

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). **Pilar Charro Baena** PROFESORA TEU DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS. **Ángel G. Chueca Sancho** PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. **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. **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.

DIRECTORES

Pascual Aguelo Navarro

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

Aurelia Álvarez Rodríguez

PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO.
UNIVERSIDAD DE LEÓN.

© LEX NOVA 2003

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

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Sumario:

[5] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

- [9] I. La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990
AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
- [53] II. Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea
KATIA FACH GÓMEZ

NOTAS Y COLABORACIONES. DOSSIER CONTINGENTE 2003:

- [67] I. El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003
PASCUAL AGUELO NAVARRO y PILAR CHARRO BAENA
- [107] II. Sobre la ilegalidad del Contingente 2002. Comentario a la Sentencia de 18 de noviembre de 2002, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Dos de Valencia
GONZALO BOU FERNÁNDEZ
- [113] III. Comentarios a una sentencia sobre denegación de permiso de trabajo y residencia
MARÍA GONZÁLEZ PENEDO
- [119] IV. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sobre Contingente 2002

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [131] Índice analítico de voces
- [131] Asilo
 - [143] Exención del visado
 - [150] Visados
 - [151] Expulsión
 - [160] Permiso de residencia
 - [170] Suspensión
 - [174] Procedimiento sancionador

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [177] Derecho al trabajo
- [189] Permiso de trabajo
- [206] Derecho penal
- [213] Homologación de títulos
- [218] Nacionalidad
- [223] Régimen comunitario

[230] Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003

[231] Incidencia del tratado concertado entre España y Uruguay en el siglo XIX sobre los flujos migratorios del siglo XXI

MARÍA LUISA TRINIDAD GARCÍA

[259] CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE:

[251] I. Crónica legislativa de un semestre

[251] Fuentes internacionales

[251] Marco multilateral

[252] Normas y actos de la Unión Europea

[252] Convenios multilaterales y bilaterales que vinculan a España en materia de extranjería

[254] Normas internas. Fiscalía

[256] Propuestas y anteproyectos

[257] II. Europa en breve. Información semanal de la delegación en Bruselas

[269] III. Anexo legislativo: Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados miembros en el acuerdo sobre el espacio económico Europeo

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[285] Notas bibliográficas

[293] I. El auto de medidas provisionales dictado por el TIJ el 5 de febrero de 2003 en el caso México/Estados Unidos

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

[299] II. Asilo por motivos de género

KAREN MUSALO

[305] III. El Derecho Internacional ante la guerra de Iraq

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

[313] IV. Jornadas sobre Extranjería

[315] V. Última hora

EDITORIAL

De nuevo, en vuestras manos, tenéis la revista de Derecho Migratorio y Extranjería, que deseamos se haya convertido en material de obligada consulta para todos quienes trabajamos en este campo tan especial del Derecho.

Os agradecemos la magnífica acogida del primer número de la Revista que esperamos haya respondido a las expectativas anunciadas. El esfuerzo merecía la pena y aun con deficiencias, inevitables en este comienzo de su andadura, estamos satisfechos por el resultado.

La codirección de la Revista no es casual y responde a una voluntad expresa del equipo directivo de fusionar el mundo teórico-académico y el escenario práctico-profesional como único método capaz de ayudar a transformar nuestra realidad cotidiana. Desde luego, la tarea no resulta sencilla y cabe el peligro de desequilibrar la balanza y no responder a las expectativas de unos y de otros. Pero, estamos seguros que, con el apoyo de todos, con vuestros comentarios, sugerencias y aportaciones ajustaremos al máximo su contenido.

Si en el Editorial del primer número de la Revista señalábamos que el nexo común de todos los colaboradores es la defensa de los Derechos Humanos y su Universalidad, entre los que desde luego se encuentra el Derecho a vivir en Paz y sin amenazas de guerra, hoy podemos añadir que otro punto común es esta forma de ver y hacer las cosas.

La Comisión Asesora cuenta dos nuevos juristas de reconocido prestigio en este campo jurídico y que intenta mantener el equilibrio enunciado. Así, se incorporan Javier de Lucas Martín, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia y Juan Luis Ibarra Robles, Magistrado-Presidente de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

El Sumario de la Revista dedica el apartado doctrinal a dos temas de gran actualidad: el estatuto europeo de los residentes no comunitarios y la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990.

Por otra parte, dada su importancia para el trabajo profesional ha parecido necesario incorporar un Dossier lo más completo posible sobre el Contingente 2003, que pretende ser un material imprescindible al que acudamos cada vez que nos encontremos ante un asunto de contratación de extranjeros por este sistema. Se incorporan las sentencias más recientes dictadas sobre el tema y dos notas elaboradas por los letrados que interpusieron los recursos que han dado lugar a las sentencias de Alicante y Valencia.

Atentos a la actualidad, se recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, que anula 11 artículos del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000, incluyendo un resumen de los artículos afectados por la resolución del Alto Tribunal.

La Revista incorpora de una forma extensa la doctrina jurisprudencia más actual y la crónica legislativa del cuatrimestre que incluye el texto de la nueva regulación del régimen jurídico de los ciudadanos comunitarios y sus familiares. Se ha introducido un apartado nuevo muy interesante que consiste en una selección del Boletín, “Europa en breve”, que elabora la Delegación en Bruselas del Consejo General de la Abogacía Española.

Por último, en el apartado de Noticias y Convocatorias se han incluido dos textos de gran actualidad sobre el Asilo por motivos de género y un artículo sobre El Derecho Internacional ante la Guerra de Irak. Unas extensas notas bibliográficas y listado de convocatorias completan el número 2 de la Revista.

Artículos

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990

RESUMEN

Este artículo pretende dar noticia de la próxima entrada en vigor del Convenio internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, de 18 de diciembre de 1990. La vigésima ratificación realizada por Guatemala permitirá que el 1 de julio de 2003, al fin este texto, que comenzó a elaborarse en los años ochenta, consiga ser obligatorio. Ahora bien, el núcleo central del trabajo se fija en el análisis del contenido jurídico del texto convencional. A lo largo del artículo se presentan los objetivos del Convenio, se delimita el ámbito personal de aplicación, los Derechos Humanos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares, sean documentados o no documentados. Finalmente, se analiza la eficacia práctica del Convenio concluyendo sobre la importancia de que este texto al fin entre en vigor; y, que, además, sea ratificado por el mayor número de Estados, siendo recomendable su obligatoriedad para España.

This article seeks to give news of the next coming into effect of the International Agreement on the protection of all migrant workers and their relatives, of December 18th, 1990. The twentieth ratification carried out by Guatemala will allow that on 1st July 2003, this text, that began to be elaborated in the 80's, be able finally to be obligatory. Now then, the central nucleus of the work is centred on the analysis of the juridical content of the conventional text. Along the article the objectives of the Agreement are presented, it is defined the personal field of application, the human rights of all migrant workers and their relatives, be these documented or not documented. Finally, the practical effectiveness of the Agreement is analyzed concluding about the importance that this text finally goes into effect; and that, also, be ratified by the biggest number of States, being advisable its obligatory nature for Spain.

SUMARIO

I. Introducción: próxima entrada en vigor de un convenio internacional sobre protección de los trabajadores migrantes.

II. Antecedentes y elaboración del Convenio internacional sobre protección de los trabajadores migrantes. A) Antecedentes de la elaboración de normas internacionales sobre protección de los trabajadores migrantes. B) Proceso de elaboración del Convenio internacional sobre protección de los trabajadores migrantes.

III. Otros trabajos de Naciones Unidas en materia de protección de los derechos de los trabajadores migrantes y familiares.

IV. Objetivos del Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990. A) Incorporación del principio de no discriminación en el reconocimiento de Derechos. B) Reconocimiento de los derechos humanos fundamentales de trabajadores migrantes no documentados. C) Concesión de derechos adicionales a trabajadores migrantes documentados. D) Eliminación de los movimientos ilegales.

V. Delimitación del ámbito personal de aplicación del Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990. A) Determinación de los destinatarios. a) Trabajadores beneficiados por el Convenio. b) Interpretación del término “familiares” incluidos entre los beneficiarios del Convenio. c) Trabajadores excluidos de la aplicación del Convenio. B) Definición de trabajador migrante. a) Antecedentes mediatos. a’) Convenios n^{os} 97 y 143 de la Oficina Internacional de Trabajo. b’) Carta Social Europea. b) Antecedentes inmediatos: Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante.

VI. Los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias. A) Análisis de los diferentes derechos humanos que gozan los trabajadores migrantes no documentados. B) Comparación de los derechos humanos recogidos en el Convenio con otros textos internacionales.

VII. Los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familiares documentados. A) Análisis de los diferentes derechos económicos y culturales. B) Comparación de esos derechos con los previamente recogidos en otros textos internacionales.

VIII. Eficacia práctica del Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990: Sistema de protección de los derechos reconocidos en el Convenio. A) Creación del Comité: composición y funciones.

Protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

I

B) Quejas y reclamaciones por incumplimiento del Convenio. C) Comparación de esa protección con los mecanismos previstos en otros textos internacionales.

IX. Conclusiones.

X. Fuentes internacionales de origen convencional. A) Las Declaraciones de derechos de las Naciones Unidas. B) Convenciones promovidas por Naciones Unidas. C) Resoluciones del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos. D) Textos promovidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). E) Convenios y Acuerdos europeos.

XI. Bibliografía básica.

XII. Direcciones útiles de internet.

I. INTRODUCCIÓN: PRÓXIMA ENTRADA EN VIGOR DE UN CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

En breve –probablemente el 1 de julio de 2003– entrará en vigor el Convenio internacional sobre la protección de los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptado el 18 de diciembre de 1990¹, ya que este texto, en su artículo 87, exige el depósito de veinte ratificaciones para su entrada en vigor.

Al fin después de doce años esto ha sucedido. Tras una campaña de promoción del mismo se ha logrado la tan ansiada vigésima ratificación². Ciertamente, no es fácil entender, que un texto tan necesario dado el colectivo al que va dirigido haya sido tan lento en su nacimiento como en su obligatoriedad. En cuanto a la gestación fueron necesarios más de diez años de arduos debates y amplias discusiones en el seno de Naciones Unidas, para lograr su firma; en cuanto a su obligatoriedad se ha pospuesto otros doce años, por la necesidad de las veinte ratificaciones.

Esto nos lleva a pensar que parece que la Comunidad Internacional, tan preocupada por los migrantes y sus familiares, no está sensibilizada suficientemente por este colectivo. Ello es fácil de argumentar a la vista de los países que han dado el paso adelante para un futuro mejor y una protección –un poco más nítida– de los derechos humanos de los migrantes.

Es preciso señalar que en el momento que entre en vigor la Convención –con casi total seguridad el 1 de julio de 2003– ésta será obligatoria para los siguientes Estados: Azerbaiyán, Belice,

(1) El texto de este Tratado puede ser consultado en su versión española, en Internet (http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/m_mwctoc_sp.htm). El estado de ratificaciones puede ser consultado en Internet (http://www.un.org/Depts/Treaty/final2/neufiles/part_boo/iv_boo/iv_13.htm).

(2) Para la campaña de promoción de la ratificación del texto convencional se ha realizado libro por MIGRANTS RIGHTS INTERNATIONAL: *Alcanzando la dignidad. Manual del Promotor de la Convención de los Derechos de los Migrantes*, Ginebra, 3ª impresión, abril 2000.

Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Cabo Verde, Colombia, Ecuador, Egipto, Filipinas, Ghana, Guatemala, Guinea, Marruecos, México, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Tayikistán, Uganda y Uruguay³. Con relación a España llama la atención que sólo se sienta como país receptor de inmigrantes y se ha olvidado de sus emigrantes –trabajadores españoles residentes en el extranjero y sus descendientes– y, por el momento, parece poco interesada en su ratificación⁴.

En todo caso, debemos dar la bienvenida al nuevo texto; sin embargo, no debe olvidarse gracias a qué Estados entra en vigor y por supuesto hacer una especial referencia a un país en particular: Guatemala, que finalmente ha hecho posible la vigésima ratificación; y por su parte a Timor Leste (Timor Oriental), que parecía que iba a ser el país que permitiera la entrada en vigor del texto, ya que se produjo la adhesión de su Parlamento el día 10 de diciembre de 2002 –un día tan señalado como la celebración del 54 aniversario de la Declaración de Derechos Humanos– y con el beneplácito expreso de la Organización Internacional para las Migraciones (–en adelante OIM–)⁵ el 18 de diciembre –Día Internacional del Migrante en todo el mundo– para celebrar su doce cumpleaños⁶. Concretamente, el Director General de la OIM, Brunson McKINLEY, señalaba al respecto:

“... la Convención puede constituir una importante contribución a los empeños para promover una gestión efectiva de la migración. La protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes es un elemento clave de una perspectiva global de gestión de la migración que satisfaga las necesidades de una población mundial en constante movimiento y de una economía global integrada.”

(3) A fecha catorce de marzo del año actual (14-III-2003), la Convención ha recibido 20 ratificaciones y 11 adhesiones (<http://www.december18.net/e-UNconvention.htm>). Por el momento han ratificado el texto los siguientes países: Azerbaiyan (11-I-1999); Belice (14-XI-2001); Bolivia (12-X-2000); Bosnia-Herzegovina (13-XII-1996); Cabo Verde (16-IX-1997); Colombia (24-V-1995); Ecuador (5-II-2002); Egipto (19-II-1993); Filipinas (5-VII-1995); Ghana (8-IX-2000); Guinea (8-IX-2000); Marruecos (21-VI-1993); México (8-III-1999); Senegal (9-VI-1999); Seychelles (15-XII-1994); Sri Lanka (16-III-1996); Tayikistán (8-I-2002); Uganda (14-XI-1995) y Uruguay (15-II-2001). En cambio, son Estados signatarios los siguientes Estados: Bangladesh (7-X-1998); Burkina Faso (16-XI-2001); Chile (24-IX-1993); Las Comoras (22-IX-2000); El Salvador (13-IX-2002), Guinea-Bissau (12-IX-2000); Paraguay (13-IX-2000); Santo Tomé y Príncipe (6-IX-2000) Sierra Leona (15-IX-2000); Togo (15-XI-2001); Turquía (13-I-1999); Guatemala (14-III-2003).

(4) En concreto en el año 2001 la población española residente en el extranjero ascendía a un millón cuatrocientos trece mil trescientos cincuenta y tres españoles (1.413.353) (Vid. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Anuario de Migraciones 2002*, Madrid, Dirección General de Ordenación de las Migraciones, 2002, p. 23). En cambio, según la misma fuente y el mismo año en España residían legalmente un millón ciento nueve mil sesenta extranjeros (1.109.060) (*ibid.*, pp. 196, 228).

(5) La OIM, en su calidad de organización intergubernamental, trabaja con sus asociados de la comunidad internacional para: velar por el respeto de la dignidad humana y el bienestar de los migrantes; alentar el desarrollo social y económico a través de la migración; ayudar a encarar los desafíos operativos que plantea la migración; y fomentar la comprensión de las cuestiones migratorias. Para la realización de estas labores cuenta con 98 Estados miembros, 33 Observadores provenientes de Estados y de toda una serie de organizaciones que contribuyen a la sociedad civil. En definitiva esta OI está consagrada a defender el principio de que la migración en forma ordenada y condiciones humanas beneficia a los migrantes y a la sociedad.

(6) OIM, nº 857, 18 de diciembre de 2002, pp. 1-2.

La Convención establece las normas para la protección de los trabajadores migrantes y los mecanismos para investigar abusos potenciales. Promueve la cooperación entre Estados a la hora de encarar estas cuestiones y, en particular, en la lucha contra la trata y el tráfico de personas.

La población mundial es cada vez más móvil. Al haber alrededor de 175 millones de migrantes internacionales en el mundo, la migración se ha convertido en un componente esencial, inevitable y potencialmente benéfico de la vida económica y social de cada país y región del mundo⁷.

II. ANTECEDENTES Y ELABORACIÓN DEL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

A) Antecedentes de la elaboración de normas internacionales sobre protección de los trabajadores migrantes

La necesidad de otorgar una protección eficaz a los problemas que se les plantean a los trabajadores migrantes y a sus familias se ha configurado desde principios de siglo como una de las prioridades y preocupaciones del Derecho Internacional. En concreto, la reunión de la Comisión Técnica de la Asociación para el Progreso Social, celebrada en Lieja los días 4 y 5 de julio de 1930, adoptó el siguiente acuerdo:

“... Que los organismos internacionales preparen y elaboren un proyecto de Recomendación o de Convenio internacional, que contenga los principios directores del Derecho internacional de las migraciones humanas propuestos a las naciones para su aplicación en las Leyes, los Convenios bilaterales o los Tratados de alcance más amplio.”⁸

Los principios internacionales debían inspirarse en las siguientes normas:

A) Desde el punto de vista social:

1º Que los organismos internacionales prosigan y acentúen su obra de protección al emigrante durante sus desplazamientos.

2º Que procuren apresurar la realización de la igualdad económico y social a los trabajadores extranjeros y a los nacionales.

(7) El Sr. McKinley añadió: “... la migración es un fenómeno dinámico, que concierne a grandes cantidades de interlocutores. Los países en todas partes del mundo tienen el interés común de instaurar perspectivas globales de gestión de la migración que velen por la seguridad y dignidad de los migrantes, al tiempo que satisfacen las necesidades nacionales en materia de empleo, crecimiento, desarrollo y seguridad. Los migrantes aportan una contribución positiva a la sociedad mundial actual. La clave no está en impedir la movilidad sino más bien en encauzarla adecuadamente” (OIM, nº 857, 18 de diciembre de 2002, pp. 1-2).

(8) Cf. L. MARTÍN GRANIZO: *La política internacional de las migraciones de trabajadores*, Madrid, Imprenta y Encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1930, pp. 22-25.

B) Desde el punto de vista económico:

Que contribuyan a una mejor y más completa organización del mercado internacional del trabajo, reuniendo y distribuyendo las informaciones relativas a las necesidades y a las disponibilidades de la mano de obra.

C) Desde el punto de vista político:

En interés de la paz internacional y del legítimo respeto a la dignidad humana, que los Convenios contengan el compromiso sobre la base de la reciprocidad:

a) Por parte de los países de emigración, de no hacer nada para contrariar la adaptación y la asimilación eventual de sus emigrantes a las poblaciones del país de emigración, y de abstenerse de toda acción que tenga por objeto la consolidación de los lazos naturales que continúen uniendo al emigrante con su patria;

b) Por parte de los países de inmigración, de no hacer nada para provocar la desnacionalización forzada de los emigrantes y de abstenerse de toda acción que tenga por objeto apresurar su libre determinación de convertir en patria de adopción el país en que se han establecido⁹.

Por otro lado, en la primera Conferencia Internacional de Juristas, sobre la situación jurídica y social de los trabajadores emigrantes en Europa, celebrada en París en enero de 1974, se alcanzaron varias propuestas entre las que se pueden destacar:

“1º Que la política de emigración deberá, en el futuro, ser concertada por los gobiernos de los países de inmigración y de aquéllos de donde son originarios los trabajadores, *respetando los principios de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre*;

2º Que, en los países de inmigración, los gastos de equipo y de infraestructura socioculturales requeridos por la acogida de los trabajadores emigrantes deberían ser integrados en el coste económico de la inmigración;

3º Que junto a los problemas económicos, políticos y sociales que suscita la inmigración de trabajadores, incumbe a los juristas trazar las grandes líneas de *una política legislativa suprimiendo toda suerte de discriminaciones*;

4º Que conviene elaborar un estatuto internacional de los trabajadores emigrantes, asegurándoles un conjunto de garantías efectivas en todos los países de inmigración;

5º Que es importante y *urgente asegurar a aquéllos una protección eficaz contra las manifestaciones de racismo o de xenofobia*.”¹⁰

(9) *Ibíd.*, 24-25.

(10) Cf. F. SOTO NIETO: “La tutela del trabajador en el extranjero”, *Documentación Jurídica*, nº 5, 1975, pp. 90-91.

Protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

| I

Poco más tarde, en un Informe del Consejo Económico y Social de 1975, se ponía de manifiesto la “precaria situación de los trabajadores migrantes en el mundo y se exhortaba a encontrar medidas de protección de este tipo de trabajadores”¹¹.

Los problemas de estas personas, que se ven obligadas a buscar los recursos económicos mínimos para poder subsistir fuera del país del que son nacionales, se han visto incrementados, considerablemente, desde finales de la década de los setenta¹², y en la actualidad parecen prácticamente irresolubles. Sin embargo, cobran especial relevancia, en estos momentos, en los que la importancia y la magnitud del fenómeno de las migraciones abarca a millones de personas y afecta a un gran número de países de la comunidad internacional¹³.

El trabajador migrante, en tanto que ser humano particularmente vulnerable debe recibir con prioridad, protección y asistencia desde la perspectiva jurídica¹⁴. Con esta finalidad, se nombró, en el Seno de las Naciones Unidas, un Grupo de trabajo encargado de la elaboración de un Convenio sobre la materia. Este Grupo de Trabajo se creó en virtud de la Resolución 34/172, de 17 de diciembre de 1980¹⁵.

(11) Cf. SH. HUNE: “Los orígenes y la importancia de la Convención”, Proclamación de los Derechos de los migrantes. La nueva Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, *Boletín informativo del Consejo Mundial de las Iglesias para los migrantes en Europa*, nº 3, p. 3.

(12) Vid. C. KENNEDY-BRENNER: *Les travailleurs étrangers et les politiques d'immigration. Le cas de la France*, París, Centre de développement de l'organisation de coopération et de développement économiques, 1979, pp. 102-111.

(13) Vid. ponencia presentada por P. TARAN: “Orígenes e importancia de la Convención”, en *Simposio sobre el Derecho Internacional y los Derechos de los inmigrantes. Presente y Futuro de la inmigración en Europa*, organizado por la Delegación diocesana de inmigrantes, Cáritas-Madrid, Justicia y Paz-Madrid, celebrado los días 24 y 25 de abril de 1992.

(14) La inseguridad en la que se encuentran y la inadaptación de los textos jurídicos destinados a protegerlos ha sido puesta de manifiesto en múltiples ocasiones (Cf. R. PLENDER: “Les Droits de l'homme des étrangers en Europe”, *Colloque sur Les Droits de l'homme des étrangers en Europe*, Organisé par le Secrétariat Général du Conseil de l'Europe en coopération avec les ministères de la Justice et des Affaires étrangères du Portugal et du Gouvernement régional de Madère, Funchal, 17-19 octobre 1983, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1983, p. 2; A. BORRÁS RODRÍGUEZ: “Los estatutos de los extranjeros en España”, *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*, Madrid, Escuela Diplomática y Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, 1998, p. 17.

(15) Cf. SH. HUNE: loc. cit., p. 3.

B) Proceso de elaboración del Convenio internacional sobre protección de los trabajadores migrantes

Tras diez años de trabajo y de constantes negociaciones y consultas¹⁶, se logró la firma de la Convención internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990¹⁷.

Este Tratado, que parte de “la situación de inseguridad y vulnerabilidad en que, con frecuencia, se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades que puedan encontrar en razón de su presencia en el Estado de empleo”, contiene un catálogo de derechos destinados a los trabajadores inmigrantes y a sus familiares¹⁸.

