras fechas sin previo aviso, lo que resta coherencia y credibilidad al relato o alegaciones. Eso hace que al final parezca que haya contradicciones) la labor del intérprete aquí es importante, a veces aunque el solicitante no avise directamente, con la entonación, los giros o tiempos verbales el intérprete puede percatarse de los saltos en el tiempo, y alertar al desprotegido y entrevistador.

La garantía de la asistencia del intérprete

v

La ambigüedad: dos tipos de ambigüedad, la que puede surgir incluso hablando el mismo idioma y la ambigüedad “activa” es decir la que crea uno de los interlocutores por motivos que solo él sabe.

Solicitante con conocimientos del castellano:

Solicitantes a los que entrevistamos y que saben algo de castellano pero no tanto como para mantener una entrevista en castellano.

A veces al expresarse mezclan varios idiomas, también utilizan expresiones castellanas sin tener en cuenta los matices.

También se erigen en censores o controladores del intérprete e incluso rectificarle y corregirle. Pero a veces estos conocimientos mínimos más que facilitar la comunicación la entorpecen.

Ej.: Solicitante dice: “IL n a pas voulu prendre”
El intérprete traduce: No quiso coger

Antes de acabar el intérprete la frase, el solicitante le corta indignado, no, no, no hablo de *fromage* “queso” (confundir: quiso del verbo querer con queso o *fromage* en francés).

Caso de una médico del Samur que pide al intérprete decirle el diagnóstico al enfermo que era: “crisis de ansiedad”. El intérprete dice: “asma khalakhia”. En árabe la palabra asma significa crisis, algo que la médico no debió conocer, montó en cólera, y recriminó al intérprete confundir un problema respiratorio con crisis nerviosa, reclamando otro intérprete.

Contradicciones:

Los extranjeros saben lo que se juegan y cuando se les pone ante evidentes contradicciones, algunos no dudan en responsabilizar al intérprete.

Si el solicitante critica al intérprete o le acusa de lo que sea, la tarea del intérprete es trasladar fielmente las quejas del solicitante aunque sean injustas o vayan en contra de la verdad. El intérprete está para interpretar todo, verdades y mentiras. La mejor defensa que puede hacer el intérprete a sí mismo es ser la voz de los interlocutores y no entrar a discutir con nadie.

El intérprete no es ni etnólogo ni antropólogo ni juez con poderes para despojar u otorgar nacionalidades o identidades a los extranjeros.

No es aconsejable pedir al intérprete sus opiniones acerca de la veracidad del relato de los extranjeros, o acerca de la autenticidad de la nacionalidad u origen alegados por el extranjero (las fronteras son artificiales en África y datan de poco tiempo, y muchas son a golpe de trazar líneas rectas sin tener en cuenta los factores étnicos, lingüísticos, religiosos, geográficos) fácilmente se

Hassan Benhaddou Handi

| v

pueden confundir Ej.: (marroquí argelino). Los miembros de la misma tribu pueden pertenecer a distintos países.

Juicios de valor:

El intérprete puede aclarar ciertas cuestiones pero no opinar ni emitir juicios de valor para no condicionar el trabajo de los agentes.

Hablar a la vez:

Durante las entrevistas los interlocutores deben respetar los turnos, no hablar a la vez. No cortar al intérprete, dejarle trasladar todo en las dos direcciones.

El intérprete no es una base de datos, su memoria sirve para interpretar, no para guardar datos o información, no puede traducir y recordar conversaciones. Si el entrevistador no se acuerda de algo dicho se lo debe pedir de nuevo al extranjero.

Las preguntas se plantean de una en una, no tres o cuatro en una. Porque puede que las respuestas no se ajusten al orden de las preguntas.

Para recabar información es preciso saber plantear las preguntas.

Preguntas erróneas equivalen a respuestas erróneas. Preguntas desordenadas, respuestas desordenadas.

El lenguaje accesible:

Hay que tener en cuenta el nivel cultural de los interlocutores.

Si uno de los interlocutores habla utilizando un registro lingüístico alto, y el otro utiliza un registro bajo, aunque el intérprete cumpla con su trabajo, puede que no exista entendimiento.

Si un abogado o policía sabe que el extranjero por ejemplo es analfabeto, deben utilizar un lenguaje sencillo y accesible para que el intérprete pueda interpretarlo tal como ha sido expresado. Y no delegar en el intérprete las funciones “de aclaración y explicación”.

El intérprete no es un moderador ni adaptador del lenguaje, ni tampoco debe traducir por encima ni por debajo del nivel del lenguaje escogido y utilizado por los interlocutores.

- Utilizar expresiones castellanas, evitar galicismos, anglicismos.
- Estilo sencillo. Frases cortas y claras sin trampas.

Ej.: (debe volver aquí mañana) en vez de: (hacemos una recomendación seria con el fin de que usted sepa con antelación de la necesidad de que nos es importante su presentación en el día y fecha de mañana en este mismo lugar).

La garantía de la asistencia del intérprete

v

Duración de las entrevistas:

Las entrevistas completas no son siempre las más largas.

El objetivo de las entrevistas es recabar información. La mejor manera de hacerlo es creando un buen ambiente, evitando tensiones.

Utilizando un tono adecuado. Cuando se gana la confianza del interlocutor, el trabajo se torna más fácil.

Respetar las competencias de cada uno:

Durante las entrevistas, cada persona tiene definida su tarea. Nadie debe invadir las competencias del otro.

El intérprete no puede ejercer de instructor, ni de letrado, ni sustituir al policía.

El solicitante no puede ejercer de entrevistador.

El instructor debe asumir la responsabilidad de dirigir la entrevista.

El letrado aunque hable el idioma del extranjero no puede ejercer de intérprete. Cada cual a cumplir con su trabajo.

A veces los letrados, conocen con antelación la historia del solicitante, y cuando el solicitante no acaba una frase, ellos las intentan completar orientando al intérprete o introduciendo matices o explicaciones que no aporta el solicitante. El intérprete solo interpreta lo que dice el solicitante.

Cuidado con los letrados que saben un poco el idioma del solicitante (traducir es complicado tanto como es ejercer de abogado o juez o instructor) no es del todo descartable que a veces algunas congruencias o contradicciones en las historias de los solicitantes sean producto de malas interpretaciones hechas por la defensa, como los casos de confundir *Plombier* –fontanero– con parque de bomberos.

Los cuestionarios para la verificación de la nacionalidad los tienen que rellenar los funcionarios, no los intérpretes. Una vez hechos debe quedar constancia de su utilización tanto si el solicitante ha contestado o no a las preguntas.

Las tareas de informar o notificar son competencia de los funcionarios, el intérprete no sustituye al funcionario.

La tarea de asesorar es del abogado.

Nunca manifestar desmotivación o dar a entender que los demás mienten.

Evitar los tonos autoritarios.

En una interpretación consecutiva bilateral o multilateral es el intérprete quien debe administrar los tiempos, parando a los interlocutores en el momento preciso y oportuno para poder realizar la interpretación completa.

No debe resumir, ni aportar más información, Ej.: si el solicitante dice que estuvo en *khartoum*, el intérprete no debe decir que estuvo en la capital de Sudán.

No invertir de coherencia lo incoherente.

Si surgen los malentendidos no preocuparse, también pasa cuando se comparte el idioma y la cultura.

A veces después de las entrevistas de casos difíciles no viene mal reflexionar juntos, para intercambiar impresiones.

El intérprete cuando no entienda una pregunta o respuesta debe pedir explicaciones o aclaraciones y no interpretar cualquier cosa. Para no perjudicar a los interlocutores.

Tener cuidado con los nombres de ciudades y países es posible que no coincidan (Ariha, Jericó. Kods, Jerusalén. Grecia, Yonan, Namsa, Austria.)

El intérprete debe cuidar el contenido y las formas conservando las peculiaridades del lenguaje utilizado por los interlocutores, incluso el nivel lingüístico.

Es importante que el intérprete no interprete ni por encima ni por debajo del nivel, no devaluar ni magnificar el lenguaje, y trasladar todo sin censura. Para eso se necesita un dominio de las lenguas y un conocimiento de las culturas en contacto.

Cuando el registro lingüístico del intérprete es pobre el entrevistador podrá creer que el extranjero carece de estudios.

Factor tiempo es utilizado por policías, abogados, instructores y jueces para evaluar la competencia del intérprete.

Ejemplo: el instructor se queja diciendo: “el extranjero ha dicho una palabra y el intérprete suelta una retahíla de frases”, o lo contrario: “el extranjero ha hablado durante más de dos minutos, pero el intérprete solo dice una palabra”.

La medida del tiempo para juzgar el buen hacer del intérprete no es infalible, sabemos que en todas las lenguas existen palabras o frases difíciles de traducir, llevan en sí una carga difícil de entender fuera del lugar o contexto. Una palabra a veces demanda toda una larga oración para ser adecuadamente interpretada.

La garantía de la asistencia del intérprete

| v

En un idioma africano la palabra “ilunga” para traducirla al castellano necesita dos líneas: “Persona que perdona un abuso por primera vez, tolera un segundo pero no admite un tercero”.

La palabra “Harki” en Argelia, (casi hay que explicar parte de la historia de Argelia para entender correctamente el significado de: me acusaron de ser Harki).

El contacto visual es importante, mostrar interés.

La indumentaria:

Se ha llegado a la conclusión de que la mejor indumentaria es la neutral la que no condiciona ni violenta a nadie. Hay que tener en cuenta las distintas sensibilidades. Por esta razón recomiendo a mis alumnos, siempre a la hora de trabajar con los solicitantes, dado que proceden de multitud de lugares, evitar portar cualquier símbolo religioso como pueda ser una cruz o pañuelo, o algo que nos identifique con algún partido político o tendencia ideológica.

Las preguntas se deben plantear en directo: Ej.: “¿De dónde eres? El intérprete interpretará: lo mismo: “¿De dónde eres?” Y no preguntar por ejemplo: ¿Dile que te diga de dónde es?

Tener mucho cuidado con la interpretación de los silencios y gestos.

(ejemplo de un marroquí que cuando le preguntas se saca la parte inferior de los labios, eso significa no ignorar algo, no es ninguna mueca de desprecio.

Que nos miren fijamente a los ojos no siempre es muestra de desafío, o que no nos miren a los ojos tampoco quiere decir que nos desprecian.

En lo referente a sentimientos, conductas y comportamientos no existen tablas matemáticas exactas a las que hay que ajustarse, todo es relativo, son muchos los factores que entran en juego.

Un intérprete cuando vea irregularidades debe informar inmediatamente a los superiores.

Comportamientos:

Estar en posición de superioridad, funcionario, policía inmigrante, no debe condicionar nuestro comportamiento

Si creemos que el extranjero no se ajusta en sus declaraciones a la realidad, no mostrar irritación ni desconfianza ni llamarle mentiroso.

Cuando se trata con personas de otras culturas pueden surgir cosas llamativas:

El funcionario pregunta al solicitante “¿cuántos hermanos tienes?” (el solicitante cuenta y cuenta...y después de sumar y sumar y descartar contesta 2). Explicación: hermanos de padre y

madre (porque los otros, o son únicamente del padre o únicamente de la madre). El mismísimo concepto de “hermano” en África no es el mismo que en España. En Costa de Marfil un amigo también es hermano.

Árabe tiene 4 hermanas y 4 hermanos (es el tercero en orden de nacimientos) puede ser también el sexto si contamos a las hembras.

A la hora de traducir incluso las matemáticas pueden hacernos alguna que otra jugada. Ej.: 01-06-05 (en España es el 1 de junio de 2005) esta secuencia una vez trasladada al árabe o sueco, podríamos entender del día 05 de junio de 2001, podemos estar hablando de un acontecimiento que para unos corresponde al 2001 mientras otros lo creen del año pasado.

El concepto de tío es también distinto.

Traducir la palabra tío al árabe crea problemas. (En castellano tío a secas puede referirse a tío materno o paterno, en árabe no existe a secas, para traducir tío tengo que saber primero si es paterno o materno).

En Sudan ser hijo único no implica no tener hermanas (si habías registrado que es hijo único y después descubres que tiene 5 hermanas vaya papeleta)

Expresiones o jergas que se utilizan en las cárceles.

Un sudanés que te cuenta que lo peor que le pasó cuando le detuvieron las autoridades de su país es cuando le subieron al avión, el policía le pregunta ¿dónde te llevó el avión? El sudanés contesta: A perder la conciencia. El policía insiste, a qué país, a qué lugar. El sudanés: a ninguno... Todo parecía un despropósito, porque el avión al que se refería el sudanés era un estructura metálica giratoria especial para la tortura.

Cuando una ciudadana de República Democrática del Congo de unos 30 años le dice a la funcionaria de unos 45 años, que la entrevista: “te pareces a mi madre”. Nuestra percepción nos sugiere la edad, ¡eso quiere decir que soy vieja si me compara con su madre! No exactamente, más bien es un halago por haber sido tratado cariñosamente.

A un iraquí le preguntas “¿estás casado?” te contesta no. Y cuando le planteas la siguiente pregunta, ¿tienes hijos? Se queda atónico ante lo que considera una pregunta impertinente, te mira y te dice pero no me has entendido te he dicho que soy soltero (para ellos el hecho de estar soltero conlleva no tener hijos).

Fin de semana (no siempre es sábado y domingo). Argelia, jueves y viernes.

La ausencia de vocales en árabe, plantea dificultades para la traducción.

Según como imaginemos el lugar que debe ocupar la vocal podemos entender una cosa o otra.

La garantía de la asistencia del intérprete

| v

A veces las respuestas pueden parecer incoherentes si no queda constancia de la pregunta, o si se saca de su contexto.

Dificultad de traducir Yihad, comulgar, medersa.

Un árabe cuenta que su padre murió cuando él era niño. Y más adelante cuenta que volvió a casa de su padre el año pasado, el funcionario incrédulo: no me habías dicho que tu padre murió cuando tu eras niño. Para el árabe la casa siempre es del padre, aunque en ella viva la madre, aunque el padre haya muerto.

Nombres llamativos para nosotros caramoco, nada, bomba, y para ellos, Ana, Juan...

Personas que no conocen su fecha de nacimiento.

La transcripción de los apellidos y nombres y su orden nos crea dificultades por la no unificación de criterios.

El funcionario dirige la misma pregunta a los dos, al intérprete y al solicitante ¿os entendéis? es una pregunta mal planteada, que no tendrá respuesta adecuada.

“albarazani alkhalid” al barazani es el nombre de un guerrillero kurdo, pero “alkhalid” significa el eterno. La dificultad que encuentra el intérprete es saber que Alkhalid forma parte del nombre para dejarlo tal cual, o que es un adjetivo que se le añade al líder entonces sería traducido como eterno.

Expresiones ambiguas como el gran hermano de mi madre: (puede ser el tío o mi hermano mayor solo de la madre).

Traducciones llamativas:

Si ojeamos publicaciones, periódicos, nos damos cuenta de muchos casos llamativos debido a las malas traducciones.

El año pasado durante la campaña de convalidación de los permisos de conducir a los extranjeros en España. Un periódico marroquí de gran tirada publica en árabe: la agencia de lucha contra las drogas facilitará los permisos a los marroquíes para circular sin ser multados.

El traductor no debió saber que tráfico es La Dirección General de Tráfico que nada tiene que ver con permisos para drogas.

Pero no siempre la traducciones son malas por culpa del traductor, a veces el defecto radica en el texto o documento a traducir. Ver un texto traducido es como ver algo a través de un espejo, por muy bueno que sea el espejo un algo feo siempre se verá igual. Los traductores no están para mejorar al original.

Ejemplo. ABC publica el 16-12-2005 “tres funcionarias de extranjería de Valencia detenidas por una red de inmigración ilegal”.

Para traducir una publicación mal redactada, pueden surgir varias versiones, por esta razón nos acusan a los traductores de no ponernos jamás de acuerdo,

A veces es difícil, como en este caso.

- La primera versión: una red de inmigración ilegal ha detenido o secuestrado a tres funcionarias.
- Segunda versión: tres funcionarias detenidas por estar implicadas y colaborar con una red ilegal.

VII. CONCLUSIÓN

Como ven trabajar como abogados, intérpretes, policías, jueces, instructores etc. en materia de protección internacional, atendiendo a las personas más necesitadas y que han dejado o intentan dejar detrás de sí el horror, la humillación, la destrucción, el hambre con la única esperanza de que les abramos nuestros brazos para ayudarles a sobrevivir, todo esto exige de nosotros un plus de formación, imaginación y humildad.

SUMARIO

I. Normativa en materia de asilo y apátridas. A) Normas de derecho internacional. B) Normas de derecho nacional. C) Normativa comunitaria. D) Otra normativa relevante.

II. Bibliografía actual sobre asilo.

III. Asilo en España. (OAR)

I. NORMATIVA EN MATERIA DE ASILO Y APÁTRIDAS¹

A) Normas de derecho internacional

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la 183ª Asamblea General de la ONU, 1948, artículos 9, 13, 14 y 15.

2. Convención sobre el estatuto de los refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Instrumento de ratificación de 22 de julio de 1978.

3. Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1950.

4. Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo territorial, 1967.

5. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1985, artículo 3.

6. Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950, artículos 1, 3, 5, 6, 8 y 13; y Protocolo n.º 6 al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte.

(1) Normativa recogida en la obra Lex Nova Derecho Migratorio y Extranjería en CD-Rom.

Anexo

VI

7. Acuerdo Europeo número 31, sobre exención de visados para los refugiados, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. Instrumento de ratificación de 2 de junio de 1982.
8. Acuerdo Europeo relativo a la transferencia de responsabilidad con respecto a los refugiados, hecho en Estrasburgo el 16 de octubre de 1980. Instrumento de ratificación de 4 de mayo de 1987.
9. Convenio sobre cooperación internacional en materia de asistencia administrativa a los Refugiados. Instrumento de ratificación de 29 abril 1987.
10. Convención de 28 de septiembre de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas. Instrumento de Adhesión de España a la Convención de 24 de abril de 1997.

B) Normas de derecho nacional

1. Constitución española de 1978, artículos 10, 13, 96 y 149.
2. Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.
3. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Artículos 22, 25.3, 34, 54.3, 58.3, 64.4 y 64.5.
4. Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.
5. Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida aprobado por Real Decreto 865/2001, de 20 de julio.
6. Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas aprobado por Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, artículo 161.
7. Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, artículos 45.3, 45.7, 46.1, 47.2, 158.4 y disposición adicional decimoséptima.
8. Acuerdo entre España y la Organización de las Naciones Unidas relativo al establecimiento de una Delegación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados en Madrid, hecho en Madrid el 14 de marzo de 1988.

Anexo

VI

C) Normativa comunitaria

1. Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, artículo II-78, II-79, III-257, III-264, III-265, III-266, III-267, III-268; y Protocolo sobre el derecho de asilo a nacionales, de los Estados Miembros.
2. Versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, título IV. Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas; y Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea.
3. Reglamento (CE) n.º 2725/2000 del Consejo de 11 de diciembre de 2000 relativo a la creación del sistema "Eurodac" para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.
4. Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los estados miembros por un nacional de un tercer país.
5. Reglamento (CE) n.º 1560/2003 de la Comisión de 2 de septiembre de 2003 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los estados miembros por un nacional de un tercer país.
6. Decisión del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa a la conclusión del acuerdo entre la Comisión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega relativo a los criterios y mecanismos para determinar el estado responsable de examinar las peticiones de asilo presentadas en un estado miembro o en Islandia o Noruega.
7. Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.
8. Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.
9. Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar.
10. Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

D) Otra normativa relevante

1. Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. 1969.
2. Declaración de Cartagena sobre Refugiados. 1984.

II. BIBLIOGRAFÍA ACTUAL SOBRE ASILO

- ACNUR: *El asilo a partir de Ámsterdam*, UNHCR-ACNUR, Marid 2001.
- *Compilación de instrumentos jurídicos regionales relativos a derechos humanos, refugio y asilo*, México-Buenos Aires, 2005.
- *Legislación y Estándares Internacionales Básicos*, México-Buenos Aires 2005.
- BACIGALUPO SAGGESE, M.: “Bases de la política comunitaria en materia de visados, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho de la UE*, n.º 5, 2.º semestre 2003.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: “La regulación del derecho de asilo en la normativa comunitaria”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 2, julio-diciembre 2004.
- BOSWELL, Ch.: *Poverty, international migration and asylum*, UNU-WIDER, Helsinki 2004.
- BYRNE, R.; NOLL, G. y VEDSTED-HANSEN, J. (eds.): *New Asylum Countries?*, Kluwer, La Haya 2002.
- CABALLERO GEA, J.: *Asilo, extranjería, inmigración... Síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales*, Dykinson, Madrid 2005.
- CARLIER, J.Y. y DE BRUYCKER, Ph.: *Immigration and asylum Law of the EU*, Bruylant, Bruselas 2005.
- COKER, J.; KELLY, G. y otros: *Making An Asylum Application: A Best Practice Guide*, ILPA, Londres 2002.
- COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO: *La situación de los refugiados en España*, Los Libros de la Catarata, Madrid 2006.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: *Inmigración, asilo e integración social*, Luxemburgo 2002
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (ed.): *La revitalización de la Protección de los Refugiados*, Universidad de Huelva, 2002.

Anexo

VI

- *Derecho Comunitario de la Inmigración*, Atelier, Barcelona 2006.
- FRANCO, L. (coord.): *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*, Universidad Nacional de Lanus-ACNUR-Siglo XXI, Buenos Aires 2004.
- GALPARSORO GARCÍA, J.: “La crisis del derecho de asilo”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 1, 2002.
- GUILD, E. y HARLOW, C. (eds.): *Implementing Amsterdam-Immigration and Asylum in EC Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland 2001.
- GUILLON, M.; LEGOUX, L. y MA MUNG, E.: *L´asile politique entre deux chaises (Droits de l´ Homme et gestion des flux migratoires)*, L´Harmattan, París 2003.
- LINDE PANIAGUA, E. y MORENO DÍAZ, J.A. (dir.): *Inmigración, extranjería y asilo*, Colex, Madrid 2005.
- LÓPEZ GARRIDO, D.: *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid 1991.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (ed): *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, 2.ª ed., Madrid 2003.
- MARTÍN ARRIBAS, J.J.: *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Dykinson, Madrid 2000.
- MARTÍN J. y PÉREZ DE NANCLARES: *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid 2002.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: *La exigencia de acceso universal a un procedimiento de asilo justo y eficaz*, Instituto de Empresa, Madrid 2003.
- MINISTERIO DEL INTERIOR: *Normativa de asilo y apátridas*, Madrid 2004.
- MUSALO, K.: “Asilo por motivos de género”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 2, 2003.
- “La convención de 1951 sobre el Estatuto de la Persona Refugiada y la protección de las mujeres frente a las violaciones de sus derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. n.º 8, 2005.
- PEERS, S.: “Immigration, asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights”, *European Journal of Migration and Law* 2001.
- POLO GUARDO, R.K. y CARMONA MUÑOZ, V.: *Guía sobre el derecho de asilo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2006.
- RICO ALDAVE, H.: *El derecho de asilo en la cristiandad. Fuentes histórico-jurídicas*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona 2005.

Anexo

VI

- RODRÍGUEZ UGARTE, J.J. y VALIENTE OTS, M.: *La situación de los refugiados en España. Informe 2005*, Los Libros de la Catarata, Madrid 2005.
- SANTOLAYA MACHETTI, P.: *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Lex Nova, Valladolid 2001.
- TRINIDAD GARCÍA, M.L.; ROBLES ALMÉCIJA J.M. y FUENTES MAÑAS, J.B.: *Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Unión Europea*, Comares, Granada 2002.
- TRUJILLO HERRERA, R.: *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*, Dykinson, Madrid 2003.
- TURPIN, D.: “Les nouvelles lois sur l’immigration et l’asile dans le contexte de l’Europe et de la mondialisation”, *Revue Critique de Droit International Privé* 2004, pp. 311 y ss.
- YÁNEZ VELASCO, R.: *Refugio y asilo político: Conceptos y problemas jurídicos*, Atelier, Barcelona 2002.

III. ASILO EN ESPAÑA

Anexo

VI

¿QUÉ DERECHOS SE OBTIENEN CON EL ESTABLECIMIENTO DE REFUGIADO?

- No ser devuelto al país de origen.
- Autorización de residencia y trabajo.
- Obtener documento de identidad.
- Título de viaje para visitar cualquier país excepto el propio.
- Reagrupamiento familiar de familiares directos.
- Reducción en los plazos de acceso a la nacionalidad española.

¿QUÉ DERECHOS SE OBTIENEN CON LA PROTECCIÓN HUMANITARIA?

- No ser devuelto al país de origen.
- Autorización de residencia y trabajo por un año de duración renovable.
- Documentación de identidad si no puede conseguir documentación de sus autoridades.
- Título de viaje si no puede conseguir pasaporte de sus autoridades.
- Reagrupación de familiares directos si se cumplen los requisitos establecidos para extranjeros residentes en España.

PROGRAMAS SOCIALES PARA LOS SOLICITANTES DE ASILO Y LOS REFUGIADOS

- Los solicitantes de asilo podrán beneficiarse de asistencia que garantice la cobertura de sus necesidades básicas. Además, estarán autorizados a trabajar si su solicitud ha sido admitida a trámite y han pasado más de seis meses desde que la presentaron sin que se haya resuelto.
- Los refugiados y las personas con protección humanitaria podrán beneficiarse de servicios sociales, educativos y sanitarios que presten las Administraciones públicas competentes.
- Puede conseguirse mayor información en la Unidad de Trabajo Social del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la Oficina de Asilo y Refugio o en las ONG que se recogen más adelante.

¿QUÉ DERECHOS SE OBTIENEN CON EL ESTABLECIMIENTO DE REFUGIADO?

- No ser devuelto al país de origen.
- Autorización de residencia y trabajo por un año de duración renovable.
- Documentación de identidad si no puede conseguir documentación de sus autoridades.
- Título de viaje si no puede conseguir pasaporte de sus autoridades.
- Reagrupación de familiares directos si se cumplen los requisitos establecidos para extranjeros residentes en España.

PROGRAMAS SOCIALES PARA LOS SOLICITANTES DE ASILO Y LOS REFUGIADOS

- Los solicitantes de asilo podrán beneficiarse de asistencia que garantice la cobertura de sus necesidades básicas. Además, estarán autorizados a trabajar si su solicitud ha sido admitida a trámite y han pasado más de seis meses desde que la presentaron sin que se haya resuelto.
- Los refugiados y las personas con protección humanitaria podrán beneficiarse de servicios sociales, educativos y sanitarios que presten las Administraciones públicas competentes.
- Puede conseguirse mayor información en la Unidad de Trabajo Social del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la Oficina de Asilo y Refugio o en las ONG que se recogen más adelante.

DIRECCIONES ÚTILES

OFICINA DE ASILO Y REFUGIO (OAR)
Calle Pradillo, 40 - 28002 Madrid
Teléf. 900 15 00 00 (gratuito)
Metro: Alfonso XIII
www.mir.es

DIRECCIÓN GENERAL DE INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES
Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
(Unidad de Trabajo Social) en la Oficina de Asilo y Refugio

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR)
Avda. General Perón, 32 - 28020 Madrid
Teléf. 91 556 36 49/35 03
Metro: Santiago Bernabéu
www.acnur.org

ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES (ONG)

Cruz Roja Española
Calle Juan Montalvo, 3 - 28040 Madrid
Teléf. 91 533 31 02/04/05
Metro: Cuatro Caminos y Guzmán el Bueno
www.cruzroja.org

Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR)
Calle General Perón, 32 - 28020 Madrid
Teléf. 91 556 30 58/91 556 89 17 y 91 598 05 35
Metro: Santiago Bernabéu
www.cear.es

Asociación Comisión Católica Española de Migración (ACCEM)
Calle Luis Vélaz de Guevara, 2, 2.º - 28012 Madrid
Teléf. 91 532 74 78/74 79
Metro: Tirso de Molina
www.accem.es

Comité Internacional de Rescate - España - RESCATE
Calle Luchana, 36, 4.º Dcha. - 28010 Madrid
Teléf. 91 447 28 72/29 60
Metro: Bilbao
www.ongrescate.org

Nota: En las oficinas donde se solicita asilo se puede obtener información de las ONG locales que prestan asistencia a solicitantes de asilo.

ASILO EN ESPAÑA

Oficina de Asilo y Refugio
DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA INTERIOR
MINISTERIO DEL INTERIOR

¿A QUIÉN SE CONCEDE EL DERECHO DE ASILO EN ESPAÑA?

- A los **refugiados** que sienten un temor fundado a ser perseguidos en su país por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas.
- También se concede **protección** a los que no siendo refugiados no puedan volver a su país de origen porque ello suponga un riesgo real para su vida o su integridad física, por ejemplo, a causa de una guerra o de una situación de violencia generalizada.

Si usted es extranjero, está en una de las situaciones anteriores y necesita protección de las autoridades españolas, debe **presentar una solicitud de asilo**.

¿DÓNDE SE SOLICITA ASILO?

- Si está fuera de España, en **cualquier embajada o consulado español** en un país que no sea el suyo. Mientras se tramita la solicitud, tiene que permanecer en ese país.
- Al llegar a España si no reúne los requisitos para entrar en territorio español, **en el puesto fronterizo**.
- Si ya está en España:
 - En la **Oficina de Asilo y Refugio (OAR)**,
 - En cualquier **Oficina de Extranjeros**,
 - En **Comisaría de Policía** autorizadas.

¿CUÁNDO SE DEBE SOLICITAR ASILO?

- Si usted está legalmente en España, en **cualquier momento antes de que finalice su estancia legal**.
- En los demás casos, en el **plazo de un mes desde la entrada en España**.
- Si la solicitud se basa en hechos que se han producido después de su salida de su país, el **plazo empezará a contar desde que se producen esos hechos**.

¿CÓMO SE PIDE ASILO?

- Debe presentar su solicitud personalmente. Si no puede hacerlo, por imposibilidad física o legal, podrá autorizar a una persona para que lo haga en su nombre.
- Deberá contestar una serie de preguntas sobre sus datos personales, **explicar todas las causas que le llevan a pedir asilo** y cómo llegó a España.
- Debe presentar su **pasaporte u otros documentos de identidad o justificar su falta**, y, si los tiene, los documentos que demuestren sus problemas en su país.

¿QUÉ DERECHOS TIENE EL SOLICITANTE DE ASILO?

Si usted solicita asilo en un puesto fronterizo o en territorio español, tendrá los siguientes derechos:

- A **permanecer en España** hasta que se resuelva su solicitud.
- A ser asistido por un **abogado**, de forma gratuita si no puede pagarlo (Colegios de Abogados u ONG).
- A la asistencia de **intérprete** en una lengua en que usted pueda explicarse con facilidad.
- A la **asistencia médica** en caso de necesidad.
- A que su solicitud sea comunicada al **Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre los Refugiados (ACNUR)** en España.

¿CUÁLES SON LOS DEBERES DEL SOLICITANTE?

- Colaborar con las autoridades españolas:
 - Diciendo la verdad sobre su identidad y, si es posible, presentando los documentos de identidad que tenga.
 - Explicando de forma detallada los motivos por los que solicita asilo.
 - Siguiendo las instrucciones que reciba sobre lugar de residencia, renovación de documentos, etc.
- Informar sobre cualquier cambio de domicilio. **Si no informa del cambio de domicilio no podrá recibir las comunicaciones relativas a su solicitud de asilo**.

ES IMPORTANTE QUE USTED CONFÍE EN LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS. RECUERDE QUE:

- Para que puedan ayudarle, necesitan saber qué le ha pasado.
- Si usted no dice desde el principio los verdaderos motivos por los que pide asilo, corre el riesgo de que luego no se consideren creíbles sus explicaciones.
- Todo lo que diga es **CONFIDENCIAL**. El gobierno de su país nunca será informado de que usted ha pedido asilo o de lo que cuente.
- Las personas que traten con usted (funcionarios, policías, intérpretes) están obligadas a mantener en secreto todo lo que diga.
- Las personas que traten con usted están acostumbradas a trabajar con solicitantes de asilo y con personas que necesitan protección. Confíe en ellas.
- Puede contactar con **ACNUR** en todo momento.
- Puede contar con asistencia de abogado, que será gratis si no puede pagarlo, durante todo el procedimiento.

¿CÓMO ES EL PROCEDIMIENTO DE ASILO?

El procedimiento de asilo en España tiene dos fases:

1.ª FASE DE ADMISIÓN A TRÁMITE

En esta fase se descartan las solicitudes en que se ve claramente que las personas que las han presentado no necesitan protección o que no deben ser estudiadas por España, sino por otro país.

SI USTED HA PRESENTADO SU SOLICITUD EN UN PUESTO FRONTERIZO:

- Deberá permanecer allí hasta que se decida si su solicitud es admitida a trámite. Las autoridades toman la decisión en TRES días.
- Si la solicitud es admitida, podrá entrar en España.
- Si su solicitud es inadmitida, usted deberá abandonar el país, pero puede presentar un recurso (llamado reexamen). Tiene 24 horas desde que le informen de la inadmisión. Las autoridades tienen DOS días para responder.
- Contra las decisiones que inadmiten su solicitud, puede presentar un recurso ante un juez.

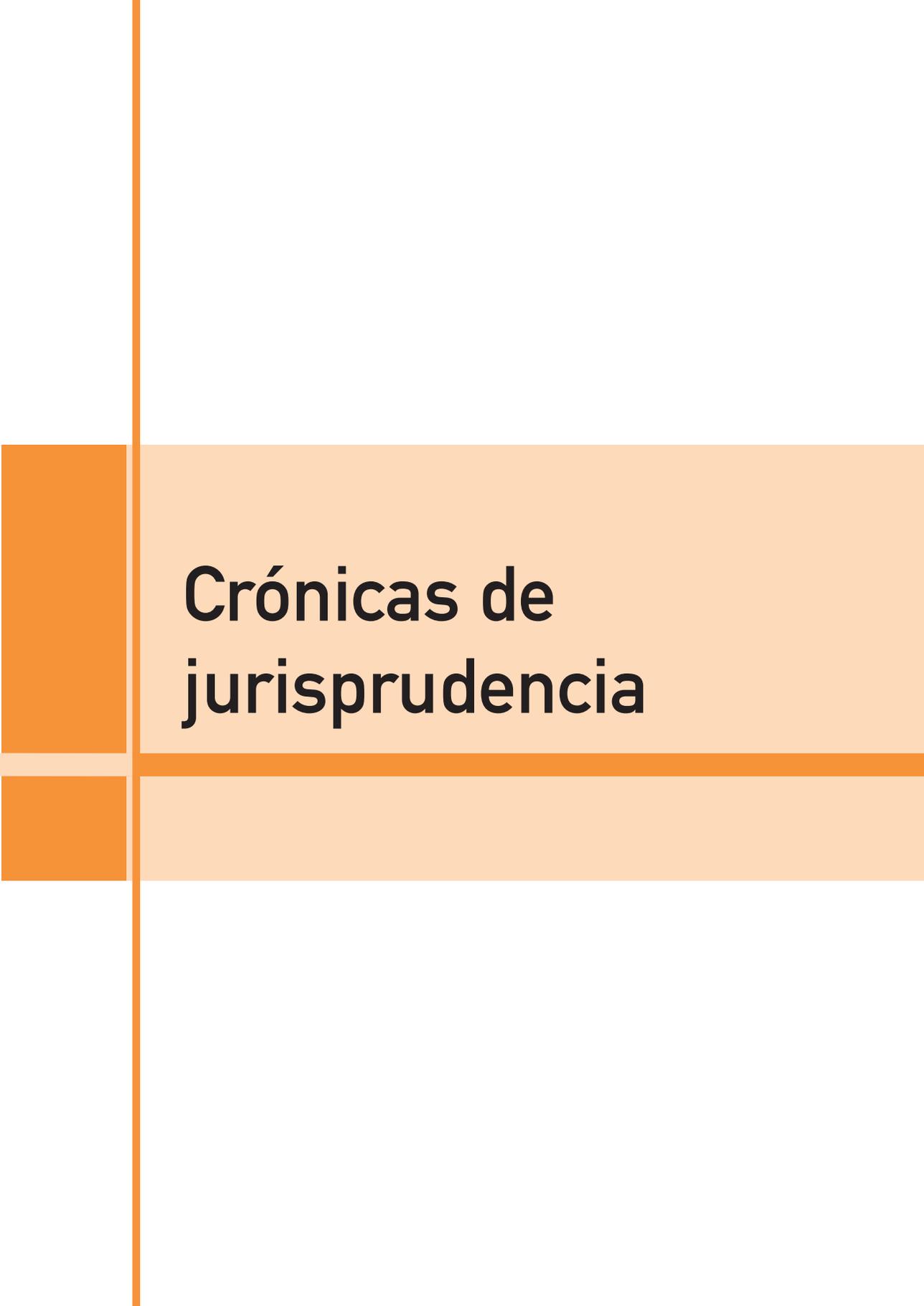
SI USTED HA PRESENTADO SU SOLICITUD EN TERRITORIO:

- Después de presentar la petición, se le entregará un documento de color blanco. Las autoridades tienen un plazo máximo de 60 días para comunicarle si su solicitud es admitida.
- Si la solicitud se inadmite a trámite tiene que abandonar el país.
- Contra la decisión de inadmisión puede recurrir ante el juez.

2.ª FASE DE ELEGIBILIDAD

- Si la solicitud es admitida a trámite, en frontera o en territorio, pasa a ser admitida con mayor profundidad. Usted tendrá un documento, de color amarillo.
- Las autoridades tienen un plazo máximo de SEIS MESES para tomar una decisión.
- Si la decisión es favorable, usted será reconocido como refugiado o como persona con estatuto de protección humanitaria.
- Si la decisión es negativa, usted deberá abandonar España, excepto si tiene algún tipo de autorización de residencia.
- Contra la decisión negativa, puede presentar un recurso ante un Tribunal (Audiencia Nacional).

Recuerde que tiene derecho a la asistencia de un abogado, que será gratuito si no puede pagarlo, durante todas las fases del procedimiento y para presentar recursos.



Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 10 de abril de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 10/2004.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Asilo: inadmisión. Argelia.

Resumen: Se desestima el recurso promovido por don J.L. Es improcedente la permanencia del recurrente en España por razones humanitarias al no apreciarse serios motivos para concluir que su retorno a Argelia supondría un riesgo para su vida o integridad física.

“(…) en el supuesto que enjuiciamos el recurrente reconoce en su solicitud de asilo que no pertenece, ni han pertenecido, a ningún grupo étnico, partido político, u otro tipo de organización (contestación al apartado E de la solicitud), y no menciona en el relato sobre la persecución sufrida actos de persecución consecuentes a su raza, religión, nacionalidad, opiniones o pertenencia a grupo social determinado, presupuesto ineludible para la existencia de causa de asilo. Por el contrario, del relato del recurrente parece deducirse que el motivo de su petición de asilo guarda relación con actos de extorsión económica llevados a cabo por grupos terroristas.

Por otro lado, en el particular supuesto de la actuación de grupos terroristas en Argelia, nuestro Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto lo siguiente:

«Argelia es uno de tanto países que sufre la plaga del terrorismo y que hace lo posible para combatirlo, y que, como a este Tribunal consta por informes de la Embajada española que aparecen incorpora-

dos a diversos pleitos de los que hemos conocido en casación, el Gobierno argelino combate con todos los medios de que dispone ese terrorismo. No hay allí un terrorismo de Estado, sino un terrorismo que combate al Estado» (por todas, SSTs de 5 de abril y 12 de mayo de 2004).

(…).

En cuanto a la solicitud de permanencia en España por razones humanitarias, debemos recordar que el artículo 17.2 de la Ley 5/1984 de Asilo, dispone que por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo 3 de la Ley, situación esta última, la que se refiere a conflictos y disturbios graves y generalizados, que no concurre actualmente en Argelia.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª.

Fecha: 12 de abril de 2006.

Recurso de Apelación: 403/2005.

Ponente: Doña Ana M.ª Sangüesa Cabezudo.

Voz: Denegación de asilo: Guinea Bissau.

Resumen: Se desestima el recurso promovido por don C. El solicitante basa su solicitud en la situación de guerra civil o conflicto interno generalizado existente en su país de origen sin que del contenido del expediente se deduzca una persecución personal. La situación de inestabilidad de un país no justifica sin más la concesión del asilo.

Asilo

“En el caso planteado, el acto administrativo de inadmisión cumple con aquellos parámetros, habida cuenta que hace referencia no solo a la petición del interesado (que sin duda debía conocer), sino que además expresa que concurren sendas causas de inadmisión [artículo 5.6.b) y d)], a saber, «Que en la solicitud no se alegue ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado» [letra b)] y «Que la solicitud se base en hechos, datos que, por carecer de vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección» [letra d), tercer supuesto]. Así mismo, se especifica que el solicitante basa su solicitud en la situación de guerra civil o conflicto interno generalizado existente en su país de origen, sin que del contenido del expediente se deduzca que el solicitante haya sido objeto de persecución personal como consecuencia de esta situación ni que, de acuerdo con la información disponible sobre el país de origen, tal situación justifique, en sus circunstancias personales, un temor fundado de sufrirla, en el sentido de la Convención de Ginebra de 1951. Ello resulta acorde no solo con la definición de refugiado, sino con el propio relato del recurrente, en el que ponía de manifiesto que una vez que el conflicto que asolaba Guinea Bissau llegó al pueblo en el que residía «no pudo continuar su labor y viendo que su familia tenía necesidades y él no las podía cubrir, si seguía en el país tal y como estaba la situación, decidió salir y buscar un lugar mejor donde trabajar y esperar hasta que se calmaran las cosas y entonces volver».

(...).

(...) no puede entenderse que la petición de asilo pudiera ser admitida, con fundamento en la situación política del país, conforme pretende la parte apelante. En efecto, de un lado, no puede desconocerse que el conflicto bélico a que alude el peticionario de asilo tiene lugar entre 1998 y 1999, mientras que el propio solicitante expresa que salió de su país en abril de 2000 (...), por lo que en todo caso concurriría el supuesto de la letra d) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984; pero es que además, debe reiterarse

que la situación de conflicto o inestabilidad de un país, no se constituye en causa de asilo, si la misma no va acompañada, como en este caso, de una persecución o temor de persecución individual y concreta por razones de raza, religión, motivos políticos, ideológicos o pertenencia a una etnia o grupo social (artículo 3 de la Ley 5/1984) –STS, Sala Tercera, Sección 6.ª, de 8 de febrero de 2003; recurso 8775/1998; TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, S. 20 de diciembre de 2000, recurso: 5277/1996–. No estamos, pues, ante un problema de persecución por motivos étnicos, políticos, religiosos etc. Que en un país exista situación de inseguridad no justifica, sin más, que haya que otorgar asilo a todo nacional de ese país que la solicite [Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 16 febrero 2005, Recurso de Casación núm. 2025/2001], dado que la situación de conflicto civil en el país de origen no es suficiente para atender a una solicitud de asilo si no va acompañada de indicios de que el solicitante pudiera sufrir persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones [Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 10 mayo 2005, Recurso de Casación n.º 6212/2001].”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª.

Fecha: 21 de abril de 2006.

Recurso de Casación: 1780/2003.

Ponente: Don Enrique Caceres Lalanne.

Voz: Asilo. Nacional del Congo.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por don S. No es cierto que el relato del solicitante careciera de contenido informativo; aquél alegó su pertenencia a un grupo de apoyo al ex presidente lo que conllevó una persecución sufrida por él y su familia.

“En la solicitud de asilo presentada el 29 de enero de 1999 el ahora demandante dijo pertenecer, en

Asilo

su país de origen al grupo llamado Mapela, rama cultural del Movimiento Popular de la Revolución, que se dedicaba a organizar actos de animación en favor del Presidente, y alegó que como miembro de dicho grupo se dedicaba a cantar y llegó a salir en televisión. Con la llegada de Kabila al poder no llegó a pensar que ocurriría lo que luego pasó. Comenzaron a denunciar a los que habían sido «mobutistas» (partidarios de Mobutu Sese Seko) y él fue acusado por haber formado parte de ese grupo de animación. El 22 de septiembre de 1998 fueron a su casa los soldados de Kabila, hicieron disparos violaron a sus hermanas de 19, 15 y 13 años y detuvieron a su hermano pequeño. Él logró huir, cogió un taxi y marchó a Bich para ir luego en barco a Congo-Brazzaville. Fue a Marruecos en un barco – como no tenía dinero pagó con joyas que llevaba– y luego de ahí vino a España.

(...) no es cierto que el relato del solicitante de asilo y ahora recurrente en casación careciera de contenido informativo, hasta el punto de justificarse por tal razón su inadmisión a trámite. Aquél alegó su pertenencia activa y pública a un grupo de apoyo al ex presidente Mobutu, añadiendo que incluso llegó a salir en televisión por tal razón, y apuntando que tras llegar al poder Kabila, empezó una persecución contra los miembros de este grupo, hasta que un día los soldados de Kabila asaltaron su casa, dispararon y violaron a sus hermanas, habiendo conseguido él huir. Este relato no es inverosímil sino posible y tampoco resulta tan carente de datos que sea imposible su comprobación.

(...).

En definitiva, como quiera que el solicitante del derecho de asilo adujo, para impetrar ese derecho, una persecución por motivos políticos, esto es, una persecución por causas previstas en los instrumentos internacionales ratificados por España para que se le reconozca la condición de refugiado, y además expuso su relato en términos suficientes para que, al menos, se tramite su solicitud, no cabe inadmitir

a trámite su petición so pretexto de que aquel relato es inverosímil y carece de respaldo probatorio.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a.

Fecha: 21 de abril de 2006.

Recurso de Casación: 2675/2003.

Ponente: Don Pedro J. Yagüe Gil.

Voz: Solicitud de asilo: natural de Sierra Leona. Asistencia letrada: indefensión.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por don P.F. La deficiente información de derechos que se hizo al interesado sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de oficio derivó en una situación real y efectiva de indefensión.

“(…) en el expediente administrativo obra una diligencia de asistencia al solicitante de asilo, de fecha 26 de septiembre de 2001 en la que se le informó de su derecho a (*sic*) «entrar en contacto con un Abogado de su elección, a los efectos de ser asistido jurídicamente» y a «asistencia de intérprete, en caso de no comprender el idioma español», pero dicha diligencia no consta firmada por ningún intérprete, por lo que, no habiendo constancia alguna de que esa asistencia de intérprete se procurara, no podemos sino concluir que el interesado bien pudo no haber comprendido plenamente los derechos de que gozaba. Ciertamente, parece que en algunos trámites posteriores sí que intervino un intérprete, y así, consta la firma de un traductor en el cuestionario que se le practicó al solicitante sobre algunos aspectos del país del que decía venir, y en el listado de datos personales. En cambio, no figura esa firma de traductor en el escrito de ofrecimiento del trámite de audiencia, siendo éste un trámite tan esencial para la defensa del solicitante. Así las cosas, ni el interesado dispuso de un intérprete para articular su solicitud, ni gozaba de intérprete cuando se le confirió el trámite de audiencia. (Debe tenerse presente que en el expediente administrativo consta que el interesado sólo habla la lengua Krio y el idioma inglés, y es analfabeto).

Si esto constituye, de por sí, una notable irregularidad por la indefensión que pudo producir para el interesado, hemos de añadir que esa indefensión se acrecienta aún más por el hecho de que el expediente se instruyó sin presencia de Abogado que le asesorase. No hay en el expediente (a diferencia de otros muchos asuntos de los que ha conocido esta Sala) ninguna diligencia por la que se ofreciera a la parte aquí interesada la posibilidad de pedir la designación de Abogado de oficio o renunciar a esa facultad. Tan solo existe esa mencionada diligencia informativa por la que indicaba a aquél la posibilidad de «entrar en contacto con un Abogado de su elección a los efectos de ser asistido jurídicamente», sin que se le informara sobre la posibilidad de recabar un Abogado de oficio, que es lo realmente importante, ni consta en el propio expediente que el solicitante renunciara a ese derecho a la asistencia letrada.

(...).

Así las cosas, hemos de concluir que la deficiente información de derechos que se hizo al interesado (sobre los que se ilustró a éste sin presencia ni intervención de intérprete), y la falta además de información a aquél sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de un Abogado de oficio (sobre lo cual el impreso que la Administración utiliza es claramente defectuoso), derivó en una situación real y efectiva de indefensión para él, más aún habida cuenta de su condición de extranjero desconocedor del idioma y el Derecho español. Indefensión que reviste una trascendencia invalidante de las actuaciones administrativas que culminaron en la resolución impugnada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a.

Fecha: 21 de abril de 2006.

Recurso de Casación: 2740/2003.

Ponente: Don Pedro J. Yagüe Gil.

Voz: Asilo: inadmisión. Cubano.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por don J.R. Emigración por razones económicas no incardinable entre las causas de asilo.

“(…) en la solicitud de asilo presentada el 23 de junio de 2001 el ahora recurrente alegaba que no ha estado arrestado, detenido ni encarcelado y que salió de Cuba por problemas económicos porque no gana suficiente dinero, ya que 118 pesos –5 \$ USA– no permiten sostener a la familia y quiere ayudarles y reunirlos en España. Luego, en la petición de reexamen presentada con fecha 26 de junio de 2001, añadió que si bien los motivos alegados son socioeconómicos, el derecho al trabajo es un derecho fundamental por lo que su invocación debería ser motivo suficiente.

Obviamente, estas declaraciones no reflejaban un caso de persecución protegible, por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Reflejaban, más bien, una emigración por razones puramente económicas, no incardinable entre las causas o motivos de asilo contempladas en la Convención de Ginebra de 1951, según consolidada jurisprudencia que ha declarado que la situación de marginación o discriminación en el ámbito laboral, o la imposibilidad de acceder al mercado de trabajo, pueden, sí, merecer la protección que otorga el asilo, ahora bien, siempre y cuando esa situación de marginación o discriminación está originada por alguno de los motivos de persecución contemplados en la Convención de Ginebra de 1951. Por contra, la salida del país de origen por razones de índole puramente económica –como es el caso– no constituye causa de asilo, si no va acompañada del temor fundado a sufrir persecución por alguno de esos motivos protegibles.

En suma, la Administración actuó correctamente al aplicar al caso el artículo 5.6.b) de la Ley de Asilo, por no haberse alegado en la solicitud ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de dicha condición de refugiado, y así lo apreció la Sala de

Asilo

instancia, al concluir que no se había expuesto dato alguno que refiriera una concreta persecución individualizada de la solicitante por alguno de aquellos motivos.

En fin, tanto en la demanda como ahora en casación el recurrente ha invocado en su favor el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, pero limitándose a decir escueta y apodóticamente que concurren en su caso las circunstancias que aconsejan acordar su permanencia en España por razones humanitarias; razones que ni se mencionan ni menos aún se justifican; sin que de su relato de hechos fluyan unas circunstancias tan evidentes y graves que por sí mismas puedan dar lugar a acceder a esta pretensión.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 21 de abril de 2006.

Recurso de Casación: 550/2003.

Ponente: Don Pedro J. Yagüe Gil.

Voz: Solicitud de asilo: ciudadano argelino.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por don F. La situación de persecución expuesta por el solicitante de asilo relata coacciones y amenazas graves, directas y persistentes.

“El solicitante basa su solicitud en alegaciones de persecución por parte de agentes distintos de las autoridades de su país de origen, sin que ni del expediente ni de la información disponible sobre el mismo se deduzca que estas autoridades hayan promovido o autorizado los hechos alegados, o hayan permanecido inactivos ante los mismos, los cuales no constituyen por tanto, una persecución en el sentido que la Convención de Ginebra de 1951, otorga a este término.

(...) examinado el relato del solicitante con el enfoque casuístico que ha de presidir el análisis de los litigios en materia de asilo y refugio, cabe observar que la situación de persecución expuesta trasciende del temor a la presión de los grupos terroristas

islámicos, ya que el solicitante, dando un paso más, relata coacciones y amenazas graves, directas y persistentes, como haber sido objeto de un tiroteo del que perdió una pierna y que le tuvo un año hospitalizado. Así expuesto su relato, se mueve en términos que, como se ha indicado, no resultan manifiestamente inveraces (de hecho, la Administración no ha aplicado la causa o motivo de inadmisión prevista en la letra d) del tan citado artículo 5.6 de la Ley de Asilo, relativa a la inverosimilitud del relato), y al menos justifican la admisión a trámite de su petición. Por supuesto, de las alegaciones formuladas se podrá dudar, y para que conduzcan al éxito de la petición requerirán la prueba adecuada, pero aquellas alegaciones son suficientes para que se admita a trámite la solicitud presentada y se conceda al recurrente oportunidad para probar sus afirmaciones.

(...) en el caso enjuiciado la circunstancia aducida por la Administración para inadmitir a trámite la petición de asilo resulta inexistente, dado que la causa invocada está entre las que confieren la condición de refugiado con independencia de que, una vez seguido el procedimiento se llegue a una u otra conclusión en cuanto a si existen o no indicios suficientes para deducir que en el solicitante concurren los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo 3 de la referida Ley de Asilo.

No se pueden confundir los requisitos para la concesión del asilo, establecidos en el artículo 8 de la nueva Ley de Asilo, con las condiciones para que una solicitud de asilo sea admitida a trámite, para lo que es suficiente con aducir hechos verosímiles y vigentes, que constituyan una causa que pueda dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 24 de abril de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 637/2004.

Asilo

Ponente: Doña Elisa Veiga Nicole.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de Colombia. Comunicación al ACNUR.

Resumen: Se estima parcialmente el recurso interpuesto por don M. No hay dato alguno que acredite que la presentación de la solicitud de asilo se comunicara al ACNUR.

“En la demanda se invocan como fundamentos de la pretensión actora la infracción de procedimiento al no constar la comunicación a ACNUR de la solicitud presentada, incumpléndose lo preceptuado en el artículo 5 de la Ley 5/1984; la resolución recurrida no tiene validez jurídica por cuanto se ha acordado de forma subjetiva y arbitraria y se han infringido las normas de procedimiento administrativo aplicables y las disposiciones sustantiva sobre el derecho de asilo y la condición de refugiado y, en todo caso, concurren razones humanitarias para autorizar la permanencia en España del recurrente.

(...).

La parte actora indica que no se ha comunicado al ACNUR la solicitud de asilo, extremo que reconoce la Abogacía del Estado en la contestación a la demanda, si bien considera que tal comunicación sólo es preceptiva en los casos de admisión a trámite de la solicitud de asilo.

(...).