Por ello, los Estados, en el seno de las Naciones Unidas, aun a sabiendas de que la protección se podría lograr recurriendo a múltiples tratados internacionales¹⁹, se propusieron un texto único con la siguiente finalidad:

(16) Antes de haber concluido la negociación, en el seno de Naciones Unidas, se celebró el 13 de agosto de 1984, la Conferencia Internacional de población en cuyo punto 5, sobre migración internacional se abordaron los siguientes aspectos: a) orientaciones generales para la formulación de políticas sobre migración internacional: Recomendaciones 45 a 47; b) Trabajadores documentados: Recomendaciones 48 a 51; c) Trabajadores migrantes indocumentados: Recomendaciones 52 y 53.

(17) El texto del tratado (vid. nota 1). Sobre el contenido del tratado: Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los trabajadores migrantes, de 18 de diciembre de 1990”, *REDI*, vol. XLIV, 1992-2, pp. 711-713; íd., “El contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la Asamblea General de la Naciones Unidas mediante Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990”, *Migraciones*, nº 5, 1999, pp. 121-160. M. HASENAU: “Setting Norms in the United Nations System: The Draft Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and their Families in Relation to ILO in Standards on Migrant Workers”, *International Migration*, vol. XXVIII, 1990-2, pp. 133-158; MIGRANTS RIGHTS INTERNATIONAL: *Alcanzando la dignidad. Manual del Promotor de la Convención de los Derechos de los Migrantes*, Ginebra, 3ª impresión, abril 2000. Este libro ha sido escrito por: P.A. TARAN: “Sección I y II”; S. HUNE: “Sección 3ª”; C. TACTAQUIN, P.A. TARAN: “Sección IV”, Editado y publicado: Sarah Stephens, Consultora para la IMRWC.

(18) En este sentido se manifestaba el punto nº 13 de la Introducción “Diez años de trabajo, 19 reuniones del Grupo Abierto de Trabajo y gran número de reuniones organizadas por el grupo MESCA han dado su fruto. La Oficina ha intervenido en medida considerable en todo este trabajo y ha informado regularmente a la Comisión y al Consejo de Administración acerca de los objetivos que se ha propuesto, de posibles duplicaciones y conflictos con convenios de la OIT ya existentes y, en general, de los progresos en la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas” (Cf. Oficina Internacional del Trabajo. Consejo de Administración, “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, Ginebra, febrero-marzo 1991, GB.249/IO/3/2, 249ª reunión, p. 5).

(19) A modo de ejemplo, en el seno de la OIT: Vid. El Convenio relativo a los trabajadores migrantes (nº 97); Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (nº 143); y las Recomendaciones relativas a los trabajadores migrantes (nºs 86 y 151); así como los Convenios relativos al trabajo forzoso u obligatorio y la abolición del trabajo forzoso u obligatorio (nºs 29 y 105). En el ámbito de los Derechos fundamentales: Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención internacional sobre la eliminación de

Protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

| I

“... establecer normas que puedan contribuir a armonizar las actitudes de los Estados mediante la aceptación de los principios fundamentales relativos al tratamiento de los trabajadores migratorios y de sus familiares.”

En el texto final del Convenio se plasma la aceptación de unos principios fundamentales relativos al tratamiento de los trabajadores migrantes y de sus familiares que pretenden alcanzar, al menos cuatro objetivos, que analizaremos en los apartados IV a VIII de este artículo²⁰.

Años después, en el seno de la Comisión de Derechos Humanos, órgano subsidiario y dependiente del Consejo Económico y Social, se creó en 1997 un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, formado por 5 personas, para reunir información y elaborar recomendaciones en esta materia. El citado Grupo de Trabajo terminaba sus tareas en octubre de 1998 con un Documento preparado por su Presidente/Relator, el mexicano D. Jorge A. Bustamante, donde se abordan cuestiones sobre el marco conceptual de referencia sobre la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de Derechos Humanos o el “etiquetado” de los migrantes como “desviados”²¹.

En 1999 la Comisión de Derechos Humanos nombró, como Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los migrantes, a Gabriela Rodríguez Pizarro²².

Ahora bien, junto con la Convención de 1990 sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, que pasamos a abordar en los próximos apartados (IV a VIII), no debemos olvidar la existencia de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York, el 20 de noviembre de 2000²³. Esta Convención se complementa con dos Protocolos Adicionales:

todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; y, la Convención sobre la esclavitud.

(20) Vid. notas 1 y 3.

(21) Se puede consultar en Internet tanto el programa provisional de actuación (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social E/CN.4/1998/76, de 10 de marzo de 1998) como las medidas adoptadas (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social E/CN.4/AC.46/1998/5, de 8 de octubre de 1998).

(22) Esta Relatora Especial presentó ya tres informes anuales: Primer Informe (vid. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social E/CN.4/2000/82, de 6 de enero de 2000, pp. 1-19); Segundo Informe (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social E/CN.4/2001/83, de 9 de enero de 2001); y su tercer informe anual sobre trabajadores migrantes se finalizó el 15 de febrero de 2002 (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social E/CN.4/2002/94, de 15 de febrero de 2002, pp. 1-28). Dicho Informe fue presentado en la Asamblea General el 9 de agosto de 2002 (Naciones Unidas, Asamblea General, de 9 de agosto de 2002, pp. 1-17).

(23) La entrada en vigor de este Convenio, según lo previsto en su artículo 38, exige, cuarenta ratificaciones (<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/Sorganizedcrime.html>). Para localizar material acerca de este Convenio y otros textos normativos sobre la trata de personas: Vid. I. LAROCHE: “La trata de personas: Documentos y material”, <http://www.december18.net/e-traffickingconventions.html>.

- Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire²⁴; y,
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños²⁵.

Tanto este último Convenio como los dos Protocolos nuestro país no los ha ratificado y con relación al Convenio ni tan siquiera ha iniciado los trabajos de petición de autorización a las Cortes Generales. Ahora bien, de alguna manera, aplicaremos sus normas ya que en la Unión Europea se encuentran muy avanzados los trabajos sobre la Propuesta de Directiva del Consejo, relativa al permiso de residencia de corta duración para las víctimas de la inmigración ilegal o de trata de seres humanos que cooperen con las autoridades competentes²⁶. El objetivo de esta propuesta de Directiva consiste en reforzar los instrumentos de lucha contra la inmigración ilegal, creando un permiso de residencia destinado a las víctimas de la ayuda a la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, y cuyo régimen les anima a cooperar con las autoridades competentes contra los presuntos pasadores de fronteras o traficantes explotadores de extranjeros²⁷.

(24) Texto del Protocolo (*BOCG, Sección Cortes Generales, VII Legislatura, Serie A, nº 186, 8 de agosto de 2001, pp. 1-9*). España todavía no ha ratificado este Protocolo pero probablemente nuestro país se obligue con cierta rapidez pues ya han concluido todos los trabajos parlamentarios previos a su ratificación (vid. nº expediente en el Congreso: 110/000109, calificado el 23 de octubre de 2001 y concluido el procedimiento de autorización el 7 de noviembre de 2001).

(25) Texto del Protocolo (*BOCG, Sección Cortes Generales, VII Legislatura, Serie A, nº 187, 8 de agosto de 2001, pp. 1-7*). España todavía no ha ratificado este Protocolo pero probablemente nuestro país se obligue con cierta rapidez pues ya han concluido todos los trabajos parlamentarios previos a su ratificación (vid. nº expediente en el Congreso: 110/000110, calificado el 23 de octubre de 2001 y concluido el procedimiento de autorización el 7 de noviembre de 2001).

(26) *Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 11-II-2002, COM (2002) 71 final/2002/0043*. Por el momento, se ha aprobado la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI) (*DOCE L nº 203, de 1-VIII-2002, pp. 1-4*) y se ha hecho una Propuesta de Plan Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea (*DOCE C nº 142, de 14-VI-2002, pp. 23-36, esp. p. 33*). Vid. nota 38.

(27) Mediante esta Propuesta de Directiva del Consejo, relativa al permiso de residencia de corta duración para las víctimas de la inmigración ilegal o de trata de seres humanos que cooperen con las autoridades competentes, se expide a las víctimas, definidas como aquellos nacionales de terceros países, que hayan sufrido perjuicio directamente causado por un comportamiento incluido en la ayuda a la inmigración ilegal o la trata de seres humanos que hayan alcanzado la mayoría de edad (art. 3) un permiso de residencia de corta duración (arts. 1 y 3). Cuando las autoridades policiales entren en contacto con personas que puedan razonablemente ser consideradas como víctimas, les informarán de la existencia del permiso de residencia de corta duración (art. 7). Si la víctima rompe efectivamente toda relación con los presuntos autores de las figuras delictivas, dispondrá de un período de reflexión de treinta días para decidir con pleno conocimiento de causa si desea ampliar su cooperación con las autoridades policiales y judiciales (art. 8). Durante este período de reflexión, el Estado miembro concederá a la víctima una ayuda en función de sus necesidades (alojamiento conveniente, asistencia médica y psicológica urgentes y las prestaciones sanitarias. Además los Estados garantizarán gratuitamente a la víctima una asistencia jurídica y lingüística (art. 9). En este mismo período, la autoridad encargada de la investigación y las diligencias judiciales que, según los casos y según los Estados, puede ser la autoridad judicial o la autoridad policial, determinarán si necesita la presencia de la víctima en la investigación o en el inicio de las diligencias judiciales contra los presuntos autores. Corresponde también a esta autoridad pronunciarse sobre la voluntad de la víctima a cooperar, y sobre la realidad de la ruptura de sus vínculos con los presuntos autores. La cooperación de la víctima podrá revestir varios aspectos, desde simplemente proporcionar información o presentar una denuncia, hasta testificar en un posible juicio. Si estas tres condiciones se cumplen y si la víctima no representa una amenaza para el orden público y la seguridad interior, se le expedirá un permiso de residencia de corta duración de 6 meses. Este permiso de residencia abre el acceso al mercado laboral, a la enseñanza y a la formación profesional (art. 10). Los Estados miembros pueden hacer por último que partici-

III. OTROS TRABAJOS DE NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y FAMILIARES

Partiendo de lo que hemos expuesto podemos afirmar que las acciones de las Naciones Unidas en materia de protección de los trabajadores migrantes y sus familias pueden dividirse en dos grandes apartados: acciones normativas y acciones de promoción de los derechos de los inmigrantes. La acción de promoción se estructura en estos momentos en la existencia de una Relatora Especial sobre Derechos Humanos de los trabajadores migrantes y de sus familiares.

Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatora Especial presentó su tercer informe anual sobre trabajadores migrantes el 15 de febrero de 2002. Según dicho Informe, la Relatora debe examinar los medios necesarios para superar los obstáculos a la protección plena y efectiva de los Derechos Humanos de los migrantes.

En este Informe se pone de manifiesto que los migrantes son un grupo vulnerable, los no ciudadanos sufren discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia. En su Informe, a modo de ejemplo, se abordan temas como el tráfico de inmigrantes, la trata de personas: especialmente mujeres, niñas y niños (situación de la mujer migrante, niños y niñas no acompañados), nexos entre asilo y migración, así como la situación posterior al 11 de septiembre²⁸.

La Relatora Especial, según consta en el Informe citado, –además de participar en conferencias, reuniones, seminarios, y de colaborar con otros Relatores Especiales– realiza varias actividades entre las que destacamos fundamentalmente cuatro: acciones urgentes, envío de comunicaciones, visitas y recepción de denuncias en las que se afirma que se violan los Derechos Humanos de los inmigrantes²⁹.

La Relatora realiza acciones urgentes, por ejemplo intentando evitar la ejecución de extranjeros cuyos derechos muchas veces no han sido respetados por Arabia Saudí, Bahréin, España, Estados Unidos, Indonesia, Líbano, República Islámica del Irán, Tonga, y Turquía³⁰.

pe en un programa de integración en el Estado miembro para su instalación o el regreso a su país (art. 15). El permiso de residencia se renueva bajo las mismas condiciones que las de su expedición. Termina cuando una decisión judicial pone fin al proceso. En ese momento, se aplica el derecho común de extranjería y si la víctima solicita un permiso de residencia por otro concepto, el Estado miembro tendrá en cuenta su cooperación en el marco del proceso penal al examinar la petición. En cambio, el permiso de residencia de corta duración puede retirarse si resulta que la víctima vuelve a entablar vínculos con los presuntos autores o que su cooperación era equívoca (art. 17) [*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 11-II-2002, COM (2002) 71 final, p. 6, pp. 20-26].

(28) Vid. n.º 31 a 53 (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social E/CN.4/2002/94, de 15 de febrero de 2002, pp. 12-16).

(29) Vid. n.º 54 a 88 (ibíd, pp. 17-25).

(30) Vid. n.º 54 a 71 (ibíd, pp. 17-21).

También ha enviado varias comunicaciones a los Gobiernos de los Estados donde se conocen violaciones de los Derechos Humanos de los extranjeros; entre estos cabe mencionar las Comunicaciones a España, Indonesia y Marruecos. Por tratarse de nuestro país, cabe mencionar la enviada, el 15 de noviembre de 2001, al Gobierno español relativa a la situación de dos menores de nacionalidad marroquí que habían sido expulsados de la Ciudad Autónoma de Melilla hacia Marruecos, entregándolos a la policía marroquí sin la presencia de sus familias ni de los servicios sociales³¹.

Por otra parte, también realiza visitas al territorio de distintos Estados con el consentimiento del Gobierno correspondiente. Entre estas cabe destacar las ya hechas a: Ecuador, México –frontera con EEUU–, y Filipinas³².

La misma Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que nombró a la Relatora Especial Gabriela Rodríguez Pizarro, el año 2001 le facultó para que solicite, reciba e intercambie información sobre las violaciones de los Derechos Humanos de los migrantes. Por eso la Relatora Especial preparó un Cuestionario para denuncias de violaciones de Derechos Humanos³³, que tiene como finalidad que la Relatora conozca dichas violaciones y pida a los Gobiernos explicaciones y comentarios al respecto; la información proporcionada es confidencial.

Por otra parte, la Relatora Especial pretende hacer un Informe sobre los derechos humanos de los migrantes en detención. Para recabar información específica sobre este tema se elaboró un cuestionario con 23 preguntas que fue enviado a todos los Estados. Las cuestiones planteadas se centran en tres aspectos: sobre el marco legislativo, sobre las garantías y sobre las condiciones de la detención. En el marco legislativo se pregunta si existe alguna norma interna en virtud de la cual un inmigrante sea privado de libertad por la violación de las leyes migratorias, la autoridad que puede ordenar la privación de libertad, las alternativas existentes, si las infracciones migratorias constituyen delitos penales, etc. (preguntas 1 a 7). Entre las garantías sobresale la información dada al inmigrante en una lengua que comprenda, la asistencia legal gratuita e interpretación, el acceso a la representación consular de su país o el derecho a recibir visitas de familiares, representantes legales y ONG (preguntas 8 a 14). Sobre las condiciones de la detención se pregunta el tipo de instalaciones en el que se produce la privación de libertad, la separación de los presos comunes, la separación hombres-mujeres, tipo de educación al que tienen acceso los menores migrantes privados de libertad, servicios médicos, inspección regular de las instalaciones de internamiento, mecanismos para denunciar, investigar o reparar los abusos cometidos contra los migrantes privados de libertad (preguntas 15 a 23). Dicho cuestionario

(31) Vid. nº 72 (ibid, p. 21).

(32) En concreto se han hecho informes sobre las siguientes visitas: visita oficial realizada al Ecuador (E/CN.4/2002/94/Add1); visita a México (Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. E/CN.4/2003/85/Add2, de 30 de octubre de 2002); y, visita a Filipinas (Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. E/CN.4/2003/85/Add4, de 1 de noviembre de 2002).

(33) [Http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu2/7/b/mming-quest_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu2/7/b/mming-quest_sp.htm).

debería haber sido cumplimentado y enviado a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Ginebra antes del 30 de septiembre de 2002.

Dejando a un lado estos textos que es imposible examinar en el escaso margen de un artículo, pasamos a examinar fundamentalmente el Convenio internacional sobre la protección de los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptado el 18 de diciembre de 1990. Por ello pasamos a continuación a analizar los principios fundamentales relativos al tratamiento de los trabajadores migrantes y de sus familiares que pretenden alcanzar con el texto de un Convenio que como hemos reiterado entrará en vigor en breve –el 1 de julio de 2003–.

IV. OBJETIVOS DEL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIARES DE 18 DE DICIEMBRE DE 1990

A) Incorporación del principio de no discriminación en el reconocimiento de Derechos

El primer objetivo que se logra es el de la incorporación de un estándar mínimo de derechos³⁴. Estos deben ser respetados y garantizados, por los Estados Partes a todos los trabajadores migrantes y a sus familias que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción, los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivo de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición (artículos 1 y 7 del Convenio).

El cumplimiento y respeto de los derechos reconocidos se halla garantizado en el artículo 83 del Convenio, en el que se dispone:

“Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en la presente Convención hayan sido violados pueda obtener una reparación efectiva aun cuando tal violación haya sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad judicial, administrativa o legislativa competente, o cualquier otra autoridad competente prevista en el sistema jurídico del Estado, decida sobre la procedencia de la demanda de toda persona que interponga tal recurso, y que se amplíen las posibilidades de obtener reparación por la vía judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplan toda decisión en que el recurso se haya estimado procedente.”

(34) Sobre la incidencia de la normativa internacional en la delimitación de un sistema de extranjería: Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS: “Extranjería: Principios de Derecho Internacional General”, *Economía y Sociología del Trabajo*, nº 11, 1991, pp. 44-46.

B) Reconocimiento de los derechos humanos fundamentales de trabajadores migrantes no documentados

El segundo objetivo se observa en la redacción de la parte III del Convenio, al asegurar el respeto de los Derechos humanos fundamentales, aun en el supuesto de que los trabajadores y sus familias se encuentren empleados en el Estado de acogida de forma irregular, en muchos casos, en condiciones menos favorables que las de otros trabajadores³⁵. Con ello se pretende, también, impedir y eliminar la explotación de estas personas por parte de determinadas empresas que buscan este tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal.

C) Concesión de derechos adicionales a trabajadores migrantes documentados

El tercer objetivo se puede deducir de la parte IV del Convenio, donde se establece la concesión de determinados derechos adicionales (de carácter económico, social y cultural) a los trabajadores migrantes y a sus familiares que se hallen en situación regular. Los trabajadores documentados tienen reconocido un catálogo más amplio de derechos, puesto que éstos gozarán de los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes y, además, obtendrán esos otros derechos adicionales previstos en los artículos 38-56 del Convenio.

D) Eliminación de los movimientos ilegales

El cuarto objetivo consiste en la eliminación de los movimientos clandestinos o no documentados. Esta finalidad se logrará por dos cauces: bien mediante la propia actuación de los interesados, puesto que la regularización de su situación les permitirá el goce de un mayor número de derechos; o bien mediante la eliminación u obstaculización de los movimientos ilegales por parte de los Estados contratantes³⁶.

(35) En el Preámbulo se tiene en cuenta: "... que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y convencidos por tanto de que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales".

(36) Estos mismos objetivos se pretenden en la Unión Europea: Vid. Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a la expedición de un permiso de residencia de corta duración para las víctimas de la ayuda a la inmigración ilegal o de la trata de seres humanos que cooperen con las autoridades competentes (vid. notas 26 y 27); Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre una política común de inmigración ilegal [*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 15-11-2001, COM (2001) 672 final]; Propuesta Libro Verde de la Comisión, relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales [*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 10-04-2002, COM (2002) 175 final] y Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales [*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 14-10-2002, COM (2002) 564 final].

Protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

| 1

En concreto, en la parte VI del Convenio se arbitran una serie de medidas para eliminar y combatir los movimientos migratorios no regulares y el empleo ilegal o sumergido realizado por los no nacionales³⁷. Con la primera medida se pretende la eliminación de los movimientos clandestinos. Concretamente, el artículo 67 persigue esta finalidad mediante la adopción de medidas que potencien el retorno de los trabajadores migrantes y sus familiares al país de origen³⁸. En el apartado primero de la última disposición mencionada se regula el retorno para tres casos específicos: cuando el trabajador y su familia decidan regresar; cuando expire su permiso de residencia o empleo; o cuando se encuentren en situación irregular en el Estado de empleo.

La segunda medida trata de impedir, o al menos de obstaculizar, la inmigración irregular así como la contratación de trabajadores migrantes en situación irregular. En este sentido se orienta el apartado primero del artículo 68 al promover:

- “a) Medidas adecuadas contra la difusión de información engañosa en lo concerniente a la emigración y la inmigración;
- b) Medidas para detectar y eliminar los movimientos ilegales o clandestinos de trabajadores migratorios y sus familiares y para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen o dirijan esos movimientos o presten asistencia a tal efecto³⁹;
- c) Medidas para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que hagan uso de la violencia o de amenazas o intimidación contra los trabajadores migratorios o sus familiares en situación irregular.”

Con la tercera vía se pretende eliminar el mantenimiento o permanencia de la situación de ilegalidad. En concreto, el artículo 69 persigue este objetivo al aconsejar a los Estados que esa situación no debe persistir y que en caso de que consideren la posibilidad de regularizar la situación de dichas personas tengan en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en los Estados de empleo⁴⁰ y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar.

(37) El Grupo MESCA (grupo de países mediterráneos y escandinavos compuesto por: España, Finlandia, Grecia, Italia, Noruega, Portugal y Suecia), pretendía disuadir la migración y el empleo ilegales (considerandos 13, 14 y 15 del preámbulo).

(38) El apartado 2 del art. 67 del Convenio de 1990 establece que: “Por lo que respecta a los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren en situación regular, los Estados Partes interesados cooperarán de la manera que resulte apropiada, en las condiciones convenidas por esos Estados, con miras a fomentar condiciones económicas adecuadas para su reasentamiento y para facilitar su reintegración social y cultural duradera en el Estado de origen”.

(39) Para eliminar la contratación irregular, se tomarán medidas, incluso, si procede, mediante la imposición de sanciones a los empleadores de esos trabajadores (art. 68.2).

(40) El Gobierno italiano resolvió el problema de los inmigrantes ilegales, mediante la concesión de permiso de residencia a 250.000 inmigrantes que residían de modo ilegal en el país. Los requisitos se han limitado a vivir en Italia desde marzo de 1998 y tener trabajo estable, domicilio fijo y carecer de antecedentes penales. Entre los beneficiarios figuran 40.000 albaneses, 24.400 rumanos; 23.000 marroquíes; 20.000 chinos; 12.000 nigerianos y 10.000 senegaleses (vid. A. CARNICERO: “Europa Apuesta por la multiculturalidad”, *Carta España. Revista de Emigración e Inmigración*, nº 538, abril 1999, p. 29. En España ha habido varias regularizaciones desde 1991 hasta julio de 2001. El alto número de inmigrantes no documentados existente en nuestro país generó en un primer momento la apertura de un proceso excepcional a mediados de 1991. En con-

De todas formas, este compromiso no supone, para los Estados Parte del Convenio, ni la exigencia de regularizar a los indocumentados⁴¹ ni la imposición de unos límites al legislador interno a la hora de elaborar o de establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migrantes. En este sentido, el artículo 79 dispone: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares. En cuanto a otras cuestiones relacionadas con su situación legal y el trato que se les dispense como trabajadores migratorios y familiares de éstos, los Estados Partes estarán sujetos a las limitaciones establecidas en la presente Convención”.

V. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN DEL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIARES DE 18 DE DICIEMBRE DE 1990

A) Determinación de los destinatarios

a) Trabajadores beneficiados por el Convenio

La delimitación del ámbito personal de aplicación del Convenio es bastante sencilla si tenemos en cuenta el tenor literal de sus artículos 2 a 5. En el primero de los preceptos mencionados se

creto, este proceso se aprobó en la Resolución de 7 de junio de 1991, de la Subsecretaría, por la que se dispuso la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, sobre regularización de trabajadores extranjeros (BOE, 8-VI-1991). El balance de este proceso excepcional –vigente durante el período comprendido entre el 10 de junio y el 10 de diciembre de 1991 (excepto para los familiares, hasta el 10 de marzo de 1992)– se puede comprobar en un Informe emitido por la Dirección General de Migraciones el 10 de marzo de 1992. Este informe pone de manifiesto que de los 132.943 expedientes recibidos se informó favorablemente la regularización de 103.675 personas, siendo rechazadas 18.320 solicitudes (vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Legislación básica sobre extranjeros*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1996, pp. 27-28). A partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración se puede hablar de cuatro procesos de documentación realizados desde marzo de 2000 hasta el 1 de agosto de 2001. Estos procesos de regularización a los que hacemos referencia son diversos. Según el Ministerio del Interior se han realizado cuatro, aunque reglados con claridad tan sólo han sido dos: el de 2000 y el de 2001, pues otro es una mera revisión de denegaciones del proceso de 2000 y el cuarto, una regularización parcial por procedencia nacional. El primero cronológicamente fue el proceso establecido por la Ley 4/2000 que se realizó entre el 21 de marzo y el 31 de julio de 2000 al que se presentaron 246.089 solicitudes (Real Decreto 239/2000). Posteriormente, fueron 24.884 los ecuatorianos regularizados “por razones humanitarias” dentro del Acuerdo de Inmigración España-Ecuador, como salida de la situación creada por el fracaso de la Operación Retorno a Ecuador; más tarde, se procedió a un reexamen de solicitudes denegadas en el proceso de 2000; y por último, en 2001 los encierros de inmigrantes y de rechazo a la Ley 8/2000 forzó un nuevo proceso de regularización por arraigo al que se presentaron 350.158 solicitudes. De estas unas 133.806 han sido denegadas o todavía esperan una respuesta de la Administración. Todos estos procesos no han impedido que en España exista irregularidad. En la actualidad, el grupo de extranjeros no documentados está integrado no sólo por estas 133.806 personas que, obviamente no han vuelto a sus países de origen, sino que además hay que añadir los inmigrantes que han entrado en España con posterioridad al 23 de enero de 2001, y que por tanto, no se pudieron acoger al último proceso de regularización. Además, el número de no regulares se ha incrementado desde el 14 de enero de 2002, pues desde esta fecha el Ministerio del Interior deniega sistemáticamente las peticiones de permiso de trabajo y residencia para residentes que ya se encuentran en España y presentan una oferta de trabajo firme, es decir, por régimen general.

(41) Vid. artículo 35 al señalar que ninguna de las disposiciones de la parte III de la Convención se interpretará en el sentido de que implique la regulación de situación de trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados.

Protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

I

establece quiénes deben ser considerados como beneficiarios del Tratado al precisar que se entenderá por “trabajador migratorio”: “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. A continuación, en el segundo apartado de esta disposición se incorporan ocho categorías particulares de trabajadores migrantes: “trabajador fronterizo”⁴², “trabajador de temporada”⁴³, “trabajador marino”⁴⁴, “trabajador en una estructura marina”⁴⁵, “trabajador itinerante”⁴⁶, “trabajador vinculado a un proyecto”⁴⁷, “trabajador con empleo concreto”⁴⁸, y “trabajador por cuenta propia”⁴⁹. La inclusión de esta última categoría “trabajador por cuenta propia” presenta cierta importancia a la hora de definir quiénes deben ser considerados como trabajadores migrantes, no porque estemos ante un hecho totalmente innovador, puesto que existen varios precedentes, sino porque su incorporación fue objeto de numerosas polémicas⁵⁰. Todas estas categorías o clases de trabajadores

(42) Artículo 2.2 “a) Se entenderá por «trabajador fronterizo» todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana”.

(43) Por “trabajador de temporada” se estima a “todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año” [art.2.2.b)].

(44) Este término incluye a los pescadores, es decir, a todo trabajador migratorio empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional.

(45) El “trabajador en una estructura marina” incluye a todo trabajador migratorio empleado en una estructura marina que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado del que no sea nacional [art. 2.2.d)].

(46) El artículo 2.2 dice: “e) Se entenderá por «trabajador itinerante» todo trabajador migratorio que, aun teniendo su residencia habitual en un Estado, tenga que viajar a otro Estado u otros Estados por períodos breves, debido a su ocupación”.

(47) El artículo 2.2 del Convenio de 1990 dispone: “f) Se entenderá por «trabajador vinculado a un proyecto» todo trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador”.

(48) “Se entenderá por «trabajador con empleo concreto» todo trabajador migratorio: i) que haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta; ii) que realice, por un plazo limitado y definido, un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole; o iii) que, a solicitud de su empleador en el Estado de empleo, realice por un plazo limitado y definido un trabajo de carácter transitorio y breve; y que deba salir del Estado de empleo al expirar el plazo autorizado de su estancia, o antes si deja de realizar la tarea o función concreta o el trabajo a que se ha hecho referencia” [art. 2.2. g) del Convenio de 1990].

(49) El artículo 2.2.h) del Convenio de 1990 establece: “Se entenderá por «trabajador por cuenta propia» todo trabajador migratorio que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales”.

(50) La polémica acerca de la inclusión de esta categoría de trabajadores fue bastante amplia como puede observarse en la Asamblea General de Naciones Unidas, celebrada el 15 de octubre de 1985. Vid. puntos nºs 17, 18, 19, 41 y 42. “... los patrocinadores hicieron hincapié en que las disposiciones de la Convención deberían tener aplicación universal y en ellas se deberían prever todas las situaciones en las que pudieran encontrarse los trabajadores migratorios. A su juicio, no había diferencia entre un pequeño comerciante, un vendedor ambulante o el propietario de un restaurante administrado por el grupo familiar y la persona que trabajaba en una línea de montaje en una fábrica de automóviles”. En el punto 19 se alude a que: “Los patrocinadores consideraban que la categoría de personas que trabajan por cuenta propia no incluiría a los «directores» de grandes empresas, a los que la compañía pagaba un sueldo. Esos empleados estarían protegidos por disposiciones derivadas de la definición general contenida en la Convención. Finalmente, consideraron que por trabajadores por cuenta propia entendían aquellas personas que desarrollaban una actividad económica independiente, empleando a miembros de sus familias o a otras personas, tales como fabricantes de hamburguesas, artesanos, vendedores callejeros, propietarios de restaurantes y de tiendas”.

se van a beneficiar de los derechos incluidos en la Convención, salvo aquellos que deban quedar excluidos dada la naturaleza y características de la actividad laboral realizada por estos trabajadores⁵¹.

De todas formas, en esta delimitación no se debe perder de vista ni el artículo 5, puesto que todos estos trabajadores pueden encontrarse en situación regular o irregular⁵² ni el artículo 4, en el que se delimita qué debe entenderse por el término “familiares” del trabajador migrante.

b) Interpretación del término “familiares” incluidos entre los beneficiarios del Convenio

En el propio Preámbulo del Convenio se pone de manifiesto que es también necesaria la extensión de la protección a los familiares de los trabajadores⁵³. Llegado el momento de interpretar qué debemos entender por familiares del trabajador migrante se puede precisar que la fórmula empleada por el Convenio es muy flexible y permite una interpretación muy amplia. El tenor literal del artículo 4 es sumamente ilustrativo si se tiene en cuenta que dispone:

“A los efectos de la presente Convención, el término «familiares» se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.”

A la hora de analizar qué familiares van a beneficiarse tendremos que pensar en la ampliación del ámbito personal: al compañero o compañera en el caso de las parejas no casadas o matrimonios de hecho⁵⁴, así como a los descendientes menores de 21 años o a cargo del trabajador migrante; a los ascendientes del trabajador y de su cónyuge o compañero de hecho que estén a su cargo.

(51) Vid. parte V del Convenio de 1990 relativa a las disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migrantes y sus familiares (arts. 57 a 63).

(52) El artículo 5: “A los efectos de la presente Convención, los trabajadores migratorios y sus familiares: a) Serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte; b) Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el párrafo a) de este artículo”.

(53) En este sentido, en el Preámbulo del Convenio se dice textualmente: “Convencidos de que los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares no han sido debidamente reconocidos en todas partes y, por tanto, requieren una protección internacional apropiada”.

(54) Sobre la última doctrina sentada en Francia relativa a la reagrupación familiar [vid. H. FULCHIRON: “La réforme du droit des étrangers (Commentaire de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l’entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d’asile, dite loi «Chevènement» ou loi «RESEDA»)”, *Journ. dr. int.*, 1999, pp. 56-64].

Esta propuesta no hace más que reiterar el artículo 10 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la comunidad⁵⁵. A los efectos de la reagrupación familiar la acción también puede alcanzar a los que hubiesen estado a cargo o viviendo con el trabajador migrante en el Estado de origen. En este sentido, se manifiesta el artículo 10.2 del Reglamento al establecer: “Los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el apartado 1, si se encontrase a cargo, o viviese, en el país de origen, con el trabajador antes mencionado”⁵⁶.

En todo caso, este precepto parece que en un futuro próximo será reformado. En este sentido, los artículos 2.2 y 3 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 miembros⁵⁷; en concreto, el primero de los preceptos mencionados establece que:

“A efectos de la presente Directiva se entenderá por: 2. *Miembro de la familia*:

a) el cónyuge;

b) la pareja de hecho sin que exista matrimonio, si la legislación del Estado miembro de acogida asimila la situación de las parejas no casadas a la de los matrimonios y respetando las condiciones previstas por dicha legislación;

(55) *DOCE*, nº L 257, de 19 octubre 1968; también en *DOCE*, EE-05-V1, pp. 77-87. La interpretación de la reagrupación en el ámbito comunitario [vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Régimen de extranjería comunitaria en el Ordenamiento jurídico español (Análisis del R. Decreto 766/92, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas)”, *LA LEY*, *supl. Comunidades Europeas*, nº 80, 30-X-1993, p. 2]. Para un análisis de los destinatarios de la reagrupación en el Convenio Europeo de Derechos y libertades fundamentales y de su interpretación (vid. A.G. CHUECA SANCHO: *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Zaragoza, Egido Editorial, 1998, pp. 67-72); para el Ordenamiento español [vid. R.M. MOLINER NAVARO: “Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España”, *A.C.*, 2001, nº 14, pp. 487-519; M. MOYA ESCUDERO: “Derecho a la reagrupación familiar (arts. 16, 17, 18 y 19)”, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 673-707. Un examen de las propuestas de la Unión Europea en relación a la legislación española: I. LÁZARO GONZÁLEZ: “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Migraciones*, nº 12, 2002, pp. 43-79]. Y para un examen de las distorsiones del Ordenamiento español en la reagrupación de extranjeros de terceros países casados con españoles (vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Algunas irregularidades detectadas en el Real Decreto 864/2001”, *Entre Culturas. Boletín del Programa de Inmigrantes de Cáritas Española*, nº 41, julio-septiembre 2001, pp. 7-11; artículo reproducido en la página de extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, <http://www.reicaz.es>).

(56) *DOCE*, nº L 257, de 19 octubre 1968; también en *DOCE*, EE-05-V1, pp. 77-87.

(57) *Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 23-5-2001, COM (2001) 257 final /2001/0111. La iniciativa no es nueva ya que se basa en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo que modifica el Reglamento (CEE) del Consejo nº 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad [COM (98) 394 finales (presentado en 1998 –actualmente debatido en el Consejo–)].

- c) los descendientes directos y los del cónyuge o pareja de hecho contemplada en la letra b);
 d) los ascendientes directos y los del cónyuge o pareja de hecho contemplada en la letra b).”⁵⁸

El término cónyuge, en las propuestas sobre reagrupación familiar de nacionales de terceros países también se han hecho algunos avances a la hora de determinar los familiares con derecho a la reagrupación⁵⁹. Ahora bien, el texto no es definitivo pues desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, en la Unión Europea se ha tratado de regular específicamente la reagrupación familiar pero la labor aún no ha finalizado⁶⁰. Las fases han sido las siguientes: el 1 de diciembre de 1999 la Comisión presentó una propuesta de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar⁶¹; en febrero de 2000, el Consejo consultó al Parlamento sobre dicha propuesta. El 6 de septiembre de 2000, el pleno del Parlamento Europeo aprueba su dictamen en el que avala los principios incluidos en la propuesta; sin embargo, solicita a la Comisión que modifique ciertos aspectos; y al Consejo que le informe si pretende cambiar el texto aprobado. La nueva propuesta, modificada por la Comisión, se presenta nuevamente el día 10 de octubre de 2000⁶². Ahora bien, las negociaciones en el seno del Consejo durante los dos últimos años y las múltiples contradicciones entre los diversos Estados han impedido la aprobación de la iniciativa. En todo caso, en el Consejo Europeo de Laeken celebrado los días 14 y 15 de diciembre de 2001 se indicaba que la Comisión debía presentar, a más tardar el 30 de abril de 2002, una propuesta modificativa relativa a la reagrupación familiar⁶³. La Comisión finalmente ha presentado una nueva propuesta, se trata de la propuesta modificada de 2 de mayo de 2002⁶⁴.

(58) *Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 23-5-2001, COM (2001) 257 final, p. 34. Por su parte, el art. 3.2 de la Propuesta dispone que: “2. Los Estados miembros facilitarán la entrada y la residencia de cualquier otro miembro de la familia no definido en el punto 2 del artículo 2 pero que esté a cargo o viva, en el país de procedencia, bajo el techo del ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, sin perjuicio del derecho personal del interesado a la libre circulación y a la residencia”.

(59) Vid. P. BOELES: “Propuesta de Directiva sobre la reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración”, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, nº 53, 2001; www.cidob.org.

(60) Vid. I. LÁZARO GONZÁLEZ: “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Migraciones*, nº 12, 2002, pp. 43-79, esp. pp. 48-49.

(61) Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1-12-1999, COM (1999) 638 final, 1999/O258. *DOCE C*, nº 116 E, 26-IV-2000, pp. 66-71.

(62) Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 10-10-2000, COM (2000) 624 final. *DOCE C*, nº 62 E, 27-II-2001.

(63) En este sentido, se afirma en sus conclusiones 39 y 40 que: “El Consejo Europeo se ha comprometido a adoptar, sobre la base de las conclusiones de Tampere y cuanto antes, una política común en materia de asilo e inmigración...” (Conclusión nº 39). “Una verdadera política común de (...) inmigración supone la instauración de los siguientes instrumentos: El establecimiento de normas comunes en materia de procedimientos (...) reagrupación familiar, incluidos los procedimientos acelerados en casos justificados”. En concreto, la Conclusión nº 41 fija unos objetivos con fechas al señalar que: “El Consejo Europeo ha invitado a la Comisión a que presente, a más tardar el 30 de abril de 2002, propuestas modificadas relativas a los procedimientos de (...) la reagrupación familiar...” (Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Laeken, 14 y 15 de diciembre de 2001).

(64) Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2-5-2002, COM (2002) 225 final/1999/O258 (CNS). *DOCE C*, nº 203 E, 27-VIII-2002.

Protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

I

El texto inicial de Propuesta de Directiva de la Comisión Europea, de 1 de diciembre de 1999⁶⁵ y la Propuesta modificativa, de 10 de octubre de 2000, entre los miembros de la familia que podían ser reagrupados en su artículo 5.1.a) establecía que dichos miembros eran los siguientes y por el siguiente orden:

- a) el cónyuge del reagrupante o pareja de hecho que tenga una relación duradera con el reagrupante, si la legislación del Estado miembro en cuestión asimila la situación de las parejas no casadas a la de las casadas;
- b) los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge o del reagrupante y de la pareja de hecho, incluidos los hijos adoptivos en virtud de una decisión adoptada por la autoridad competente del Estado miembro en cuestión o una decisión reconocida por esa autoridad;
- c) los hijos menores, incluidos los hijos adoptados, del reagrupante o de su cónyuge o pareja de hecho, cuando alguna de estas personas tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo; si la custodia fuere compartida, será necesario el acuerdo del otro progenitor;
- d) los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge pareja de hecho cuando estén a su cargo y no tengan ningún otro apoyo familiar en el país de origen;
- e) los hijos mayores del reagrupante o de su cónyuge, o pareja de hecho, cuando no estén casados y no puedan subvenir objetivamente a sus necesidades debido a su estado de salud.”⁶⁶

En el precepto mencionado se establece una equiparación de las parejas no casadas a las parejas unidas por vínculo matrimonial si la legislación del Estado miembro en cuestión las asimila. Después de estos textos más o menos flexibles finalmente se ha llegado a una propuesta bastante diferente y mucho más rígida en cuanto a los miembros de la familia que pueden optar por la reagrupación familiar. La nueva redacción del artículo 4 incluye algunas modificaciones transversales⁶⁷. En concreto, habida cuenta de la diversidad de las legislaciones nacionales rela-

(65) COM (1999) 638 final, de 1-12-1999. Vid. I. LÁZARO GONZÁLEZ: “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Migraciones*, nº 12, 2002, pp. 43-79, esp. pp. 49-55.

(66) COM (2000) 624 final, de 10-10-2000, p. 29.

(67) Capítulo II. Miembros de la familia. Artículo 4.1. Los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y sin perjuicio del respeto de las condiciones contempladas en el capítulo IV, de los siguientes miembros de la familia: a) el cónyuge del reagrupante; b) los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos en virtud de una decisión adoptada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una decisión ejecutoria de pleno Derecho en virtud de obligaciones internacionales de dicho Estado o que debe reconocerse en virtud de las obligaciones internacionales; c) los hijos menores, incluidos los adoptivos, del reagrupante o de su cónyuge, cuando uno de ellos tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento. Los hijos menores citados en las letras b) y c) deberán tener una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión y no estar casados. Como excepción, cuando un hijo tenga más de 12 años, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia con arreglo a la presente Directiva, podrá examinar si cumple un criterio de integración, cuyo examen será previsto por su legislación existente en la fecha de la adopción de la presente Directiva. 2. Los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva, siempre que cumplan los requisitos definidos en el capítulo IV, de los siguientes miembros de la familia: a) los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar necesario en el país de origen; b) los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no puedan subvenir objetivamente a sus propias necesidades debido a su estado de salud. 3. Los Estados miembros

tivas a los beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar, según la legislación comunitaria no parece posible extender la obligación de autorizar la entrada y la residencia a nadie más que el cónyuge y los hijos menores. Así, puede incluirse a los ascendientes, hijos mayores a cargo y compañeros no casados, pero no es obligatorio. Por otro lado, el régimen facultativo también se aplica a los hijos cuya custodia se comparte. En cuanto al régimen de los compañeros no casados es similar al de los ascendientes e hijos mayores de edad al citado anteriormente. Se distingue entre el compañero no casado, que debe mantener con el reagrupante una relación duradera debidamente probada, y el compañero inscrito, para quien tal requisito no se exige precisamente debido al registro de la pareja de hecho. Y finalmente, la entrada y la residencia se extienden a sus hijos menores no casados, incluidos los hijos adoptivos⁶⁸.

c) Trabajadores excluidos de la aplicación del Convenio

En el artículo 3 del Convenio se establece una lista cerrada de personas que no podrán beneficiarse de los derechos en él reconocidos. Son excluidas expresamente del ámbito personal de aplicación de la presente Convención las siguientes personas:

- a) Las personas enviadas o empleadas por organizaciones y organismos internacionales y las personas enviadas o empleadas por un Estado fuera de su territorio para desempeñar funciones oficiales, cuya admisión y condición jurídica estén reguladas por el Derecho Internacional general o por acuerdos o convenios internacionales concretos;
- b) Las personas enviadas o empleadas por un Estado fuera de su territorio, o por un empleador en su nombre, que participen en programas de desarrollo y en otros programas de cooperación, cuya admisión y condición jurídica estén reguladas por un acuerdo con el Estado de empleo y que, de conformidad con este acuerdo, no sean consideradas trabajadores migratorios;

podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia de conformidad con la presente Directiva, siempre que se respeten las condiciones definidas en el capítulo IV, del compañero no casado nacional de un país tercero que mantenga con el reagrupante una relación duradera debidamente probada, o del nacional de un país tercero que constituya con el reagrupante una pareja de hecho registrada, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5, así como los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, de estas personas. 4. En caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la entrada ni la residencia de otro cónyuge ni de los hijos de este último sin perjuicio de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. 5. Los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, que no superará la de la mayoría legal, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante [Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2-5-2002, COM (2002) 225 final, pp. 17-18].

(68) Vid. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2-5-2002, COM (2002) 225 final, pp. 6-7. Vid. I. LÁZARO GONZÁLEZ: "La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar", *Migraciones*, nº 12, 2002, pp. 43-79, esp. pp. 55-62.

Protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

| I

- c) Las personas que se instalen en un país distinto de su Estado de origen en calidad de inversionistas;
- d) Los refugiados y los apátridas, a menos que esté previsto que se aplique a estas personas en la legislación nacional pertinente del Estado Parte de que se trate o en instrumentos internacionales en vigor en ese Estado;
- e) Los estudiantes y las personas que reciben capacitación;
- f) Los marinos y los trabajadores en estructuras marinas que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo.”

La razón por la cual se han excluido a estas personas es porque éstas tienen garantizado un nivel superior de derechos que los expresamente reconocidos en la presente Convención.

B) Definición de trabajador migrante

a) Antecedentes mediatos

a') Convenios n^{os} 97 y 143 de la Oficina Internacional de Trabajo

A la hora de valorar la importancia del Convenio, en relación a la delimitación del ámbito personal de aplicación, podemos señalar que no se trata de la primera vez que se formula una definición sobre el “término trabajador migrante”, sino que ésta ya había sido elaborada en ocasiones anteriores, tanto en el seno de la Oficina Internacional de Trabajo (en adelante OIT) como en el seno del Consejo de Europa⁶⁹. En concreto, en el seno de la Organización internacional del Trabajo⁷⁰, se debe aludir a los artículos 11 de los Convenios n^{os} 97 y 143.

En el artículo 11 del Convenio n^o 97, de 1 de julio de 1949, sobre trabajadores migrantes, revisado en 1949 y 1967, se establece una definición de sus destinatarios al disponer que:

“A los efectos de este Convenio, la expresión «trabajador migrante» significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante.”⁷¹

(69) Vid. J.M^a ESPINAR VICENTE: “Los movimientos migratorios y su encuadre sistemático en el Derecho Internacional Privado del Trabajo”, *AESJ*, vol. VII-1978, p. 148.

(70) Se ha abordado el tema de los trabajadores migrantes en varias ocasiones: siendo de resaltar: el Convenio n^o 97, de 1 de julio de 1949, sobre trabajadores migrantes, revisado en 1949 y 1967, ratificado por España el 23 de febrero de 1967 (*BOE*, 7-VII-1967); el Convenio n^o 143, de 24 de junio de 1975, relativo a las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984*, Madrid, Oficina Internacional del Trabajo, 1985, pp. 1453-1460); Recomendación n^o 86, de 8 de junio de 1949 sobre los trabajadores migrantes (ibíd, pp. 807-821); Recomendación n^o 151, de 4 de junio de 1975, sobre los trabajadores migrantes (ibíd, pp. 1490-1497); e indirectamente en el Convenio n^o 117, de 22 de junio de 1962, relativo a las normas y objetivos básicos de la política social, ratificado por España el 21 de diciembre de 1972 (*BOE*, 5-VII-1974).