En el caso que nos ocupa la solicitud de asilo fue de inicio admitida a trámite y lógicamente el representante de ACNUR intervino en el seno de la Comisión Interministerial sin que conste ni haya hecho valer por el recurrente que tal organismo manifestara su posición contraria a la propuesta de denegación. Sin embargo el estudio del expediente administrativo muestra que en él no hay dato alguno que acredite que la presentación de la solicitud de asilo se comunicara al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; ni tampoco obra en él el informe de éste sin que por parte del

representante de la Administración se haya articulado prueba dirigida a acreditar que aquel deber de comunicación hubiera sido cumplido (...).

(...).

Por ello sin entrar al fondo del asunto ha de concluirse que procede estimar en parte la demanda anulando la resolución y retrotrayendo el procedimiento administrativo a su momento inicial, para que se comunique al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados la presentación de la solicitud de asilo y se continúe, tras ello, con estricta observancia de lo que dispone la normativa aplicable.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 27 de abril de 2006.

Recurso de Apelación: 275/2005.

Ponente: Don José Guerrero Zaplana.

Voz: Denegación de asilo: Colombia.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por don J.M. El recurrente no afirma haber solicitado el asilo por ninguna razón que tenga que ver con las causas que pueden dar lugar a la petición de asilo, puesto que no ha sufrido ninguna forma de inquietud ni de persecución directa mientras ha permanecido en su país.

“Es necesario señalar cómo la parte recurrente basó su petición de asilo en razones que son por completo ajenas a las que pueden dar lugar a la petición de asilo y ello pues afirma que vivía en España desde el 26 de diciembre de 2001 con su mujer y que tuvo que ir a Colombia por la muerte de su madre y, posteriormente, presentó la solicitud de asilo.

También hace mención, en cuanto a su situación en Colombia, a que trabajaba para la compañía Siemens y que la situación de inseguridad era complicada por lo que tomó la decisión de cambiar de lugar de residencia y venir a España por razón del idioma y por que es donde estaban sus hijas.

Asilo

Resulta, pues, que el recurrente no afirma haber solicitado el asilo por ninguna razón que tenga que ver con las causas que pueden dar lugar a la petición de asilo puesto que, como afirma en su declaración, no ha sufrido ninguna forma de inquietud ni de persecución directa mientras ha permanecido en su país.

En cuanto a los motivos en que el recurrente basa su recurso de apelación, es necesario señalar lo siguiente:

–La motivación de la resolución recurrida es una motivación por referencia, tal como es habitual en otras resoluciones de análoga significación a la que ahora nos ocupa y no puede dar lugar a ninguna forma de nulidad pues permite al recurrente conocer las razones por las que se ha inadmitido la petición de asilo.

–Las supuestas dificultades que pueda haber encontrado el letrado del recurrente para consultar el expediente antes de la interposición del recurso contencioso no pueden afectar al presente recurso de apelación pues, en último término, tanto en primera instancia como en apelación ha dispuesto de todos los elementos para la adecuada defensa de los derechos del recurrente.

Por todo ello, lo procedente es la íntegra confirmación de la sentencia objeto de apelación así como de la resolución que inadmitía la petición de asilo.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 28 de abril de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 20/2005.

Ponente: Doña Elisa Veiga Nicole.

Voz: Denegación de asilo: República Democrática del Congo.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por don S. De la documentación aportada sólo se deducen circunstancias personales que en sí mismas no determinan la existencia de una persecución o temor fundado a sufrirla.

“(…) los elementos probatorios aportados por el solicitante no pueden considerarse como prueba o indicio de la persecución alegada y acreditan sólo circunstancias personales que, en sí mismas, y según información disponible sobre el país de origen, no determina necesariamente la existencia de persecución o el temor fundado a sufrirla, especialmente el certificado de buena conducta y de carecer de antecedentes penales, expedido el 27 de noviembre de 2003, es decir después de su detención y de su supuesta evasión de prisión, tal documento representa una contradicción sustancial con lo alegado por el solicitante. Por último, se añade, el recurrente ha podido solicitar protección en otros Estados con anterioridad a la presentación de su solicitud en nuestro país.

(…).

Efectivamente el relato del solicitante aporta tan escasa información que resulte insuficiente para deducir la existencia de la persecución. No explica mínimamente el conflicto entre los estudiantes y el Gobierno, la preparación de la manifestación y el curso de la misma ni si el actor era representante de alguna de las facultades de la universidad de Kinshasa ni cuál era el papel realizado por tales representantes ya que, según afirma, la detención se limitó a los representantes universitarios. De otra parte, existen contradicciones en cuanto al tiempo de detención entre lo relatado oralmente y lo recogido en el escrito de alegaciones presentado en la misma fecha. Asimismo no describe mínimamente cómo consiguió escaparse del hospital, actuación no exenta de complejidad en sus condiciones y, tras su huida, resulta totalmente inverosímil que las autoridades congoleñas emitan una certificación de buena conducta y de carecer de antecedentes penales.

(…).

(…) en la misma información se pone de manifiesto una difícil situación para los habitantes de la República Democrática del Congo pero de tal infor-

mación no podemos cohonestar que el recurrente esté incluido en alguno de los grupos de riesgo o haya sido objeto de una concreta persecución, extremo que no se ha acreditado con el resto de la documentación aportada que, como se indica en el informe de la instructora, solo se refiere a circunstancias personales que, en sí mismas, no determinan la existencia de una persecución o el temor fundado a sufrirla.

Para la concesión del derecho de asilo según reiterada jurisprudencia no es necesaria una prueba plena de que el solicitante ha sufrido en su país de origen la persecución a que hace referencia el artículo 3 anteriormente citado, pero sí es imprescindible una prueba indiciaria suficiente, extremo que no concurre en el presente caso.”

VISADO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 10 de abril de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 286/2003.

Ponente: Don Alfonso Pérez Conesa.

Voz: Denegación de exención de visado: falta de acreditación de los requisitos legales.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por don F. Los motivos alegados por el recurrente (carencia de vínculos con su país de origen y los problemas de salud de su hijo menor) no se han acreditado como tampoco la existencia de peligro para su integridad o la de su familia derivada del traslado al país del que proceden.

“La concesión de la exención de visado requiere que el solicitante se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el inciso segundo del precepto reglamentario. La doctrina jurisprudencial (v. gr.,

SSTS de 4 y 10 de octubre de 1994, 8 de abril de 1995, y 26 de marzo de 1999, con cita de otras anteriores), ha establecido que las razones excepcionales a que se refería el antiguo Reglamento de 1986 –que se equipara al aquí aplicable de 2001–, constituyen un concepto jurídico indeterminado que deberá integrarse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso. Asimismo, declara el Alto Tribunal que esas razones excepcionales «no tienen un significado meramente temporal, opuesto y contrario a frecuente, corriente u ordinario, sino que posee un valor cualitativo, equivalente a importante, trascendente o de peso, en relación con las circunstancias concretas del supuesto enjuiciado, cualquiera que sea la frecuencia o reiteración con que se produzca».

Dado que la exención de visado es una excepción a los requisitos generales fijados en la Ley, así como la excepcionalidad de las razones que la mencionada normativa exige para su aplicación, la interpretación que de ella deba hacerse ha de ser de carácter restrictivo, y una consecuencia necesaria del carácter excepcional y de privilegio de la exención de visado, frente a la regla general, es la de desplazar al interesado la carga de alegar y probar las causas que podrían justificar la exención (de acuerdo con el principio general del artículo 217 de la LEC). En el presente caso, la parte recurrente alega la existencia de dos motivos que –a su juicio– le eximirían de visado: 1) la carencia de vínculos con su país de origen; y 2) los problemas de salud que padece su hijo menor. Ni una ni otra circunstancia han sido acreditadas en este proceso, como tampoco la existencia de peligro para su integridad o la de su familia derivada del traslado al país del que son originarios o proceden. Finalmente, ha de tenerse en cuenta que el permiso de trabajo y residencia solicitado ha sido expresamente denegado por resolución de 27 de diciembre de 2002, al concurrir la causa prevista en el artículo 74.1 del citado reglamento. Procede la desestimación del recurso.”

Expulsión

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 4 de abril de 2006.

Recurso de Apelación: 34/2006.

Ponente: Doña Raquel Iranzo Prades.

Voz: Sanción de expulsión: ausencia de arraigo.

Resumen: Se desestima el recurso planteado por el recurrente. Que el interesado tenga recurrida la orden de expulsión fundándose en alegaciones sobre los principios de legalidad y proporcionalidad en nada afecta al caso planteado.

“El apelante pone de manifiesto que, de ser expulsado, el recurso perderá su finalidad legítima, pues carece de medios personales para su regreso a España, caso de que se estimase su demanda, y en su país de origen (Costa de Marfil) existe inestabilidad política, careciendo allí de arraigo alguno. Señala también que tiene impugnada la orden de expulsión por falta de proporcionalidad de la medida y por vulneración del principio de legalidad, que no se ha motivado por qué se establece en grado máximo la duración de la prohibición de entrada en territorio nacional, y que se encuentra en la actualidad en situación de libertad provisional, de modo que aún no se ha celebrado un juicio con las debidas garantías jurídicas, de modo que no puede ser sancionado doblemente, por vía penal y administrativa.

(...) en el caso de autos el apelante, ni antes al interponer el recurso contencioso-administrativo y justificar la petición de suspensión, ni ahora al formular recurso de apelación, haya justificado la existencia de lazos de entidad suficiente cuya valoración concreta sopesada sea capaz de imponerse a la existencia del interés público que existe en la ejecución de resoluciones que incluso implican la salida del

territorio nacional para no frustrar la aplicación de la actividad administrativa y el régimen jurídico de derechos y libertades de los extranjeros en España.

Que el interesado tenga recurrida la orden de expulsión, fundándose en alegaciones sobre los principios de proporcionalidad y legalidad, en nada afecta al caso, salvo que demostrase que sus alegaciones son palmariamente estimables, caso en el que cabría atender a la posible existencia de *fumus boni iuris*. La supuesta falta de motivación sobre el plazo máximo para volver a entrar en España no afecta al caso, pues, un en el supuesto de que se estimase su recurso en este punto, ello no impediría la expulsión. Por otro lado, no se sanciona doblemente al interesado, pues una cosa es la expulsión administrativa por la estancia ilegal y otra el juicio penal que se referirá, evidentemente, a la comisión de un ilícito penal que no coincide con el administrativo de la estancia ilegal.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 6 de abril de 2006.

Recurso de Apelación: 70/2006.

Ponente: Doña Clara Penin Alegre.

Voz: Sanción de expulsión: improcedencia de la multa.

Resumen: Se estima el recurso promovido por la Delegación del Gobierno en Cantabria. Procedencia de la medida de expulsión derivada de una permanencia ilegal en territorio español, falta de arraigo y estar incurso en unas diligencias por presunto delito.

“La motivación esencial en la que se funda el presente recurso es la violación del principio de proporcionalidad que debe imperar en toda resolución sancionadora, considerando la parte que, dados los términos de la conducta infractora, lo adecuado hubiera resultado la imposición de una sanción pecuniaria y no la expulsión del territorio nacional, dados los términos en que, como antes expusimos, se encuentra redactado el artículo 57.1 de la Ley.

Expulsión

(...).

La resolución sancionadora, al igual que en otros muchos casos, fundamenta la orden de expulsión en la estancia irregular del recurrente, conteniendo una motivación adecuada que avoca al órgano administrativo a elegir la sanción de expulsión en lugar de la de multa, puesto que hace referencia a la exclusión del campo social y laboral de aquél, que se encuentra en nuestro país de forma irregular, de tal forma que la sanción de multa implicaría el mantenimiento de esa situación de exclusión, que se agravaría todavía más por la carga que la propia multa conllevaría, amén de la imposibilidad legal de admitir a trámite la solicitud de trabajo que en su día articular la recurrente. Esta motivación, a la vista de los datos obrantes en la causa, considera la Sala suficiente. Máxime a la vista de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala 3.ª, Secc. 5.ª, de 14 de diciembre de 2005, recurso 4464/2003, y de 22 de diciembre de 2005, recurso 444/2003) pues se parte de una permanencia ilegal en nuestro territorio en los que, además de falta de arraigo, concurre una circunstancia similar a la considerada por el Alto Tribunal en ambos supuestos: el hallarse incurso en unas diligencias por presunto delito (en este caso de resistencia-desobediencia), referidas en la propia resolución como hecho probado único y no discutido en este recurso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 7 de abril de 2006.

Recurso de Casación: 1394/2003.

Ponente: Don Pedro J. Yagüe Gil.

Voz: Sanción de expulsión y solicitud de permiso de residencia.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por don P. Imprudencia de la expulsión si está pendiente de resolución una solicitud de permiso de residencia.

“(…) en período de prueba, y a instancia de la parte actora, vino a pleito una certificación de la Delegación del Gobierno en Madrid, de fecha 31 de mayo de 2002, que dice literalmente lo siguiente:

«Que consultada nuestra base de datos y archivo de esta Unidad Administrativa, nos consta que el ciudadano de nacionalidad ecuatoriana don P., con fecha 17 de mayo de 2001 solicitó permiso de trabajo y residencia, encontrándose en esta fecha en trámite de resolución».

Esto quiere decir que tres días antes de que se iniciara el expediente sancionador, el interesado había solicitado permiso de trabajo y residencia, y que en la fecha en que se resolvió el expediente de expulsión (7 de septiembre de 2001) e incluso más tarde (31 de mayo de 2002), esa solicitud de permiso de trabajo y residencia estaba sin resolver.

En consecuencia, se ha producido una infracción del artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley 8/2000, ya que la infracción que ese precepto tipifica no se produce si está pendiente de resolución una petición anterior de permiso de trabajo y de residencia, como lo demuestra el propio precepto al hablar del caso de las renovaciones. Y ello es lógico, pues carecería de sentido que la Administración expulsara del territorio nacional a quien ha comenzado por pedir la regularización y antes de que la propia Administración decida si otorga o no los permisos previamente solicitados.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 7 de abril de 2006.

Recurso de Casación: 15/2003.

Ponente: Don Pedro J. Yagüe Gil.

Voz: Sanción de expulsión: caducidad.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente. Consta en el expediente que el acuerdo

Expulsión

de caducidad existe y ha determinado el archivo del procedimiento de expulsión sin adoptarse resolución sancionadora alguna.

“Admitido a trámite el recurso por la Sala de instancia mediante providencia de 23 de octubre de 2001 («sin perjuicio de lo que se pueda acordar una vez recibido y examinado el expediente administrativo»), la Administración remitió dicho expediente, constando en el mismo (folio 37) una resolución de 14 de noviembre de 2001 por el que se acordaba la caducidad del expediente de expulsión por haber transcurrido el plazo de tramitación procedimental sin haber recaído resolución; señalándose en el primer «considerando» de dicha resolución que «los hechos que motivaron la incoación del expediente de expulsión no constituyen infracción sancionable con expulsión del territorio nacional en la Ley Orgánica 4/2000, después de su reforma por la Ley Orgánica 8/2000».

(...) nuestro razonamiento debe comenzar por constatar que, ciertamente, consta en el expediente administrativo que contra la interesada se inició un procedimiento de expulsión, en el que recayó un Acuerdo expreso de terminación y archivo, por caducidad, señalándose de forma también expresa en el cuerpo de esa resolución administrativa que los hechos que habían determinado la incoación del expediente de expulsión no constituían infracción sancionable con expulsión del territorio nacional. A la vista de esta resolución administrativa, la propia parte recurrente reconoció en su recurso de súplica contra el Auto de 28 de octubre de 2002 que sus pretensiones se habían visto satisfechas por aquella resolución de la Administración, limitando su disconformidad con el archivo de las actuaciones procesales al único punto de la imposición de las costas del proceso.

Pues bien, ceñidos en nuestro análisis a las manifestaciones contenidas en aquel recurso de súplica, la argumentación con la que la actora sostiene la procedencia de la imposición de las costas procesa-

les se sostiene en la premisa de que a su Letrado se le notificó verbalmente la existencia de una orden de expulsión, pero ese dato descansa únicamente en las propias manifestaciones de ese Letrado y carece de cualquier soporte acreditativo, resultando más bien del expediente administrativo lo contrario, pues, como hemos resaltado, tras la incoación de dicho expediente se declaró su caducidad. Ciertamente es que el artículo 59.1 de la Ley 30/1992 permite realizar las notificaciones ‘por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción por el interesado’. Pero está claro que una sedicente notificación verbal, de la que no hay constancia alguna, no puede justificar por sí sola la existencia de la orden de expulsión y la consiguiente procedencia de la condena en costas.

(...).

En suma, valorados conjuntamente todos estos datos, no resulta de ellos la existencia de una mala fe de la Administración demandada que justifique un especial pronunciamiento sobre las costas del proceso, pareciendo más bien que la parte actora ha iniciado un proceso sin acto impugnabile, pues no llegó a dictarse orden de expulsión.

(...).

Alega esta parte que resulta aventurado acordar la satisfacción extraprocesal de su pretensión con base única en una fotocopia no adherada de un Acuerdo de caducidad del procedimiento sancionador. Entiende esta parte que para evitar cualquier indefensión debe declararse expresamente la caducidad del expediente de expulsión.

El motivo carece del menor fundamento. No solo porque en su recurso de súplica, antes mencionado, la propia parte actora reconoció que en lo sustancial su pretensión se había estimado, sino también porque, en definitiva, consta en el expediente que ese Acuerdo de caducidad existe y ha determinado el archivo del procedimiento de

Expulsión

expulsión sin adoptarse resolución sancionadora alguna, habiéndose reconocido expresamente su validez por el Abogado del Estado, por lo que resulta absurdo pretender que se declare otra vez lo que ya se ha acordado y consta fehacientemente por su incorporación al expediente remitido por la Administración.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 7 de abril de 2006.

Recurso de Apelación: 10/2006.

Ponente: Doña Clara Penin Alegre.

Voz: Obligación de salida: solicitud de normalización.

Resumen: Se desestima el recurso promovido por el recurrente. La denegación del proceso de normalización instado se basó en la no aportación del certificado de antecedentes penales del país de residencia anterior.

“(…) la actora insiste en que la ejecución de la decisión de salida comportaría un perjuicio de difícil reparación e impediría que ésta acudiera a la vista, siendo así que la denegación de su solicitud de normalización se ampararía sólo en la carencia de certificado de antecedentes penales en el país de origen, certificado que ya tendría en su poder según documentación que adjunta con la oposición al recurso, cumpliendo el resto de los requisitos para su regularización.

(…) la denegación del proceso de normalización instado no estribó en la falta de acreditación de la residencia anterior al 7 de agosto de 2005 sino en la no aportación del certificado de antecedentes penales de país de residencia anterior, exigido conforme al artículo 2.3.g) de la Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero, por la que se desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización previsto en la disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11

de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 21 de abril de 2006.

Recurso de Casación: 1448/2003.

Ponente: Don Pedro J. Yagüe Gil.

Voz: Expulsión: motivación y principio de proporcionalidad.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado. A la permanencia ilegal en España del actor se une el hecho de que no sólo estaba irregularmente sino que estaba indocumentado, además de ignorarse por dónde y cuándo entró en territorio español.

“A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

Pues bien, esto último es lo que ocurre en el presente caso en que a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia (que es subrayada en la resolución recurrida) de que el Sr. J.M. no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que estaba indocumentado, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, y, además, se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español.

Derecho al trabajo

La permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo (de los que, insistimos, tuvo conocimiento el Letrado que asistía al expedientado al notificársele la propuesta de resolución) son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por la que expulsó al actor del territorio nacional.

Procede, pues, estimar este motivo formulado por el Sr. Abogado del Estado, declarar haber lugar al recurso de casación y desestimar el contencioso-administrativo.”

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León/
Valladolid.

Fecha: 30 de noviembre de 2005.

Recurso: recurso de suplicación n.º 2048/2005.

Ponente: D. Juan José Casas Nombela.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León/
Valladolid.

Fecha: 30 de noviembre de 2005.

Recurso: recurso de suplicación n.º 2053/2005.

Ponente: D. Juan José Casas Nombela.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León/
Burgos.

Fecha: 23 de febrero de 2005.

Recurso: recurso de suplicación n.º 1150/2005.

Ponente: D. José Luis Rodríguez Greciano.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León/
Burgos.

Fecha: 1 de marzo de 2005.

Recurso: recurso de suplicación n.º 1150/2005.

Ponente: D. Carlos Martínez Toral.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León/
Burgos.

Fecha: 14 de marzo de 2005.

Recurso: recurso de suplicación n.º 1172/2005.

Ponente: D. Carlos Martínez Toral.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León/
Burgos.

Fecha: 21 de marzo de 2005.

Recurso: recurso de suplicación n.º 1200/2005.

Ponente: D. Carlos Martínez Toral.

Voz: Trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo: reconocimiento de derechos de Seguridad Social: prestación por desempleo.

NOTA: En el número 11 de esta Revista extractábamos las SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 17 de noviembre 2005 (núm. rec. suplicación 2050/2005) y 21 de noviembre de 2005 (n.º rec. suplicación 2050/2005), que resolvían supuestos de hecho muy semejantes a los que traen causa las sentencias antes reseñadas (básicamente, se trata de trabajadores extranjeros que, sin contar con la preceptiva autorización administrativa para trabajo, prestan servicios laborales por tiempo suficiente para lucrar la prestación por desempleo, que son despedidos y solicitan al Servicio Público de Empleo, en consecuencia, la referida prestación). La novedad del signo de los pronunciamientos judiciales –reconocimiento de la prestación por desempleo en tales condiciones y circunstancias, declarando la responsabilidad directa de la empresa al haber incumplido sus obligaciones de afiliación, alta y cotización en cuanto al pago de las prestaciones, debiendo pro-

Derecho al trabajo

ceder a adelantar las mismas– aconsejó realizar un comentario más detenido de lo habitual en esta sección, por lo que ahora tan sólo procede una remisión expresa al número anterior de esta Revista (pp. 137 a 145), advirtiendo de la relevancia que tiene la reiteración de pronunciamientos en cuanto a la consolidación de una línea de interpretativa en este sentido (no en vano, el TSJ Castilla y León/Burgos afirma que “la cuestión que se debate es meramente de interpretación jurídica”).

* * *

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Fecha: 11 de octubre de 2005.

Recurso: recurso de suplicación n.º 1993/2005.

Ponente: D. Florentino Eguaras Mendiri.

Voz: Deportista profesional: cesión temporal. Trabajador extranjero: falta de renovación del permiso de trabajo y residencia: despido improcedente.

Resumen: SEGUNDO: Frente a la anterior sentencia se ha interpuesto recurso de suplicación por ambas partes. Comenzaremos por el de la empresa pues impugna la existencia de un despido y sostiene una extinción válida conforme a causa concretada en la carta que se entregó al trabajador.

(...)

El motivo tercero, por la vía del apartado c) del artículo 191 de la LPL, denuncia la infracción del artículo 7.c) del ET, en relación a los artículos 36, 1 y 38, 3 LO 4/2000, en relación al artículo 66 del Reglamento de Ejecución, RD 864/2001. Estaremos al tiempo de extinción de la relación laboral para fijar la normativa aplicable, de acuerdo al criterio del TS de 29-09-2003, que señala que debe tenerse en cuenta la normativa en vigor al tiempo del cese, coincidiendo a este respecto con las Leyes Orgánicas 4/2000, de 11 de enero, e igualmente su reforma por

la misma norma de 14/2003, de 20 de noviembre, y el RD 864/2001, de 20 de julio, posteriormente derogado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, pero que entró en vigor un mes después a su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Se quiere en este motivo del recurso argumentar la consistencia de la causa de despido esgrimida en la comunicación de 12 de agosto de 2004, donde se le dice al trabajador, a través de la contestación al requerimiento notarial que éste efectuó, que al no disponer de autorización de trabajo, por caducar su permiso de trabajo y residencia no se puede incorporar a su puesto de trabajo ni prestar servicios, porque no tiene capacidad para trabajar al carecer de la preceptiva autorización expedida por los Organismos competentes. De aquí deriva la nulidad del contrato y la imposibilidad para reincorporarse a su puesto de trabajo, en virtud de los artículos 9 del ET y 1261 y 1300 del Código Civil. No compartimos la tesis de la impugnación relativa a que se están esgrimiendo nuevas causas de extinción del contrato de trabajo, puesto que éstas fueron las esgrimidas en la carta de cese, y frente a ella se interpone la reclamación, por lo que debe examinarse si concurría dicha causa, denegada en la sentencia recurrida y mantenida en esta vía de suplicación.

Efectivamente cualquier respuesta de este órgano jurisdiccional debe partir de los argumentos que vierte la sentencia recurrida, pues en la misma se expresa de manera suficiente, ponderada y acertada la tesis inicial del TS, relativa a la nulidad de los contratos de trabajo en los que no existía permiso de trabajo, TS 21-03-1997, y su cambio posterior a través de las sentencias de 9-06-2003 y 29-09-2003. En éstas se ha sostenido por el Tribunal Supremo que el contrato de trabajo no es nulo por falta del permiso de trabajo, actual autorización, y el trabajador mantiene la plenitud de sus derechos laborales, y entre ellos deben incluirse no sólo aquéllos a los que alude el artículo 9 del ET, percepción del salario, sino el resto de los posibles y realmente concurrentes, y entre ellos los propios de las prestaciones y de las instrucciones particulares del contrato de traba-

Derecho al trabajo

jo, y entre ellas el régimen de extinción que regula el artículo 49 del ET.

La doctrina del TS en aplicación del artículo 33.3 LO 4/2000, en relación a la redacción ofertada por la Ley 8/2000 y la posterior 14/2003, de 20 de noviembre, nos conducen a una variación sustancial, y frente a la nulidad del contrato se ha articulado la validez del mismo, pese a la inexistencia de un permiso de trabajo que pueda dotar de idoneidad al trabajador extranjero para el trabajo, pero convirtiéndose en sujeto y titular del derecho laboral, y de las diversas facultades que otorga nuestro ordenamiento.

Desde la anterior perspectiva es difícil realizar una aplicación de la doctrina que se señala en el motivo del recurso, TS 27-11-1989, ante la nueva perspectiva que se ha configurado por el mismo órgano judicial, y por tanto las dos alegaciones que se formulan en el motivo deben rechazarse. Éstas consisten en la falta de permiso de trabajo, que implica la imposible reanudación del contrato de trabajo una vez que ha finalizado la cesión, y la falta de capacidad del deportista para prestar sus servicios, causa de extinción. Ciertamente ha existido una suspensión del contrato de trabajo que deriva de la cesión realizada a otro Club Deportivo, argentino, y prevista en el artículo 11 del RD 1006/1985, de 26 de junio, y que consta documentada dentro del ramo de prueba, con una previsión de retornar a la disciplina del Deportivo Alavés cuando finalice la cesión, folios 87 y 88. Por tanto, en el peor de los casos para el demandante, nos encontramos con un levantamiento de la suspensión y reanudación de la actividad, sin autorización/permiso de trabajo, y sosteniéndose durante prácticamente un mes la actividad para la demandada, sin adopción de medidas de resolución por parte de ésta. Pero si como decimos la falta de permiso de trabajo no impide el mantenimiento de los derechos laborales, entre ellos la prestación de servicios y virtualidad del vínculo nacido, difícilmente puede constituirse como causa de extinción esa falta de capacidad, porque la relación no había

fenecido, tal y como se sostiene en el recurso, sino que se mantenía viva, aunque sin uno de sus requisitos básicos como es la posible idoneidad del trabajador, no susceptible de producir la nulidad del contrato.

Si el contrato no es nulo, tampoco lo son las actividades que se prestan, y de todas maneras no olvidemos que dentro de nuestro régimen de contratación, artículo 1302 del Código Civil, no está autorizado que las personas capaces puedan alegar la incapacidad de aquéllos con quienes contrataron, ni aquéllos que produjeron el error, fundar su acción en estos vicios del contrato. De igual manera no es aceptable desde una perspectiva jurídica aprovechar aquello que puede beneficiar, despreciando lo perjudicial. Con ello queremos aludir a la dificultad de admitir que la empresa, conocedora de la situación del deportista, aproveche la misma para realizar la contratación cuando conviene a sus intereses, y, por contra, alegue una causa de la que ha prescindido con anterioridad, cuando le puede ser favorable. Tal actuar viene a suponer una quiebra de los principios de buena fe contractual, y esta vetado por el artículo 1256 del Código Civil, en cuanto que la validez y cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes, supuesto que está pretendiendo la demandada al actuar con una causa así, siendo que conoce la misma, y de igual manera el trabajador difícilmente podía acceder a una renovación de su permiso de trabajo, puesto que el RD 864/2001, artículo 82, señala que en ningún caso puede concederse la renovación de un permiso de trabajo transcurridos 3 meses desde su vencimiento, o si el interesado reside más de 6 meses de forma continuada fuera de España. Por ello, tanto podía instar no sólo la renovación pues el trabajador se encontraba fuera de España al tiempo en el que vence su permiso, el mismo, o pedirse en su retorno por el empresario un nuevo permiso. De cualquier manera ninguna de las partes actúa conforme a ello, ni parece darle validez inicialmente, por lo que la empresa conoce perfectamente su situación o coyuntura, por lo que se vienen a aprovechar aque-

Derecho al trabajo

llos efectos que pueden ser convenientes, frente a aquellos otros que no lo son.

Desde otra perspectiva, motivo cuarto del recurso, se quiere pedir la validez de la extinción del contrato por falta de permiso de trabajo alegándose los artículos 49.2 del ET y 13.g) del RD 1006/1985. El contrato se encuentra vigente cuando el trabajador retorna de su cesión, cesión consentida por ambas partes y admitida, permaneciendo fuera de España más de 1 año el operario y sin que figure una causa específica para trabajar, y más teniendo en cuenta la consideración de extranjero y la misma concepción inicial que se efectúa por intermediación de la entidad deportiva. No olvidemos la capacidad del empresario y su circunstancia directamente eficiente para la obtención de los permisos de trabajo, con su intervención efectiva y su lealtad en orden a una prestación en la contratación, que se manifiesta más en estas situaciones que se producen en sujetos de relaciones extranjeras.

Hemos contestado a esta cuestión en el anterior motivo, reproduciendo los argumentos y destacando que la falta de idoneidad sobrevenida, en su caso, en modo alguno puede operar de manera contraria a quien carece de la misma al inicio de la relación laboral, y más teniendo en cuenta que había finalizado el permiso de trabajo en marzo del año 2004, y la empresa no esgrime esta circunstancia hasta agosto, siendo que la cesión había finalizado casi un mes antes y se mantuvo el trabajador a disposición de la entidad deportiva demandada, llegando a requerirle notarialmente a los efectos de su situación.

En definitiva, entendemos que el trabajador tenía derecho a mantenerse dentro del contrato, siendo ilícita la causa esgrimida, pues no había sido impedimento anteriormente y no se aprecia la concurrencia de la falta de interés por parte de la empleadora de mantener al actor en una situación de legalidad, tal y como oportunamente se realizó al inicio de la actividad.

No olvidemos que restaba tiempo más que suficiente a la contratación, que claramente se aprecia que ya no era de interés al Deportivo Alavés, una vez que el trabajador regresó de su situación de cedido. Ello en modo alguno puede suponer una facultad de disponer del sujeto humano, parte del contrato de trabajo, como simple mercancía, pues se mantienen todos los derechos de esta persona trabajador-operario, con una relación especial, que se sujeta a ciertas especialidades, pero que en modo alguno supone una comercialización a la baja de la cualidad personal.

* * *

NOTA: Los hechos pueden resumirse así: un futbolista de nacionalidad extranjera es contratado como deportista profesional por el Club Deportivo Alavés, concertando contrato de trabajo el 16 de enero de 2001, aunque no obtuvo autorización para trabajo hasta el 15 de marzo de ese mismo año; la renovación de aquel permiso inicial tiene vigencia hasta el día 15 de marzo de 2004.

Iniciada la actividad laboral, el futbolista es cedido a un equipo argentino, en el que presta servicios desde enero de 2003 hasta el 30 de junio de 2004. Al finalizar la cesión, regresa a España y después del período vacacional previsto por el club Deportivo Alavés para toda la plantilla, acude a la pertinente revisión médica previa a la pretemporada, que no se le practica aludiendo que “al cambiar el club de composición accionarial todavía no se había resuelto su destino profesional”. Varios días después, y tras el requerimiento notarial que instó el trabajador, el Club responde que ha de entenderse extinguida la relación laboral por carecer en ese momento de autorización de trabajo y residencia.

En instancia, el Juzgado de lo Social n.º 2 de los de Vitoria dictó sentencia y estimó la demanda interpuesta por el trabajador, declarando que su cese

Derecho al trabajo

constituía un despido improcedente, por entender que la conducta empresarial era, en realidad, una resolución unilateral, frente a la relación laboral que se había mantenido entre las partes.

Siendo estos los presupuestos de hecho, son varias las cuestiones a comentar.

En primer lugar, la sentencia de instancia fundamenta su fallo en lo dispuesto en el artículo 36.3 Ley de Extranjería, en su versión dada por la LO 8/2000, y la interpretación que del mismo ha llevado a cabo el Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 9 de junio de 2003). Esto es, el contrato de trabajo no es nulo por falta de permiso de trabajo, actual autorización, y el trabajador extranjero que presta servicios mantiene la plenitud de derechos, por lo que el cese unilateral de la relación laboral constituye despido; esta interpretación es confirmada por el TSJ País Vasco, indicando que esa plenitud de derechos no se ciñe aquéllos a los que alude el artículo 9 del ET (remuneración) sino que incluye el resto de los posibles y realmente concurrentes, entre ellos, los propios de las prestaciones y de las instrucciones particulares del trabajo y, en particular, el régimen de extinción que regula el artículo 49 del ET.

Ahora bien, el Juzgado de lo Social advierte que entre esos derechos no se encuentra la eventual readmisión, y tratándose de un deportista profesional, al quedar excluida la consecuencia de la readmisión en el caso de despido improcedente –artículo 15.1 RD 1006/1985, de 26 junio–, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales-, no existiría ninguna especialidad respecto al régimen general. La anterior manifestación viene a confirmar lo que venimos defendiendo: que entre los derechos del trabajador extranjero a que se refiere el apartado 3 del artículo 36 Ley de Extranjería no se encuentra el derecho a la readmisión, porque ello supondría tanto alterar el sistema legal basado en la obligatoriedad de autorización administrativa para que el trabajador

extranjero extracomunitario pueda prestar servicios laborales como suplantar la competencia de la autoridad laboral en orden a la concesión de las autorizaciones administrativas para trabajo y otorgar de hecho al trabajador una “pseudo-autorización para trabajar”.

En segundo lugar, y a fin de aquilatar más precisamente el alcance de las siguientes declaraciones, ha de tenerse en cuenta, como señala la Sentencia, que la cesión temporal de un deportista profesional (artículo 11 del RD 1006/1985) constituye un supuesto de suspensión del contrato de trabajo; aplicado al caso que ahora nos ocupa, lo anterior representa que, en principio, y como la vigencia del contrato de trabajo se había pactado para el período que comprendería enero 2001 hasta junio 2006, cuando al finalizar la cesión el trabajador regresa a España e intenta reincorporarse al Club, el contrato seguía vigente.

En tercer lugar, señala el STSJ del País Vasco que la falta de permiso de trabajo no debe impedir el mantenimiento de los derechos laborales del trabajador extranjero y la virtualidad del vínculo nacido, siendo, como ocurre en el caso que nos ocupa, que la relación laboral no había fenecido. Sin embargo, creemos que la falta de renovación provoca una imposibilidad jurídica sobrevenida de continuar la relación laboral. Esta circunstancia se encauzaría por la vía del artículo 52.a) del ET, esto es, del cese objetivo por ineptitud sobrevenida, y, por tanto, con los presupuestos formales del artículo 53 de dicho texto legal, incluida la puesta a disposición del trabajador extranjero de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio (así lo consideró la STSJ Cataluña de 11 de enero de 2005); también sería posible –y más adecuado– que los contratantes previesen esta eventualidad en el propio contrato de trabajo, pactando que la concurrencia de esta situación actúe a modo de condición resolutoria ex artículo 49.1.b) del ET, como vienen admitiendo nuestros tribunales. El hecho de que se hubiese iniciado la prestación laboral unos meses

Permiso de trabajo

antes de la concesión del preceptivo permiso de trabajo no debería convalidar una situación irregular anterior, sino que, siendo constitutiva de infracción, procede la imposición de la sanción correspondiente.

Aun así, no le falta razón al juzgador cuando afirma que desde una perspectiva jurídica –quiebra los principios de buena fe contractual– ni de una misma situación se “puede aprovechar aquello que puede beneficiar, despreciando lo perjudicial”, ni la ausencia de idoneidad sobrevenida (por no renovación de la autorización de trabajo, en cualquier caso imposible al haber residido el trabajador extranjero más de seis meses fuera de España – artículo 82 del RD 864/2001) alegada por la empresa, “puede operar de manera contraria a quien carece de la misma al inicio de la relación laboral”, aunque respecto a esta última afirmación cabría denunciar una vez más que, en gran parte de supuestos, la discordancia entre la fecha de inicio de la actividad laboral y la de resolución y notificación de la concesión de la correspondiente autorización para trabajo se debe a una ineficaz y lenta –tal vez, inevitable– actuación administrativa, de la que no cabe derivar en todo caso una intención fraudulenta de las partes interesadas.

En fin, no está de más recordar que la confusa redacción del artículo 36 Ley de Extranjería y la interpretación conjunta de sus párrafos 1 y 3 lleva a considerar que el mantenimiento de los derechos laborales en el supuesto de efectiva prestación de servicios, sin la preceptiva autorización, habría de referirse al supuesto en que el empresario estuviese legitimado y obligado a solicitar el permiso de trabajo, esto es, a la autorización de trabajo inicial por cuenta ajena; de ahí, que la previsión legal tenga un alcance limitado o parcial, sin que se pronuncie acerca de las consecuencias que acarrearía la ausencia de autorización por falta de renovación del permiso de trabajo.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Fecha: 24 de febrero de 2006.

Recurso: recurso contencioso-administrativo n.º 2023/2003.

Ponente: Dña. María del Mar Díaz Pérez.

Voces: Permiso de trabajo: denegación de la renovación: falta de acreditación de la realización habitual de actividad laboral.

Resumen: SEGUNDO: El 13 de febrero de 2003 el Subdelegado del Gobierno en Gipuzkoa dicta resolución denegatoria de la solicitud de renovación de permiso de trabajo a favor de Dña. Juana, con fundamento en el artículo 74.3 en relación con artículo 72.3, y en el artículo 74.1.f) todos ellos del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio, ante la falta de acreditación de la realización habitual de actividad laboral durante la vigencia del permiso de trabajo cuya renovación se pretende, además de por la falta de acreditación de la solvencia del empresario para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato.

La decisión se confirma en alzada por la resolución objeto del presente recurso, por no desvirtuar las alegaciones formuladas en la alzada las razones de la resolución desestimatoria, ni aportarse documentación complementaria que la desacredite.

En la demanda la recurrente alega, en primer término, que teniendo en cuenta las circunstancias sub-

Permiso de trabajo

jetivas y objetivas concurrentes puede llegarse a la conclusión de la existencia de una actividad laboral habitual por su parte. Las circunstancias subjetivas que relata son las siguientes: en el período que media entre la petición del permiso de trabajo y su concesión (cinco meses) sufre una dolencia que le produce hemorragias vaginales severas producto de un quiste que le fue diagnosticado en el Hospital de Estella, motivo por el que viaja a Colombia en octubre de 2001, país en la que es operada en fecha 11 de noviembre de 2001, por lo que tiene que guardar reposo durante 6 meses (folios 31 y 32 del expediente administrativo); como la enfermedad y la convalecencia son previas a la primera relación laboral no existe una baja laboral en sentido estricto y por tanto no consta en ningún régimen de la Seguridad Social; en junio de 2002 inicia relación laboral con Urbasa Bioitza, S.L. para la realización de trabajos de servicio doméstico, no cotizando esta empresa por todo el tiempo que estuvo trabajando, sino sólo por medio mes de los tres meses que efectivamente duró el trabajo. En cuanto a lo que define como circunstancias objetivas, expone las circunstancias del sector del servicio doméstico, en el que las ofertas de trabajo son temporales. Por todo ello, considera que si hay en su caso una habitualidad en la actividad laboral ya que el inicio de la actividad se produjo en junio, si bien ello es de difícil prueba debido al “olvido” del primer empresario de cotizar, entendiéndose que queda acreditado el impedimento físico de la demandante para realizar el trabajo hasta junio.

Respecto al motivo de falta de solvencia del empleador, considera la recurrente que es de muy difícil prueba su acreditación, ya los datos de la declaración de la renta y de los bienes de la empleadora no le van a ser aportados por la Administración al primero que lo solicite y al no tratarse de ningún empresario según la normativa fiscal, sus cuentas no figuran en el Registro mercantil.

El Abogado del Estado considera que las resoluciones impugnadas son conformes a derecho por ajus-

tarse a las previsiones del artículo 38.3.a) de la L.O. 4/2000, reformada por la L.O. 8/2000, y artículos 72.3 y 74.1.F) del R.D. 864/2001, de 20 de junio.

TERCERO: El artículo 74.3 del RD 864/2001, dispone que se denegará la renovación del permiso de trabajo cuando no se acrediten los requisitos exigidos para la renovación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 apartado 3. Este último preceptúa que:

Tratándose de un permiso de trabajo por cuenta ajena, éste se renovará a su expiración, si se acredita la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión del permiso a renovar.

También procederá la renovación del permiso de trabajo por cuenta ajena cuando, aunque no subsista la relación laboral anterior, el trabajador haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empresario o empleador y figure en situación de alta o asimilada a la de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

En el caso de contar con una nueva oferta de empleo, se deberá acreditar la realización habitual de actividad laboral en el periodo de vigencia del permiso que se solicita renovar, figurando en situación de alta o asimilada a la de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

Es decir, pretendiendo la renovación de un permiso de trabajo sin existir continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión del permiso a renovar, resulta requisito indispensable acreditar de forma ineludible, que el solicitante ha desempeñado una actividad laboral de forma regular y estable durante la vigencia del permiso anterior, pues, tal condición permite apreciar la veracidad y continuidad de las circunstancias laborales que motivaron la anterior concesión del permiso cuya renovación se pretende.

La continuidad de la relación laboral desarrollada, y la habitualidad de la misma, exigida en los precep-

Permiso de trabajo

tos anteriormente transcritos se han de interpretar tomando necesariamente en consideración tanto las circunstancias subjetivas del trabajador como las condiciones objetivas del sector de la actividad en donde lo desempeña (coyuntura socio laboral, tipo de trabajo desempeñado, estabilidad en el empleo del sector etc.), de modo que no se convierta en una exigencia de plena ocupación por encima de las circunstancias coyunturales por las que atraviesa el empleo en nuestro país o del tipo de contratos que se realizan.

Así, en Circular de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, se señala que este requisito no debe ser entendido “como una obligación exhaustiva de realizar una actividad continuada e ininterrumpida durante toda la vigencia del permiso” y que “en la renovación, la autoridad laboral tendrá en cuenta las características concretas de la actividad llevada a cabo por el trabajador y exigirá solamente la justificación de la realización de la actividad correspondiente, en relación con la ocupación de un trabajador español en las mismas circunstancias”, para continuar afirmando que “A título orientativo, se puede partir de un período mínimo para estimar que ha existido una ocupación estable durante la vigencia del permiso anterior, que, según el sector de actividad de que se trate, puede cifrarse entre cuatro y seis meses”.

Este criterio, por lo demás ha sido acogido en la STS 15-VII-2003 (Sala 3.^a), al afirmar: “En el presente caso el recurrente estuvo desempeñando una actividad laboral durante un período de 5 meses, intentando inmediatamente conseguir un nuevo empleo, inscribiéndose en la oficina de desempleo, actividad que fructificó en la obtención de una nueva oferta laboral. Tales circunstancias, ponen de manifiesto, a juicio de este tribunal, y tomando en consideración los propios criterios orientadores de la Administración la existencia de una ocupación estable durante el permiso anterior, pues aún cuanto ésta no ha sido permanente también

hay que tomar en consideración la gran movilidad que existe en el sector de la construcción y la actividad desplegada por el recurrente para continuar trabajando”.

CUARTO: En el presente supuesto, como antecedentes necesarios de las resoluciones impugnadas consta en el expediente administrativo que, solicitado permiso de trabajo temporal para trabajar por arraigo el 31 de julio de 2001, le fue concedido el 11 de diciembre de 2001, con vigencia hasta el 11 de diciembre de 2002, y según informe de Vida Laboral durante la vigencia del contrato estuvo de alta en la Seguridad Social (régimen general y hogar) a partir del 19 de julio de 2002, 92 días.

Justifica la recurrente la ausencia de mayor actividad laboral, en la enfermedad que le fue diagnosticada con posterioridad a la solicitud del permiso cuya renovación pretende y en fecha anterior a su concesión, dolencia que le impidió trabajar hasta mediados del mes de mayo de 2002. Ya en vía administrativa la recurrente aportó fotocopia de su Historia Clínica firmada por el Dr. Bartolomé, Médico Cirujano de la Universidad Central del Ecuador, en la que se señala como motivo de la consulta la existencia en la paciente de una hemorragia vaginal severa y decaimiento, la intervención a la que fue sometida el 11 de noviembre de 2001 (histerectomía abdominal), y el seguimiento de un tratamiento post-operatorio con reposo riguroso durante 6 meses a partir de la cirugía. En la prueba practicada en el recurso, figura el original de la Historia Clínica, y un Certificado del Servicio Navarro de Salud, en el que constan las consultas médicas a las que acudió Dña. Juana durante los meses de junio a octubre del año 2001, que hacen un total de 6 (4 urgencias y 2 consultas ginecológicas).

Acreditadas las circunstancias subjetivas que obligaron a la recurrente a salir de España con posterioridad a la petición del permiso de trabajo y antes de su concesión, que fueron impositivas para la reali-

Permiso de trabajo

zación de cualquier actividad durante los cinco primeros meses y medio de vigencia del permiso, no constando la existencia de una baja laboral formal al manifestarse la enfermedad antes de la concesión del permiso de trabajo y de la incorporación de la recurrente al mercado de trabajo, estima la Sala, siguiendo los criterios orientadores de la Administración, que habiendo existido una ocupación estable, un desempeño de actividad laboral por parte de la recurrente de 3 meses sin llegar a contabilizarse el período que dice estuvo trabajando para la empresa Urbaza Bioitza que no tiene reflejo en el Informe de Vida Laboral pues no se ha demostrado la prestación de servicios con anterioridad a la fecha de alta que indica el informe administrativo de los 6 meses y medio en los que estuvo capacitada para trabajar, puede entenderse la existencia de una ocupación estable durante el permiso anterior que posibilita, en este aspecto, la renovación del permiso solicitada.

(...)

SEXTO: Procede, en consecuencia, la estimación del recurso, por lo que con anulación de la resolución impugnada debe declararse el derecho de la recurrente a la concesión de la renovación del permiso de trabajo solicitado el 13 de noviembre de 2002.

* * *

NOTA: La sentencia que reseñamos es un buen ejemplo de que más allá de una interpretación literal del texto normativo, han de aplicarse otros criterios hermenéuticos, y en especial el que alude al espíritu y finalidad de la norma, pues en materia de renovación de autorizaciones de trabajo lo verdaderamente relevante es la incorporación real al mercado de trabajo en orden a garantizar la estabilidad de la residencia y la integración sociolaboral con vocación de permanencia de los extranjeros.

La sentencia aborda las condiciones para renovar autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena que giran en torno a la actividad prestada por

el trabajador extranjero durante la vigencia de la referida autorización. Desde que el Reglamento de Extranjería de 1996 expresara hasta cuatro circunstancias que habrían de tomarse en consideración para la renovación (artículo 78.2: ocupación regular y estable durante la vigencia del anterior permiso; cumplimiento de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social, en particular, si el sujeto responsable del cumplimiento es el propio trabajador; continuidad en la relación laboral, actividad empresarial o nueva oferta de empleo formulada por empresario responsable; el régimen de reciprocidad existente en el país de origen de los extranjeros), la que mayores problemas aplicativos acarreo fue la primera, por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. La STSJ Madrid de 6 de abril 2001 (JUR 2001, 209837) dotó de contenido preciso a los mismos, señalando que “El término «regular», referido a una ocupación laboral, hace referencia a la licitud de la actividad laboral misma, a su desenvolvimiento en el marco normativo laboral, en especial el Estatuto de los Trabajadores. Sin que en el supuesto que nos ocupa conste que el puesto de trabajo desempeñado fuese ilícito o irregular en el sentido expuesto. El término «estable» hace referencia a la continuidad de la relación laboral desarrollada, a la habitualidad de la misma. Con el fin de valorar esta habitualidad se deben tomar en consideración tanto las circunstancias subjetivas del trabajador como las condiciones objetivas del sector de la actividad en donde lo desempeña (coyuntura sociolaboral, tipo de trabajo desempeñado, estabilidad en el empleo del sector etc.), de modo que no se convierta en una exigencia de plena ocupación por encima de las circunstancias coyunturales por las que atraviesa el empleo en nuestro país o del tipo de contratos que se realizan.”

La propia Administración dictó la Circular 29/1998, de 13 noviembre, que cita la Sentencia reseñada, en la que se instaba a tener en cuenta “las características concretas de la actividad llevada a cabo por el trabajador y considerará la justificación de la realización de la actividad autorizada y el cumplimiento

DERECHO PENAL

de obligaciones fiscales y de Seguridad Social durante el tiempo que se considere normal en el sector de actividad y ámbito geográfico correspondientes, en relación con la ocupación de trabajadores españoles en las mismas circunstancias. Se deberá ponderar en ese sentido el ejercicio de actividades de temporada, a tiempo parcial o por horas". Esos plazos han sido concretados en el vigente Reglamento en seis y tres meses (sobre esta cuestión, véase AGUELO NAVARRO, P.; CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "La renovación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena: propuestas para una interpretación integradora", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 11, 2006, pp. 55 a 94).

En el supuesto concreto que resuelve la sentencia queda acreditada la enfermedad de la trabajadora, que es sometida a una intervención quirúrgica en su país de origen, en el lapso de tiempo que media entre la solicitud de la autorización para trabajo por arraigo y su concesión; la prescrita convalecencia tras la intervención le impide iniciar la actividad laboral una vez concedido el correspondiente permiso. Y en estas circunstancias, el Tribunal, acertadamente, considera que a tenor del tiempo en que la trabajadora había estado capacitada para trabajar (seis meses y medio) la cotización durante 92 días es muestra suficiente de una ocupación estable durante la vigencia de la autorización.

Desde esta consideración, no es necesario entrar a valorar, como tampoco hace la Sentencia comentada, cuestiones tales como que el permiso de trabajo es solicitado por la vía del arraigo, lo que a la luz del Reglamento de 2001 implicaba la demostración de la incorporación "real" al mercado de trabajo [artículo 41.2.d)], o el inicio *de facto* de una concreta actividad laboral antes de la concesión del permiso de trabajo, a pesar del "olvido" del empresario de cotizar.

Tribunal: Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz.

Fecha: 31 de marzo de 2006.

Ponente: Don José Antonio Martín Pallín.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: presunción de inocencia.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso formalizado por los recurrentes. Declaración testifical preconstituida y válidamente introducida por los inmigrantes transportados, los cuales afirman haber pagado una elevada cantidad de dinero para llegar a Europa.

"En el caso que nos ocupa el Tribunal ha contado con prueba directa e incontestable para desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba a los acusados, consistente en la declaración testifical de los Agentes de la Policía Local prestadas en el plenario y que de modo coincidente y sin fisuras de clase alguna, manifestaron como los acusados, al observar el control policial, detuvieron el vehículo y tras efectuar un giro brusco lo estacionaron en un supermercado, bajando rápidamente los cuatro ocupantes (los inculpados y los dos inmigrantes que ocupaban los asientos traseros).

Asimismo se contó con la declaración testifical preconstituida y válidamente introducida en el plenario de los inmigrantes transportados, los cuales afirman también coincidentemente que habían pagado una elevada cantidad de dinero para llegar a Europa y que los acusados les introdujeron en el maletero del vehículo para pasar la frontera y una vez superada ocuparon los asientos traseros hasta que fueron detenidos en el control policial.

La Sala sentenciadora razona extensamente el fundamento de su convicción (fundamentos de derecho primero y segundo), analizando las referidas pruebas de cargo, frente a las que se alzan única-

Derecho penal

mente las manifestaciones exculpatorias y carentes de lógica de los inculpados, que no mantuvieron la misma versión en las declaraciones prestadas ante el Juez Instructor y en el acto del Juicio, resultando en todo caso inverosímil.

Todo ese acervo probatorio de claro signo incriminador, fue valorado por la Sala de instancia dentro de la lógica y de la experiencia y teniendo en cuenta la competencia que para ello le otorga el artículo 741 de la LECrim. La testifical de los dos inmigrantes se practicó ante el Instructor con todas las garantías de contradicción y ante la imposibilidad de localizarlos verdadera por la policía, se procedió en la forma que determina el artículo 730 LECrim., dando lectura a esas declaraciones en plenario, pudiendo en esas condiciones ser valoradas por la Sala de instancia.”

Tribunal: Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria.

Fecha: 6 de abril de 2006.

Ponente: Don José Manuel Maza Martín.

Voz: Inmigración ilegal para explotación sexual: presunción de inocencia.

Resumen: Se declara no haber lugar a la admisión del recurso formalizado por los recurrentes. La declaración de los dos testigos, y a las que se les atribuye plena credibilidad, manifestaron que los acusados las propusieron venir a España para ejercer la prostitución y que una vez en territorio español, y so pretexto de pagar la deuda resultante del viaje más el mantenimiento, se hacían con los beneficios de la actividad que aquéllas ejercían.

“La simple lectura de la narración fáctica de la sentencia permite apreciar cuál es la conducta incriminada a la acusada, que no es otra que, mediante acuerdo con los corecurrentes R. y de J. y de una tercera persona no recurrente, reclutar mujeres en Brasil para que acudiese a España para ejercer la prostitución, y, una vez en territorio español, coaccionarlas para el ejercicio de la prostitución imponiéndoles multas en caso de que excediesen

del tiempo señalado para un servicio sexual o, en el caso de que se negasen a trabajar incluso por cuestiones de salud. Asimismo, en los hechos probados se declara como la acusada en concierto con los restantes recurrentes, explotaban a las trabajadoras aprovechándose de los servicios sexuales que éstas prestaban para satisfacción de la pretendida deuda resultante de venir a España y del mantenimiento a razón de 30 euros diarios en el local en el que se encontraban, hasta el punto de que por un concepto o por otro, las trabajadoras no contaban con otros ingresos que los procedentes de las propinas de los clientes.