(71) Según el párrafo 2^o El presente Convenio no se aplica: “a) A los trabajadores fronterizos; b) A la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal; c) A la gente de mar”.

El artículo 11 del Convenio nº 143 de la OIT, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, incluye una disposición similar incrementando el número de categorías de trabajadores excluidos. En este sentido, el mencionado precepto establece que:

“A los fines de la aplicación de la presente parte del Convenio, la expresión «trabajador migrante» comprende a toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante. 2. La presente parte del Convenio no se aplicará a: a) los trabajadores fronterizos; b) los artistas y las personas que ejerzan una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración; c) la gente de mar; d) las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación; e) las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones.”

b') *Carta Social Europea*

Por su parte, en la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961⁷², también se contienen normas que pueden potenciar la protección de los trabajadores migrantes. En este sentido, en el anexo a este texto se delimita el ámbito de aplicación de la Carta Social en lo que se refiere a las personas protegidas⁷³. La obtención de la condición de sujeto beneficiario genérico se realiza a partir de la nacionalidad⁷⁴. Concretamente, se indica que los artículos 1 a 17 no se

(72) Ratificada por España el 27 de abril de 1980 (*BOE*, 26-VI-1980). Actualmente ratificada por veintidós Estados miembros del Consejo de Europa, entre los que se encuentran: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia (21-VII-1998), España, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, el Reino Unido, Suecia, y Turquía. Por otro lado han firmado los siguientes Estados: Croacia, República Checa, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Liechtenstein, Suiza, Ex-República Yugoslava de Macedonia (5-V-1998). El texto de este tratado y el estado de ratificaciones puede ser consultado en sus versiones auténticas, inglesa y francesa, en Internet (vid. <http://www.coe.fr/fr/txtjur/35/fr.htm>).

(73) En dicho anexo se establece literalmente que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 4, y en el artículo 13, párrafo 4, las personas a que se refieren los artículos 1 al 17 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo súbditos de otras Partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la Parte contratante interesada, entendiéndose que los artículos precitados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19. Esta interpretación no excluye la extensión de derechos análogos a otras personas por una Parte contratante cualquiera”.

(74) Vid. A. PARDELL VEA: *Los derechos sindicales en la Carta Social Europea*, Barcelona, Bosch, 1989, p. 58. Con la versión revisada de la Carta Social Europea, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 las conclusiones pueden ser las mismas ya que en su anexo se sigue exigiendo que los trabajadores deben ser nacionales de las Partes contratantes y deben estar residando legalmente o trabajando de forma regular. La Carta Social Europea aún no ha entrado en vigor ya que se exigen tres ratificaciones, y por el momento, sólo ha sido ratificada por Suecia (29-V-1998). De todas formas ya ha sido firmada por: Albania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Moldavia, Portugal, el Reino Unido y Rumania. El texto de este tratado y el estado de ratificaciones puede ser consultado en sus versiones auténticas, inglesa y francesa, en Internet (vid. <http://www.coe.fr/fr/txtjur/163/fr.htm>).

aplican a los extranjeros más que en la medida en que ellos sean súbditos de las otras Partes contratantes y residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la Parte contratante interesada, entendiéndose que los preceptos precitados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19.

De lo que acabamos de exponer, se puede confirmar que la Carta sólo se aplica a los nacionales de las Partes contratantes⁷⁵. Por lo que se puede concluir que se han incorporado unas normas especialmente destinadas a proteger a los migrantes o extranjeros, súbditos de las otras Partes contratantes. Ahora bien, para que pueda llevarse a cabo esta especial protección, es preciso que éstos residan legalmente o trabajen regularmente –tanto por cuenta propia como por cuenta ajena– en otro Estado contratante.

b) Antecedentes inmediatos: Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante

En el ámbito del Consejo de Europa, destaca el Convenio relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, hecho en Estrasburgo, el 24 de noviembre de 1977⁷⁶. En el artículo 1 de dicho Convenio se establece el ámbito personal de aplicación al disponer:

“Para el objeto de este Convenio, el término «trabajador migrante» designa al súbdito de una Parte Contratante que haya sido autorizado por otra Parte contratante a permanecer en su territorio para desempeñar en él un empleo remunerado.”

Esta definición, como todas las demás definiciones apuntadas, parte de la situación regular del trabajador migrante, por lo que podemos señalar que el Convenio supone un incremento considerable de destinatarios al incorporar a los trabajadores migrantes y familiares no documentados; y además, en todos los textos anteriores se excluían prácticamente la totalidad de las categorías de trabajadores que se han incorporado a este: como los fronterizos, los de temporada, etc. Por tanto, a modo de conclusión, se puede decir que se produce una extensión de los beneficiarios, lo que debe valorarse muy positivamente⁷⁷.

(75) Cf. A. PARDELL VEA: op. cit., p. 58.

(76) Este Convenio fue ratificado por España el 6 de mayo de 1980 (BOE, 18-VI-1983). El Tratado entró en vigor el 1 de mayo de 1983 después de haber sido ratificado por Suecia, Portugal, España, Turquía, Países Bajos. Posteriormente, fue ratificado por Francia (1-XII-1983), Noruega (1-V-1989) e Italia (1-V-1995). Por su parte, han firmado este texto: Alemania, Bélgica, Grecia y Luxemburgo y Bélgica. El texto de este tratado y el estado de ratificaciones puede ser consultado en sus versiones auténticas, inglesa y francesa, en Internet (vid. <http://www.coe.fr/fr/txtjur/93/fr.htm>).

(77) Vid. *Activités du Conseil de l'Europe dans le domaine des migrations*, Strasbourg, le 23 janvier 1992, pp. 12-13. Sobre el contenido de este Convenio: Vid. H. GOLSONG: “La convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant” en *Société française pour le Droit International. Colloque de Clermont-Ferrand: Les travailleurs étrangers et le Droit International*, Paris, Editions A. Pedone, 1979, pp. 226-251. En el seno del Consejo de Europa se han adoptado numerosas medidas en favor de los trabajadores migrantes y familias (<http://stars.coe.fr/asp/ATByWords.asp>). Entre otras decisiones cabe citar: la Recomendación 1082 (1988) relativa al derecho de residencia permanente de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias (<http://stars.coe.fr/ta/ta88/FREC1082.htm>); la Recomendación 1093 (1989) relativa a la educación de los hijos de los migrantes (<http://stars.coe.fr/ta/ta89/FREC1093.htm>); Recomendación 1154 (1991) relativa a los migrantes magrebíes en Europa (<http://stars.coe.fr/ta/ta91/FREC1154.htm>); Recomendación 1187 (1992) relativa a las relaciones entre los migrantes y los sindicatos (<http://stars.coe.fr/ta/ta92/FREC1187.htm>); Recomendación 1206 (1993) relativa a la integración de los migrantes y las relaciones intercomunitarias (<http://stars.coe.fr/ta/ta93/FREC1206.htm>); Recomendación

VI. LOS DERECHOS HUMANOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y DE SUS FAMILIAS

A) Análisis de los diferentes derechos humanos de que gozan los trabajadores migrantes no documentados

La parte III (artículos 8 a 35) del Convenio contiene los elementos fundamentales de la totalidad del texto. Se contemplan los derechos y las libertades de que son acreedores los trabajadores migrantes y sus familiares, sea cual fuere la categoría particular al que pertenezcan tanto si se encuentran en situación regular como irregular. Entre los derechos y libertades se otorga especial atención a una serie de derechos humanos básicos: derecho a salir de cualquier Estado y derecho a regresar al Estado de origen (artículo 8)⁷⁸; derecho a la vida (artículo 9)⁷⁹; derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 10)⁸⁰; derecho a no ser sometido a esclavitud (artículo 11)⁸¹; derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión (artículo 12)⁸²; derecho de opinión (artículo 13)⁸³; no sometimiento a injerencias arbitrarias o ilegales (artículo 14)⁸⁴; derecho a no ser privado arbitrariamente de sus bienes (artículo 15)⁸⁵; derecho a la libertad y la seguridad personales (artículo 16)⁸⁶; derecho a no ser objeto de expulsión colectiva (artículo 22); derecho a recurrir a la protección y asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas (artículo 23); derecho a gozar de un trato no menos favorable al que reciben los nacionales en lo tocante a condiciones de trabajo y empleo (artículo 25)⁸⁷; derecho a participar en las reuniones y

1211 (1993) relativa a las migraciones clandestinas: pasajeros y empleadores de migrantes clandestinos (<http://stars.coe.fr/ta/ta93/FREC1211.htm>); Recomendación 1277 (1995) relativa a los migrantes, a las minorías étnicas (<http://stars.coe.fr/ta/ta95/FREC1277.htm>).

(78) Vid. artículo 13 DUDH; artículo 12.2 y 4 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 2.2 y 3.2 del Protocolo nº 4 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

(79) Vid. artículo 3 DUDH; artículo 6.1 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

(80) Vid. artículo 5 DUDH; artículo 7 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

(81) Vid. artículo 4 DUDH; artículo 8.1 y 2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 4.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

(82) Vid. artículo 18 DUDH; artículo 18 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 9 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

(83) Vid. artículo 19 DUDH; artículo 19.1 y 2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 10 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

(84) Vid. artículo 12 DUDH; artículo 17 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

(85) Vid. artículo 17 DUDH; artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

(86) Vid. artículo 9.1 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 5.1 y 2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

(87) Vid. párrafos 1º, 2º y 3º del artículo 23.

actividades de los sindicatos (artículo 26)⁸⁸; derecho a la atención médica urgente; los hijos tendrán derecho a tener un nombre y una nacionalidad (artículo 28); acceso de los hijos de los trabajadores migrantes a las instituciones de enseñanzas preescolar o las escuelas públicas (artículo 30)⁸⁹; respeto a la identidad cultural de los trabajadores migrantes (artículo 31); derecho a transferir sus ingresos y ahorros (artículo 32); derecho a la obtención de información (artículo 33).

B) Comparación de los derechos humanos recogidos en el Convenio con otros textos internacionales

La inclusión de estos derechos supone una reiteración de los ya recogidos en otros textos internacionales: Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Pactos civiles y políticos, Convenio europeo para la protección de los Derechos humanos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1979 y sus Protocolos⁹⁰.

En muchos casos se puede comprobar que el texto del Convenio es idéntico al recogido en esos instrumentos salvo el cambio del término “persona” por el de “trabajador migrante y familiares”⁹¹. No obstante el hecho de que estén expresamente regulados induce a suponer que pueden cumplir una misión especial⁹². A modo de ejemplo el artículo 29 instaura el derecho de los hijos de los trabajadores migrantes: a un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad. Este precepto es una copia literal del artículo 24.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 7 del Convenio de los Derechos del Niño. ¿Significa que no era necesario reiterarlo? Evidentemente no era necesario. Sin embargo, puede jugar un papel importante al recordar el derecho de los hijos de los inmigrantes a una nacionalidad. Esto supone que se atribuye al hijo la nacionalidad del Estado de empleo si no se le impusiera otra nacionalidad⁹³.

(88) Vid. artículos 20 y 23.4 DUDH; artículos 21 y 22 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 11.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

(89) Vid. artículo 26.1 y 2 DUDH; artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

(90) Vid. J.R. MANJÓN MANJÓN: “Inmigración y Extranjería en los Tratados Internacionales”, *Economía y Sociología del Trabajo*, nº 11, 1991, p. 144.

(91) Cf. W.R. BOHNING: “La protection des travailleurs migrants et les normes internationales du travail”, *Studi Emigrazione*, Anno XXVI, nº 93, 1989, pp. 57-58.

(92) De todas formas, el compromiso de respetar los derechos humanos fundamentales a todos los trabajadores migrantes está asegurado en el artículo 1 del Convenio nº 143, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (vid. W.R. BOHNING: “La protection...”, loc. cit., pp. 57-58; Oficina Internacional del Trabajo: *Las normas internacionales del trabajo*, Ginebra, 2ª ed., Oficina Internacional del Trabajo, 1985, p. 47).

(93) El artículo 7 de este último Convenio establece “El niño (...) tendrá derecho a adquirir una nacionalidad. Los Estados velarán (...) sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida” (BOE, 31-XII-1990). Este precepto ha sido tomado en consideración en numerosas decisiones de la DGRN (vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Guía de la nacionalidad*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Dirección General de Migraciones, 1992, pp. 18, 39-42). Es de resaltar la postura flexible mantenida por la *Res. DGRN de 1ª de 16 de enero de 2002* (vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Nota a las Resoluciones sobre atribución de nacionalidad en el período enero-abril 2002”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Derecho de las personas en movimiento transnacional*, vol. I, 2002-1, pp. 206-208).

La relevancia de este hecho puede haberse tenido en cuenta a la hora de introducir la disposición, puesto que normalmente, en el ámbito del Derecho de Extranjería, se introduce una regulación especialmente protectora para los inmigrantes que tienen a su cargo a un nacional.

Este mismo alcance o sentido podría darse en otros derechos como: el derecho a la libertad y la seguridad de las personas, a la igualdad con los nacionales ante los tribunales y cortes de justicia, a la protección contra la confiscación no autorizada de documentos y, en particular, a la igualdad de trato en lo que respecta a las condiciones de trabajo y otras condiciones de empleo, así como a los asuntos de seguridad social (artículos 16, 18, 21, 25 y 27). Todos estos preceptos se formularon con el fin de que para los empleadores y las autoridades públicas la presencia y el trabajo de migrantes ilegales resultase poco atractiva tanto desde el punto de vista económico como administrativo, por comparación con los legales. Además, el apartado 2) del artículo 25 advierte que “no será legal menoscabar en los contratos privados de empleo el principio de igualdad de trato” en lo referente a las condiciones de trabajo y otras condiciones de empleo.

Por tanto, la inclusión de estos derechos supone, como ya hemos señalado, una reiteración de los ya recogidos en otros textos internacionales. No obstante, se observan algunas mejoras en materia de derechos individuales al tratar de asegurar el respeto de los derechos humanos fundamentales y de impedir la explotación de los trabajadores migrantes por parte de determinadas empresas que buscan la mano de obra ilegal con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal.

VII. LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y DE SUS FAMILIARES DOCUMENTADOS

A) Análisis de los diferentes derechos económicos y culturales

La parte IV (artículos 38-56) regula detalladamente el resto de los derechos que pueden ser reclamados por los trabajadores migrantes y de sus familiares. Sin embargo, esta parte tiene como destinatarios a los trabajadores que se hallen en situación regular.

Se especifican los siguientes derechos: derecho a ser informados por el Estado de origen o por el Estado de empleo, según corresponda, de todas las condiciones aplicables a su admisión y, particularmente, de las relativas a su estancia y a las actividades remuneradas que podrán realizar (artículo 36)⁹⁴; derecho a establecer asociaciones y a participar en asuntos políticos (artículos 40 a 42)⁹⁵; igualdad de oportunidades y trato en lo que respecta a diversas cuestiones económicas

(94) Vid. artículo 2 del Convenio nº 97 de la OIT; artículo 19.1 de la Carta Social Europea; y artículo 6.1 del Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante.

(95) Vid. artículo 6.1.a) ii) del Convenio nº 97 de la OIT; artículo 14 del Convenio nº 117 de la OIT; artículo 19.4.b) de la Carta Social Europea; y artículo 28 del Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante.

y sociales (artículos 43 y 45); derecho a la reagrupación familiar (artículo 44)⁹⁶; libre elección de empleo, con sujeción a ciertas restricciones y condiciones (artículo 52); los trabajadores migrantes gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en el ejercicio de la actividad remunerada⁹⁷, así como en relación con: a) La protección contra los despidos; b) las prestaciones de desempleo; c) el acceso a los programas de obras públicas destinados a combatir el desempleo; d) el acceso a otro empleo en caso de quedar sin trabajo o darse término a otra actividad remunerada (artículo 54).

Además, los migrantes en situación regular disfrutan de una considerable seguridad en virtud de la cual no podrán ser expulsados en condiciones normales (artículo 56, parte IV)⁹⁸. El artículo 56 establece el derecho a no ser expulsado en condiciones normales: los trabajadores migrantes y sus familias en situación regular gozan de un considerable número de derechos en cuanto al procedimiento en caso de expulsión. Esta disposición representa una de las características más innovadoras de la Convención. Hasta el momento, las autoridades estatales gozaban de una amplia libertad a la hora de adoptar una medida que impusiera la expulsión del no nacional. Los límites impuestos solo hacían referencia al procedimiento, a consideraciones de equidad o compasión. Sin embargo, el artículo 56 prevé que un Estado no podrá expulsar a un trabajador migrante o a sus familias “salvo por razones definidas en la legislación nacional de ese Estado” y en ningún caso “como medio de privar a un trabajador migrante o a un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia y del permiso de trabajo”.

B) Comparación de esos derechos con los previamente recogidos en otros textos internacionales

La inclusión de estos derechos supone una reiteración de los ya recogidos en otros textos internacionales: Convenios y Recomendaciones de la OIT, Carta Social Europea, y Estatuto jurídico del trabajador migrante.

A la hora de valorar el alcance de esta reiteración se puede concluir que con respecto a los Convenios realizados en el seno de la OIT el alcance de los mismos ha sido muy escasa, y la mejora técnico-jurídica que supone el nuevo Convenio nos conduce a valorar positivamente el esfuerzo realizado.

(96) La incorporación de este derecho ha tenido presente que “a menudo la migración es causa de graves problemas para los familiares de los trabajadores migratorios, así como para los propios trabajadores, particularmente debido a la dispersión de la familia”; sin embargo, no es totalmente novedoso: vid. artículo 19.6 de la Carta Social Europea; y art. 12.1 del Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante.

(97) Vid. artículo 6.1º a) del Convenio nº 97 de la OIT; artículo 14.1 del Convenio nº 117 de la OIT; artículo 10 del Convenio nº 143 de la OIT; art. 19.4 de la Carta Social Europea; y art. 16 del Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante.

(98) Vid. artículo 13 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 1 del Protocolo nº 7 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

Con relación a la Carta Social Europea⁹⁹ y al Estatuto jurídico del trabajador migrante¹⁰⁰ no se ha avanzado prácticamente nada a no ser que tengamos en cuenta el alcance universal que persigue el Convenio de 1990. De todas formas no es de extrañar que si se tiene la pretensión de que el texto sea aceptado por el máximo número de Estados, los derechos incorporados serían los mínimos y con carácter facultativo y no imperativo para los Estados.

VIII. EFICACIA PRÁCTICA DEL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIARES DE 18 DE DICIEMBRE DE 1990: SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL CONVENIO

A) Creación del Comité: composición y funciones

Los mecanismos de supervisión y los procedimientos de queja en caso de incumplimiento del Convenio se recogen en la Parte VII del mismo. Estos procedimientos se cana-

(99) Los artículos 18 y 19, mencionados en el anexo conciernen específicamente a los trabajadores migrantes, establecen el reconocimiento de unos Derechos similares a los previstos en el Convenio. Así, el artículo 18 establece el derecho al ejercicio a una actividad lucrativa sobre el territorio de una de las partes contratantes; y, además, prevé: una aplicación liberal de los reglamentos existentes; una simplificación de formalidades; la reducción de tasas; una liberalización de las regulaciones que regulan el empleo de los trabajadores extranjeros, así como el derecho de salida de los nacionales que deseen ejercer una actividad lucrativa sobre el territorio de las otras partes contratantes. En el artículo 19 se establece el derecho de los trabajadores migrantes y de sus familias a protección y asistencia. Se incluyen diez compromisos: los tres párrafos primeros tienen como finalidad ayudar de una manera general a los trabajadores migrantes (información, lucha contra la propaganda engañosa, ayuda de viaje, acogida y colaboración de servicios sociales). Los seis párrafos siguientes prevén: un tratamiento de los trabajadores migrantes no menos favorable que el otorgado a sus propios nacionales en lo referente a algunas materias: condiciones de empleo y trabajo, filiación sindical, alojamiento, fiscalidad, reagrupamiento familiar, acceso a la justicia, garantías contra la expulsión y transferencia de ganancias o ahorros. El último párrafo extiende todas estas garantías a los trabajadores migrantes por cuenta propia.

(100) El Convenio tiene como finalidad salvaguardar y promover el respeto de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, y asegurar, en lo posible, un tratamiento que no sea menos favorable que el que disfrutaban los trabajadores nacionales del Estado de acogida. Las disposiciones se refieren a los principales aspectos del Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante y en particular a: las formas de reclutamiento (artículo 2), revisiones médicas y examen profesional (artículo 3), permisos de viaje (artículo 7), permiso de residencia (artículo 9) y permiso de trabajo (artículo 8), condiciones de trabajo (artículo 16), reagrupación familiar (artículo 12), vivienda (artículo 13), transferencia de ahorros (artículo 17), seguridad social (artículo 18), asistencia social y médica (artículo 19), reemplazo (artículo 25), preparación del retorno al país de origen (artículo 30). La igualdad de tratamiento en relación a las condiciones de trabajo y el derecho sindical están también previstos claramente en el texto del convenio (artículos 16, 21, 24 y 28). Otra disposición significativa del convenio recoge el derecho del trabajador migrante (involuntariamente en paro) a permanecer en el territorio del Estado de acogida durante un cierto tiempo para buscar otro empleo (artículos 9 y 25). De la misma forma los trabajadores migrantes a los que el permiso de residencia les ha sido retirado por una de las razones enumeradas en el convenio, pueden recurrir a la autoridad judicial o administrativa del Estado de acogida (artículo 9). En fin, en este mismo campo, el de la información (artículo 6), la Convención contiene disposiciones que pueden contribuir a dar a los trabajadores migrantes una gran seguridad. En numerosos casos, los conflictos en los que pueden encontrarse en el Estado de empleo han sido originados por una mala información sobre sus derechos y sus obligaciones.

Protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

I

lizarán sobre todo a través de un Comité especial cuya composición se describe en el artículo 72¹⁰¹.

Una de las principales misiones del “Comité” consistirá en examinar los informes que presenten los Estados partes sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la Convención (artículos 73 y 74), interviniendo la OIT directamente en esta actividad supervisora. La colaboración de la OIT en la aplicación del texto es bastante amplia. En este sentido, en virtud del artículo 74.2 de la Convención “el Secretario General de las Naciones Unidas, con la debida antelación a la apertura de cada período ordinario de sesiones del Comité, transmitirá al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo copias de los informes presentados por los Estados partes interesados y la información pertinente para el examen de esos informes, a fin de que la Oficina pueda proporcionar al Comité los conocimientos especializados de que disponga respecto de las cuestiones tratadas en la Convención que caigan dentro del ámbito de competencia de la Organización Internacional del Trabajo. El Comité examinará en sus deliberaciones los comentarios y materiales que la Oficina pueda alegarle”.

El Comité invitará a la OIT a nombrar representantes para que participen, con carácter consultivo, en sus sesiones (artículo 74.5). Finalmente, “el Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá los informes anuales del Comité a los Estados partes en la presente Convención, el Consejo Económico y Social, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo y otras organizaciones pertinentes” (artículo 74.8).

B) Quejas y reclamaciones por incumplimiento del Convenio

En el capítulo de quejas y reclamaciones por no observancia del Convenio podemos aludir a dos procedimientos diferentes: el primero podría llamarse un procedimiento de quejas entre Estados, establecido en el artículo 76; y el segundo, incorpora un procedimiento de quejas para individuos, regulado en el artículo 77. Ambos procedimientos entrarán en vigor en el momento en que diez Estados partes se comprometan voluntariamente a cumplirlos.