Los hechos descritos se corresponde con la conducta descrita en el artículo 318 bis 1.º y 2.º del Código Penal.

(...).

A) Los recurrentes alegan que las ciudadanas extranjeras entraron por la frontera con pasaporte en regla y que gozaban de libertad de deambulación, sin que fuesen objeto en ningún momento de explotación sexual por parte de R. y de J.

B) El motivo es réplica del formulado por V. Con independencia de que las ciudadanas extranjeras ciertamente sabían que venían a España a ejercer la prostitución, los hechos probados acreditan que su entrada en España era irregular, y que, precisamente, los acusados se aprovechaban de esa situación para hacerse con los beneficios procedentes del ejercicio de la prostitución por las testigos. Como se ha dicho anteriormente, el artículo 318 bis 1.º y 2.º no se refiere a la entrada de extranjeros en España mediante engaño, sino la entrada irregular en España para su explotación, como ocurre en el presente caso.

Procede, por todo ello, la inadmisión del presente motivo de conformidad a lo que determina el artículo 884.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

Homologación de títulos

Tribunal: Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz.

Fecha: 6 de abril de 2006.

Ponente: Don Juan Saavedra Ruiz.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: inmigración clandestina.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso formalizado por el recurrente. El acusado tenía pleno conocimiento de la presencia de un inmigrante ilegal en el maletero de su automóvil.

“La cuestión nuclear del debate procesal se ceñía a determinar si el acusado tenía conocimiento de que en el maletero de su vehículo se encontraba una persona, concretamente un inmigrante, y que su destino era pasarlo en el transbordador que iba desde la ciudad de Ceuta hasta Algeciras para su introducción ilegal en la Península.

El Tribunal de instancia tomó en consideración la declaración del agente de la Guardia Civil de número profesional (...). Sin embargo, son fundamentalmente la propia declaración del acusado y la del inmigrante ilegal las que constituyen esencialmente los pilares del pronunciamiento condenatorio de la Audiencia Provincial.

El Tribunal observa que el vehículo propiedad del acusado tenía el cierre centralizado y en ninguna de las cerraduras del vehículo se apreciaba, pericialmente, manipulación o deterioro. Además, el Tribunal subraya como un hecho llamativo e indicativo el absurdo de la declaración del acusado de que una tercera persona, a la que no conoce de nada se introduzca en un vehículo sin ayuda exterior, a escondidas del conductor y propietario, y además ignorante de a dónde se dirige realmente el vehículo, pues ni siquiera el inmigrante se introduce en la Estación Marítima, sino en los alrededores de la Mezquita de Benzú, muy alejada del Puerto.

Asimismo, el Tribunal valoró la declaración del emigrante ilegal, de signo exculpatario para el acusado, pero a la que no otorgó credibilidad alguna.

Conforme a la valoración de las declaraciones citadas, por un mecanismo de razonamiento que es respetuoso con las reglas de la lógica, con las máximas de la experiencia humana y con los conocimientos científicos y técnicos, la Audiencia Provincial concluye que el acusado tenía pleno conocimiento de la presencia de un emigrante ilegal en el maletero de su automóvil.

Ha existido, por lo tanto, prueba de cargo bastante.”

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 28 de marzo de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 800/2004.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Homologación de título extranjero cursado parcialmente en centros ubicados en España.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por don G. No puede ser rechazada una petición de homologación de un título oficial expedido por una Universidad de un país europeo que está facultada para ello, por el simple hecho de que todos o parte de los estudios han sido cursados en un centro radicado en España y con el que la aludida Universidad tiene un acuerdo.

“1.º) El recurrente cursó sus estudios en la Escuela Cesine de Santander (Cantabria), centro autorizado por la Universidad de Gales para impartir en España, conforme a su sistema educativo, enseñanzas conducentes a la obtención de títulos universitarios y, entre ellos, los estudios del título de Licenciado en Informática.

2.º) El hecho de que el centro donde cursó sus estudios el recurrente no se encontrara debidamente

Homologación de títulos

te reconocidos o autorizados por las autoridades competentes españolas carece de relevancia a los efectos de la homologación solicitada, siendo procedente, en todo caso, la aplicación del Real Decreto 86/1987, por el que se regulan las condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior.

(...).

Y en el presente recurso no se plantea otra cuestión, que determinarse si se ajusta a la legalidad la resolución de la Ministra de Educación, Cultura y Deporte de fecha 21 de mayo de 2004, en cuanto no accede a la homologación del título «Bachelor of Science in Computer System and Busines Applications», obtenido por el recurrente en la Universidad de Gales (Reino Unido), al título español de Licenciado en Informática (actualmente Ingeniero en Informática), porque el centro donde el recurrente cursó sus estudios, la Escuela Cesine de Santander (Cantabria), carecía entonces de autorización oficial para impartir enseñanzas conducentes a la expedición de un título universitario extranjero.

(...).

Por ello la resolución impugnada no se ajusta al ordenamiento jurídico, en cuanto rechaza la homologación, directamente, por la falta de autorización del centro español donde el recurrente cursó sus estudios, ya que, siendo oficial el título del interesado y con plena validez en el país en que se expidió, la Administración no puede cuestionar tal carácter, cuya definición no le corresponde, como ha quedado expuesto, sino que ha de tramitar el procedimiento establecido en el Real Decreto 86/1987 y en sus normas de desarrollo, y resolver en consecuencia, previos los informes técnicos que en esas normas se establecen, y atendiendo al resultado del juicio de equivalencia sobre el alcance de la formación recibida en relación con la exigida para la obtención del título español correspondiente, normativa a la que remite el artículo 19 del Real Decreto 557/1991,

aún en el caso en se haya obtenido la autorización prevista en ese precepto, de manera que dicha autorización afecta a las condiciones de funcionamiento del centro en España, con las consecuencias que el ordenamiento interno le atribuye, pero es ajena a las previsiones normativas del país de origen a la que responde la expedición de sus títulos oficiales, salvo que dicha normativa extranjera remitiera a la española en tal aspecto y, aún así, el control de su cumplimiento a efectos de expedición del título correspondería a las autoridades de dicho país, por lo que, al no entenderlo así la resolución impugnada, procede su revocación.

(...) la interpretación que se hace del Real Decreto 86/1987 en las reiteradas sentencias de esta Sala y Sección en recursos idénticos al presente, son más acordes con el criterio del Tribunal de Luxemburgo, al entender que dicha norma reglamentaria exige la realización de un juicio de equivalencia entre los estudios, sin que pueda ser rechazada una petición de homologación de un título oficial expedido por una Universidad de un país europeo que está facultada para ello, por el simple hecho de que todos o parte de los estudios han sido cursados en un centro radicado en España y con el que la aludida universidad tiene un acuerdo para, tras haber cursado los estudios correspondientes, facilitar el título oficial a quien los haya superado; así el criterio que aquí se propugna, sobre la repetida base normativa del Real Decreto 86/1987, no exige el planteamiento de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 234 del tratado comunitario, sin perjuicio de la decisión que pueda tomarse ante un eventual recurso contra decisiones administrativas similares a la aquí impugnada, adoptadas ya bajo la vigencia de la LO 6/2001 y del Real Decreto que la desarrolla, en las que además, cabe imaginar la existencia de situaciones desiguales dentro del propio territorio español en relación con los títulos expedidos por los mismos centros de enseñanza, que imparten los mismos estudios, pero que están situados en diferentes Comunidades Autónomas, algunas de las cuales hayan concedido la autorización prevista

en el artículo 86 de la Ley de Universidades y otras no.”

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 24 de marzo de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 742/2004.

Ponente: Don Eduardo Menéndez Rexach.

Voz: Concesión de nacionalidad española: arraigo.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por doña M.^a A. Queda acreditado un fuerte arraigo a la vida y costumbres españolas.

“La recurrente, de nacionalidad marroquí, solicita que se declare la nulidad de la resolución y se reconozca su derecho a la concesión de la nacionalidad española.

En defensa de sus pretensiones, y con invocación de los artículos 21 y 22 del Código civil (Cc), alega que presentó su solicitud el 30 de octubre de 2001 en el Registro civil de Segovia; el expediente fue informado favorablemente por el Fiscal y por el Encargado y de las dos audiencias celebradas ante éste no se deduce que tuviera problemas o limitaciones para comunicarse en español ni tampoco la resolución justifica por qué observa un fuerte arraigo en las costumbres de su país, sino que del expediente se deduce el arraigo a la vida y costumbres españolas.

(...) en la segunda audiencia que tuvo lugar el 3 de junio de 2003, el mismo Encargado confirmó claramente su opinión al respecto al afirmar «que (la solicitante) lleva residiendo en España desde hace más de trece años con su esposo C.J., de nacionalidad española y que tiene hijos de nacionalidad

española, casados con españoles, con nietos españoles, por su edad de 75 años. Entiende el idioma español, aunque pudiera tener alguna dificultad al hablarlo»; esta audiencia ante el Encargado, prevista en el párrafo último del artículo 221 del Reglamento del Registro Civil, adquiere una especial relevancia ya que expresa el juicio que se forma el Juez del Registro civil mediante apreciación directa y personal, relevancia que viene confirmada por la propia actuación de la Administración que, ante un informe que cuestiona el conocimiento del idioma por parte del Promotor del expediente, interesa una segunda audiencia.

(...).

Esta posibilidad de comunicarse en español existe en lo que respecta a la recurrente, como apreció directamente el Encargado en dos ocasiones distantes en el tiempo, lo que unido a otros factores, señaladamente a la nacionalidad española del resto de los componentes de la familia, lleva a considerar que se ha cumplido el requisito exigido por el citado artículo 22.4 del Cc, que exige un grado de integración suficiente, no perfecto o absoluto y al no apreciarlo así la resolución impugnada, procede revocarla.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 4 de abril de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 196/2004.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Denegación de nacionalidad por residencia. Convivencia entre cónyuges.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por doña C. No resulta aplicable el plazo abreviado de residencia de un año, por matrimonio con español, al resultar acreditada la falta de convivencia efectiva entre los cónyuges.

“En este caso el problema se centra en determinar el período de residencia que resulta aplicable a la recurrente, pues frente a la pretensión de la recurrente de que éste sea el especial de un año por estar

Nacionalidad

casada con español y no estar separada legalmente o de hecho en el año anterior a la solicitud [artículo 22.2.d) del CC], la Administración niega que la recurrente conviviese en el año anterior a su solicitud con su esposo por lo que se encuentra separada de hecho y no resultaría aplicable el plazo reducido de residencia de un año sino el general de diez años, plazo que no cumple pues inició su residencia legal en España el 13 de octubre de 1999, de modo que no tendría el tiempo de residencia legalmente exigido en el momento de presentar su solicitud (el 20 de noviembre de 2000).

Pues bien, centrada en estos términos la polémica hemos de partir de que consta en las actuaciones que la recurrente contrajo matrimonio con español el 26 de julio de 1997 y no consta que se haya producido una separación legal. Ahora bien, en el expediente administrativo obran dos informes policiales en los que se afirma la falta de convivencia efectiva entre los cónyuges, así: la Dirección General de la Policía, en su informe de 19 de octubre de 2001, afirma que «Desde hace unos dos años, no existe convivencia»; posteriormente se solicitó de la Policía Local de Fuenlabrada, un informe tendente a acreditar la convivencia efectiva de los cónyuges que permitiese confirmar dicha información y así obra un segundo informe, de fecha 6 de noviembre de 2003, en el que se afirma que «según informan los vecinos que hace al menos año y medio que en el domicilio de referencia solamente residen personas de color, si bien hace el mismo año y medio aproximadamente vieron de forma esporádica un joven de raza blanca, al cual ya no han vuelto a ver por el lugar».

Frente a ello la recurrente, pese a conocer el contenido de tales informes no ha demostrado por medio de prueba alguno, lo cual estaba a su alcance, la convivencia efectiva del matrimonio durante ese tiempo. Es más pretende basar esta convivencia en la carta de su esposo mostrando su conformidad a su solicitud de nacionalidad, pero lo cierto es que del contenido de dicha carta lejos de confirmar la existencia de una

convivencia efectiva en el año anterior a la solicitud se desprende lo contrario, pues en ella se afirma «que existe reconciliación a la fecha y convivencia». Es por ello que parece deducirse que efectivamente el matrimonio estuvo separado de hecho durante un tiempo y solo tras la reconciliación se ha retomado la convivencia, lo cual confirma los informes policiales obrantes en el expediente.

Es por ello que ha de considerarse acreditado que no existía convivencia efectiva entre los cónyuges en el año anterior a su solicitud, la pareja estuvo separada de hecho, por lo que no se cumplía con la exigencia contenida en el artículo 22.2.d) del CC para poder disfrutar del tiempo de residencia de un año, quedando, por tanto, la recurrente sometida al periodo general de residencia de diez años para obtener la nacionalidad española, periodo que tampoco concurre en el caso que nos ocupa al constar en el expediente que su residencia legal en España se inició el 13 de octubre de 1999 y la solicitud de nacionalidad por residencia se presentó ante la Administración el 21 de noviembre de 2000.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 6 de abril de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 94/2005.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Concesión de nacionalidad española: grado de integración en la sociedad española.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la parte actora al estar perfectamente integrada en la sociedad española como consecuencia de llevar seis años viviendo en España; además la demandante ha demostrado su arraigo laboral en España, así como su arraigo familiar, al estar casada con un español y tener un hijo.

“La demandante –de nacionalidad filipina– solicitó la concesión de la nacionalidad española el 4 de marzo de 2002. El 24 de octubre de 1996 solicitó el primer permiso de trabajo y residencia, que le fue

Nacionalidad

concedido el 8 de julio de 1997 y con validez hasta el 26 de agosto de 1997, sucediéndose con posterioridad otros permisos de trabajo y residencia (el último permiso que consta concedido vencía el 26 de agosto de 2004). En un informe del 19 de agosto de 2003 de la Dirección General de la Policía se hace constar que la interesada tiene arraigo en España y habla el español. En otro informe de 16 de enero de 2002 consta de alta en el régimen especial de empleados de hogar de la Seguridad Social durante 897 días, y a fecha de 14 de julio de 2004 tenía acreditados 1.085 días de alta en la Seguridad Social. El 16 de diciembre de 1999 tuvo un hijo con un ciudadano español, con el que contrajo matrimonio el 10 de enero de 2003. Es de notar, finalmente, que en el acta de la comparecencia ante el Juez Encargado del Registro Civil de fecha 18 de junio de 2002 se refleja lo siguiente: «entiende y habla español con alguna dificultad; está perfectamente integrada en la sociedad española como consecuencia de llevar viviendo seis años en España».

(...).

En el caso que ahora nos ocupa la demandante ha demostrado su arraigo laboral en España, siendo así que su arraigo familiar es evidente al estar casada con español y tener un hijo. En el acta de la comparecencia ante el Juez Encargado de 18 de junio de 2002 se hace constar que «entiende y habla español con alguna dificultad», si bien se añade que «está perfectamente integrado en la sociedad española como consecuencia de llevar viviendo seis años en España», debiendo en este punto recordarse que en el informe de la Dirección Policía de 19 de agosto de 2003 se dice que habla español, sin más matices. Por otra parte, el conocimiento de la lengua española forma parte del grado de adaptación a la cultura española, que, a su vez, es un componente del requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española que la interesada debe justificar, si bien aquel conocimiento idiomático es un dato que debe ser valorado en su justa medida y no puede erigirse por sí solo en un impedimento insal-

vable en el caso de la demandante para adquirir la nacionalidad española si atendemos al conjunto de sus circunstancias que han quedado expuestas, que demuestran el suficiente grado de integración en la sociedad española necesario para la adquisición de la nacionalidad, de donde que proceda la estimación del presente recurso.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 7 de abril de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 618/2004.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Nacionalidad: buena conducta cívica.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. Aunque concurre algún elemento negativo en la conducta del recurrente, su lejanía en el tiempo respecto de la solicitud de nacionalidad y la concurrencia de otros elementos positivos, justifican su buena conducta cívica a los efectos del reconocimiento de la nacionalidad española.

“A lo largo de su residencia en España, el recurrente ha trabajado en diferentes empresas, habiendo cotizado a la seguridad social, a fecha 2 de enero de 2002, durante 3.407 días acreditados, y a fecha 3 de septiembre de 2004, durante 4.552 días acreditados, trabajando durante al menos 170 días en dos o más empresas, lo que da idea de la continuidad e intensidad de la vida laboral del recurrente en España (véanse las dos certificaciones de vida laboral del recurrente obrantes, la primera, en el expediente administrativo, y la segunda, adjunta a la demanda). Además, el recurrente ha llevado a cabo cursos para mejorar su trayectoria profesional con excelentes resultados (véase documentación acompañada a la demanda).

En cuanto a su vida personal, el recurrente se encuentra casado con una ciudadana nigeriana y tiene dos hijos, uno de ellos de nacionalidad española; la familia habita en una vivienda de su propiedad en Madrid, y cuenta con otro inmueble también de su

Nacionalidad

propiedad en la capital, encontrándose al corriente en el pago de las cargas fiscales que afectan a ambas propiedades (véase documentación acompañada con la demanda).

Además, según los compañeros de trabajo y amigos del recurrente, mantiene buena conducta, y según sus vecinos, no tiene problema con el pago de los gastos de la comunidad y sus relaciones de vecindad son buenas (véase testifical practicada en las actuaciones judiciales).

Frente a las circunstancias descritas, determinantes de la integración y buena conducta cívica del recurrente durante su permanencia en España, el único dato negativo de su conducta es la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 7 de Madrid con fecha 22 de noviembre de 1993, que le condenó como autor penalmente responsable de un delito de resistencia a los agentes de la autoridad y tres faltas de lesiones, a la pena de un mes y un día de arresto mayor, accesorias, y multa de 100.000 pesetas, con arresto sustitutorio de dieciséis días en caso de impago, por el delito, y a la pena de cinco días de arresto menor, por cada una de las tres faltas.

(...).

Obviamente, no puede considerarse que los referidos hechos sean determinante de buena conducta cívica, pero no debe desconocerse que los mismos se encuentran considerablemente alejados en el tiempo de la petición de nacionalidad, y que, salvo el referido incidente, el recurrente ha mantenido buena conducta durante el resto de su residencia en España, por lo que consideramos que ha cumplido con el presupuesto de la buena conducta cívica a los efectos del reconocimiento de la nacionalidad española.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 7 de abril de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 240/2004.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Nacionalidad: divorciada de español.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente. Cuando ésta solicitó la nacionalidad española se encontraba divorciada del ciudadano español con el que había contraído matrimonio, por lo que no estaba en situación de residencia legal, ya que había desaparecido el presupuesto que condicionaba la validez de su tarjeta de familiar de residente comunitario.

“Consecuentemente, cuando la recurrente solicitó la nacionalidad española había desaparecido el presupuesto que determinaba la vigencia de su Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario, el matrimonio con ciudadano español, y como quiera que el artículo 7.1 del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas, aplicable al supuesto que enjuiciamos, condicionaba la vigencia de las tarjetas y su renovación al hecho de que su titular continuara encontrándose en alguno de los supuestos que daban derecho a su obtención, cuando solicitó la nacionalidad la recurrente no se encontraba en situación de residencia legal en España.

Es más, de las propias declaraciones del ex marido de la recurrente, puede concluirse que cuando la misma solicitó la expedición de la Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario, el día 18 de febrero de 1998, ya se encontraba divorciada en Colombia y, en cualquier caso, separada de hecho de su marido, por lo que tampoco entonces concurría el presupuesto necesario para la concesión de la Tarjeta.

(...) como quiera que la recurrente obtuvo su Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario por el matrimonio con ciudadano español, desde la fecha de la sentencia de divorcio, incluso antes, desde la fecha de la separación de hecho de su marido, la Tarjeta debía reputarse no válida, no encontrándose la recurrente desde entonces, ni cuando solicitó la nacionalidad, en situación de residencia legal en

Nacionalidad

España, como se concluye en la resolución administrativa recurrida.

Debe advertirse, finalmente, que una cosa es que la recurrente pudiera tener derecho a obtener permiso de residencia por su situación familiar, o que por dicha situación no necesite permiso de trabajo, y otra bien distinta que pueda considerarse residente legal en España, al amparo de la Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario, después de haberse separado y divorciado de su marido.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 12 de abril de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 154/2005.

Ponente: Don Francisco Díez Fraile.

Voz: Concesión de nacionalidad española: buena conducta cívica.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente, quien ha demostrado su arraigo laboral y social, así como el cumplimiento de sus deberes como contribuyente y su participación en actividades cívico-sociales, de lo que se deduce una buena conducta cívica sin que la denuncia de su esposa por malos tratos pueda empañar esa imagen.

“En el caso que ahora nos ocupa, la parte actora, natural de Perú, solicitó la nacionalidad española el 10 de septiembre de 2002, siendo así que de lo actuado aparece que la misma solicitó el primer permiso de trabajo y residencia el 23 de abril de 1999, que le fue concedido el 31 de enero de 2000, con validez hasta el 30 de enero de 2001, siéndole concedido un segundo permiso el 11 de septiembre de 2001, cuya validez vencía el 10 de septiembre de 2004. Desde su fecha de alta en la Seguridad Social en 23 de noviembre de 1999 ha trabajado regularmente, debiendo notarse que desde el mes de julio de 2002 tiene un contrato de trabajo indefinido. En el acta de 10 de septiembre de 2002 correspondiente a la audiencia ante el Juez Encargado del Registro Civil prevista en el artículo 221 del Reglamento del Registro Civil se hace constar que «no existe obje-

ción alguna, desde el punto de vista de la exigencia reglamentaria mencionada, para que el peticionario pueda adquirir la nacionalidad española».

En el mismo día 10 de septiembre de 2002 el Juez Encargado oye a la esposa, que manifiesta su conformidad a la petición formulada por su marido y añade que «su matrimonio es constante».

(...).

Pues bien, examinado cuanto hemos referido a la luz de la normativa y de la jurisprudencia de aplicación al supuesto enjuiciado, podemos ya anticipar la suerte estimatoria del recurso. En efecto, no basta para el éxito de la pretensión actora con la cancelación de los antecedentes penales o policiales, pues, como vimos más arriba, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta es conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles según el estándar medio a que alude la doctrina del Tribunal Supremo. Así, en línea con esto último hemos de recordar en este punto que el Juez Encargado del Registro Civil no apreció objeción alguna para la adquisición de la nacionalidad española por el interesado, que, por otra parte, ha demostrado su arraigo laboral y social, así como el cumplimiento de sus deberes como contribuyente y su participación en actividades cívico-sociales, de tal modo que es de entender que todo ello es bastante para hablar de la buena conducta cívica del recurrente, sin que la denuncia de su esposa el 28 de junio de 2001 por malos tratos empañe esa imagen de buena conducta cívica que se desprende de todo lo anterior dado que los hechos denunciados no se vieron confirmados en las actuaciones posteriores, y ello hasta el punto de que en el acto del juicio no se formuló acusación y el Ministerio Fiscal solicitó la absolución del denunciado, que fue absuelto libremente en la sentencia de fecha 24 de abril de 2002, por lo que en tales circunstancias procede la

Nacionalidad

estimación del presente recurso al haber quedado desvirtuado el fundamento de la resolución puesta en tela de juicio.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 20 de abril de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 659/2004.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Nacionalidad por residencia.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. Para el actor, España constituye, sobre la base de la residencia permanente mantenida en nuestro territorio, el centro de sus relaciones familiares, sociales y económicas.

“La Administración ha denegado al recurrente la concesión de la nacionalidad española al considerar que la residencia legal en España durante más de un año no ha sido efectiva, circunstancia que es discutida en la demanda. El artículo 22.3 del Código Civil, establece la residencia debe ser «legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición».

(...).

En el caso concreto de autos el recurrente, marroquí, que solicitó la nacionalidad por residencia el 19 de noviembre de 1998, goza de residencia legal con TFRC desde el 18 de diciembre de 1995, está empadronado en Ceuta, siendo de reseñar que la afirmación que efectúa la Administración para denegar la nacionalidad se apoya en informes, todos ellos policiales, contradictorios.

Este informe venía a cuestionar su integración en la sociedad española por ser sus conocimientos del idioma escasos y por tener sus intereses económicos fuera de nuestro país, extremos estos que en ningún caso han sido esgrimidos por la Administración para proceder a la denegación. Por otro lado, de forma inmediata en el tiempo a la solicitud, el Secretario de la Ciudad Autónoma de

Ceuta, certifica el 15 de julio de 1998 que, sobre la base de informes de la Policía Local, el recurrente estaba domiciliado en la calle antedicha y que allí convivía con su mujer y tres hijos, hecho corroborado por la DGP a fecha 19 de febrero de 1998.

Por tanto, en el año inmediatamente anterior a la solicitud, la residencia del recurrente era legal y no hay base alguna para dudar de la efectividad de la misma en ese plazo temporal ya que el actor nunca ha negado la tenencia de un negocio en Tetuán (Marruecos) negocio que dice que gestionaba por intermedio de un empleado en el lugar y que abandonó sobre el año 2000. Además, los informes negativos de la policía datados temporalmente en el año 2003 se efectúan en relación a un domicilio que ha cambiado, ya que en 2003 el recurrente aparece empadronado en la Calle Agrupación Fuerte n.º 65 de Ceuta. Consta igualmente declaraciones por IRPF 2001 y 2002 y su alta en el INEM en demanda de empleo desde 2003.

Por ello nada de lo actuado permite afirmar la no efectividad de la residencia. Por tanto ha de concluirse que para el actor, España constituye, sobre la base de la permanencia mantenida en nuestro territorio, el centro de sus relaciones familiares, sociales y económicas.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 20 de abril de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1097/2003.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Nacionalidad por residencia: razones de orden público o interés nacional.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. El Abogado del Estado alegó razones de orden público o interés nacional sobre la base de que en el expediente administrativo hay constancia de la existencia de un informe reservado. Por tanto, en la medida que la contestación a la demanda no hace alusión a ello, el recurrente reúne los re-

Régimen comunitario

quisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada.

“En el presente caso, según se desprende del expediente, la Administración no resolvió el expediente de forma expresa y el Abogado del Estado al contestar a la demanda únicamente se opone alegando razones de orden público e interés nacional sobre la base de que en el expediente administrativo hay constancia de la existencia de un informe de carácter reservado acogido a la Ley de Secretos Oficiales. Por tanto, en la medida que la contestación a la demanda no hace cuestión de ello, hay que partir de la premisa de que el recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada.