(101) Según el mencionado artículo 72.1.a) del Convenio de 1990 “Con el fin de observar la aplicación de la presente Convención se establecerá un Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (denominado en adelante «el Comité»); b) El Comité estará compuesto, en el momento en que entre en vigor la presente Convención, por diez expertos y, después de la entrada en vigor de la Convención para el cuadragésimo primer Estado parte, por catorce expertos de gran integridad moral, imparciales y de reconocida competencia en el sector abarcado por la Convención. 2. a) Los miembros del Comité serán elegidos en votación secreta por los Estados partes de una lista de personas designadas por los Estados partes. Se prestará la debida consideración a la distribución geográfica equitativa, incluyendo tanto Estados de origen como Estados de empleo, y a la representación de los principales sistemas jurídicos”.

El procedimiento de quejas interestatal dispone que el Comité tratará de resolver todo desacuerdo mediante sus “buenos oficios”¹⁰². En cambio, el procedimiento utilizable por los individuos, de acuerdo con el artículo 77 del Convenio, constituye una innovación en la legislación internacional dirigida específicamente a la protección de los trabajadores migrantes¹⁰³.

C) Comparación de esa protección con los mecanismos previstos en otros textos internacionales

En principio, no existe incompatibilidad para recurrir a procedimientos diversos a los establecidos en el Convenio, para solucionar las denuncias relativas a los derechos previstos en el mismo que además puedan ser englobadas en otros textos internacionales¹⁰⁴. De todas formas, la disparidad de mecanismos de supervisión puede conducir a una mayor inseguridad a la hora de alcanzar el cumplimiento de las normas internacionales¹⁰⁵. Quizás, es conveniente apuntar que los órganos encargados de controlar la aplicación de otros textos, como en el caso concreto de la Carta Social Europea, han desarrollado sobre estos puntos una jurisprudencia interesante en la que no es posible detenernos en este momento. No obstante, únicamente tres cuestiones “particularmente actuales” han dado lugar a denuncias o reclamaciones¹⁰⁶.

IX. CONCLUSIONES

1. Partiendo de lo que hemos expuesto podemos afirmar que las acciones de la ONU en materia de migración pueden dividirse en dos grandes apartados: acciones normativas y acciones de promoción de los derechos de los migrantes. La acción de promoción se estructura en estos momentos en la existencia de una Relatora Especial sobre Derechos Humanos de los trabajadores migrantes y de sus familiares.

(102) Para la Oficina Internacional del Trabajo “el procedimiento se aproxima más a los de reclamación dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT que a los más rigurosos procedimientos de quejas que se describen en los artículos 26 a 29 de la Constitución” (Cf. Oficina Internacional del Trabajo. Consejo de Administración, “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, Ginebra, febrero-marzo 1991, GB.249/IO/3/2, 249ª reunión, nº 10, p. 4).

(103) *Ibid.*, p. 10.

(104) En este sentido, artículo 78 establece que: “Las disposiciones del artículo 76 de la presente Convención se aplicarán sin perjuicio de cualquier procedimiento para solucionar las controversias o denuncias relativas a la esfera de la presente Convención establecido en los instrumentos constitucionales de las Naciones Unidas y sus organismos especializados o en convenciones aprobadas por ellos, y no privarán a los Estados partes de recurrir a otros procedimientos para resolver una controversia de conformidad con convenios internacionales vigentes entre ellos”.

(105) Vid. M. HASENAU: “Setting...”, *loc. cit.*, vol. XXVIII-2, 1990, pp. 153-154.

(106) Concretamente se han referido a los siguientes aspectos: a) tratamiento de los trabajadores migrantes no menos favorable que el otorgado a los nacionales en materia de alojamiento y empleo (art. 19, párrafo 4); b) reagrupación familiar y c) garantías contra la expulsión (*Activités du Conseil de l'Europe dans le domaine des migrations*, Strasbourg, le 23 janvier 1992, pp. 17-19).

Protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

I

2. En cuanto a la referencia a la acción normativa podemos señalar que la Carta de las Naciones Unidas no se refiere directamente a los migrantes y a sus familiares. De todas formas, se debe destacar que sí realiza diversas referencias a los derechos humanos (preámbulo, artículos 1 y 55) y en ellas se fija en concreto la prohibición de discriminar. Entre las acciones normativas nos encontramos en primer lugar con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que interpreta el contenido de la Carta de la ONU en esta materia y completa a la Carta. Esta acción normativa también se ha plasmado en diversos tratados, entre ellos los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966.

3. De todas formas, son de destacar dos textos fundamentales: la Convención de 1990 sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; y, la Convención de 2000 contra la delincuencia organizada transnacional¹⁰⁷. Esta Convención tiene dos Protocolos Adicionales: el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000¹⁰⁸; y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000¹⁰⁹.

4. Con relación al Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990 se pueden hacer las siguientes afirmaciones:

A) El Convenio supone un avance importante a la hora de delimitar a sus destinatarios; para el goce de los derechos humanos fundamentales no se exige que el trabajador migrante haya sido autorizado por el Estado de acogida.

B) En el Tratado aludido se han incrementado el número de categorías de trabajadores migrantes que pueden beneficiarse de todos los Derechos de la Convención; puesto que incluye a algunos supuestos expresamente excluidos de los instrumentos internacionales.

C) La fórmula utilizada, con respecto al término “familiares”, es muy flexible y permite considerar al cónyuge, hijos menores de 21 años, hijos a cargo del trabajador, ascendientes del trabajador, ascendientes del cónyuge e incluso personas que estuviesen a su cargo antes de producirse el desplazamiento por razones laborales.

D) Los derechos reconocidos, en la parte III del Convenio, a los trabajadores migrantes y sus familias en situación irregular, no suponen un gran avance con respecto a su reconocimiento en otros Convenios de origen internacional. En algunas ocasiones el actual Tratado únicamente ha modificado el término persona por el de trabajador migrante o familia. No obstante, debe calificarse positiva por la síntesis que supone y la incidencia de algunos derechos especialmente relacionados con los trabajadores migrantes y con sus familias.

(107) Vid. nota 23.

(108) Vid. nota 24.

(109) Vid. nota 25.

E) La parte IV incluye los derechos reconocidos a los trabajadores migrantes y sus familias en situación regular. Estos ya se encuentran formulados en los Convenios de la OIT, en la Carta Social Europea, y en el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante. La reiteración puede tener cierta trascendencia en algunos casos, puesto que se ha dado una formulación técnicamente más correcta y, sobre todo, la pretensión de aplicación universal del Convenio de 1990, puesto que los Convenios realizados en el seno de la OIT apenas si han sido ratificados y por ello su eficacia ha sido bastante nula.

F) El último punto destacable se refiere a los mecanismos de protección; éstos, igualmente, suponen una repetición, aunque debe darse especial relevancia al procedimiento de la queja o reclamación individual.

G) Sólo nos queda apuntar que la utilidad real del Convenio sólo se podrá valorar a la vista del número de los Estados que en un futuro ratifiquen la Convención; siendo deseable que no se obliguen únicamente los Estados de fuerte inmigración. En cuanto a España sería deseable que se obligue por este texto pues nuestro país no sólo es un país de inmigración (1.109.060 extranjeros residentes en España) sino también es un país de emigración (1.413.353 españoles residentes en el extranjero)¹¹⁰.

H) Cabe concluir señalando que los derechos reconocidos en el Tratado analizado no suponen un avance con respecto a otros instrumentos de origen internacional. No obstante, en el momento presente, la reiteración puede tener cierta trascendencia al recordarnos que los trabajadores migrantes son seres humanos y como tales se les debe asegurar el respeto de sus derechos fundamentales.

X. FUENTES INTERNACIONALES DE ORIGEN CONVENCIONAL

A) Las Declaraciones de derechos de las Naciones Unidas

Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptados y proclamados por la 183ª Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948.

Declaración de los Derechos del Niño (1959).

Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1963).

Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos (1965).

(110) Vid. nota 4.

Protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

I

Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional (1966).

Declaración Universal sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1975).

Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea general de Naciones Unidas mediante la Resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

Declaración de la Conferencia Mundial de derechos humanos, adoptada en Viena el 25 de junio de 1993.

Declaración de Durban de la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia (2001).

B) Convenciones promovidas por Naciones Unidas

Convenio sobre la esclavitud, de 25 de septiembre de 1926 (*BOE*, 22-XII-1927).

Convención sobre el Estatuto de los refugiados (1951).

Protocolo sobre el estatuto de los refugiados (1967).

Convención sobre el Estatuto de los apátridas (1954).

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965 (*BOE*, 17-V-1969).

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Ratificado por España el 27 de abril de 1977 (*BOE*, 30-IV-1977). Entró en vigor para España el 27 de julio de 1977.

Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (*BOE*, 2-IV-1985). Entró en vigor para España el 25 de abril de 1985.

Segundo Protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (1989).

Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Ratificado por España el 27 de abril de 1977 (*BOE*, 30-IV-1977). Entró en vigor para España el 27 de julio de 1977.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (*BOE*, 21-III-1984).

Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999).

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 10 de diciembre de 1984 (*BOE*, 9-XI-1987). Entró en vigor para España el 20 de noviembre de 1987.

Convenio sobre los derechos del niño, adoptado por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (*BOE*, 31-XII-1990).

Enmienda al párrafo 2 del artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York el 12 de diciembre de 1995. Instrumento de aceptación por parte de España (*BOE*, 10-I-2003).

Protocolo facultativo de la Convención sobre derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (2000).

Protocolo facultativo de la Convención sobre derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000).

Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la Asamblea general de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 (http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/m_mwctoc_sp.htm).

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (<http://www.december18.net/e-traffickingconventions.htm>).

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

C) Resoluciones del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/15, sobre los trabajadores migrantes y los derechos humanos.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1998/16, los migrantes y los derechos humanos.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/44, Derechos humanos de los migrantes.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2000/48, Derechos humanos de los migrantes.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/52, Derechos humanos de los migrantes.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/58, Violencia contra las trabajadoras migrantes.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/59, Protección de los migrantes y de sus familias.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/62, Derechos humanos de los migrantes.

D) Textos promovidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Convenio nº 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (1948).

Convenio nº 97, de 1 de julio de 1949, sobre trabajadores migrantes, revisado en 1949 y 1967. Ratificado por España el 23 de febrero de 1967 (*BOE*, 7-VII-1967).

Recomendación nº 86, de 8 de junio de 1949 sobre los trabajadores migrantes.

Convenio nº 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958).

Convenio nº 117, de 22 de junio de 1962, relativo a las normas y objetivos básicos de la política social. Ratificado por España el 21 de diciembre de 1972 (*BOE*, 5-VII-1974).

Convenio nº 143, de 24 de junio de 1975, relativo a las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes.

Recomendación nº 149, sobre las organizaciones de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social.

Recomendación nº 150, sobre la orientación profesional y la formación profesional en el desarrollo de los recursos humanos.

Recomendación nº 151, sobre trabajadores migrantes.

Convenio nº 182, sobre las peores formas del trabajo infantil.

E) Convenios y Acuerdos Europeos

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y las libertades fundamentales, adoptado en Roma, el 4 de noviembre de 1950. El texto enmendado por:

– Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 20 de marzo de 1952 (*BOE*, 12-I-1991).

– Protocolos adicionales nºs 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, entró en vigor para España el 4 de octubre de 1979 (*BOE*, 10-X-1979). Modificación de la reserva a los nºs 5 y 6 del Convenio (*BOE*, 30-IX-1979).

– Protocolo nº 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, de 28 de abril de 1983 (*BOE*, 17-IV-1986).

– El texto enmendado por el Protocolo Adicional número 11, de 11 de mayo de 1994, ha entrado en vigor con carácter general y para España el 1 de noviembre de 1998 (*BOE*, 26-VI-1998; corr. *ibid*, 17-IX-1998). Protocolo Adicional nº 12 (2000) y Protocolo nº 13 (2002).

Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980 (*BOE*, 26-VI-1980). Carta Social Europea revisada (1996).

– Protocolo a la Carta Social Europea, relativo a un sistema de reclamaciones colectivas (1995).

Convenio relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador migrante, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, ratificado por España el 6 de mayo de 1980 (*BOE* 18-VI-1983).

Convención marco sobre el ejercicio de los derechos del niño (1996).

XI. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los trabajadores migrantes, de 18 de diciembre de 1990”, *REDI*, vol. XLIV, 1992-2, pp. 711-713.

– “El contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990”, *Migraciones*, nº 5, 1999, pp. 121-160.

– “La Ley española de Extranjería: problemas que plantea en materia de discriminación por razón de nacionalidad”, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1999, pp. 247-303.

 Protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

I

- “Algunas irregularidades detectadas en el Real Decreto 864/2001”, *Entre Culturas. Boletín del Programa de Inmigrantes de Cáritas Española*, nº 41, julio-septiembre 2001, pp. 7-11; (artículo reproducido en la página de extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, <http://www.reicaz.es>).
- ANSAY, T.: “Legal problems of Migrant Workers”, *R. des C.*, tomo 156, 1977-III, pp. 1-76.
- BARBERO MARCOS, J.: *Normas internacionales del trabajo de la OIT*, tomos I y II, Valladolid, Lex Nova, 1993.
- BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H.G. y EUZÉBY, A.: *L'Organisation Internationale du Travail (O.I.T.)*, París 1997.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Córdoba, Serv. Publ. Universidad de Córdoba y Conserjería de Gobernación de la Junta de Andalucía, 2001.
- BRUYCKER, PH.: *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union Européenne*, Collection de la Faculté de Droit d' l' Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- BOELES, P.: “Propuesta de Directiva sobre la reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración”, *Revista CIDOB d' Afers Internacionals*, nº 53, 2001; www.cidob.org.
- BOHNING, W.R.: “La protection des travailleurs migrants et les normes internationales du travail”, *Studi Emigrazione*, Anno XXVI, nº 93, 1989, pp. 52-66.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Los estatutos de los extranjeros en España”, *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*, Madrid, Escuela Diplomática y Asociación Española de Profesores de Derecho, internacional y Relaciones internacionales, 1998, pp. 13-27.
- CHIROUX, R.: “Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales”, Société française pour le Droit International. Colloque de Clermont-Ferrand, *Les travailleurs étrangers et le Droit International*, París, Editions A. Pedone, 1979, pp. 3-46.
- CHUECA SANCHO, A.G.: *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Zaragoza, Egido Editorial, 1998.
- COUNCIL OF EUROPE-CONSEIL DE L' EUROPE.: *Activités du Conseil de l' Europe dans le domaine des migrations*, Estrasburgo, 2001.
- M. DÍEZ DE VELASCO, M.: *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 12ª ed., 2002.
- ESPINAR VICENTE, J.Mª: “Los movimientos migratorios y su encuadre sistemático en el Derecho Internacional Privado del Trabajo”, *AESJ*, vol. VII-1978, pp. 129-152.
- EZQUERRA UBERO, J.J.: “El Derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: Ensayo de valoración de la normativa aplicable”, *Migraciones*, nº 1, 1997, pp. 177-215.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Extranjería: Principios de Derecho Internacional General”, *Economía y Sociología del Trabajo*, nº 11, 1991, pp. 39-51.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *Legislación básica sobre extranjeros*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1996.
- FONSECA MORILLO, F.J.: “Los derechos de los nacionales de terceros países en la Unión Europea. Situación jurídico-política tras la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión”, *Revista CIDOB d' Afers Internacionals*, nº 53, 2001; www.cidob.org.
- FULCHIRON, H.: “La réforme du droit des étrangers (Commentaire de la loi nº 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, dite loi «Chevènement» ou loi «RESEDA»)”, *Journ. dr. int.*, 1999, pp. 5-83.

- GUIRAUDON, V. y JOOPKE, C. (eds.): *Controlling a New Migration World*, Londres, Routledge, 2001.
- GOLSONG, H.: “La convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant”, Société française pour le Droit International. Colloque de Clermont-Ferrand, *Les travailleurs étrangers et le Droit International*, París, Editions A. Pedone, 1979, pp. 226-251.
- GUILD, E.: (direc. de K. GROENENDIJK), *La Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant (1977): Une analyse du son champ d'application et de sa portée actuelle*, Estrasburgo, Consejo de Europa, Estrasburgo 1999.
- HASENAU, M.: “Setting Norms in the United Nations System: The Draft Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and their Families in Relation to ILO in Standards on Migrant Workers», *International Migration*, vol. XXVIII-2, 1990, pp. 133-157.
- HUNE, SH.: “Los orígenes y la importancia de la Convención”, Proclamación de los Derechos de los migrantes. La nueva Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, *Boletín informativo del Consejo Mundial de las Iglesias para los migrantes en Europa*, nº 3, pp. 2-10.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION: *Migration trends in Eastern Europe and Central Asia: 2001-2002 Review*, Ginebra, IOM 2002.
- KAYA, B.: *Une Europe en evolution: Les flux migratoires au 20ème siècle*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2002.
- LASSERRE-BIGORRY, J.H.: “Réglementations internationales concernant les migrations clandestines”, Société française pour le Droit International. Colloque de Clermont-Ferrand, *Les travailleurs étrangers et le Droit International*, París, Editions A. Pedone, 1979, pp. 129-137.
- LAROCHE, I.: “La trata de personas: Documentos y material”, <http://www.december18.net/e-traffickingconventions.htm>.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I.: “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Migraciones*, nº 12, 2002, pp. 43-79.
- LEBEN, CH.: “Le droit international et les migrations de travailleurs”, Société française pour le Droit International. Colloque de Clermont-Ferrand, *Les travailleurs étrangers et le Droit International*, París, Editions A. Pedone, 1979, pp. 47-106.
- MANJÓN MANJÓN, J.R.: “Inmigración y Extranjería en los Tratados Internacionales”, *Economía y Sociología del Trabajo*, nº 11, 1991, pp. 144-161.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001.
- NYBERG-SORENSEN, N.; VAN HEAR, N.; y ENGBERG-PEDERSEN, P.: *The Migration-Development Nexus: Evidence and Policy Options*, Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones, 2002.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Las normas internacionales del trabajo*, Ginebra, 2ª ed., Oficina Internacional del Trabajo, 1985.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Informes anuales*, Ginebra, IOM.
- *Perspectives on Trafficking of Migrants*, Ginebra, IOM, 2000.
 - *IOM migration policy for Sub-Saharan Africa*, Ginebra, IOM, 2000.
 - *The state of Migration Management in Central America*, Ginebra, IOM, 2002.
 - *Dialogue international sur la migration*, Ginebra, IOM, 2002.

Protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

I

- MARTÍN GRANIZO, L.: *La política internacional de las migraciones de trabajadores*, Madrid, Imprenta y Encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1930.
- MIGRANTS RIGHTS INTERNATIONAL: *Alcanzando la dignidad. Manual del Promotor de la Convención de los Derechos de los Migrantes*, Ginebra, 3ª impresión, abril 2000.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: *Anuario de Migraciones 2002*, Madrid, Dirección General de Ordenación de las Migraciones, 2002.
- MOLINER NAVARRO, R.M.: “Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España”, A.C., 2001, nº 14, pp. 487-519.
- NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL: “Informe del Grupo de trabajo de composición abierta encargado de elaborar una Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias” (A/D.3/40/6, de 15 de octubre de 1985).
- PARDELL VEA, A.: *Los derechos sindicales en la Carta Social Europea*, Barcelona, Bosch, 1989.
- PLENDER, R.: “Les Droits de l’homme des étrangers en Europe”, *Colloque sur Les Droits de l’homme des étrangers en Europe*, Organisé par le Secrétariat Général du Conseil de l’Europe en cooperation avec les ministères de la Justice et des Affaires étrangères du Portugal et du Gouvernement régional de Madère, Funchal, 17-19 octobre 1983, Conseil de l’Europe, Estrasburgo, 1983, pp. 1-32.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y GONZÁLEZ VEGA, J.A.: *Derechos Humanos. Textos internacionales*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1999.
- SORENSEN, N.N. y OLWIG, K.F.: *Work and Migration: Life and Livelihoods in a Globalizing World*, Londres, Routledge, 2002.
- SOTO NIETO, F.: “La tutela del trabajador en el extranjero”, *Documentación Jurídica*, nº 5, 1975, pp. 90-91.
- TAPINOS, G.P.: *L’économie des migrations internationales*, París, Fondation nationale des sciences politiques/Armand Colin, 1974.
- UNESCO: “Las migraciones internacionales 2000”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, nº 165, (número monográfico), septiembre 2000.
- VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002.
- ZOLBERG, A.R. y BENDA, P.M. (eds.): *Global Migrants, Global Refugees: Problems and Solutions*, Nueva York, Berghahn Books, 2001.

Aurelia Álvarez Rodríguez

I

ANEXO I
ESTADOS QUE HAN FIRMADO O RATIFICADO LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, O QUE SE
HAN ADHERIDO A ELLA (al 27 de enero de 2003)

Participante	Firma	Ratificación o adhesión ^a
Azerbaiyán	-	11 de enero de 1999 ^a
Bangladesh	7 de octubre de 1998	-
Belice	-	14 de noviembre de 2001 ^a
Bolivia	-	12 de octubre de 2000 ^a
Bosnia-Herzegovina	-	13 de diciembre de 1996 ^a
Burkina Faso	16 de noviembre de 2001	-
Cabo Verde	-	16 de septiembre de 1997 ^a
Chile	24 de septiembre de 1993	-
Colombia	-	24 de mayo de 1995 ^a
Comoras	22 de septiembre de 2000	-
Ecuador	-	5 de febrero de 2002
Egipto	-	19 de febrero de 1993 ^a
El Salvador	13 de septiembre de 2002	-
Filipinas	15 de noviembre de 1993	5 de julio de 1995
Ghana	7 de septiembre de 2000	8 de septiembre de 2000
Guatemala	-	14 de marzo de 2003
Guinea	-	8 de septiembre de 2000 ^a
Guinea-Bissau	12 de septiembre de 2000	-
Marruecos	15 de agosto de 1991	21 de junio de 1993
México	22 de mayo de 1991	8 de marzo de 1999
Paraguay	13 de septiembre de 2000	-
Santo Tomé y Príncipe	6 de septiembre de 2000	-
Senegal	-	9 de junio de 1999 ^a
Seychelles	-	15 de diciembre de 1994 ^a
Sierra Leona	15 de septiembre de 2000	-
Sri Lanka	-	16 de marzo de 1996 ^a
Tayikistán	7 de septiembre de 2000	8 de enero de 2002
Togo	15 de noviembre de 2001	-
Turquía	13 de enero de 1999	-
Uganda	-	14 de noviembre de 1995 ^a
Uruguay	-	15 de febrero de 2001

XII. DIRECCIONES ÚTILES DE INTERNET

- Agencia para el desarrollo de relaciones interculturales: “<http://www.adri.fr>”
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.q.unhchr.ch/>
- Conclusiones del Consejo Europeo: <http://europa.eu.int/council/off/conclu/index.htm>
- Consejo de la UE: <http://ue.eu.int>
- Consejo de Europa: <http://wwwq.unhchr.ch/>
- Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración: “<http://www.mir.es/dgei/index.html>”
- Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO): <http://www.imsersomigracion.upco.es>.
- Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones de Comillas: <http://www.upco.es>.
- Organización de los Estados Americanos (OEA): <http://www.oas.org/defaultesp.htm>
- OIM: “<http://www.iom.int/>”
- Organización Internacional del Trabajo: “<http://www.ilo.org/>”
- Organización Internacional para las Migraciones: “<http://www.imo.org/>”
- Migration Policy Group: “<http://www.migpolgroup.com/html/main.html>”
- NNUU: Tratados internacionales: “(http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/m_mwctoc_sp.htm)”
- Parlamento Europeo: <http://www.europarl.eu.int>
- Revista electrónica de Geografía e Historia de la Universidad de Barcelona: “<http://www.ub.es/geocrit/nova.htm>”
- Swiss Forum for Migration Studies: <http://www.unine.ch/fsm>
- The European Research Centre on Migration and Ethnic Relations: <http://www.ercomer.org>
- Unión Europea: “<http://europa.eu.int/>”

KATIA FACH GÓMEZ
Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza
katia@posta.unizar.es

II

Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea*

RESUMEN

El presente artículo analiza la propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 13 de marzo de 2001, relativa al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea. Este proyecto refleja los objetivos señalados por el Consejo de Tampere, en el sentido de que una persona que ha residido legalmente en un Estado miembro durante un determinado período de tiempo y que posee un permiso de residencia de larga duración, debe acceder en ese Estado miembro a una serie de derechos que se equiparen lo más posible a los que gozan los ciudadanos comunitarios. La propuesta de la Comisión establece las condiciones exigibles para conceder el estatuto de residente de larga duración a los extranjeros que lleven cinco años residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro. Asimismo, en este texto se especifican los derechos que se vinculan a la posesión de este estatus, como la igualdad de trato en la vida económica y social y una especial protección frente a la expulsión. La propuesta igualmente define las condiciones en las que un nacional de un tercer Estado que es residente de larga duración en un país comunitario, puede ejercer su derecho de residencia en otro Estado miembro de la Unión Europea. Este artículo concluye haciendo referencia a las reacciones que en algunas organizaciones y grupos de opinión ha suscitado el contenido de la propuesta.

This article analyses the proposal for a council Directive adopted by the Commission on 13 March 2001, concerning the status of third-country nationals who are long-term residents. This proposal responds to the request from the Tampere European Council, which declared that a person who has resided legally in a Member State for a period of time to be determined and who holds a long-term residence permit, should be granted in that Member State a set of uniform rights which are as near as possible to those enjoyed by EU citizens. The Commission's proposal sets out the conditions for granting and withdrawing long-term resident status which Member States give to third-country nationals who have been legally resident in their territory for five years. The proposal also sets out the rights pertaining to this status, including increased protection against deportation, and the principle of equal treatment in social and economic life. The proposal establishes the conditions under which third-country nationals who have long-term resident status in one Member State can stay in other Member State of the European Union. The article also analyses the objections that several lobbies have recently raised in relation to the contents of this Proposal.

(*) Este artículo se concluyó en enero de 2003, y para su elaboración se han manejado bibliografía y documentos publicados hasta esa fecha. La vigencia de las direcciones de Internet que se citan en diversas notas a pie de página también se comprobó en enero de 2003.

SUMARIO

I. Introducción.

II. Origen y justificación de la propuesta.

III. Contenido de la propuesta. A) Disposiciones generales. B) Estatuto de residente de larga duración en un Estado miembro. C) Derecho de residencia en otros Estados miembros.

IV. Reacciones suscitadas y modificaciones introducidas.

V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el seno de la Unión Europea se viene mostrando un interés jurídico creciente por los nacionales de terceros Estados. En este sentido, sirva como muestra el contenido del actual título IV de la tercera parte del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (“*visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*”) y consecuentemente, el papel destacado que se le está concediendo al asilo y la inmigración en las conclusiones de los últimos Consejos Europeos¹. En dichas materias, la Unión Europea está desarrollando actualmente una amplia gama de propuestas que abordan cuestiones muy diversas: requisitos de entrada y estancia en territorio comunitario, reagrupación familiar, lucha contra la inmigración ilegal y trata de seres humanos, derechos de los residentes de larga duración, etc². El presente artículo se centra en el estudio del último aspecto citado y tiene por objeto analizar el contenido de una propuesta de Directiva presentada recientemente, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea.

(1) A modo de ejemplo, véase el epígrafe “*Una política de asilo y migración común de la Unión Europea*” del Consejo Europeo de Tampere o, más recientemente, las conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla en torno al asilo y la inmigración. Ambos documentos pueden hallarse en www.europa.eu.int.

(2) Un listado de estas propuestas puede encontrarse en el apartado 19.10.40 “Inmigración y derecho de los nacionales de terceros países” de la sección *Legislación en preparación* de la web www.europa.eu.int.

II. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

Ya en el año 1996, el Consejo Europeo adoptó a iniciativa francesa una resolución referida al estatuto de los nacionales de terceros países que fuesen residentes de larga duración en el territorio comunitario³. A este documento sin efectos vinculantes le siguieron otros proyectos que profundizaron en la materia, como un Convenio, que no llegó a aprobarse, propuesto por la Comisión en 1997 sobre la admisión de nacionales de terceros países en Estados miembros y que preveía un régimen especial para los no comunitarios con residencia de larga duración en la Unión Europea⁴.

Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999, en los artículos 61 a 69 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se enuncian una serie de medidas a adoptar para lograr la libre circulación de personas en el mercado interior europeo. Reflejo de la política de la Unión en esta materia son las siguientes afirmaciones recogidas en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999: “la Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia (...). El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un período de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia”⁵.

Haciendo uso de las nuevas posibilidades ofrecidas por el título IV del ya reseñado Tratado Constitutivo⁶, la Comisión ha seguido mostrando en varios documentos de los últimos años su intención de perfilar jurídicamente el status de los sujetos no comunitarios que son residentes de larga duración en territorio de la Unión⁷. Colofón de este interés legislativo es la señalada *Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración*, presentada por la Comisión el 13 de marzo de 2001⁸. Analizando la Exposición de Motivos

(3) DOCE C n° 80, de 18 de marzo de 1996, pp. 2-4.

(4) DOCE C n° 337, de 7 de noviembre de 1997, pp. 9 y ss.

(5) Vid., *supra*, nota número 1, esp. puntos 18 y 21.

(6) Respecto al contenido de este título IV y a los plazos y vías de implementación que prevé, vid., p. ej. J.A. DEL VALLE GÁLVEZ en “La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en VV. AA.: *Derecho Comunitario material*, Mc Graw Hill 2000, pp. 51-63.

(7) Vid., COM (2000), 757 final, de 22 de noviembre de 2000 y COM (2000), 782 final, de 30 de noviembre de 2000, ambos en www.europa.eu.int

(8) COM 2001, 127 final-2001 0074 (CNS), en DOCE C n° 240, de 28 de agosto de 2001, pp. 79-87.

de dicho texto, ha de señalarse en primer lugar que ésta presenta de forma detallada las conclusiones de un estudio de derecho comparado realizado en el año 2000 por varios investigadores de la Universidad de Nimega. Este trabajo –“El estatuto de los ciudadanos de terceros países residentes de larga duración en un Estado miembro de la Unión Europea”⁹– muestra cómo las legislaciones nacionales no regulan de forma idéntica la situación jurídica de los nacionales de terceros países que llevan residiendo un período de tiempo prolongado en un Estado comunitario¹⁰.

Sin ánimo de exhaustividad, entre las disparidades apuntadas destacan las siguientes: mientras que por ejemplo en Finlandia la obtención de un permiso de residencia permanente sólo requiere dos años de estancia legal en el país, Grecia en cambio exige quince años de residencia antes de emitir tal título. La consecución del estatuto de residente permanente depende de una decisión administrativa en Estados como Irlanda o Luxemburgo, siendo por el contrario una concesión automática en Bélgica o Alemania. El residente de larga duración goza de asistencia social en Dinamarca o Italia, derecho que no se le concede en Austria. Respecto al ejercicio del sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, Finlandia permite esta posibilidad tras dos años de residencia en el país, Dinamarca requiere tres años, cinco años son necesarios en Holanda, España recurre al criterio de la reciprocidad y tal opción no se ofrece en países como Francia o Luxemburgo. El estatuto de residente permanente se pierde en Irlanda por no contarse con medios de subsistencia suficientes, supuesto que no recoge la legislación belga u holandesa.

Siendo consciente de la desigualdad intracomunitaria que genera la aplicación de estas normativas nacionales de contenido en ocasiones heterogéneo, la Comisión considera que “para dar un trato justo a los nacionales de terceros países y garantizar una verdadera integración de los mismos, es necesario definir un estatuto común de residente de larga duración, de tal modo que todos los nacionales de terceros países en situación legal de residencia puedan acogerse a este estatuto y gozar del mismo en condiciones muy similares en todos los Estados miembros”¹¹. El capítulo II de esta propuesta de Directiva (“Estatuto de residente de larga duración en un Estado miembro”) tiene por objeto alcanzar el objetivo recién señalado, cuyo fundamento legal es el artículo 63.3.a) del Tratado Constitutivo (“El Consejo adoptará medidas sobre condiciones de entrada y de residencia y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar”).

En segundo lugar, la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva también recalca que actualmente los nacionales de países terceros con permiso de residencia legal emitido por un Estado miembro no tienen derecho a residir en otro Estado comunitario. A estos sujetos no comunitarios únicamente se les permite, en virtud del acervo de Schengen, circular durante un

(9) www.jur.kun.nl/cmr/articles/status.pdf.

(10) Profundizando en las características del sistema legal español, vid., p. ej. A. PALOMAR OLMEDA: *Régimen jurídico de los extranjeros. Aspectos jurídico-administrativos sobre la Ley y el Reglamento de Extranjería*, Aranzadi 2001, esp. pp. 83-107.

(11) Vid., *supra* nota número 8, esp. punto 5.2.

plazo máximo de tres meses por los Estados miembros que aplican dicho acervo. Esta realidad conduce a afirmar a la Comisión que si un nacional de un tercer país, residente de larga duración en un Estado miembro, desea establecerse en otro país comunitario, habrá de realizar para ello las mismas gestiones –no gozando por tanto, de un trato más favorable– que las exigidas a cualquier inmigrante extracomunitario.

Se estima que dicha realidad legislativa impide la integración completa de los residentes de larga duración y que asimismo colisiona con las exigencias de flexibilidad del mercado laboral europeo. Desde la Unión Europea se está pretendiendo atraer a profesionales especializados que suplan la escasez de mano de obra que vienen sufriendo sectores económicos como el de las tecnologías de la información. Para ello, y tomando como base jurídica el artículo 63.4 del Tratado Constitutivo (“el Consejo adoptará medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros”), el capítulo III de esta propuesta de Directiva se encarga de perfilar legalmente el derecho de estos sujetos a residir en otros Estados miembros, ya que “sería inconcebible un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia, objetivo fundamental de la Unión Europea, sin permitir una cierta movilidad de los nacionales de terceros países con residencia legal y, en particular, de los que residen desde hace tiempo”¹².

Concluyendo este epígrafe, es interesante reseñar que las dos materias (Estatuto de residente y derecho de residencia en otro Estado miembro) que dan cuerpo a esta Propuesta de Directiva reflejan en esencia un planteamiento que ya ha sido defendido por diversos autores con respecto a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000¹³: la noción de “ciudadanía civil paneuropea” basada en la residencia y no en la nacionalidad adquiere cada vez más visos de verosimilitud. En este sentido, merece la pena reproducir aquí las reflexiones del profesor MIRALLES SANGRO: “La ciudadanía como noción dependiente de la nacionalidad (Estado-nación) y ésta concebida como noción excluyente de lo no nacional, a saber, de lo extranjero, ha llegado a su fin. Perpetuar la vieja noción ciudadanía/nacionalidad no es otra cosa que potenciar la discriminación, la xenofobia y una visión no universalista de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, que en nada favorece la desaparición de los desequilibrios económicos e injusticias sociales que de ellos se derivan (...). La Unión Europea tiene cimientos democráticos y económicos suficientemente sólidos como para reconocer desde ya a todas las personas que viven en su territorio –ciudadanos de la Unión (375 millones), nacionales de terceros Estados (18 millones básicos de personas), residentes legales o no legales sin papeles–, los derechos básicos contemplados en los artículos 17 a 22 del Tratado de la Comunidad Europea reguladores de la ciudadanía de la Unión. Todas estas personas, sin distinción ni discriminación de

(12) Vid., *supra* nota número 8, esp. punto 5.6.

(13) En este sentido, vid., F.J. FONSECA MORILLO: “Los derechos de los nacionales de terceros países en la Unión Europea. Situación jurídico-política tras la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión”, en www.cidob.org; G. KATROUGALOS: “The rights of foreigners and immigrants in Europe: recent trends”, www.webjcli.nc.ac.uk y R. ZAPATA-BARRERO: “El tratamiento de la Unión Europea de los inmigrantes extra-comunitarios” en VV. AA.: *Inmigración y derechos*, Zaragoza 2001, pp. 111-123, esp. p. 121.

ninguna clase, tienen vínculos comunes con los que se indentifican, por los que se relacionan y con los que soportan y mantienen lo que es hoy la UE”¹⁴.

III. CONTENIDO DE LA PROPUESTA

A) Disposiciones generales

El capítulo I de la propuesta de Directiva (“Disposiciones generales”) comienza señalando en su artículo primero el doble objetivo que se persigue con dicho texto: “establecer las condiciones de concesión y retirada del estatuto de residente de larga duración y los derechos correspondientes” y “establecer las condiciones en que los nacionales de terceros países a quienes se hubiere concedido el estatuto de residente de larga duración tendrán derecho a residir en Estados distintos del que les hubiere otorgado dicho estatuto”. En este punto conviene recordar que al tratarse de una propuesta de Directiva, lo que se impondría a los Estados miembros destinatarios, caso de que esta Directiva llegue a entrar en vigor, es una obligación de resultados. Es decir, tal y como se establece en el artículo 30 de la Propuesta, son los Estados quienes en un determinado plazo (31 de diciembre de 2003, en el proyecto) han de realizar las actividades legislativas necesarias para transponer la disposición comunitaria a su derecho interno.

El artículo 2 de la propuesta de Directiva ofrece definiciones de los principales conceptos que se van a utilizar en el articulado de esta iniciativa. A modo de ejemplo, la noción “nacional de un tercer país” se perfila de forma negativa, al señalarse que es “cualquier persona que no sea ciudadana de la Unión”. En este precepto también se distingue entre “primer y segundo Estado miembro”, siendo estos respectivamente, el país miembro que otorga el estatuto de residente de larga duración y otro país comunitario, distinto del primero, en el que el nacional de un tercer país ejerce su derecho de residencia.

Según el primer inciso del artículo 3, la Directiva será aplicable “a los nacionales de terceros países que residieren legalmente en el territorio de un Estado miembro”. La Comisión considera que esta afirmación otorga un ámbito de aplicación muy amplio a la Directiva, permitiendo el carácter horizontal del artículo 3.1 que en él puedan subsumirse una extensa gama de sujetos no comunitarios (los admitidos para ejercer actividades –laborales o no lucrativas–, los inactivos, los nacidos en un Estado comunitario pero que no poseen su nacionalidad, los refugiados reconocidos, los familiares de un ciudadano de la Unión...). *A sensu contrario*, el apartado 2 del precepto niega la aplicación de la Directiva a algunas categorías de nacionales de terceros países debido a la precariedad de su situación o a la brevedad de su estancia (titulares o solicitantes de una protección temporal o de una forma subsidiaria de protección, solicitantes de asilo en espera de resolución, residentes a efectos de estudios –no doctorales– o de formación profesional, *au-pairs*, temporeros, trabajadores que prestan servicios transfronterizos...). Cerrando el artículo 3, su último inciso recuerda la existencia de diversos acuerdos internacionales que afectan a estas materias (por ejemplo, Acuerdo de Asociación con Turquía, Acuerdos con Marruecos y

(14) P.P. MIRALLES SANGRO en VV. AA.: *Políticas comunitarias*, Colex 2001, pp. 57-81, esp. pp. 57 y 75.

Túnez, Convenio del Consejo de Europa relativo al estatuto del trabajador migrante, Convenio de Ginebra relativo al estatuto de los refugiados...) y proclama la aplicabilidad de las normas más favorables que contengan dichos textos.

El primer capítulo de esta propuesta se cierra con el artículo 4, que impone a los Estados miembros la obligación de aplicar la Directiva sin realizar ningún tipo de discriminación “por razón de sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o ideología, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a minoría nacional, fortuna, nacimiento, minusvalía, edad u orientación sexual”¹⁵.

B) Estatuto de residente de larga duración en un Estado miembro

Según se establece en el artículo 5 de la propuesta de Directiva, el primer requisito que se le exige a los nacionales de terceros países que deseen obtener el estatuto de residente de larga duración es la “residencia legal e ininterrumpida” durante cinco años en ese Estado. El mismo precepto establece una serie de reglas que precisan cómo calcular ese período mínimo. Así, el tiempo pasado como solicitante de asilo o al amparo de una protección temporal únicamente se tendrá en cuenta si el sujeto posteriormente accede al estatuto de refugiado; la residencia realizada con fines de estudio sólo contabilizará la mitad (salvo si se trata de un estudiante de doctorado, que sí que puede ser residente de larga duración tras cinco años de residencia en un país comunitario)¹⁶ y se permite que en determinadas circunstancias (si la ausencia es inferior a seis meses o si se justifica por determinados motivos –obligaciones militares, traslados laborales, estudios o investigación, enfermedad grave, embarazo, maternidad o ser acompañante de un familiar que ejercita su derecho de libre circulación en otro Estado miembro–) el extranjero pueda ausentarse de ese país sin que su período de residencia se considere interrumpido.

El artículo 6 de la propuesta de Directiva recoge dos requisitos adicionales exigibles a fin de obtener el estatuto de residente de larga duración: el extranjero no comunitario (salvo los refugiados y los nacionales de terceros países nacidos en el territorio de un Estado miembro, que quedan eximidos de tal obligación) debe probar que dispone –para él y las personas a su cargo– de recursos económicos fijos y suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos.

Solicitada la expedición de este estatuto (y acreditado el cumplimiento de los requisitos recién expuestos), las autoridades nacionales del Estado de residencia dispondrán de seis meses para decidir sobre ella (artículo 8.2). La concesión sólo podrá denegarse (motivadamente, artículo 11) por las causas explicitadas en el artículo 7: “cuando el comportamiento personal del interesado pudiere representar una amenaza actual al orden público o a la seguridad interior”, no pudiendo justificarse por la mera existencia de una condena penal o por razones económicas. La con-

(15) Este precepto se corresponde con el contenido del artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE C n° 364, de 18 de diciembre de 2000), pp. 1-22.

(16) En este punto, la Comisión argumenta que “conviene favorecer la integración en la sociedad, y en el mercado de empleo, de estas personas altamente cualificadas”.

cesión del estatus de residente de larga duración se plasma a través de la expedición del denominado “permiso de residencia de larga duración-CE”, que posee una validez de diez años y será renovado automáticamente tras su vencimiento (artículos 9 y 10.4).

En el artículo 12 de la propuesta se enumeran los ámbitos en los que los residentes de larga duración gozarán necesariamente del mismo trato que los nacionales (pudiendo los Estados miembros ampliar este listado si así lo desean): acceso y condiciones de empleo –salvo el vinculado con el ejercicio de la potestad pública–; educación y formación profesional; reconocimiento de diplomas; protección social y asistencia social; ventajas sociales y fiscales; acceso a bienes y servicios; libertad sindical y de asociación y libre acceso a la totalidad del territorio del Estado.

Este estatuto de residente de larga duración únicamente podrá ser retirado por alguno de los motivos que se exponen en el artículo 10: ausencia del territorio durante un mínimo de dos años consecutivos –pudiendo los Estados permitir alguna ausencia de este tipo y no admitiéndose la retirada si la ausencia se debe al ejercicio del derecho de residencia en otro Estado comunitario–; obtención fraudulenta del estatuto, aprobación de una medida de expulsión frente a este sujeto u obtención del estatuto en otro Estado miembro. La privación del estatuto en algunos casos (ausencia de dos años, fraude o imposibilidad de ejecutar la expulsión) hace necesario que el Estado de residencia expida a este sujeto un permiso de residencia distinto al que poseía de permanente.

En el ámbito de la expulsión, la propuesta de Directiva dispensa una protección reforzada a los extranjeros que posean el estatuto de residente de larga duración. Por ello, el artículo 13 establece que sólo podrá tomarse una decisión de expulsión “cuando el comportamiento personal del interesado represente una amenaza actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad interior, en detrimento de un interés fundamental de la sociedad” e igualmente no se admiten los procedimientos de expulsión urgente. Además, antes de tomar la decisión (recurrente) de expulsión, se han de considerar una serie de elementos (duración de la residencia y vínculos con ese país, pérdida de los lazos con el Estado de origen, edad del sujeto y consecuencias de la expulsión para él y su familia) con el fin de concluir si los hechos de que se le acusa son realmente lo suficientemente graves como para justificar la expulsión.

Cerrando este capítulo, el artículo 14 dispone que si un Estado miembro concede un permiso de residencia permanente con unas condiciones más favorables que las establecidas en esta propuesta de Directiva, dicho título sólo producirá efectos a nivel nacional, no permitiendo que su titular resida en otro país comunitario.

C) Derecho de residencia en otros Estados miembros

El capítulo tercero de esta propuesta comienza proclamando que los residentes de larga duración podrán permanecer durante más de tres meses en un Estado miembro distinto a aquel que les concedió el estatuto (artículo 15). Para ello, el extranjero (salvo quien se encuentre en una

prestación de trabajo o servicios transfronterizos, que se regirá por una normativa específica)¹⁷ ha de hallarse en el segundo Estado miembro en alguna de las siguientes situaciones: llevar a cabo una actividad económica; estudiar o realizar una formación profesional o no estar en ninguna de las dos situaciones señaladas, pero siempre que cuente con recursos económicos suficientes y un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos (artículo 16). El artículo 18 de la propuesta permite que el residente de larga duración sea acompañado al segundo Estado por las personas que ya constituyan su familia en el primer Estado.

Transcurrido un máximo de tres meses desde su entrada en el segundo país comunitario, el extranjero y los miembros de su familia tienen que solicitar un permiso de residencia a las autoridades de dicho país, quienes podrán exigirles que presenten una serie de documentos enumerados respectivamente en los artículos 17 y 18.2. En un plazo de tres meses, las autoridades del segundo Estado darán curso a la solicitud siguiendo un procedimiento que se especifica en los artículos 21 y 22 de la propuesta.

La estancia de estos sujetos únicamente podrá denegarse cuando su comportamiento “represente una amenaza actual al orden público o a la seguridad interior” (artículo 19) y en este ámbito, el artículo 20 de la propuesta precisa restrictivamente las enfermedades que justifican dicha denegación. Si la decisión del segundo Estado es favorable, al residente de larga duración y/o a sus familiares se les otorgará un permiso de residencia renovable, cuyo período de validez será determinado por el derecho interno de cada Estado (artículo 21.2). La obtención de este permiso de residencia supone que (artículo 24) “el residente de larga duración gozará de los derechos enumerados en el artículo 12, salvo en lo que respecta a asistencia social y becas de mantenimiento para estudiantes”¹⁸ y los miembros de su familia a los que se les otorgue el permiso de residencia gozarán de los derechos recogidos en el articulado del proyecto de Directiva sobre derecho a la reagrupación familiar.