Con relación al caso de autos, se trata de examinar si tal denegación resulta justificada, a cuyo efecto debe significarse que la posibilidad de denegación de la nacionalidad por razones de orden público o interés nacional exige, como expresamente señala el artículo 21.2 del Código Civil, que la misma esté fundada en «motivos razonados», lo que supone, como señala la citada sentencia del TS de 24 de abril de 1999, que la Administración ha de expresar los hechos en los que se basa la denegación a fin de que la jurisdicción pueda comprobar si efectivamente aquéllos afectan al orden público o interés nacional, sin que puedan invocarse tales razones en abstracto sino que han de expresarse los datos, circunstancias o hechos que atenten al orden público o interés nacional. En consecuencia, en el caso sometido a examen, no puede entenderse cumplida tal obligación de la Administración por la simple referencia a la existencia de un informe reservado del CSID de fecha 22 de febrero de 2001, sin ninguna concreción fáctica, ni siquiera mediante expresión de cuál o cuáles hechos atentatorios o que afecten al orden público o interés nacional se imputan al recurrente, y más bien al contrario, las actuaciones y elementos probatorios del expediente no permiten apreciar indicios en tal sentido.

(...).

Por todo ello, excluida la única causa de denegación invocada por la Administración al contestarse a la demanda y sin que se reflejen del expediente el no cumplimiento de cualesquiera otros de los requisitos marcados normativamente, procede estimar el recurso y, anulando la resolución impugnada por ser contraria al ordenamiento jurídico, declarar el derecho del recurrente al reconocimiento de la nacionalidad española solicitada.”

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Fecha: 27 de junio de 2006.

Cuestión Prejudicial: C-540/03.

Ponente: Don A. Rosas.

Voz: Derecho a la reagrupación familiar de los hijos menores de nacionales de terceros países.

Resumen: Política de inmigración: derecho a la reagrupación familiar de los hijos menores de nacionales de terceros países. Directiva 2003/86/CE. Protección de los derechos fundamentales. Derecho al respeto de la vida familiar. Obligación de tener en cuenta el interés del menor.

“La Directiva, basada en el Tratado CE y, en particular, en su artículo 63, párrafo primero, punto 3, letra a), fija los requisitos para ejercer el derecho a la reagrupación familiar conferido a los nacionales de países terceros que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros.

(...).

La disposición impugnada no viola el derecho al respeto de la vida familiar contenido en el artículo 8 del CEDH tal como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, el artículo 4, apar-

Régimen comunitario

tado 6, de la Directiva faculta a los Estados miembros a reservar la aplicación de los requisitos de la reagrupación familiar previstos por la Directiva a las solicitudes presentadas antes de que los hijos alcancen la edad de 15 años. Sin embargo, no puede interpretarse esta disposición en el sentido de que prohíbe a los Estados miembros tener en cuenta una solicitud relativa a un hijo mayor de 15 años o les autorice a no hacerlo.

A este respecto carece de relevancia que la última frase de la disposición impugnada disponga que los Estados miembros que decidan hacer uso de la excepción autoricen la entrada de los hijos para los que se solicite después de que hayan cumplido 15 años «por motivos distintos de la reagrupación familiar». En efecto, en el contexto de la Directiva la expresión «reagrupación familiar» debe interpretarse en el sentido de que se refiere a la reagrupación familiar en los supuestos en que la Directiva obliga a permitirla. No puede ser interpretada en el sentido de que prohíbe a un Estado miembro que ha aplicado la excepción autorizar la entrada y la residencia de un hijo para permitirle reunirse con sus padres.

Además, el artículo 4, apartado 6, de la Directiva debe interpretarse a la luz de los principios que figuran en los artículos 5, apartado 5, de la misma Directiva, que obliga a los Estados miembros a tener debidamente en cuenta el interés mejor del menor, y 17 de dicha Directiva, que les obliga a tener en cuenta un conjunto de elementos, entre los que figuran los vínculos familiares de la persona.

De ello se desprende que, aunque el artículo 4, apartado 6, de la Directiva tenga por efecto autorizar a un Estado miembro a negarse a que las solicitudes presentadas por hijos menores de edad que ya hayan cumplido los 15 años se sometan a los requisitos generales del artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el Estado miembro sigue obligado a examinar la solicitud en interés del menor y procurando favorecer la vida familiar.

Por el motivo expuesto en el apartado 74 de la presente sentencia, la edad de 15 años no constituye un criterio contrario al principio de no discriminación por razón de la edad. Asimismo, por el motivo expuesto en el apartado 72 de esa sentencia, la cláusula de standstill, tal como está formulada, no infringe ninguna norma jurídica de rango superior.

Del conjunto de estos elementos se desprende que no cabe considerar que el artículo 4, apartado 6, de la Directiva menoscabe el derecho fundamental al respeto de la vida familiar, la obligación de tener en cuenta el interés mejor del menor o el principio de no discriminación por razón de la edad, ni como tal, ni por autorizar expresa o tácitamente a los Estados miembros a obrar en ese sentido.

(...).

Al igual que las demás disposiciones impugnadas en este asunto, el artículo 8 de la Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer excepciones a las normas de reagrupación familiar establecidas por ella. El párrafo primero del citado artículo 8 autoriza a los Estados miembros a exigir un período de residencia legal de dos años o más antes de que el reagrupante pueda reunir a su familia con él. El párrafo segundo de este artículo permite a los Estados miembros cuya legislación tenga en cuenta su capacidad de acogida establecer un período de espera de tres años como máximo entre la solicitud de reagrupación y la expedición del permiso de residencia a los miembros de la familia.

Por tanto, esta disposición no impide toda reagrupación familiar, sino que mantiene a favor de los Estados miembros un margen de apreciación limitado al permitirles cerciorarse de que la reagrupación familiar se producirá en buenas condiciones, después de que el reagrupante haya residido en el Estado de acogida durante un período suficientemente prolongado para presumir una instalación estable y cierto grado de integración. Por consiguiente, el hecho de que un Estado miembro tenga en cuenta estos elementos y la facultad de diferir la reagrupación familiar en dos o tres años, según

Constitucional

el caso, no menoscaba el derecho al respeto de la vida familiar contemplado, en particular, en el artículo 8 del CEDH tal como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(...).

Por consiguiente, no puede considerarse que el artículo 8 de la Directiva menoscabe el derecho fundamental al respeto de la vida familiar o la obligación de tener en cuenta el interés mejor del menor, ni como tal ni por autorizar expresa o tácitamente a los Estados miembros a obrar en ese sentido.

(...).

Por lo que se refiere a los Estados miembros vinculados por estos instrumentos, procede recordar, además, que, en su artículo 3, apartado 4, la Directiva establece que se entenderá sin perjuicio de las disposiciones más favorables de la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, la Carta Social Europea modificada, de 3 de mayo de 1987, y el Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, de 24 de noviembre de 1977, y de los acuerdos bilaterales y multilaterales entre la Comunidad o la Comunidad y sus Estados miembros, por una parte, y terceros países, por otra.

Habida cuenta de la falta de fundamento del recurso, no procede examinar si las disposiciones impugnadas pueden separarse del resto de la Directiva.

Por consiguiente, procede desestimar el recurso.”

CONSTITUCIONAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda.

Fecha: 8 de mayo de 2006.

Recurso de Amparo: 2090/2004.

Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez.

Voz: Expulsión: vulneración a la tutela judicial efectiva.

Resumen: Se otorga el amparo al recurrente. Expulsión de un extranjero del territorio nacional en sustitución de una pena privativa de libertad, en avanzado grado de ejecución, que modifica el fallo.

“Se recurre en esta vía de amparo el Auto de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de febrero de 2004, que desestimó el recurso de súplica interpuesto contra el Auto de 19 de noviembre de 2003 del mismo Tribunal en el que se acordó la sustitución por la expulsión del territorio nacional de la pena privativa de libertad por tres años impuesta en la Sentencia del indicado órgano judicial de 4 de marzo de 1999 por la comisión de un delito contra la salud pública.

El solicitante de amparo invoca el artículo 24.1 de la CE, aludiendo a la necesidad de que las Sentencias se ejecuten en sus propios términos y al principio de legalidad y señalando que no es posible la sustitución de una pena ya cumplida fuera de los cauces de la sentencia condenatoria, pues el artículo 89.1 del Código penal (CP) exige que tal medida se prevea en la propia Sentencia, lo que no se ha producido en el caso; de otro lado arguye que el Auto desestimatorio del recurso de súplica está falto de motivación; y, finalmente, hace una vaga referencia al principio *non bis in idem*, señalando que, estando la pena de reclusión impuesta por la sentencia en avanzada fase de ejecución, no cabe ahora decretar su expulsión.

(...).

En el caso que aquí se examina, como se ha expuesto más detenidamente en los antecedentes, el demandante fue condenado a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, cuatro mil pesetas de multa, con respon-

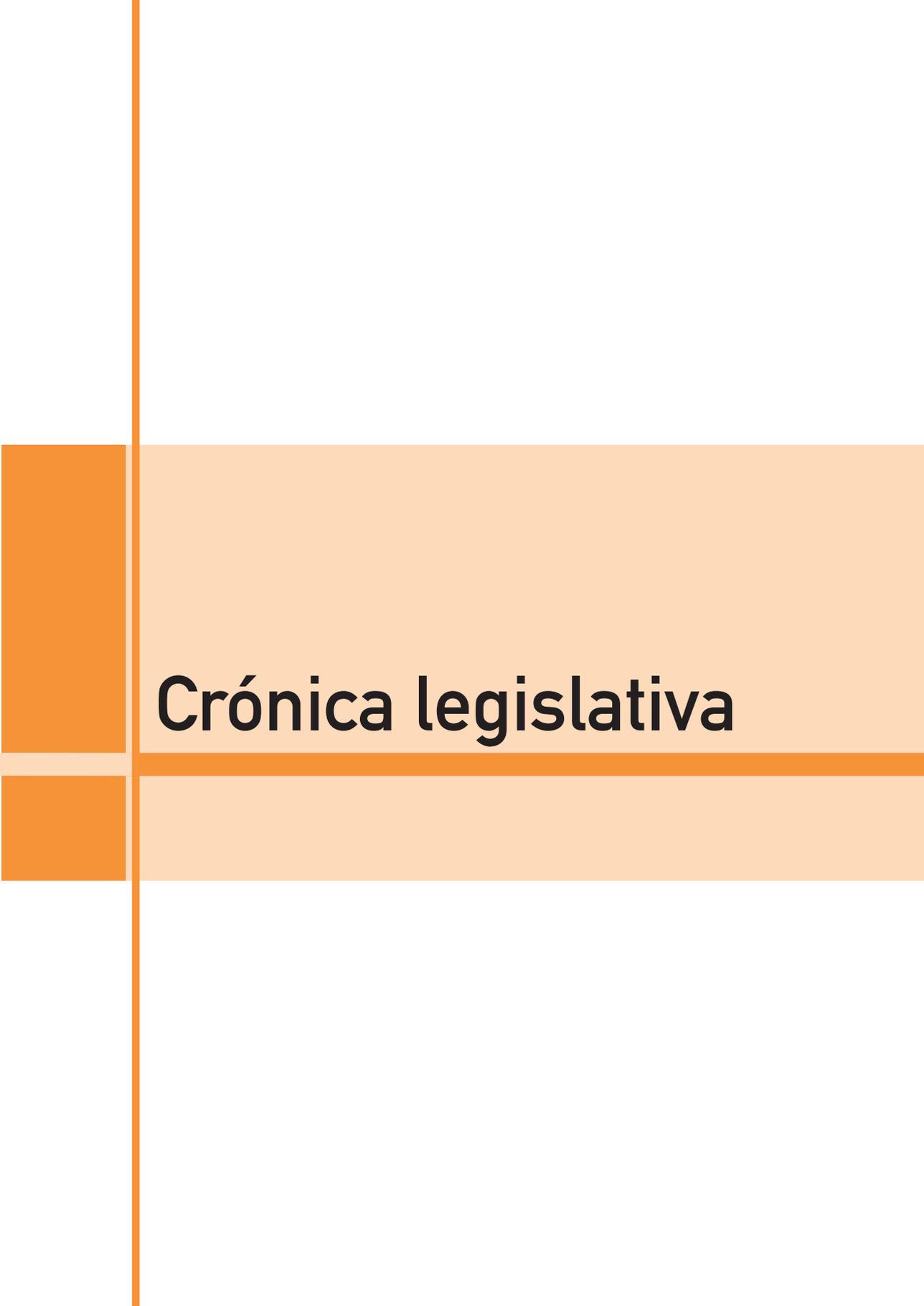
Constitucional

sabilidad personal en caso de impago de dos días, así como al abono de las costas procesales, comenzando el 28 de junio de 2001 a cumplir la pena privativa de libertad, que debía quedar extinguida el día 21 de junio de 2004.

Estando la sentencia en avanzada fase de ejecución, ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que dio una nueva redacción al artículo 89.1 del CP, y tras seguir los trámites oportunos, la Audiencia Provincial dictó Auto el 19 de noviembre de 2003 acordando la sustitución de la pena originaria por la de expulsión del territorio español, decisión que fundamentó, de un lado, en la consideración de que se cumplían los requisitos establecidos en el nuevo texto del citado artículo 89.1 del CP, pues el penado es una persona extranjera no residente legalmente en España castigado a pena privativa de libertad inferior a seis años; y, de otro lado, en la apreciación de que la norma contemplada, aun siendo posterior a los hechos objeto de la causa, es aplicable a los mismos por cuanto la anterior redacción del precepto reformado preveía también, aun cuando de forma facultativa para el Juez, aquella sustitución. Frente a esta resolución el demandante interpuso el correspondiente recurso de súplica, que fue desestimado por mantenerse las circunstancias que determinaron el acuerdo de expulsión, es decir, los requisitos establecidos en el artículo 89 del CP.

Pues bien, se aprecia claramente que el órgano judicial ha incumplido la regla de razonabilidad antes reseñada, puesto que el modo de ejecución que se pretende a través de las resoluciones recurridas y que denuncia el demandante altera sustancialmente los términos de la parte dispositiva de la Sentencia condenatoria, no resultando razonable

la argumentación que para cohonestar su pronunciamiento esgrime el órgano judicial. Y ello porque, aun cuando es cierto, como se constató una vez hechas las comprobaciones oportunas, que concurrían los requisitos subjetivos para la aplicación de la norma en que aquellas resoluciones se fundamentan (esto es, que el recurrente no tenía permiso de residencia en España ni constaba petición alguna en tal sentido), sin embargo, como pone de manifiesto el Ministerio público, la interpretación efectuada por el órgano judicial, según la cual cabe aplicar en este supuesto, en fase de ejecución, la nueva normativa, resulta irrazonable básicamente por dos razones: de un lado porque el texto del artículo 89.1 del CP vigente al tiempo de dictarse la sentencia condenatoria facultaba al órgano judicial para acordar la sustitución y, pese a ello, nadie la solicitó ni aquél la acordó pudiendo hacerlo; de otro porque la nueva redacción del artículo 89.1 del CP prevé la sustitución en Sentencia si la pena privativa de libertad es inferior a seis años, y únicamente en el caso de que la pena sea superior a seis años cabe acordar la expulsión del territorio nacional en fase de ejecución, lo que no sucede en el caso presente. A ello cabe añadir que la irrazonabilidad de la interpretación se hace aún más evidente si se tiene en cuenta que, de ejecutarse las resoluciones judiciales impugnadas, en puridad no estaríamos ante una verdadera y propia sustitución, sino que, dado lo avanzado del cumplimiento de la pena privativa de libertad por el penado, realmente se produciría una acumulación sucesiva de dicha pena y de la medida de expulsión, efecto que no se desprende en modo alguno del citado artículo 89.1 del CP, salvo, y solamente, como se acaba de indicar, que se trate de una pena privativa de libertad superior a seis años, lo que, ha de reiterarse, no acontece en el caso que aquí se examina.”

The image features a white background with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands are present: a darker orange band on the left and a lighter orange band on the right. The text 'Crónica legislativa' is centered in the white space between these bands.

Crónica legislativa

CRÓNICA LEGISLATIVA

SUMARIO

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

III. Fuentes de la Unión Europea.

I. FUENTES INTERNAS

- Instrucción de 28 de febrero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre competencia de los Registros Civiles Municipales en materia de adquisición de nacionalidad española y adopciones internacionales (*BOE* n.º 71, de 24 de marzo de 2006).
- Resolución de 23 de marzo de 2006, de la Dirección General de Emigración, por la que se establece un plazo especial para la presentación de la fe de vida y declaración de ingresos para los beneficiarios de pensiones asistenciales por ancianidad en España (*BOE* n.º 82, de 6 de abril de 2006).
- Sentencia de 1 de marzo de 2006, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que, sin que afecte a la situación jurídica concreta derivada de la Sentencia n.º 89/2005, de 23 de febrero, dictada en el recurso contencioso-administrativo n.º 356/2004, se declara la nulidad de pleno derecho del inciso “previo a la solicitud del permiso de trabajo” que se contiene en el párrafo 3.º del apartado 1.1.B del artículo 70 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (*BOE* n.º 85, de 10 de abril de 2006).
- Resolución de 31 de marzo de 2006, de la Secretaría General Técnica, sobre la declaración de Letonia al Convenio Europeo de Extradición (número 24 del Consejo de Europa), hecho en París el 13 de diciembre de 1957 (*BOE* n.º 89, de 14 de abril de 2006).
- Resolución de 22 de marzo de 2006, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación de las entidades propuestas para cubrir las Vocalías del Foro para la Integración Social de Inmigrantes en representación de las asociaciones de inmi-

Crónica legislativa

grantes y refugiados y de las organizaciones sociales de apoyo (BOE n.º 93, de 19 de abril de 2006).

- Instrucción de 20 de marzo de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil (BOE n.º 97 de 24 de abril de 2006).
- Real Decreto 519/2006, de 28 de abril, por el que se establece el Estatuto de los cooperantes (BOE n.º 114, de 13 de mayo de 2006).
- Orden ECI/1519/2006, de 11 de mayo, por la que se establecen los criterios generales para la determinación y realización de los requisitos formativos complementarios previos a la homologación de títulos extranjeros de educación superior (BOE n.º 119, de 19 de mayo de 2006).
- Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea (BOE n.º 126, de 27 de mayo de 2006).
- Real Decreto 611/2006, de 19 de mayo, por el que se crea la Misión Diplomática Permanente de España en Mali (BOE n.º 129, de 31 de mayo de 2006).
- Orden AEC/2020/2006, de 13 de junio, por la que se crea la Oficina Consular, con categoría de Consulado General, en Argel (BOE n.º 152, de 27 de junio de 2006).

II. FUENTES INTERNACIONALES

- Convenio de Cooperación Cultural, Educativa y Científica entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam, hecho en Madrid el 11 de junio de 2005 (BOE n.º 68, de 21 de marzo de 2006).
- Declaración de aceptación por España a la adhesión de la República Dominicana al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE n.º 69, de 22 de marzo de 2006).
- Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Hungría al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970 (BOE n.º 69, de 22 de marzo de 2006).
- Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argentina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho ad referendum en Madrid el 24 de febrero de 2005 (BOE n.º 103, de 1 de mayo de 2006).

Crónica legislativa

- Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Madrid el 23 de noviembre de 2005 (*BOE* n.º 110, de 9 de mayo de 2006).
- Acuerdo Marco entre el Reino de España y el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la mujer (UNIFEM), hecho en Madrid el 8 de junio de 2005 (*BOE* n.º 127, de 29 de mayo de 2006).
- Acuerdo sobre Cooperación Antártica entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Bulgaria, hecho en Nueva York el 18 de septiembre de 2005 (*BOE* n.º 130, de 1 de junio de 2006).
- Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 1 de julio de 2004 (*BOE* n.º 139, de 12 de junio de 2006).
- Resolución de 7 de junio de 2006, de la Secretaría General Técnica, sobre aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales (*BOE* n.º 147, de 21 de junio de 2006).
- Instrumento de ratificación del Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 2002 (*BOE* n.º 148, de 22 de junio de 2006).
- Resolución de 14 de junio de 2006, de la Secretaría General Técnica, relativa a la Objeción de España a la reserva de Bélgica al artículo 11 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (publicado en el *BOE* n.º 140, de 12 de junio de 2001) hecho en Nueva York el 9 de enero de 1998 (*BOE* n.º 151, de 26 de junio de 2006).

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Acuerdo entre España y Bosnia y Herzegovina sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos y de servicio, hecho ad referendum en Sarajevo el 18 de mayo de 2005 (*BOE* n.º 72, de 25 de marzo de 2006).
- Decisión del Consejo, de 27 de febrero de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea y de sus Estados miembros, de un Protocolo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, sobre la libre circulación de personas, relativo a la participación, como Partes Contratantes, de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, como consecuencia de su adhesión a la Unión Europea (*DOUE* L89, de 28 de marzo de 2006).

Crónica legislativa

- Información sobre la entrada en vigor del Protocolo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, sobre la libre circulación de personas, relativo a la participación, como Partes Contratantes, de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, como consecuencia de su adhesión a la Unión Europea (*DOUE* L89, de 28 de marzo de 2006).
- Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra, hecho en Valencia el 22 de abril de 2002 (*BOE* n.º 79, de 3 de abril de 2006).
- Acuerdo sobre la participación de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca en el Espacio Económico Europeo, hecho en Luxemburgo el 14 de octubre de 2003 (*BOE* n.º 79, de 3 de abril de 2006).
- Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Convenio relativo a la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros y de la declaración relativa a la adopción simultánea del Convenio relativo a la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros y del Protocolo relativo a la interpretación de dicho Convenio, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1996 (*BOE* n.º 79, de 3 de abril de 2006).
- Información sobre la entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Albania sobre la readmisión de residentes ilegales (*DOUE* L96, de 5 de abril de 2006).
- Información relativa a la entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca por el que se extiende a Dinamarca lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, y en el Reglamento (CE) n.º 2725/2000 del Consejo, relativo a la creación del sistema Eurodac para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín (*DOUE* L96, de 5 de abril de 2006).
- Instrumento de Ratificación del Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por otra, hecho en Cotonú el 23 de junio de 2000; Acuerdo interno entre los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativo a la financiación y la administración de la ayuda comunitaria y Acuerdo interno entre los representantes de los

Crónica legislativa

- gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativo a las medidas y procedimientos que deben adoptarse para la aplicación del Acuerdo de Asociación ACP-CE (*BOE* n.º 82, de 6 de abril de 2006).
- Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República del Líbano, por la otra, hecho en Luxemburgo el 17 de junio de 2002 (*BOE* n.º 93, de 19 de abril de 2006).
 - Reglamento (CE) n.º 635/2006 de la Comisión, de 25 de abril de 2006, por el que se deroga el Reglamento (CEE) n.º 1251/70 relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo (*DOUE* L112, de 26 de abril de 2006).
 - Información sobre la entrada en vigor del Protocolo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega relativo a los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable de examinar las peticiones de asilo presentadas en un Estado miembro o en Islandia o Noruega (*DOUE* L112, de 26 de abril de 2006).
 - Reglamento (CE) n.º 629/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 (*DOUE* L114, de 27 de abril de 2006).
 - Decisión del Consejo, de 27 de abril de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE* L120, de 5 de mayo de 2006).
 - Decisión del Consejo, de 27 de abril de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (*DOUE* L120, de 5 de mayo de 2006).
 - Aplicación provisional del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Albania, sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos y de servicio, hecho en Tirana el 6 de febrero de 2006 (*BOE* n.º 118, de 18 de mayo de 2006).
 - Decisión n.º 205, de 17 de octubre de 2005, relativa al alcance del concepto de desempleo parcial respecto de los trabajadores fronterizos (*DOUE* L130, de 18 de mayo de 2006).
 - Decisión n.º 206, de 15 de diciembre de 2005, relativa a las modalidades de funcionamiento y la composición de la Comisión de cuentas de la Comisión administrativa para la seguridad social de los trabajadores migrantes (*DOUE* L130, de 18 de mayo de 2006).

Crónica legislativa

- Decisión n.º 895/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, por la que se establece un régimen simplificado de control de las personas en las fronteras exteriores basado en el reconocimiento unilateral por la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia de determinados documentos como equivalentes a sus visados nacionales para fines de tránsito por sus territorios (*DOUE* L167, de 20 de junio de 2006).
- Decisión n.º 896/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, por la que se establece un régimen simplificado de control de las personas en las fronteras exteriores basado en el reconocimiento unilateral por los Estados miembros de determinados permisos de residencia expedidos por Suiza y Liechtenstein para fines de tránsito por sus territorios (*DOUE* L167, de 20 de junio de 2006).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Satisfacción con el Sistema de Seguridad de Eurodac

El Supervisor Europeo de Protección de Datos (CEPD) ha elaborado un Informe de Seguimiento sobre el funcionamiento y determinados aspectos relacionados con la seguridad del sistema “EURODAC”, base de datos europea de comparación de las impresiones dactilares creada con el fin de identificar a las personas solicitantes de asilo. El documento, que aún no ha sido publicado oficialmente, ya ha sido remitido a la Comisión Europea, al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE, así como a las Autoridades de Control de Protección de Datos de los Estados miembros que la conforman. El CEPD ha celebrado una reunión al objeto de intensificar la coordinación entre las distintas autoridades nacionales para reflexionar sobre un acercamiento común en relación con la labor de control de Eurodac. El CEPD dará a conocer sus conclusiones en un próximo encuentro, prevista para el mes de junio de 2006. Más información: http://www.edps.eu.int/oo_home.htm.

(13 de marzo de 2006).

Programa ARGO: Asilo, inmigración y fronteras

La Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea ha publicado una nota que explica que durante el año 2005 se han subvencionado 21 proyectos dentro del programa de acción comunitario ARGO (2002-2006), destinado a la cooperación administrativa en el ámbito de las políticas de asilo, inmigración y cruce de las fronteras exteriores. Franco FRATTINI, vicepresidente de la Comisión Europea, encargado del ámbito de Justicia, Libertad y Seguridad, ha declarado que la existencia de este tipo de programas favorece la colaboración y la mejora de las prácticas y legislaciones nacionales. A este respecto, la Comisión Europea acaba de atribuir una subvención a España para reforzar la vigilancia marítima y prevenir la inmigración ilegal por mar.

(3 de abril de 2006).

Tercer informe aplicación Directivas Derecho de Residencia

La DG Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea ha publicado su Tercer Informe sobre la aplicación de las Directivas 93/96, 90/364 y 90/365, relativas al derecho de residencia de los ciudadanos de la UE, estudiantes, los económicamente inactivos y jubilados. El presente

(*) Boletín elaborado por la Delegación en Bruselas del Consejo General de la Abogacía Española en colaboración con la *Délégation des Barreaux de France* y la *Deutscher Anwaltverein*.

Europa en breve

II

Informe tiene por finalidad presentar las principales evoluciones que han experimentado estas Directivas durante el período 2003-2005 y las novedades más importantes de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. (10 de abril de 2006).

Orientaciones trabajadores desplazados prestación servicios

La Comisión Europea ha publicado una Comunicación que ofrece orientaciones para los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios, a fin de ayudar a los Estados miembros de la UE a respetar los derechos y obligaciones que establece la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de los trabajadores, de conformidad con el Tratado CE y la jurisprudencia del TJCE, y mejorar la cooperación y el acceso a la información. Entre otros aspectos, recoge que un prestador de servicios no está obligado a tener un representante permanente en el territorio del Estado miembro de acogida; que el país de acogida no puede exigir autorización previa para el desplazamiento de trabajadores; que los Estados miembros pueden solicitar una notificación sobre el desplazamiento de trabajadores antes de que comiencen los trabajos, a fin de facilitar los controles en el país de acogida; o que los prestadores de servicios deben conservar los documentos sociales, como las hojas de servicio o los documentos relacionados con las condiciones de salud y seguridad en el lugar de trabajo. (10 de abril de 2006).