En el artículo 25 de la propuesta de Directiva se prevé la retirada, durante un período transitorio de cinco años, del permiso al extranjero residente de larga duración o a los miembros de su familia; bien por razones de orden público o de seguridad interior, bien porque ya no ejerce una actividad económica o formativa o ya no dispone de recursos suficientes o de un seguro de enfermedad. La retirada del permiso supone en primer lugar una expulsión del país de residencia que, según la propuesta no tendrá carácter ilimitado en el tiempo, pudiéndose posteriormente volver a intentar ejercitar el derecho de residencia en ese segundo Estado miembro. En segundo lugar, la retirada del permiso de residencia también obliga al Estado que otorgó el estatuto de residente de larga duración a “readmitir de inmediato al residente de larga duración y a los miembros de su familia” (artículo 26). El estatuto de residente de larga duración podrá solicitarse en el segundo Estado miembro tras cinco años de residencia legal en ese territorio (artículo

(17) Fuera del ámbito de aplicación personal de esta propuesta de Directiva quedan, tal y como se establece en el artículo 15.2, los sujetos señalados, habida cuenta que regulando su situación se están elaborando dos propuestas de Directiva (DOCE C nº 311, de 31 de octubre de 2000, pp. 187 y ss.).

(18) La Comisión justifica esta restricción señalando que “el residente de larga duración no puede convertirse en una carga para la hacienda pública del segundo Estado miembro”.

lo 27) y su concesión trae consigo la retirada del estatuto por parte del primer país comunitario (que, por tanto, se conservará hasta ese momento –artículo 23–).

IV. REACCIONES SUSCITADAS Y MODIFICACIONES INTRODUCIDAS

Tras presentarse la propuesta de Directiva recién analizada, ésta obtuvo el dictamen favorable del Comité de las Regiones¹⁹, órgano que insistió en la necesidad de que los entes locales y regionales aportasen y difundiesen su experiencia y buenas prácticas respecto de la integración de nacionales de terceros países. Igualmente positivo fue el dictamen del Comité económico y social, que presentó las siguientes sugerencias de fondo²⁰: dado que la movilidad de los inmigrantes entre los Estados europeos de residencia y sus países de origen fomenta el desarrollo económico de estos últimos, la propuesta de Directiva debería ser más flexible a la hora de permitir ausencias que tengan por objeto intervenir en proyectos de codesarrollo; los plazos que esta propuesta otorga a las autoridades administrativas para responder a las solicitudes de los nacionales de terceros países deberían acortarse, porque se entiende que plazos tan largos como los elegidos “son negativos para el empleo, para las empresas y para la movilidad de las personas” e igualmente, el Comité Económico y Social estimó que, al ser tan importante la aplicación de la Directiva en todo el espacio de la Unión Europea, los gobiernos del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca deberían tomar la decisión de aplicar este texto en sus territorios²¹. Respecto a este último punto, ha de señalarse que el Parlamento del Reino Unido llevó a cabo en julio de 2002 un extenso debate en torno a esta iniciativa legislativa comunitaria y emitió esta esperanzadora conclusión: “*the Government has not opted into them, but intends to maintain a constructive approach and will consider whether to opt in once their final shape is clear*”²².

En ese epígrafe ha de reseñarse también que el citado proyecto de Directiva ha suscitado el interés de muy variadas organizaciones y grupos de presión. Recogiendo las opiniones de algunos de ellos, la *Red Europea de lucha contra el racismo* (ENAR), partiendo del apoyo al proyecto, sugiere que éste adopte posturas más comprometidas en cuestiones como el trato diferenciado que se les pretende otorgar a los estudiantes dependiendo de su nivel formativo²³. En el mismo sentido, un conjunto de entidades religiosas como *Caritas Europa* valoran de forma positiva este texto, que da seguridad jurídica a los extranjeros no comunitarios y les permite participar más activamente en la sociedad de residencia. No obstante, respecto a algunos puntos se proponen modificaciones como las siguientes: los sujetos que gozan de protección temporal o subsidiaria deberían poderse incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva²⁴ y la imposibilidad de ejercer

(19) Documento 2002/C 19/06, en *DOCE* C, nº 19, 22 de enero de 2002, pp. 18-19.

(20) Documento 2002/C 36/13, en *DOCE* C nº 36, de 8 de febrero de 2002, pp. 59-62.

(21) En esta materia, recuérdese el contenido del artículo 69 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

(22) El texto del debate puede hallarse en: www.parliament.the-stationery-office.co.uk. En esta materia, es también interesante la discusión suscitada recientemente en el Parlamento suizo en torno a las consecuencias que podía tener para Suiza la aprobación de la Directiva comunitaria (www.parlament.ch).

(23) La posición de ENAR al respecto se halla detallada en www.enar-eu.org.

(24) La misma idea es defendida por el *Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados* (vid., www.unhcr.de).

la autoridad pública no debería ser absoluta, sino que sería preferible hacerla depender de la voluntad de cada Estado miembro, ya que en algunos países comunitarios se ha comprobado fehacientemente que es muy positivo involucrar a los inmigrantes en el servicio de policía local o en la educación pública en áreas que cuentan con un alto porcentaje de población extranjera²⁵. Un planteamiento mucho más restrictivo frente a la inmigración se refleja en el documento presentado por varias organizaciones empresariales alemanas: en él se considera que la mera residencia continuada en un país no es suficiente para obtener el beneficioso estatus que se perfila en la Propuesta de Directiva. Por ello, se estima necesario que la concesión del estatuto de larga duración se haga depender de otros elementos como la cualificación profesional, los conocimientos idiomáticos o la edad del solicitante, exigiéndosele una residencia de al menos siete años a quien no cumpla con esos condicionantes²⁶.

Atendiendo al procedimiento previsto en el artículo 67 del Tratado constitutivo, esta propuesta de Directiva fue transmitida en el año 2001 al Parlamento Europeo. La Presidenta de dicha institución remitió el texto, para un examen del fondo, a la *Comisión de Libertades y Derechos de los ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores*. Tras varias reuniones, y habiéndose designado como ponente a la baronesa Sarah Ludford²⁷, la Comisión aprobó el proyecto de resolución legislativa y presentó el 30 de noviembre de 2001 un informe al respecto. El 5 de febrero de 2002, el Parlamento Europeo emitió un dictamen favorable a la propuesta, pero introdujo una serie de modificaciones²⁸, cuyo contenido y objetivos más destacados pueden resumirse de la siguiente forma²⁹:

– A la hora de conceder el estatuto de residente de larga duración deberán tenerse también en cuenta los avances que el sujeto ha realizado en pos de la integración, como por ejemplo, si se ha esforzado en el aprendizaje de una lengua oficial del Estado miembro respectivo (considerandos 6 y 10).

– En el marco de la lucha contra el terrorismo que está llevando a cabo la Unión Europea, no se concederá el estatuto de residente de larga duración o se excluirá de la protección especial contra la expulsión a quien participe en actos terroristas (considerando 19 bis y artículo 13.7).

– Respecto a las condiciones exigibles para otorgar el estatuto de residente de larga duración; la referencia al “seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos” se sustituye por la de “un seguro de enfermedad cuyas cláusulas en materia de prestaciones sean idénticas a las del seguro de

(25) Este texto se recoge en www.icmc.net.

(26) *Gemeinsame Stellungnahme von BDA, BDI, DIHK und ZDH zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend den Status der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatenangehörigen*, en www.bda-online.de.

(27) Este documento (A5-0436/2001), así como las opiniones emitidas por la *Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior*, la *Comisión de Empleo y Asuntos sociales* y la *Comisión de peticiones* pueden hallarse en www.europa.eu.int.

(28) Las votaciones individualizadas en torno a la totalidad de enmiendas discutidas por el Parlamento Europeo se encuentran en: *DOCE C*, nº 284, de 21 de noviembre de 2002, pp. 54-82.

(29) La totalidad de la propuesta modificada se recoge en el documento P5_TA (2002) 0030, publicado en las páginas 94 a 103 del *DOCE C*, nº 284, de 21 de noviembre de 2002.

los ciudadanos del Estado miembro en cuestión” y asimismo en el artículo 6 se introduce un nuevo requisito; contar con “un sistema de previsión para la jubilación comparable al de un ciudadano de la UE en condiciones de empleo similares”.

– Se amplía la redacción del artículo 12, proclamándose que los residentes de larga duración tendrán necesariamente derecho al mismo trato que los nacionales en ámbitos como el acceso a la justicia y a unos recursos judiciales efectivos; la participación en la vida de la comunidad local; el ejercicio de actividades culturales o religiosas y respecto a los derechos consagrados en la *Carta de los Derechos Fundamentales*. Asimismo, el nuevo artículo 12.2 alude expresamente a la posibilidad de que los Estados miembros extiendan también la igualdad de trato al ámbito de “la participación activa en la vida política, incluyendo los derechos electorales a nivel local y europeo”.

V. CONCLUSIONES

Siguiendo los trámites establecidos, la propuesta de la Comisión modificada por el Parlamento Europeo fue remitida al Consejo, quien el 15 de octubre de 2002 en su reunión de Luxemburgo analizó el contenido de este proyecto. Las conclusiones más relevantes del debate generado en el seno del Consejo son las siguientes: los refugiados deben incluirse en el ámbito de aplicación material de la Directiva; se reputa adecuado exigir un período de cinco años de residencia a quien desee adquirir el estatuto de residente de larga duración y se admite que la obtención de dicho estatus se haga depender de los requisitos de integración vigentes en el derecho interno de cada Estado³⁰.

Expuesto ya el origen y el contenido esencial de esta propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea, habrá de pasar el tiempo para saber cuál va a ser el texto definitivo de esta propuesta y caso de que tal llegue a convertirse en Directiva, cuáles serán los problemas que se originarán en torno a su transposición en los distintos derechos nacionales. Como afirma mayoritariamente la doctrina, ha de concluirse que los objetivos que persigue esta propuesta se valoran positivamente³¹. La aproximación de las legislaciones nacionales en materia de concesión de un estatuto de larga duración y los derechos a él vinculados supone un paso adelante en la consagración de la Europa comunitaria como un espacio de libertad, seguridad y justicia. Alcanzar la integración de los nacionales de terceros países que residan permanentemente en Estados comunitarios implica asimismo fomentar la cohesión económica y social europea, por lo que se trata de un objetivo a potenciar. Igualmente, la posibilidad que la propuesta les concede a estos extranjeros no comunitarios, en el sentido de poder ejercitar el derecho de residencia en otro Estado miembro traerá consigo una beneficiosa flexibilización y dinamismo del mercado laboral europeo, que podrá responder con más eficacia a las exigencias de la globalización.

(30) 2455th Council meeting, C/02/308, en www.europa.eu.int

(31) Al respecto, vid., p. ej., A. EVANS: “Third country nationals and the Treaty of European Union”, *European Journal of International Law*, en www.ejil.org; C. RODIER: “Changement de cap ou pétard mouillé?”, *Plein Droit* 49, en www.gisti.org y C. WHITWELL: “European migration and refugee policy: new developments”, en www.cicerofoundation.org.

Notas y colaboraciones

Dossier Contingente 2003

PASCUAL AGUELO NAVARRO
Abogado del Real e Ilustre Colegio de Zaragoza.

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo.
Universidad Rey Juan Carlos

El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003

RESUMEN

El artículo repasa los diferentes sistemas de contratación de trabajadores extranjeros previstos en la normativa migratoria española y más concretamente centra su análisis en el procedimiento de cuotas o contingente anual, examinando los antecedentes legislativos y reglamentarios. Los autores parten de la tesis de la necesidad de buscar mecanismos adecuados para procurar la efectiva ocupación de las plazas ofertadas por las empresas frente a unas previsiones administrativas que parecen más bien dificultar o incluso impedir la contratación. En esta perspectiva se trata de demostrar la compatibilidad entre el sistema de contratación directa nominativa, el denominado régimen general, y el sistema de contingente. El trabajo ofrece criterios doctrinales y jurisprudenciales acerca del concepto indeterminado de “situación nacional de empleo” y se completa con la presentación, de forma detallada, de la regulación del Contingente para el año 2003, con diversos anexos legislativos, jurisprudencia, cuadros y esquemas prácticos.

The article reviews the different systems of foreign workers' contracting foreseen in the Spanish migratory rules and more concretely it focus its analysis on the procedure of quotas or annual contingent, being examined legislative and obligatory background. Authors leave of the thesis of the necessity of looking for appropriate mechanisms to offer the effective occupation of jobs offered by companies in front of some administrative forecasts that seem rather to hinder or even impede the contracting. In this perspective, it is intended to demonstrate the compatibility among the nominative direct contracting, the so-called general regime and the contingent system. The work offers doctrinal and jurisprudential approaches about the uncertain concept of 'nacional situation of employment' and it is completed with the presentation, in a detailed way, of the regulation of the Contingent for the year 2003, with different legislative appendix, jurisprudence, diagrams and practical outlines.

SUMARIO

I. Consideraciones generales. A) Significado y primeras manifestaciones del sistema de contingente en España. B) Su regulación en la L.O. 4/2000, original y reformada. C) El contingente de trabajadores y el acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena. D) La coexistencia del procedimiento de “contingente” y el “régimen general”. E) La pretendida derogación por la vía de hecho del régimen general. F) Algunos pronunciamientos judiciales. G) El criterio de la situación nacional de empleo.

II. El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003. A) Valoración general. B) Cuantificación numérica. C) Sectores y actividades profesionales. D) Plazo de vigencia del Contingente 2003. E) Principales rasgos definitorios de la regulación del Contingente 2003. a) Ofertas genéricas *versus* nominativas. b) Inmigrantes que no se hallen ni residan en España. c) Empleo doméstico.

III. Las ofertas de empleo genéricas de carácter estable en el Contingente 2003. A) La posible solicitud empresarial directa de las ofertas. B) Regulación del procedimiento: plazos y órganos competentes.

IV. Las ofertas de empleo nominativas de carácter estable en el Contingente 2003. A) Grupos empresariales y contratación nominativa. B) Nuevos supuestos preferenciales que posibilitan la contratación nominativa. C) Solicitud de visado. D) La firma personal del contrato en el país de origen.

V. Las ofertas de empleo de carácter temporal. A) Supuestos. B) Particularidades.

VI. Puestos de trabajo estables en el servicio doméstico.

VII. Otros procedimientos de gestión de ofertas de empleo. El denominado régimen general en supuestos preferenciales.

VIII. Anexos. A) Cuadros y esquemas. B) Anexo legislativo. C) Anexo jurisprudencial.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

A) Significado y primeras manifestaciones del sistema de contingente en España

El pasado día 27 de diciembre de 2002 se aprobaba por el Gobierno¹ el que va a ser el octavo cupo

(1) Téngase en cuenta la Resolución de 14 de enero de 2003 de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procedimientos de contratación, y se fija el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen, para el año 2003 a extranjeros residentes legales en

El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003

de trabajadores extranjeros no comunitarios en España, por lo que parece procedente iniciar estas reflexiones recordando, siquiera someramente, el significado de este sistema de acceso al mercado de trabajo.

Esta forma de contratación de trabajadores extranjeros arranca de la *Proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 9 de abril de 1991*, que instaba al Gobierno a tomar la iniciativa en la canalización y organización de los flujos de migración legal, en función de dos criterios: las necesidades de mano de obra de la economía española y la capacidad de absorción de la sociedad española².

Como consecuencia de la misma, el Gobierno adoptó en 1993 un Acuerdo en el que fijaba el cupo o contingente anual para el empleo de extranjeros no comunitarios³. Desde luego, deber tenerse en cuenta que el sistema de cuotas es simplemente uno más de los que se han ideado, en diferentes países y momentos sociohistóricos, para controlar, con mejores y peores resultados, la llegada de trabajadores inmigrantes.⁴

Nacida con una clara dosis de excepcionalidad, desde entonces la fórmula del contingente de trabajadores se ha ido convirtiendo en una práctica habitual en la política migratoria de nuestro país⁵. Tanto es así que aunque no estaba prevista en la ya derogada Ley de Extranjería de 1985, años después encontró su cobertura normativa en el Reglamento de Extranjería de 1996, pues su artículo 70 asumía el sistema de cupos, habilitando al Gobierno para que, en su caso, estableciese un contingente de mano de obra no comunitaria y regulase un procedimiento especí-

España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella (BOE 16 de enero). Asimismo, las Instrucciones en desarrollo de dicho Acuerdo de 15 de enero de 2003 (BOE 31 de enero). Adviértase que el título del Acuerdo excluye de las previsiones del Contingente a los trabajadores que no siendo residentes legales se encuentran en España.

(2) Resultado del "Informe sobre la situación de los extranjeros en España: líneas básicas de la política española de extranjería" enviado por el Gobierno de PSOE al Congreso de los Diputados en diciembre de 1990 en cumplimiento del mandato, a su vez, de dicha Cámara de 26 de junio de 1990. La Proposición fue aprobada por todos los grupos parlamentarios, a salvo de la abstención del Grupo Federal de IU.

(3) Resolución de 4 de abril de 1993, que dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de mayo de 1993, por el que se establece un cupo de autorizaciones de 20.600 trabajadores inmigrantes (no publicado en BOE) y Resolución de 4 de mayo de 1993, por la que se dictan instrucciones generales y de procedimiento sobre determinación de un contingente de autorizaciones para trabajadores extranjeros (BOE 17 de junio).

(4) Destacados autores recuerdan que el fenómeno de las migraciones internacionales es un proceso social y político complejo que no puede ser reducido a la operación de las leyes del mercado. Ver BOAVENTURA DOS SANTOS: "La Globalidad del Derecho", p. 121, ILSA, Colombia.

(5) Si bien la primera redacción dada a la Ley de Extranjería por la LO 4/2000 consagraba en su artículo 37 la periodicidad anual del establecimiento de mano de obra, por obra de la modificación operada por la LO 8/2000, que renumera el precepto con el número 39, se elimina dicha periodicidad, haciéndose depender su fijación de las necesidades de mano de obra, pues aunque el precepto vigente refiere que el "Gobierno establecerá anualmente" un contingente, a renglón seguido matiza que lo hará "siempre que exista necesidad de mano de obra". Esta precisión, o mejor dicho *precaución*, resulta absolutamente innecesaria, pues tanto la evolución del mercado de trabajo nacional como las estadísticas y predicciones que sobre el mismo existen, evidencian que, en mayor o menor medida, la necesidad de mano de obra extranjera en determinados sectores y actividades va a perdurar en el tiempo.

fico para su gestión, lo que facilitó el tránsito hacia un sistema mixto de acceso al trabajo por parte de los extranjeros: el encuadramiento en el sistema de cupos, con vocación genérica, y el libre acceso mediante solicitud individualizada nominativa.

B) Su regulación en la L.O. 4/2000, original y reformada

Esa habilitación se confirmó en el artículo 39 de la vigente Ley de Extranjería, desarrollado reglamentariamente por el artículo 65 del Reglamento de Extranjería 2001⁶. Nótese que se habla de habilitación, es decir, de una autorización para regular el sistema de contingente, pero siempre dentro de los parámetros marcados legalmente, lo que implica que en ningún caso ni pueda crear un permiso de trabajo distinto al previsto en la vigente Ley de Extranjería ni establecer o alterar un procedimiento de acceso al mercado de trabajo, ni, en suma, extralimitarse de las coordenadas que el legislador ha diseñado.

La filosofía de este sistema descansa en el establecimiento de un procedimiento que permita cubrir, con mano de obra extranjera no comunitaria, que llegaría legalizada desde el exterior, los puestos de trabajo que no pueden ser ocupados por mano de obra nacional, comunitaria o extranjera en situación regular, adecuándose a la situación general de empleo de cada provincia.

Sin embargo, la realidad demuestra que el sistema del contingente se ha utilizado hasta fechas recientes como instrumento impropio de regularización de extranjeros que se encuentran en territorio español. De hecho, desde 1993, los únicos años en que no se ha establecido el cupo de extranjeros han sido en los que se ha abierto un período de regularización extraordinario acompañando una reforma en materia de extranjería de envergadura (1996 y 2000)⁷. Y en aquellos años en los que sí se fijó, el contingente fue completado, con gravísimas tensiones sociales, por trabajadores extranjeros que ya se encontraban en España y que debieron realizar onerosos viajes de “ida y vuelta” para tramitar y recoger sus visados consulares en los países de origen⁸.

Uno de los grandes desafíos a los que se enfrentan los poderes públicos es eliminar, o al menos reducir, la recurrente bolsa de inmigrantes en situación irregular que ni los instrumentos legales ni los administrativos han podido por el momento evitar. La persistente presencia de inmigración irregular revela de alguna manera el fracaso de la política sobre canalización de flujos

(6) Se ha optado por incluir en el anexo legislativo una relación completa de los preceptos a los que se hace referencia en el presente artículo con el objeto de facilitar la consulta del texto legal y reglamentario que se adjunta a la revista como documentación de trabajo.

(7) Recientemente, compartiendo esta afirmación, y sin que crea necesaria por obvia ninguna justificación adicional, se pronunciaba la STSJ Galicia 13 de marzo de 2002 (rec. nº 1161/1999): “En el año 1996 no hubo fijación de contingente al haberse producido una regularización como consecuencia de la aprobación del RD 155/1996”.

(8) En este mismo sentido, E. SAGARRA I TRÍAS: *La Legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura*, UB, 2002, p. 197, señala que “La realidad es que existen en España miles de trabajadores inmigrantes que pueden acreditar arraigo, cuentan con una oferta de trabajo y han hecho un esfuerzo por integrarse durante bastantes años, y que podrían incluirse en estos Contingentes anuales”.

El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003

I

migratorios y la inoperatividad de los sistemas de control de entrada al territorio nacional, aunque no constituyan su exclusiva justificación; quizás el establecimiento de un cupo anual de trabajadores extranjeros no sea el cauce más adecuado para resolver este problema, pero no puede negarse que ha posibilitado una vía de normalización para un colectivo importante de trabajadores en situación irregular. Lo que no significa que no puedan regularse otro tipo de procedimientos de gestión de los flujos migratorios y regularizaciones.

Precisamente para tratar de evitar esta disfunción, el antiguo artículo 37 de la Ley de Extranjería en su primera versión del año 2000, que se refería en la regulación del contingente a los “extranjeros no residentes en España” fue objeto de modificación y el artículo 39 de la vigente LOEx 4/2000, reformada, más estrictamente, exige que se dirija a los trabajadores extranjeros “que no se hallen ni sean residentes en España”, quedando configurado como un mecanismo dirigido exclusivamente a canalizar los flujos de mano de obra procedentes del exterior. No obstante lo anterior, nótese que lo que se impone es que la solicitud del permiso de trabajo por este sistema y la firma del contrato de trabajo se realice cuando el trabajador se encuentre fuera de España, lo que no impide, en puridad, que haya permanecido con anterioridad en territorio español⁹.

Con independencia de que se comparta o no esta limitación, no puede obviarse que su aplicación da lugar a que, aunque resulte paradójico, tengan prioridad para acceder al mercado de trabajo nacional cualquier extranjero antes que un residente legal en España, cuestión que, como se comentará posteriormente, se ha pretendido rectificar con el contingente de 2003¹⁰.

C) El contingente de trabajadores y el acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena

El establecimiento de un cupo de trabajadores extranjeros no comunitarios se reserva al acceso al trabajo por cuenta ajena, sin que suponga –ni pueda suponer– la creación de ninguna autorización administrativa distinta a las previstas con carácter general en la normativa vigente, pues la habilitación para la realización de actividades lucrativas mediante el contingente se articula a través del permiso de trabajo, en concreto, y tratándose de una solicitud de empleo estable, mediante el permiso ordinario inicial, es decir, un tipo B (inicial), cuyo plazo de validez es de un año; si es un empleo de temporada, el permiso de trabajo a conceder será un tipo T. Las características y limitaciones que estos permisos tengan, así como su renovación, serán las mismas que las previstas con carácter general en la Ley de Extranjería.