Movimiento de trabajadores de los nuevos Estados miembros

El Parlamento Europeo, reunido en Sesión Plenaria en Estrasburgo, ha aprobado un Informe de iniciativa de su Comisión de Empleo y Asuntos Sociales sobre el régimen transitorio que restringe la libre circulación de los trabajadores en los mercados de trabajo de la UE, por el que se pide a los países con restricciones a la entrada de trabajadores de los nuevos Estados miembros que las deroguen. Los diputados, además de referirse a la libre circulación de trabajadores como una de las cuatro libertades fundamentales del Tratado CE y como expresión de la solidaridad entre los 15 antiguos Estados miembros, afirman que las economías europeas precisan de mano de obra y que la migración procedente de los nuevos Estados miembros ejerce efectos beneficiosos en las economías de los Estados miembros. Una de las enmiendas aprobadas recomienda que los Estados miembros que decidan prorrogar las medidas transitorias lo hagan sobre la base de un análisis pormenorizado de la amenaza para el mercado laboral. El texto pide también a los Estados miembros que garanticen la aplicación de la “cláusula de statu quo” y del principio de preferencia del Tratado de adhesión. (10 de abril de 2006).

Europa en breve

II

Audiencia pública integración inmigrantes en Europa

El CGAE ha asistido a la audiencia pública organizada por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia e Interior del Parlamento Europeo que tiene como punto de partida el proyecto de informe presentado por Stavros LAMBRIDINIS, sobre las estrategias y los medios para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea.

En dicha audiencia se han abordado cuestiones relativas a la integración de los inmigrantes en Europa. La recepción de los recién llegados, el estatus jurídico de los residentes de larga duración, la participación política y la capacitación de los inmigrantes para llevar a cabo su integración fueron algunos de los temas tratados.

Entre los ponentes cabe destacar la presencia de Franco FRATTINI, vicepresidente de la Comisión Europea y responsable de la DG Justicia, Libertad y Seguridad, que subrayó la importancia de la integración en Europa y la necesidad de crear políticas activas a nivel europeo y de Antonio VITORINO, abogado y presidente de la Comisión de Asuntos de la UE de la Asamblea de la República de Portugal, que recaló que la participación de las autoridades locales y regionales es de vital importancia para crear una política de integración.

(1 de mayo de 2006).

Fondo Europeo para los refugiados

La DG de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea ha adoptado una propuesta modificada en relación al Fondo Europeo para los Refugiados, instrumento financiero orientado a asegurar el equilibrio entre los esfuerzos consentidos por los Estados miembros para acoger a refugiados y personas desplazadas y asumir las consecuencias de esta acogida. La propuesta tiene por objeto garantizar un apoyo financiero sólido a los Estados miembros en los esfuerzos que éstos despliegan para responder a los casos de afluencia masiva de demandantes de asilo, para reinstalar en sus territorios a las personas que necesitan una protección internacional, reforzar su cooperación práctica y mejorar la calidad del proceso de decisión en el marco del régimen de asilo europeo común. Estos recursos estarán disponibles a partir de 2008. Asimismo, la propuesta está orientada a garantizar que estos recursos sean utilizados de la manera más eficaz, a fin de alcanzar los objetivos fijados por el programa de la Haya aprobado por el Consejo de la UE en materia de justicia y asuntos de interior hasta 2010. El presupuesto global previsto por esta propuesta para establecer el fondo durante el período 2008-2013 es de 628 millones de euros.

(29 de mayo de 2006).

Transferencia de personas condenadas

Los Ministros de Justicia e Interior de la UE han examinado dos cuestiones relativas a una propuesta de Decisión marco sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales que en materia penal impongan deber de custodia o medidas privativas de libertad: el consentimiento de la persona condenada y el emitido por parte del Estado de ejecución a la anticipación del fallo. El principal objetivo es establecer casos en los que el consenti-

Europa en breve

II

miento del Estado no resulte necesario y limitar la necesidad de consentimiento de la persona en cuestión.

(12 de junio de 2006).

Régimen simplificado de control de personas en fronteras

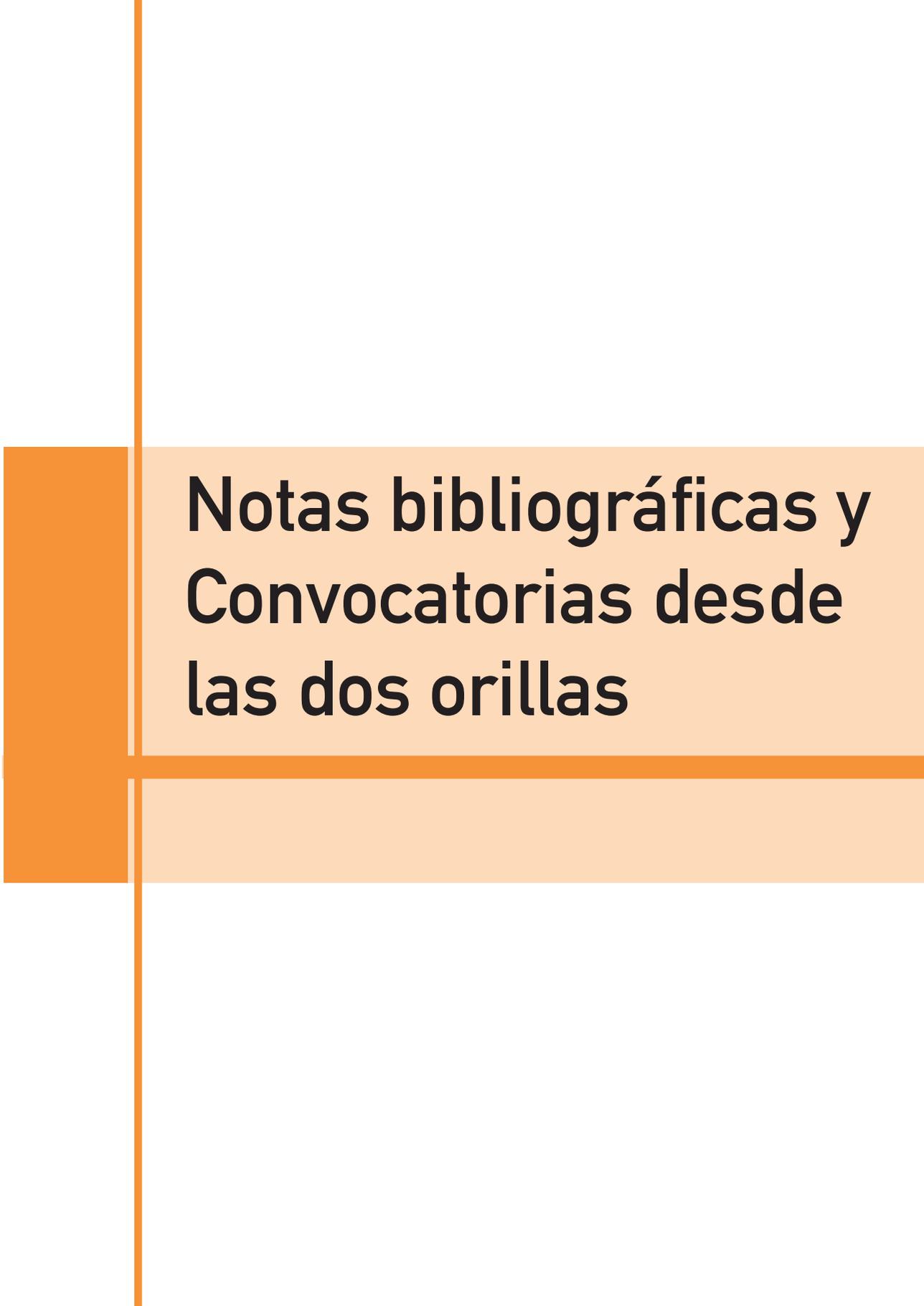
Los Ministros de Justicia e Interior de la UE han adoptado una decisión por la cual se introduce un régimen simplificado de reconocimiento unilateral, por parte de los nuevos Estados miembros, de algunos documentos expedidos por otros Estados miembros para el desplazamiento de nacionales de terceros países en su territorio y con obligación de tener un visado. Esta Decisión se dirige a la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia. EL Consejo UE ha adoptado también otra decisión por la cual se establece un régimen de reconocimiento unilateral por los Estados miembros del permiso de residencia expedido por Suiza y Liechtenstein a los nacionales de terceros países con obligación de tener un visado equivalente a su visado nacional o uniforme para su tránsito.

(12 de junio de 2006).

Proceso monitorio europeo

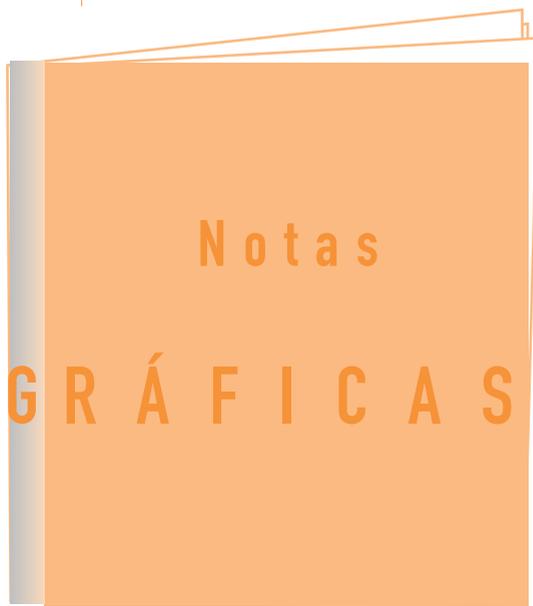
Los Ministros de Justicia e Interior de la UE han adoptado un acuerdo sobre el reglamento que establece un procedimiento monitorio europeo que simplificará y acelerará los procesos relativos a las reclamaciones de cantidad en casos transfronterizos y que reducirá los costes. El reglamento se aplicará a casos transfronterizos y asuntos civiles y comerciales, sea cual sea la naturaleza del juzgado o tribunal, cuando el valor de la reclamación no exceda de dos mil euros, excluyendo intereses, gastos y desembolsos. Esta normativa no será aplicable, en particular, a los impuestos, los derechos de aduana o asuntos administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos y omisiones en el ejercicio de su soberanía. El Reglamento no regulará las materias relativas al estatus o capacidad legal de las personas físicas y la pensión alimenticia; derechos de propiedad en relaciones extramatrimoniales; testamento y sucesiones; quiebra, liquidación de sociedades insolventes o personas jurídicas; convenios judiciales, procesos de arreglos y análogos; seguridad social, arbitraje; derecho del trabajo, multipropiedad, con excepción de las acciones sobre reclamaciones dinerarias y finalmente la violación a la intimidad y a los derechos de la persona, incluyendo la difamación.

(12 de junio de 2006).

The image features a decorative design with a vertical orange line on the left side and two horizontal orange bars. The top bar is light orange and contains the text. The bottom bar is a darker orange and is empty. The text is in a bold, black, sans-serif font.

Notas bibliográficas y Convocatorias desde las dos orillas

BIBLIOGRÁFICAS



- BALAGUER CASTELLÓN, F.: *Compendio práctico sobre extranjería e inmigración*, Tecnos, Madrid 2006, 732 pp.
- BRETTELL, C.: *Constructing Borders/Crossing Borders: RACE, Ethnicity and Immigration*, Lexington Books, Lanham, 2006, 350 pp.
- CRÉPEAU, F. y NAKACHE, D. (eds.): *Forced Migration and Global Process: A View from Forced Migration's*, Lexington Books, Lanham, 2006, 403 pp.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. y ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *España como frontera de la Unión Europea*, Ministerio del Interior, Madrid, 2006, 134 pp.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho Comunitario de la Inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006, 341 pp.
- IGLESIAS CANILE, I.C.: *Inmigración y Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, 303 pp.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM): *Ministerial Conference of the least-developed countries on enhancing the development impact of remittances*, Ginebra, 2006, 412 pp.
- *Handbook on Establishing Effective Labour Migration Policies in Countries of Origin and Destination*, Ginebra, 2006, 248 pp.
- *Valores, conceptos y herramientas contra la trata de personas: Guía para la sensibilización*, Ginebra, 2006, 35 pp.
- *Migration and Development: Opportunities and Challenges for Policymakers*, Ginebra, 2006, 54 pp.
- JIMENA QUESADA, L.: *Sistema europeo de Derechos Fundamentales*, Pról. de M. LEZERTÚA, Colex, Madrid, 2006, 314 pp.
- LINDE PANIAGUA, E. y BACIGALUPO SAGGESE, M. (eds.) *Políticas de la Unión Europea*, Madrid, 2006, 1006 pp.
- LUCAS MARTÍN, J. de y LACOMBA VÁZQUEZ, J.: *Europa: Derechos, Culturas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, 175 pp.

Notas bibliográficas

- MIGRATION POLICY GROUP: *European Anti-Discrimination Law Review*, abril 2006, 100 pp., en <http://www.migpolgroup.com/documents/3289.html>.
- MOTILLA, A. (coord.): *Islam y derechos*, Trotta, Madrid, 2006, 345 pp.
- MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA: *Diálogo y Alianza de Civilizaciones*, Cuaderno n.º 22, 2006, 55 pp.
- *Racismo e Islamofobia*, Cuaderno n.º 23, 2006, 47 pp.
- NADAL, I.: *Guía práctica de extranjería*, Edit. Difusión Jurídica, Madrid, 2006, 129 pp.
- NAÏR, S.: *Y vendrán... Las migraciones en tiempos hostiles*, traduc. de M. CORDÓN y M. EMBAREK, Bronce, Barcelona, 2006, 312 pp.
- POLO GUARDO, R.K. y CARMONA MUÑOZ, V.: *Guía sobre el derecho de asilo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, 445 pp.
- RUIZ VIEITEZ, E.J.: *Minorías, inmigración y democracia en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, 534 pp.

RICHARD A. BOSWELL

Profesor de Derecho
University of California, Hastings College
of the Law

Reflexiones sobre las actuales propuestas migratorias en EEUU

El Senado de los EEUU está considerando la elaboración de una ley que concedería una amnistía a varias categorías de extranjeros, que están viviendo en el país de forma irregular. El proceso legislativo, dadas las vigentes reglas parlamentarias, resulta bastante complicado y pone en duda si se llevarán a cabo finalmente las modificaciones propuestas.

El proceso empezó hace más de cinco años, cuando el presidente Bush recomendó que la Alta Cámara Legislativa enmendara la ley para conceder estatus legal (jurídico) a unos cuantos millones de personas, que habrían permanecido en el país irregularmente durante un largo plazo de tiempo. Esta propuesta del presidente Bush fue hecha antes del ataque de las torres del World Trade Center.¹ Esta iniciativa fue criticada por los grupos que representaban los intereses políticos de los inmigrantes, principalmente porque no concederá derechos permanentes, sino un estatus temporal, y solo satisfará los deseos de los empresarios agrícolas de EEUU.

Después de los ataques contra las torres, la propuesta del presidente Bush fue abandonada. Tras los ataques del 11 de septiembre, las únicas propuestas legislativas con posibilidad de prosperar fueron las que se relacionaban con la seguridad nacional. En primer lugar se aprobaron leyes que concedieron mayores poderes a los agentes de inmigración, que en 2004 tuvieron como resultado la reorganización de la burocracia migratoria con el establecimiento del Departamento de Seguridad Interior. A continuación, y siguiendo con el tema de la seguridad nacional, el Congreso promulgó en 2005 una ley que restringió los derechos de los solicitantes de asilo y estableció un sistema uniforme de identificación.²

A finales del año 2005, la Cámara de Representantes examinó una ley que revisaba la ley migratoria. Esta iniciativa legislativa tuvo éxito en la Cámara de Representantes.³ Esta Ley, conocida como HR 4437, fue introducida por el representante Sensenbrenner del Estado de

(1) Según el sistema legislativo vigente en EEUU, el presidente, que es el encargado del poder ejecutivo, no puede presentar un proyecto de ley. El poder legislativo está constituido por dos Cámaras, el Senado y la Cámara de Representantes. Un estatuto o propuesta legislativa tiene que ser introducida por un miembro del Senado o de la Cámara de Representantes.

(2) La ley conocida como el REAL ID Act, permite que el juez de inmigración pueda exigir a un solicitante de asilo que complete su caso con informaciones y requisitos no exigidos anteriormente.

(3) Según la Constitución de los EEUU, el poder legislativo está constituido de 2 Cámaras –el Senado con 100 representantes y por la Cámara de Representantes con 435 miembros–. Para aprobar una ley, tiene primero que ser votada por la mayoría simple de cada Cámara, y después ser firmada por el presidente. El presidente puede rechazar la ley que recibe el apoyo de las dos Cámaras, pero con un voto de dos tercios de cada Cámara la ley será promulgada.

Wisconsin, que es el miembro de la Cámara encargado de asuntos migratorios por el partido republicano.⁴ Hasta el momento esta ley no ha logrado su aprobación en el Senado, y realmente no hay seguridad o certeza de que podrá llegar a votarse en este período legislativo. La ley de HR 4437 es considerada como una propuesta muy restringida, porque no concederá la residencia a los indocumentados sino que impone más limitaciones a quienes tienen la intención de emigrar a los EEUU. Por ejemplo, establecerá por primera vez una ley penal para las personas que se encuentran en los EEUU en un estatus ilegal. Además contiene previsiones que ordenarán a la administración Bush construir un muro físico en la frontera entre México y EEUU.

Actualmente existen cuatro propuestas principales en el Senado de los EEUU. La más conocida es la que fue presentada por los senadores McCain y Kennedy.⁵ El objetivo de la propuesta de los Senadores McCain y Kennedy es establecer un método de concesión de un permiso de regularización para aquellas personas que han trabajado y han permanecido en el país sin la comisión de actos delictivos durante un determinado período de tiempo. Para estas personas existirá la posibilidad de obtener la residencia permanente y después la ciudadanía. En la propuesta Kennedy-McCain vemos por primera vez en muchos años un aumento de las cuotas anuales de quienes podrán obtener visas de inmigración.⁶

También existen otras tres propuestas o versiones de leyes migratorias que intentan enmendar la Ley Orgánica de inmigración. Entre ellas destaca la introducida por el Senador Frist, muy similar a la que ya fue aceptada a finales de 2005, que contiene previsiones de contenido muy punitivo.⁷

Por primera vez en los últimos años, y tal vez como reacción a la propuesta Sensenbrenner, que fue realmente punitiva, existió una unidad de voces políticas apoyando a los inmigrantes. La reacción más importante vino de miembros de las comunidades religiosas. Además, los mismos inmigrantes iniciaron manifestaciones en muchas ciudades de los EEUU, salieron a las calles para pedir justicia en las leyes migratorias. Además de personas sin permiso de estancia en el país, las manifestaciones atrajeron a familiares, residentes y ciudadanos que también querían que las leyes migratorias fueran menos punitivas.

(4) El representante Sensenbrenner es el Presidente del Comité de Inmigración de la Cámara de Representantes.

(5) El senador McCain viene del Estado de Arizona, y en el año 2000 fue candidato para la Presidencia por el partido republicano. El Senador McCain es considerado un posible candidato para la presidencia cuando el presidente Bush complete su mandato. Por su parte, el Senador Kennedy es del partido demócrata y siempre ha tenido mucho interés y poder en asuntos migratorios. Fue el senador que más influyó en la aprobación de la ley de los Refugiados de 1980. Lleva casi 40 años en el Senado.

(6) En general la ley migratoria de EEUU no permite que determinado número de personas pueden inmigrar por razones laborales, y concede determinado número de visas para los que vienen por razones laborales. Los que están casados con ciudadanos de los EEUU pueden venir sin limitaciones.

(7) El Senador Frist, es el líder del partido Republicano en el Senado, y también se conoce como un político con interés en alcanzar la Presidencia.

Reflexiones sobre las actuales propuestas migratorias en EEUU

Durante los últimos 30 años en los EEUU hemos visto muchas presiones en el sistema de inmigración. Realmente empezaron al terminar la guerra de los EEUU en Vietnam. En este período vinieron a EEUU cientos de miles de refugiados. Al mismo tiempo ha existido durante muchos años un abismo económico entre los EEUU y sus vecinos de los países latinoamericanos. A finales de la década de 1970, como consecuencia de la conflictiva política existente entre EEUU y la Unión Soviética, se produjo un aumento significativo del número de refugiados provenientes de la América Central.

El instinto político en períodos de contracción de la economía pide establecer más restricciones en las leyes migratorias. Además vemos el mismo resultado en los períodos que siguen al incremento del número de inmigrantes. Seguro que lo que se ve en los EEUU es una división política de grandes proporciones. Primero se ve en el partido republicano, que son quienes realmente han controlado la política durante los últimos 6 años; una parte quieren parar lo que ellos consideran como un sistema migratorio que se ha devaluado hasta el descontrol. En el otro lado del partido Republicano hay muchos que son realmente pragmáticos y piensan por una parte que los controles migratorios son ilusorios y por otra que la inmigración es una necesidad económica para el crecimiento de la economía. Estas divisiones también se ven en el partido Demócrata, donde por un lado se hallan quienes están preocupados por el ambiente y ven a un mundo que está creciendo demasiado rápido y que no puede ser sostenido sin choques muy fuertes. Ellos piensan entonces que los EEUU necesitan más controles en sus leyes migratorias. En el otro lado de los Demócratas se hallan quienes están más inclinados a reducir los controles migratorios por motivos humanitarios. Ellos no ven a la inmigración como un problema sino como una ventaja y como una cuestión de justicia. Realmente una parte del debate tiene que ver con un tema muy fuerte y de larga duración en los EEUU que se ha descrito como “aislacionismo”.

Entonces el debate ha transcurrido durante unas cuantas décadas y que ha sido revisado varias veces, afirma que por una parte los EEUU es un país relativamente recién nacido y profundamente migratorio. Realmente no hay respuesta muy clara a la pregunta de “qué pasará con la ley migratoria”: ¿Habrà una amnistía?

Posiblemente existe un consenso para la adopción de una amnistía, pero al mismo tiempo es igualmente posible que una ley con normas muy punitivas llegue a ser ley. Lo más probable es que EEUU no llegue a conseguir tener una política migratoria que mire al futuro de la inmigración desde la realidad según la cual estamos en un mundo profundamente diferente del que existió cuando nació el esquema legislativo que existe en el presente.

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Director Adjunto de la REDMEX
(agchueca@unizar.es)

II

Una reflexión sobre la Convención Europea para prevenir la apatridia en la sucesión de Estados

SUMARIO

I. A propósito de la apatridia.

II. La Convención del Consejo de Europa para prevenir la apatridia en el caso de sucesión de Estados.

III. La preocupante persistencia de la apatridia.

I. A PROPÓSITO DE LA APATRIDIA

El 19 de mayo de 2006 se adoptaba en la sede del Consejo de Europa, en Estrasburgo, la Convención del Consejo de Europa para la prevención de los casos de apatridia en relación con la sucesión de Estados¹. Esta adopción puede parecer extemporánea, dado el elevado número de tratados internacionales que de una u otra forma predicán el derecho humano a una nacionalidad².

Sin embargo algo falla en los textos, puesto que mientras la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su artículo 15, párrafo 1.º, que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad”, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) afirma en su artículo 24, párrafo 3.º que “todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”; resulta pues sospecha esta evolución normativa no todo lo clara ni todo lo explícita que el reconocimiento de un Derecho humano exige. Un análisis de los textos convencionales permite afirmar que falla la obligación positiva de los Estados de atribuir su nacionalidad a las personas que carezcan de toda nacionalidad; en definitiva, desde los Derechos Humanos, falla su exigibilidad ante los Estados.

(1) Texto en inglés y francés en <http://conventions.coe.int>; se trata del n.º 200 de la Serie de Tratados del Consejo de Europa (STCE).

(2) Ver, entre otros, la Declaración Americana de Derechos Humanos (1948), artículo XIX; la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), artículo 15; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 24.3; la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), artículo 7.1; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), artículo 29, y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (1961), artículo 1.1.

Claro que este fallo no procede de una mala técnica jurídica a la hora de elaborar los tratados internacionales de Derechos Humanos. Procede de la propia voluntad estatal.

Entendemos por apatridia la desprotección jurídica de una persona que no es considerada nacional por ningún Estado según su derecho interno. El apátrida es extranjero en todos los Estados.

Y si algo falla en los textos, todavía más cosas fallan o quiebran en la realidad. En ésta, las causas de la apatridia suelen ser sobre todo las cinco siguientes:

– Las desnacionalizaciones masivas, provocadas por revoluciones como la soviética o por el régimen nazi o fascista en la Europa de la primera mitad del s. xx o por el gobierno congoleño de D. KABILA en la última década del mismo siglo.

– El nacimiento, cuando un Estado concede la nacionalidad sólo a los hijos de sus nacionales, siguiendo pues el *ius sanguinis*; en tal situación, el hijo de los apátridas seguirá siendo apátrida; pero si un Estado concede asimismo la nacionalidad siguiendo el *ius soli*, el hijo de apátridas dejará de ser apátrida.

– Por matrimonio cuando en un sistema jurídico interno se halla vigente la norma según la cual la mujer sigue la nacionalidad del marido; si el Estado de la nacionalidad del marido no concede automáticamente tal nacionalidad a la mujer, tendremos una apátrida.

– Por renuncia voluntaria a su nacionalidad y no adquisición de otra; no resulta frecuente pero sí existe en la realidad.

– Por sucesión de Estados. Es esta última la situación que regula la nueva Convención del Consejo de Europa, que examinamos después. Porque la experiencia demuestra que las sucesiones de Estados, el cambio de soberanía sobre un territorio, puede tener el pernicioso efecto de que un elevado número de personas pierdan la nacionalidad, lleguen a ser apátridas.

Como soluciones generales aportadas desde el Derecho Internacional recordaremos la Convención de 1954 sobre el estatuto de los apátridas, la Convención de 1957 sobre la nacionalidad de la mujer casada y la Convención de 1961 para la reducción de los casos de apatridia.

II. LA CONVENCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA PARA PREVENIR LA APATRIDIA EN EL CASO DE SUCESIÓN DE ESTADOS

En realidad esta Convención de 2006 completa la Convención del Consejo de Europa sobre la nacionalidad, adoptada también en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997. La Convención de 2006 se apoya en el capítulo VI de la Convención sobre la nacionalidad, que precisamente regula la sucesión de Estados en la nacionalidad, enunciando los principios generales, pero dando asimismo un gran papel a la voluntad de los Estados afectados, un papel mucho más relevante que el asignado a la voluntad de las personas afectadas.

La Convención Europea para prevenir la apatridia en la sucesión de Estados

II

Generalmente se entiende por sucesión de Estados la sustitución de un Estado por otro en la soberanía de un territorio o “en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio” [artículo 1.a) de esta Convención].

La sucesión de Estados afecta a numerosas cuestiones (tratados, bienes, archivos, deudas de Estado, etc.). Pero hemos de preguntarnos sobre todo qué pasa con las personas. Por regla general, esas personas siguen la suerte del territorio y cambian de nacionalidad, adquieren la del Estado sucesor abandonando la del Estado predecesor o sucedido. Como no siempre sucede así, la Convención de 2006 pretende proteger a estas personas.

La protección debe partir del derecho de toda persona a una nacionalidad. El artículo 2 advierte que todo individuo que, en el momento de la sucesión, tenía la nacionalidad del Estado predecesor y que es o puede llegar a ser apátrida, tiene derecho a una nacionalidad.

La Convención pretende en todo caso prevenir la apatridia (artículo 3); por eso los Estados afectados deben facilitar la adquisición de su nacionalidad por los apátridas y prevenir especialmente la apatridia en los niños (artículos 9-10).

La espina dorsal de la Convención es el conjunto de responsabilidades que deben asumir tanto el Estado sucesor como el predecesor. El primero está obligado a conceder su nacionalidad a personas que o son o podrían llegar a ser apátridas (siempre como consecuencia de la sucesión de Estados, no se olvide) si residen habitualmente en su territorio o mantienen un lazo de conexión con el sucesor; ese lazo de conexión puede ser sobre todo un lazo jurídico con una unidad subestatal, haber nacido en ese territorio o haber tenido esa residencia habitual en dicho territorio que es el objeto de la sucesión (artículo 5)

A su vez el Estado predecesor está obligado a “no retirar su nacionalidad a aquellos nacionales que no han adquirido la nacionalidad del Estado sucesor y que, en caso contrario, llegarían a ser apátridas como consecuencia de la sucesión de Estados” (artículo 6). La pretendida claridad de esta norma se pone de manifiesto si se lee el *informe explicativo de la convención*³. Según este Informe, “cuando una persona ha adquirido la nacionalidad de otro Estado, sea el Estado sucesor o un tercer Estado, el Estado predecesor tiene libertad para retirar su nacionalidad”⁴.

Por otra parte, el artículo 7 prevé el caso de la sucesión múltiple de Estados, cuando el Estado anterior se disuelve (casos de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Checoslovaquia o Yugoslavia). En tal hipótesis, un Estado sucesor no puede negar su nacionalidad a una persona que puede lograr la nacionalidad de otro Estado afectado; en tal caso debe respetarse la voluntad de la persona afectada.

(3) Ver asimismo en <http://conventions.coe.int>.

(4) Párr. 26, p. 5.

Los efectos de esta Convención sin duda se verán atenuados porque las sucesiones de Estados en Europa parecen haberse producido en su mayor parte. En este caso también el derecho ha ido mucho más atrás que la realidad.

III. LA PREOCUPANTE PERSISTENCIA DE LA APATRIDIA

La necesidad de adoptar la Convención (que ahora revisamos de modo sintético) se halla en definitiva en la preocupante persistencia del fenómeno de la apatridia. La jurisprudencia internacional atestigüa esta preocupante persistencia, al menos en Europa y América.

En Europa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conoce desde hace un tiempo un significativo número de casos contra Letonia, en los cuales existen preocupantes signos de apatridia, precisamente enraizada en la sucesión de Estados respecto a la antigua Unión Soviética. Me refiero en primer término a la sentencia dictada por ese Tribunal en el caso *Slivenko* el 9 de octubre de 2003, en la cual puede leerse: “En este caso la primera demandante llegó a Letonia en 1959, cuando tenía apenas un mes. Ha vivido en Letonia hasta cumplir 40 años. En este país ha realizado sus estudios escolares, ha encontrado un empleo y se ha casado. Su hija, la segunda demandante, nació en 1981 en Letonia, donde ha vivido hasta los 18 años, edad en la cual ha sido obligada a abandonar el país con su madre, cuando apenas había terminado su escolaridad secundaria... Han sido obligadas a abandonar el país en el que habían establecido, sin interrupción desde su nacimiento, relaciones personales, sociales y económicas que son constitutivas de la vida privada de todo ser humano... La medida de expulsión de Letonia impuesta a las demandantes constituye una injerencia en su «vida privada» y su «domicilio», en el sentido del artículo 8 de la Convención...”⁵

Recientemente hay que recordar las sentencias dictadas por el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Syssoyeva y otros* (16 de junio de 2005), *Moisejevs* (15 de junio de 2006), *Shevanova* (de la misma fecha) y *Kafkailova* (22 de junio de 2006). Sucede, sin embargo, que (como la Convención Europea de Derechos Humanos no protege el derecho a una nacionalidad), tales casos de apatridia llegan al Tribunal Europeo alegando violaciones como el sufrir tratos inhumanos, el no respeto al derecho a la vida familiar, la discriminación por motivos de origen o lingüísticos, etc.

En el ámbito americano se produce este mismo fenómeno de la apatridia, sobre todo, en la República Dominicana respecto a ciertas personas de origen haitiano. Ello sucede por ejemplo por su inscripción tardía en el Registro Civil dominicano; resulta en este sentido muy interesante la sentencia dictada el 8 de septiembre de 2005 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de las niñas *Yean y Bosico V. República Dominicana*, en la cual se puede leer:

“Respecto al derecho consagrado en el artículo 20 de la Convención, la Corte entiende que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado. La

(5) Párr. 96.

La Convención Europea para prevenir la apatridia en la sucesión de Estados

II

nacionalidad es un derecho fundamental de la persona humana que está consagrado en la Convención Americana, así como en otros instrumentos internacionales, y es inderogable de conformidad con el artículo 27 de la Convención.

La importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado⁶, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos”⁷

El Juez Cançado Trindade, en su voto razonado en el caso de las Niñas Yean y Bosico, concluye exponiendo la contradicción actual entre teorías (gran evolución del derecho internacional convencional, con sus limitaciones importantes) y realidades en esta materia (persistencia de la apatridia). Observa Cançado con gran acierto que “el tema de la nacionalidad no puede ser considerado desde la sola óptica de la pura discrecionalidad estatal...Encuéntrense, pues, a mi juicio, enteramente superadas ciertas construcciones en materia de nacionalidad (original o adquirida) de la doctrina tradicional y estatocéntrica...(por) el advenimiento y el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁸.

(6) *Cfr. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 35.

(7) Párr. 136 y 137, p. 60, texto en <http://www.corteidh.or.cr>.

(8) Texto en <http://www.corteidh.or.cr>, párr. 3.

FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO

Profesor titular Universidad Complutense de Madrid
(franciscosacristan@ozu.es)

III

Políticas de inserción laboral para los inmigrantes

SUMARIO

I. Organismos y medidas de la Comunidad de Madrid vinculados con la colocación de trabajadores inmigrantes. A) Servicio regional de empleo. B) Observatorio regional de empleo y de la formación. C) Medidas para la inserción laboral de los inmigrantes en el marco del acuerdo por el empleo y el crecimiento económico de la Comunidad de Madrid.

II. Programas significativos de inserción laboral de inmigrantes en España. A) Programa GINGO: árboles de conocimiento. B) Red de información, orientación y asesoramiento laboral. C) Acompañamiento para la inserción socio-laboral de inmigrantes.

III. Referencias bibliográficas por orden alfabético.

I. ORGANISMOS Y MEDIDAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID VINCULADOS CON LA COLOCACIÓN DE TRABAJADORES INMIGRANTES

Las instancias administrativas de la Comunidad Autónoma de Madrid encargadas de facilitar, apoyar y promover la colocación de uno de los colectivos más desfavorecidos, como es el que nos ocupa de los inmigrantes, se crearon bajo los auspicios del Acuerdo por el Empleo y el Crecimiento Económico de la Comunidad de Madrid, suscrito a tres bandas por el Gobierno Regional de la Comunidad de Madrid y los interlocutores sociales sindicales (UGT Madrid y USMR-CC.OO) y empresariales (CEIM-CEOE). Me referiré principalmente al Servicio Regional de Empleo y al Observatorio Regional de Empleo y de la Formación.

A) Servicio regional de empleo

Uno de los objetivos prioritarios de esta entidad autonómica se enfoca a la facilitación de las colocaciones y realizar todo el seguimiento que la política activa del acceso al empleo conlleva respecto a cuatro colectivos de personas muy concretos: jóvenes, mujeres, mayores de 55 años

e inmigrantes. Desde esta perspectiva, el Acuerdo es muy claro con lo que pretende: “dar prioridad a la atención de jóvenes, mujeres, mayores de 55 años e inmigrantes, que requieren un mayor esfuerzo de integración”.

Entre las medidas concretas que giran alrededor de este Servicio Regional de Empleo y en las que tienen cabida los trabajadores inmigrantes, se pueden destacar las siguientes, a saber:

1.^a Creación de oficinas de atención cuya misión principal se circunscriba a la defensa eficaz y pertinaz de los derechos de los usuarios del Servicio Regional de Empleo, en donde uno de los colectivos a los que mayores recursos hay que destinar debido a su situación de desventaja respecto a los demás en lo relativo al acceso al empleo son, precisamente, los inmigrantes.

2.^a Por su condición de desfavorecidos en el acceso al empleo, es en el colectivo inmigrante donde más sentido tiene la incorporación de nuevas herramientas tecnológicas que posibiliten un mejor ajuste entre la oferta y la demanda, además de su posterior seguimiento. Esto pasa por una valoración específica de las competencias de los trabajadores inmigrantes y, junto a ello, una identificación de las cualificaciones precisas para cubrir un puesto de trabajo. Debemos tener en cuenta al hilo de lo aquí expuesto que muchos de los trabajadores extranjeros que se hallan en España poseen una excelente cualificación profesional en determinados campos laborales, que debe ser aprovechada en los distintos sectores productivos de nuestra economía.

3.^a Dentro del ámbito de la modernización y mejora de los procedimientos de orientación e intermediación laboral, se hace una mención explícita a la “articulación de un servicio de orientación y apoyo inicial específico, dirigido a los trabajadores extranjeros recién llegados”. Entiendo que esta medida es particularmente importante para generar una cierta confianza en el colectivo inmigrante que tiene sus primeros contactos con el mercado de trabajo en España, un mercado que tanto para nacionales como extranjeros es complejo y complicado en lo relativo a tener claras sus pautas de actuación.

4.^a Es crucial también mencionar que en el colectivo inmigrante se advierte como una medida esencial enfocada directamente al acceso al empleo de estas personas, el fomento y desarrollo de unos itinerarios personalizados de inserción laboral, cuyas circunstancias se adapten a aquellas condiciones concretas de cada persona, impulsando medidas de orientación, asesoramiento formativo e intermediación laboral.

B) Observatorio regional de empleo y de la formación

Dentro de este organismo y del abanico de propuestas que tienen mayor viabilidad para ser dirigidas al colectivo inmigrante, es importante citar las siguientes:

1.^a Actuación de tipo preventiva, destinada al desarrollo del Panorama Laboral como herramienta básica para tener un conocimiento fiable y válido de la situación del mercado de trabajo de los inmigrantes con el objetivo esencial de adelantarse a las coyunturas y necesidades futuras. De este primer paquete de medidas sobresalen las encargadas de la realización de un

Políticas de inserción laboral para inmigrantes

III

análisis con periodicidad anual del mercado de trabajo para inmigrantes y el desarrollo de una encuesta prospectiva que sondee las necesidades de empleo por parte de las empresas de la Comunidad de Madrid para ver el encaje que pueden tener los inmigrantes en las vacantes que se produzcan.

2.^a Proporcionar un seguimiento efectivo de los mejores ejemplos de prácticas nacionales e internacionales en todo lo relativo a políticas activas de empleo y formación con destino principal dirigido al colectivo inmigrante.

3.^a Un planteamiento serio, tenaz y con argumentos rigurosos sobre las diferentes situaciones de acceso al empleo por parte de los inmigrantes conecta necesariamente con la medida enfocada al desarrollo de encuestas y estudios que se manifiesten como un complemento necesario al resto de medidas favorecedoras para la inserción laboral de los inmigrantes.

C) Medidas para la inserción laboral de los inmigrantes en el marco del acuerdo por el empleo y el crecimiento económico de la Comunidad de Madrid

En este Acuerdo, suscrito en fecha relativamente reciente, en concreto el 7 de octubre de 2004, existe un apartado 8 que se dedica al desglose de un conjunto de medidas generales y específicas destinadas a posibilitar vías de entrada en el empleo de las personas inmigrantes. Su rótulo, “Oportunidades de formación y empleo para las personas inmigrantes” intenta conjugar en el mismo apartado dos acciones que están indisolublemente unidas para la consecución de estos objetivos, tal y como son la formación y el empleo.

Entrando en la descripción particular de estas medidas, podríamos establecer una clasificación con dos grandes grupos de actuaciones:

1.^o Genéricas: se citan dos relevantes medidas generales, tales como el ajuste o adecuación de la planificación de los contingentes de trabajo del colectivo inmigrante a las necesidades específicas del mercado laboral español y, en segundo lugar, la planificación, elaboración y seguimiento responsable de las acciones formativas que puedan posibilitar el acceso al empleo por parte de los extranjeros que se encuentren en España.

2.^o Concretas. En este apartado cabe citar seis medidas específicas, a saber:

a) Promover un pacto o acuerdo por la inmigración en la Comunidad de Madrid, en el que estén implicados tanto la Administración Pública Autonómica como los principales agentes económicos y sociales y, además, cuente con la coordinación de otras Administraciones Públicas afectadas. Esta medida tiene el objetivo directo de favorecer con toda precisión de detalles las oportunidades de formación y empleo de los inmigrantes en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.

Francisco Sacristán Romero

III

- b) Una segunda actuación importante va encaminada a la mejora del desarrollo práctico del sistema de Contingente en el sentido de reforzar los recursos e intervenciones institucionales y de los agentes sociales en los primeros meses de estancia en la Comunidad de Madrid. Se habla de la articulación de tres ejes esenciales, tal y como son la orientación inicial, la formación ocupacional /continua y alojamiento de acogida.
- c) Implicación directa de una de las instancias administrativas analizadas con anterioridad, en concreto el Servicio Regional de Empleo, en todo lo relativo al procedimiento derivado del Contingente, con la pretensión de servir de apoyo a los trámites de regularización y de inserción laboral durante, al menos, el primer año de vigencia del permiso. Como complemento se añade la fijación de protocolos de derivación al Servicio Regional de Empleo, por el lado de los agentes sociales que intervienen con el colectivo inmigrante haciendo posible el acceso a este recurso público.
- d) Desarrollo de iniciativas enfocadas a la potenciación de la información acerca de los derechos y deberes de la población trabajadora inmigrante.
- e) Ajuste y adecuación de la planificación de los contingentes de empleo de las personas inmigrantes a las necesidades reales del mercado de trabajo.
- f) Planificación de las pertinentes y necesarias acciones de formación que hagan posible la adecuación de las capacidades de los inmigrantes para su acceso al mercado de trabajo.

II. PROGRAMAS SIGNIFICATIVOS DE INSERCIÓN LABORAL DE INMIGRANTES EN ESPAÑA

En estas líneas es mi intención mencionar algunos de los programas más significativos que en el ámbito territorial español contribuyen a hacer efectiva la política activa destinada a facilitar el acceso e incorporación al empleo de los inmigrantes. Una de las características de estos tipos de programas es que se dirigen de forma prioritaria a aquellos inmigrantes residentes en los denominados Centros de Acogida (CAR). Estas medidas y acciones se incluyen en el marco de las iniciativas comunitarias de empleo "Horizon" e "Integra", que utilizan una serie de metodologías bien definidas para el establecimiento de itinerarios de inserción laboral a través de cuatro fases principales, a saber:

- 1.^a Identificación de conocimientos y capacidades.
- 2.^a Diseño del itinerario de inserción formativo y laboral en relación con los recursos existentes en la comunidad de acogida. Esto se lleva a cabo a través de diferentes acciones: a) formación social, b) formación para el empleo, c) inserción en la formación profesional, d) formación alternativa.

Políticas de inserción laboral para inmigrantes

III

3.^a Dispositivo interactivo tendente a la identificación de actividades potenciales para emplear a inmigrantes y que se estructura en dos acciones:

- a) Orientación para el análisis del perfil de competencias de los inmigrantes en cuanto a las necesidades del mercado de trabajo.
- b) Identificación de actividad de empleo y mediación laboral.

4.^a Evaluación del itinerario de inserción laboral. Se realiza un seguimiento del grado de integración del inmigrante en los distintos dispositivos de formación, redefiniendo si es necesario, los itinerarios de inserción.

Vemos a continuación algunos ejemplos de los programas más significativos.

A) Programa GINGO: árboles de conocimiento

Este programa es una herramienta informática muy útil como instrumento de apoyo en cuanto al acceso al empleo del inmigrante. Es un dispositivo práctico que permite relacionar a los inmigrantes que buscan empleo con las empresas que ofrecen trabajo.

Hace posible el cruce de datos sobre el perfil de los inmigrantes que demandan empleo y las ofertas concretas de las empresas. GINGO es fiel reflejo de una realidad tanto en oferta como en demanda de empleo, permitiendo a los inmigrantes conocer en tiempo real lo que los empresarios de la zona demandan.

B) Red de información, orientación y asesoramiento laboral

Es un programa financiado por el INSERSO y que se desarrolla fundamentalmente en las ciudades de Madrid, Gijón y León.

La Red se estructura como un conjunto coordinado de puntos de atención a inmigrantes, donde se les proporciona información, orientación y asesoramiento laboral. Su función principal es apoyar a los inmigrantes en su proceso de inserción laboral, siendo los propios beneficiarios los que asumen de un modo activo su específico itinerario de inserción.

En este Programa se parte de la necesidad de una formación adecuada que potencie las posibilidades de entrada y mantenimiento de un puesto de trabajo.

Algunos de los cursos más importantes que se han impartido son:

- Informática básica / Iniciación a la Informática (Madrid/León).

– Habilidades sociales para la Búsqueda Activa de Empleo (Madrid) y Habilidades para Inmigrantes (León).

C) Acompañamiento para la inserción socio-laboral de inmigrantes

Se trata de un programa, de ámbito autonómico, que es financiado por la Consejería de Asuntos Sociales del Gobierno del Principado de Asturias. Está enfocado exclusivamente a los inmigrantes que precisan un empleo para renovar su permiso de trabajo o que se encuentran en riesgo de exclusión social.

Consiste en acompañar a los inmigrantes en un proceso de adquisición de potencialidades y capacidades para situar de mejor manera sus competencias sociales y de afrontamiento de los problemas intrínsecos al mercado de trabajo español, con el objeto de facilitar su inserción laboral.

La metodología que se emplea contrasta las competencias ofertadas y demandadas de diferentes actividades económicas del territorio en cuestión, movilizándolo a los actores que intervienen en la promoción del empleo y buscando su colaboración e implicación en los procesos de inserción laboral de los inmigrantes. Para conseguir estos objetivos, se realizan las siguientes actividades:

- Formación socio-educativa para la inserción.
- Formación socio-educativa para el empleo.
- Formación en nuevas tecnologías.
- Inserción en dispositivos de formación profesional.
- Formación en alternancia.
- Acompañamiento en la identificación de la actividad potencial de empleo.
- Acompañamiento para la evaluación del itinerario de inserción.

III. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS POR ORDEN ALFABÉTICO

- AJA, E.(coord.): *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ARAGÓN BOMBÍN, R. y CHOZAS, J.: *La regularización de inmigrantes durante 1991-1992*, MTySS, Madrid, 1993.
- BAYLOS, A.: *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.
- “Institucionalización sindical y prácticas neocorporativas. El caso español 1977-1987”, en *Revista de Trabajo*, n.º 91, julio-septiembre, 1988, Madrid, pp. 9-21.
- BILBAO, A. y PRIETO, C.: “Políticas empresariales de mano de obra en el sur metropolitano”, en *Economía y Sociedad*, n.º 3, Madrid, 1990, pp. 141-143.

Políticas de inserción laboral para inmigrantes

III

- CAPEL, Horacio: *Los inmigrantes en la ciudad. Crecimiento económico, innovación y conflicto social*. Publicado también en DELGADO, M. (Ed.): *Debat de Barcelona. Ciutat i immigració*. Barcelona: Centre de Cultura Contemporànea, 1997, pp. 83-112. Publicado también en *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, n.º 3, 1 de mayo de 1997, 24 pp.
- CASAS, M.E. y ESCUDERO, A.: "Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales", en *Revista española de Derecho del Trabajo*, n.º 17, Madrid, 1984, pp. 51-92.
- CASTILLO MENDOZA, C.A.: "Control y organización capitalista del trabajo. El Estado de la cuestión", en *Sociología del Trabajo*, n.º 9, Madrid, 1990, pp. 117-139.
- CENTI, C.: "Mercado de trabajo y movilización", en *Sociología del Trabajo*, n.º 4, Nueva Época, otoño 1988, pp. 43-66.
- CERÓN RIPOLL, P.: *La inmigración dominicana en Madrid* (Tesis doctoral sin publicar), Universidad Complutense, Madrid, 1999.
- COLECTIVO IOÉ: *La inmigración extranjera en España*, Grupo de Fundaciones La Caixa, Madrid, 2000.
- "Rasgos generales y perfil sociodemográfico", en GIMÉNEZ, C. (coord.): *Inmigrantes extranjeros en Madrid*, Comunidad de Madrid, 1993, tomo I, pp. 137-419. 211.
- "La inmigración extranjera en España: sus características diferenciales en el contexto europeo", en CONTRERAS, I. (coord.): *Inmigración, racismo e interculturalidad*, Talasa, Madrid, 1994, pp. 83-119.
- *Inmigrantes extranjeros en la Sierra Oeste de Madrid*, Mancomunidad de Servicios Sociales Sierra Oeste, San Lorenzo del Escorial, 1994.
- *Discriminación contra trabajadores marroquíes en el acceso al empleo en España*, OIT, Ginebra, 1995.
- *Presencia del Sur. Marroquíes en Cataluña*, Fundamentos, Madrid, 1995.
- "Discursos de los españoles sobre los extranjeros. Paradojas de la alteridad", CIS, Madrid, 1995 (*Colección Opiniones y Actitudes*, n.º 8).
- "Inmigrantes y mercados de trabajo en España. Planteamiento general y aplicación a un caso concreto: los trabajadores marroquíes en el sector de la construcción en la Comunidad de Madrid", en Seminario *Inmigración, empleo e integración social*, Universidad Menéndez Pelayo, Santander, julio de 1995.
- *La educación intercultural a prueba: hijos de inmigrantes marroquíes en la escuela*, CIDE/Laboratorio Estudios Interculturales Universidad de Granada, Granada, 1996.
- DÍEZ NICOLÁS, J.: *Los españoles y la inmigración*, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, MTAS, Madrid, 1999.
- ESPADA RAMOS, M.ª L.: *¿Europa, ciudad abierta? La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Instituto Municipal de Formación y Empleo, Ayuntamiento de Granada, Granada, 1997.
- FUNDACIÓN IESA (Toharia, L; García Serrano, C. y Sahún, M.ª): *El factor trabajo en la construcción: empleo, demandas y ofertas (1985-1990) y la formación profesional ocupacional en el sector*, MOPT, Madrid, 1991.
- GIMÉNEZ, C. (coord.): *Inmigrantes extranjeros en Madrid*, Comunidad de Madrid, Madrid, 1993, tomos I y II.

Francisco Sacristán Romero

III

- IBAÑEZ, Jesús: *Más allá de la sociología. El Grupo de Discusión: técnica y crítica*, Siglo XXI, Madrid, 1979.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Encuesta de Población Activa* (varios años).
- INSTITUTO SINDICAL DE ESTUDIOS: *Evolución Social en España 1977-1987*, Cuadernos ISE n.º 2, Madrid, 1988.
- *Evolución social en España 1993*, Madrid, 1993.
- JURADO GOMEZ, E.: *El mercado de trabajo en el sector de la construcción*, ANCOP, Madrid, 1995.
- LÓPEZ DE LERA, D.: "Análisis de la estadística sobre población extranjera", en *Serie de Artículos y Ponencias* del Instituto de Demografía del CSIC, Madrid, 1991.
- LORCA, A.; ALONSO, M. y LOZANO, L.A.: *Inmigración en las fronteras de la Unión Europea*, Encuentro, Madrid, 1997.
- MIGUÉLEZ, F.: "Trabajo y relaciones laborales en la construcción", en *Sociología del Trabajo*, n.º 9, Madrid, primavera de 1990, pp. 35-54.
- MIGUÉLEZ, F.; RECIO, A. y ALÓS, R.: *Transformaciones laborales en la industria de la construcción en Cataluña*, U.A.B./CC.OO Catalunya, Barcelona, 1990.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Encuesta de Coyuntura Laboral*, (2.º trimestre de 1992), Madrid, 1993. 213.
- *Anuario de Estadísticas Laborales 1990*, Madrid, 1991.
- MURO, J. y otros: *Análisis de las condiciones de Vida y Trabajo en España*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1988.
- OKOLSKI, M.: "Poland", Informe para el *SOPEMI 1991* de la OCDE, Varsovia, 1991 (edición interna).
- PALOMEQUE, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1991.
- PRIETO, C.: "Cambios en la gestión de mano de obra: interpretaciones y crítica", en *Sociología del Trabajo*, n.º 16, Madrid, 1992.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

A CELEBRAR

- ✓ II Congreso Internacional sobre migraciones y desarrollo

28 y 29 de septiembre de 2006. Madrid (Consejería de Inmigración y Fundación Social Universidad Francisco de Vitoria).

CELEBRADAS

- ✓ I Encuentro Internacional sobre la alianza de civilizaciones

5 de mayo de 2006. Escuela Informática de la Universidad de Málaga.

- ✓ La voz de la mujer en el Islam

18 de mayo de 2006. Bilbao (Dirección de Inmigración. Delegación del Gobierno Vasco).

- ✓ Migraciones y medios de comunicación

25 al 27 de mayo de 2006. Bilbao (Harresiak Apurtuz: Coordinadora de ONG de Esuskadi de apoyo a inmigrantes).

- ✓ Artículo 89 del Código Penal: la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión a los extranjeros que no residan legalmente en España

1 de junio de 2006. Colegio de Abogados de Vizcaya.

- ✓ Congreso Internacional sobre Migraciones y Políticas Sociales en Europa

8 al 10 de junio de 2006. Universidad Pública de Navarra.

- ✓ Envejecimiento y dependencia en la inmigración

15 de junio de 2006. Madrid (Consejo General de la Abogacía Española).

- ✓ III Jornadas sobre inmigración

15 y 16 de junio de 2006. Ayuntamiento de Baracaldo.

- ✓ África en diáspora. Movimientos de población y políticas estables

17 y 18 de julio de 2006. Universidad de Barcelona.

NORMAS PARA COLABORACIONES

REVISTA DE DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA publicará, en la medida de lo posible, las colaboraciones que se le envíen.

Los estudios deben tener alrededor de 25 páginas a doble espacio, con letra de 12 puntos. El autor adjuntará un resumen, en castellano e inglés o francés, de un máximo de 15 líneas. Y también el soporte informático. Las notas y colaboraciones abarcarán un máximo de 15 páginas.

La Dirección de la Revista decidirá acerca de la inclusión en la revista de cada artículo o reseña, que se enviarán a la dirección: revista@intermigra.info.

Se procurará retribuir las colaboraciones de acuerdo con su extensión y originalidad.

También daremos publicidad de todas aquellas jornadas de trabajo y eventos que nos remitan y que se celebren sobre esta materia, las cuales aprovecharemos para incluir en el apartado *Convocatorias desde las dos orillas*.

Los libros y revistas recibidos por la REDMEX podrán ser objeto de recensión.

La revista tendrá carácter cuatrimestral. Normalmente se cerrará el número de otoño el 1 de octubre, el de primavera el 1 de febrero y el número de verano el 1 de junio, respectivamente.

NOTAS

NOTAS

NOTAS

NOTAS