La peculiaridad del sistema del contingente radica, entonces, en que la situación nacional de empleo, criterio que en virtud del artículo 38.1 de la Ley de Extranjería se tendrá en cuenta en la

(9) De hecho, la regulación del contingente para el año 2003 recoge como supuesto especial, que posibilita la oferta nominativa, el supuesto de extranjeros retornados a sus países de origen que hubieren tenido permiso de trabajo y residencia anteriormente en España.

(10) El Acuerdo que regula el contingente para el año 2003, en su apartado 7.2, viene a corregir el olvido reglamentario de los residentes legales considerándolo como un supuesto preferencial para el acceso al trabajo, sin consideración de la situación nacional de empleo, dentro de lo que denomina “*otros procedimientos específicos de gestión de ofertas de empleo para la contratación de extranjeros*”, que no son otra cosa que lo que nosotros venimos refiriendo como régimen general.

concesión inicial de los permisos de trabajo por cuenta ajena, se examina *a priori*, principio general que no siempre es coincidente con las necesidades concretas de las empresas. Esta valoración anticipada del referido criterio debería implicar que las solicitudes fuesen suficientes para cubrir las necesidades de mano de obra en cada provincia y, en consecuencia, deberían ser resueltas favorablemente –siempre que reuniesen el resto de los requisitos impuestos por la correspondiente Resolución–, y hasta el máximo autorizado en la anualidad correspondiente, basándose la concesión en un criterio cuantitativo; pero las cosas no son siempre tan sencillas¹¹.

D) La coexistencia del procedimiento de “contingente” y el “régimen general”

Quizá una de las cuestiones más interesantes relativas al acceso al mercado de trabajo a través de este sistema sea determinar si su articulación se prevé desde la normativa vigente como un sistema excluyente o preferente, en detrimento del acceso directo nominativo, esto es, de la solicitud individualizada de un permiso de trabajo.

La Ley de Extranjería 4/2000 original recogía en su artículo 38.1 la regulación de lo que se denominaba “las excepciones al contingente”. Expresamente contemplaba un procedimiento diferente a aquél, al indicar que los empresarios o empleadores podrían realizar sus ofertas de empleo a trabajadores extranjeros de forma independiente al contingente global, si bien en estos supuestos se debía considerar la situación nacional de empleo.

La vigente Ley de Extranjería, tras su reforma por LO 8/2000, suprimió tal referencia, dejando al desarrollo reglamentario la fijación de los procedimientos para la obtención de los permisos de trabajo.

Pese a ello, es perfectamente defendible la pervivencia y coexistencia del procedimiento de contingente y el procedimiento denominado “régimen general”, entre otros, para el caso de trabajadores extranjeros que se hallen o sean residentes, sin preferencias, en España, pues como se ha señalado, el contingente se reserva a favor de los extranjeros “que no se hallen ni sean residentes en España”, lo que *a sensu contrario* lleva a tal consideración.

Muestra también de la pervivencia del régimen general se sigue del apartado 11 del artículo 65 del Reglamento de Extranjería 2001¹², que dispone que las solicitudes de permiso de trabajo relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del sistema del contingente que anualmente se establezcan, se tramitarán por este procedimiento, salvo los supuestos de excepción del permiso de trabajo del artículo 68, los específicos en los que no se tiene en cuenta la

(11) El problema se agudiza si se tiene en cuenta que el número de autorizaciones resulta insuficiente para cubrir las expectativas migratorias. El número de puestos de trabajo ofertados en el año 2003 (10.575 plazas estables y 13.762 plazas temporales) es escaso y la selección en origen tan solo supone un pequeño porcentaje de las solicitudes estimadas (unas 200.000 personas).

(12) Véase anexo y material legislativo que se acompaña a la Revista.

El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003

I

situación nacional de empleo del artículo 71¹³ y las autorizaciones para trabajar del artículo 79 del mismo Reglamento¹⁴. También *a sensu contrario*, las ofertas que no puedan cubrirse por el sistema de contingente, seguirán las normas generales.

Del análisis de estos preceptos reglamentarios se desprende, por otra parte, que, a excepción de los casos señalados, el sistema de contingente es prioritario y preferente respecto del sistema de acceso directo¹⁵.

El apartado 7.1 y 3 de la Resolución del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002 contempla expresamente la subsistencia, eso sí residual, de lo que denominamos régimen general de contratación directa nominativa, preferencial o normal.

Ahora bien, de mantener su carácter prioritario a declararlo como excluyente de cualquier otro sistema de acceso al mercado de trabajo dista un gran trecho: desde el diseño legal de acceso al mercado de trabajo nacional de extranjeros no puede menos que concluirse que ambos procedimientos no resultan excluyentes sino complementarios.

El empresario español deberá dirigirse, en primer lugar al mercado nacional de empleo, pero en el caso de no poder cubrir sus necesidades en él, deberá intentarlo en el mercado exterior, bien a través del procedimiento o sistema de contingente o a través de la contratación directa nominativa. La finalidad debe ser la de facilitar la contratación, no la de impedir o dificultar la ocupación del puesto de trabajo.

E) La pretendida derogación por la vía de hecho del régimen general

No obstante lo señalado en el epígrafe anterior, durante la vigencia de las normas reguladoras del cupo 2002 el régimen general ha quedado, *de facto*, prácticamente anulado. En primer lugar, en el apartado 2 de la instrucción novena de la Resolución de 11 de enero de 2002, por la que se disponía la publicación del Acuerdo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, en el que se determinaba el Contingente 2002, se advertía que las solicitudes de permiso de trabajo y residencia que no pudieran ser gestionadas a través del procedimiento de contingente ni pudiesen cubrirse por los Servicios Públicos de Empleo, se gestionarían a través del procedimiento fijado en el propio Acuerdo, cuando se formulase propuesta al respecto por los Servicios Públicos de Empleo “de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70.1.1.3 del Reglamento de ejecución”¹⁶.

(13) Véase anexo y material legislativo que se acompaña a la Revista.

(14) Véase anexo y material legislativo que se acompaña a la Revista.

(15) Hay que advertir que al mismo tiempo, sembrando un atisbo de duda, la propia norma confiere cierta subsidiariedad al sistema que ahora se comenta respecto del régimen general, ya que a la hora de determinar el número de ofertas de las que genera el mercado de trabajo se tendrán en cuenta las que puedan ser cubiertas por personas a las que no se les aplica la situación nacional de empleo (supuestos específicos del artículo 71 del Reglamento de Extranjería 2001 –véase anexo legislativo–).

(16) Véase anexo y material legislativo que se acompaña a la Revista.

En segundo lugar, en el apartado 3 de la misma instrucción, en consonancia con lo previsto en el apartado 11 del artículo 65 del Reglamento 2001¹⁷ ya reseñado, señalaba que las solicitudes de permiso de trabajo y residencia relativas a ofertas de empleo que pudiesen cubrirse por el contingente, serían inadmitidas a trámite si se formularan por un procedimiento distinto al previsto para aquél.

A esta derogación por la vía de hecho del denominado régimen general para la tramitación de ofertas nominativas ha contribuido la Circular 1/2002, de 16 de enero, de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, sobre “Instrucciones generales sobre el contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios y el procedimiento para su cobertura”¹⁸, en cuya instrucción 7.5 se disponía que “las solicitudes de permiso de trabajo y residencia del denominado régimen general presentadas a partir del día 14 de enero de 2002, que no puedan cubrirse a través del contingente 2002 ni a través del mecanismo previsto para complementar el mismo, podrán ser denegadas durante su vigencia, por considerar que existe suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitados para atender las ofertas de empleo”.

Así, las oficinas de extranjeros a lo largo del año 2002, han venido denegando sistemáticamente y con carácter general las solicitudes de Permiso de Trabajo y Residencia, a pesar de acreditarse, mediante la presentación de los correspondientes certificados de las oficinas de empleo, la no existencia de demandantes de empleo disponibles para cubrir las ofertas de referencia¹⁹.

F) Algunos pronunciamientos judiciales

Han sido ya varios los pronunciamientos jurisprudenciales que, corrigiendo la actuación administrativa, han declarado nulas y sin efectos las resoluciones dictadas, en aplicación del contenido del Acuerdo y la Circular referidos, de inadmisión a trámite de las solicitudes de permiso de trabajo.

Así, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso dos de Valencia de 18 de noviembre de 2002 mantiene que:

“El Acuerdo, después de aprobar en el punto primero el número de trabajadores extranjeros no comunitarios que se aceptarán en España, en régimen de contingente para el año 2002 y de configurar el procedimiento especial del contingente, dice que la llamada propuesta de los Servicios

(17) Véase anexo y material legislativo que se acompaña a la Revista.

(18) El texto íntegro de la misma puede consultarse en la página web del Colegio de Abogados de Zaragoza (www.reicaz.es).

(19) La fórmula general empleada ha sido la siguiente: “Resuelve: Denegar el Permiso de Trabajo y Residencia solicitado, al concurrir la causa prevista en el artículo 74.1.a) del citado Reglamento (se refiere lógicamente al RELOEx –véase anexo legislativo–), por considerar que existe suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitados para atender la concreta oferta de empleo de la empresa, en virtud del Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado en su reunión del día 21 de diciembre de 2001, que fija el Contingente de trabajadores extranjeros para el año 2002, sin perjuicio de la capacidad de los servicios públicos de empleo de realizar propuestas como complemento del contingente, cuando se detecten necesidades del mercado laboral (...)”.

El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003

I

Públicos de Empleo del artículo 70.1.1.3 del Reglamento, también se regule y tramite por el procedimiento de contingente fijado en el Acuerdo.

Y ello lo que supone es, que a partir del Acuerdo de 21 de diciembre ninguna oferta que no sean aquellas incluidas en el Contingente o en la propuesta de los Servicios Públicos de Empleo, pueda tramitarse por el procedimiento general configurado en la sección 5ª del capítulo II del RD 864/2001, exigiendo el punto 3 del apartado 9 que las solicitudes de permiso de trabajo y residencia que se puedan cubrir por el contingente o a través del mecanismo regulado en el punto 2 del mismo apartado, sean inadmitidas a trámite, es decir que todas las solicitudes presentadas de acuerdo con lo previsto en la Ley 4/2000 y el Reglamento en los artículos 38 y 70 respectivamente sean inadmitidas *a priori* lo que conlleva que se inadmita a trámite todas aquellas solicitudes del empleador o del extranjero, referidas a trabajadores extranjeros que se encuentren en España.

[Determinados apartados del Acuerdo] convierten, en única forma de procedimiento para acceder a la autorización de permiso de trabajo y residencia, el procedimiento del Contingente, al que únicamente pueden acceder los extranjeros que no se hallen en España y elimina la especificidad del procedimiento previsto en el artículo 70.1.1.3, la llamada propuesta de los Servicios especiales subsuimiéndolo en el procedimiento del Contingente, estableciendo éste, como único cauce procedimental obligatorio para todas las solicitudes de trabajo cualquiera que sea la oferta de empleo de que se trate.”

Por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo de Alicante de 26 de noviembre de 2002 afirma que el Acuerdo

“... declara su vocación de derogar por vía de instrucción las disposiciones legales y reglamentarias para sustanciar las solicitudes tradicionalmente reconducibles a lo que en la práctica forense se denomina «régimen general» por contraposición a los regímenes especiales (contingente o regularización), lo que, de entrada, es incompatible con el principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de las disposiciones generales. (...)”

A pesar de ello, el propio acuerdo en su afán de generalizar el procedimiento del contingente no opera, como pudiera pensarse, una derogación total de ese régimen general, ya que existen supuestos en los que la inaplicabilidad del acuerdo deja abierta la vía de la tramitación de solicitudes según el régimen general citado. (...) *sensu contrario*, no se tramitarán a través del acuerdo las solicitudes de las ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obra extranjera en los casos citados, cuando no haya tal propuesta de los servicios de empleo. En este caso tales propuestas necesariamente se reconducirán al procedimiento general, precisamente porque así lo dispone el acuerdo, sin que a ello sea óbice lo dispuesto en el apartado tercero del ordinal noveno del mismo (...) Esta indicación viene a ratificar que existen solicitudes que podrían tramitarse al margen de este acuerdo (sólo cabe pensar que se está refiriendo al llamado régimen general) y que las que sean reconducibles a su ámbito de aplicación sólo pueden tramitarse según las normas que describe, lo que obviamente señala que las situaciones que no sean reconducibles al citado ámbito de aplicación no pueden resolverse acudiendo al texto de este acuerdo. Tales situaciones son las relativas a supuestos no previstos por el contingente, agotamiento del contingente o falta de asignación, que respondan a necesidades reales de mano de obra extranjera y que no sean reconducibles al procedimiento complementario promovido por los Servicios Públicos de Empleo.”²⁰

(20) La Sentencia cita y aplica la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 15 de marzo de 2001 (rec. nº 1439/1998), donde se afirmaba que “cuando el acceso del extranjero al trabajo no pueda llevarse a cabo mediante el sistema de contingente porque se haya superado el cupo máximo de autorizaciones o por cualquier otra circunstancia, nada impide una solicitud en forma individualizada cuya resolución dependerá de la situa-

G) El criterio de la situación nacional de empleo

Dejando al margen, aunque tiene una enorme trascendencia, que por mandato legal (Ley de Procedimiento Administrativo), cualquier resolución administrativa deberá resolver de forma motivada todas y cada una de las cuestiones planteadas en la solicitud inicial bajo pena de anulación por falta de motivación, el *quid* de la cuestión estriba en que de nuevo se cae en el vicio de una interpretación restrictiva y errónea del criterio de la situación nacional de empleo²¹. Se mantiene simple y llanamente que puesto que la situación nacional de empleo se ha tenido en cuenta en la determinación cuantitativa del contingente, cualquier solicitud de permiso de trabajo que no pueda tramitarse a través de este procedimiento, bien porque se haya completado el cupo, bien porque el sector y ocupación no se incluya dentro del mismo, podrá denegarse basándose precisamente en dicho criterio de la situación nacional de empleo.

Sin embargo, aquél se trata de un concepto jurídico indeterminado que precisa ser integrado con otros criterios y elementos, en concreto, al menos los siguientes:

a) Los fijados por el propio Reglamento de Extranjería de 2001 (artículo 70.1.1²²) que señala:

- Insuficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional, tanto españoles como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo solicitado por la empresa.
- Que la gestión de la oferta presentada necesariamente ante el servicio público de empleo se haya concluido con resultado negativo, para lo cual, éste emitirá certificación en la que exprese la inexistencia de demandantes de empleo disponibles para atender la oferta.

ción nacional de empleo valorándose conjuntamente la escasez de mano de obra española y la demanda de empleo para la actividad solicitada (artículo 76 del Reglamento de 1996 en relación con el artículo 18 de la Ley de 1985) en méritos de la protección al trabajador español que tiene preferencia para desempeñar un puesto de trabajo frente al extranjero que aspira al mismo". Aunque no se refiera al Contingente 2002, también es de destacar que la STSJ Cataluña de 7 de julio de 2001 afirmaba que "Este procedimiento de concesión de permisos de trabajo, por su carácter singular, no innova ni excluye el sistema ordinario de concesión de permisos de trabajo establecido en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, reguladora de las libertades de los extranjeros en España, atendiendo además al rango normativo del Acuerdo del Consejo de Ministros que lo establece, incapaz de modificar las prescripciones del legislador en materia de Derecho de extranjería, ya que la referida Ley Orgánica establece con precisión, en su título III, el régimen jurídico que preside la concesión por la Administración de permisos de trabajos a ciudadanos extranjeros. De ahí que este sistema extraordinario de concesión no pueda restringir el sistema general de autorizaciones de trabajo, ni puede ser interpretado de forma lesiva a las expectativas del derecho al trabajo de los ciudadanos extranjeros, que consagra la referida Ley Orgánica 7/1985".

(21) Más en extenso, P. AGUELO NAVARRO: *Reflexiones en torno al Contingente 2002. Situación nacional de empleo y procedimientos*, <http://www.extranjeria.info/revista/010/10-06.htm>.

(22) Véase anexo y material legislativo que se acompaña a la Revista.

El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003

I

b) El régimen de reciprocidad existente en el país de origen.

De lo expuesto se deduce que no es suficiente la mera alegación genérica de la situación nacional de empleo, ni la constatación de mano de obra nacional, comunitaria o extranjera residente legal²³, para denegar una solicitud de permiso de trabajo sino que es preciso que se demuestre la competencia precisa para el desempeño de la profesión y que, por consiguiente, reúna las condiciones requeridas por la empresa. Dicho de otro modo, nada impide que con independencia de esa valoración *a priori* del principio de la situación nacional de empleo que se efectúa en el momento de determinar el contingente para un año en concreto, se pueda examinar el perfil del puesto de trabajo que oferta la empresa y su adecuación a la capacitación y experiencia profesional del extranjero solicitante de la autorización para trabajar, máxime si se tiene en cuenta que en el contingente 2002 no se contemplaban ofertas nominativas cuando de puestos de trabajo estables se trataba.

Y este es el sentido y contenido de la jurisprudencia de los Tribunales contenciosos administrativos²⁴.

A título de ejemplo, podrían señalarse los siguientes pronunciamientos en los que se ha reconocido el derecho a obtener un puesto de trabajo por la capacitación requerida y que cumplía el solicitante extranjero:

- STS (Contencioso-administrativa) de 23 de marzo de 1998²⁵ reconoce el derecho a obtener un permiso de trabajo para un puesto de trabajo como “especialista en sistemas de tasificación de Reaseguro Internacional”, a pesar de la resolución desfavorable de la Administración que aprecia la existencia de trabajadores españoles demandantes de empleo como técnico de seguros.
- STS (Contencioso-administrativa) de 7 de diciembre de 1990²⁶ concede el permiso de trabajo a un extranjero, ya que la empresa, al hacer la oferta de empleo, la especifica y condiciona a la necesidad de que el cocinero sea especialista en cocina china.
- STS (Contencioso-administrativa) de 10 de mayo de 1995 también concede el permiso de trabajo a un entrenador de paddel y tenis, por las especialidades de su formación²⁷.

(23) Precisamente resolviendo una solicitud de permiso de trabajo a través del contingente, la STSJ Canarias/Las Palmas 11 de mayo de 2001 (rec. nº 1744/1997) admitía que ese sistema constituye un “procedimiento especial destinado a canalizar y organizar los flujos de inmigración legal en función de las necesidades de mano de obra de la economía española y de la capacidad de absorción de la sociedad, en el que se articula una tramitación ágil y eficaz de aquellas ofertas de empleo que el mercado nacional de trabajo no alcanza a atender a pesar de la existencia de desempleo”.

(24) Sobre el alcance de este principio, P. CHARRO BAENA: *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Pamplona, 2000, pp. 83 y ss.

(25) *RJ* 2864.

(26) *RJ* 9707.

(27) *RJ* 4063. Asimismo, véanse, las SSTs (Contencioso-administrativo) de 3 de julio de 1997 (*RJ* 5196) y 17 y 5 de junio de 1987 (*RJ* 4198 y 4002, respectivamente), entre otras muchas.

- STS (Contencioso-administrativa) de 5 de octubre de 1990²⁸, en la que se solicitaba un “técnico fotográfico”, y el extranjero acompaña “una certificación de haber cursado un seminario de operadores de la máquina automática de revelado de fotografías que la empresa posee en el «Noritsu Oss Traimugdores de Wakayama»”.
- La STS (Contencioso-administrativa) de 3 de abril de 1989 para el desempeño del cargo jefe de ventas en una entidad dedicada a la provisión de buques, considera “imprescindible el conocimiento del idioma coreano en orden a facilitar las relaciones comerciales con la flota de la misma nacionalidad de evidente presencia en el puerto de las Palmas”²⁹.
- La STS (Contencioso-administrativa) de 24 de septiembre de 1996 entiende que el conocimiento del idioma árabe “es primordial” para prestar servicios en la Oficina Popular de Libia radicada en España³⁰.
- La ilustrativa Sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo de Alicante de 26 de noviembre de 2002, a la que se hacía anteriormente referencia, mantiene que la Administración demandada no había demostrado que un español hubiese manifestado su voluntad de ocupar el puesto de trabajo a pesar de las dos ofertas públicas de empleo en las que se solicitaba cocineros de cocina hindú, y que “... no basta la constancia genérica de que existen españoles que demandan empleo para cubrir un puesto de trabajo de las características que definen aquél sino que ha de pretenderse por alguno su concreta adjudicación, acreditando la competencia precisa requerida para su desempeño, único supuesto en el que tiene operatividad la preferencia del trabajo español, ya que de otra manera podrían producirse denegaciones sin cobertura real del puesto por ningún español, tal y como ha ocurrido en el caso de estas actuaciones en que ni durante la tramitación del expediente ni el curso del proceso se ha acreditado la existencia de un solo aspirante a obtener el puesto de trabajo pedido para un extranjero”.

II. EL CONTINGENTE DE TRABAJADORES EXTRANJEROS PARA EL AÑO 2003

A) Valoración general

Proceden ahora unas consideraciones acerca del contingente 2003, pues el carácter anual que se predica de este sistema implica también que la Resolución que dicte el Gobierno en función de la previsión –valoración anticipada de la situación nacional de empleo– tendrá una vigencia de un año, lo que da una impronta coyuntural a su articulado. Desde luego, las experiencias anteriores –fundamentalmente la del pasado año 2002 (primer contingente de la vigente Ley de

(28) *RJ* 7430.

(29) *RJ* 3339.

(30) *RJ* 6799.

El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003

I

Extranjería)– servirán para reflexionar sobre un procedimiento que hace pocos días comenzó su andadura.

Como valoración general del Contingente 2003 hay que advertir en primer lugar que trata de rectificar fallos y disfunciones, aunque no siempre lo consiga. Ya el propio Gobierno había anunciado que para este año habría modificaciones en cuanto a su tramitación, "de forma que en su elaboración participen todos los agentes y administraciones implicados y que se supriman las trabas administrativas que están impidiendo dar una respuesta inmediata a las demandas de mano de obra"³¹. Además, debe tenerse en cuenta la Moción presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) sobre "Medidas que tiene previsto adoptar el gobierno para mejorar el funcionamiento del contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios para el año 2003"³², para solventar el tema de la participación de las CCAA en el contingente.

En segundo lugar, llama la atención, y es significativo, que entre los objetivos del Acuerdo sólo se mencionen las necesidades de las empresas olvidando de sus preocupaciones cualquier otra consideración que tenga en cuenta a las personas migrantes o cualesquiera otras necesidades y obligaciones de cooperación y solidaridad internacional.

En tercer lugar, tal y como se regula la gestión del contingente, y al menos respecto de las ofertas genéricas, sólo parece que podrá desarrollarse con países con los que exista firmado el correspondiente Convenio de regulación de flujos migratorios³³, y aun de éstos, exclusivamente con aquellos que cuenten con un órgano de preselección adecuado. De ahí la importancia de conocer este último extremo; tanto es así, que en el anexo IV del Acuerdo sobre contingente para el año 2003 se explicitan los órganos de preselección actualmente existentes en los diferentes países³⁴.

(31) Véase, el *Diario de Sesiones*, Congreso de los Diputados, Comisiones. Año 2002, VII Legislatura, nº 549, que recoge la comparecencia del 17 de septiembre de 2002 del Ministro del Interior ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, donde anunciaba la revisión del sistema de contingente para el año 2003.

(32) *Diario de Sesiones*. Pleno y Diputación Permanente. Año 2002, VII Legislatura, 15 de octubre de 2002, nº 194.

(33) Como se sabe, Colombia (suscrito el 21 de mayo de 2001, *BOE* 7 de julio de 2001), Ecuador (suscrito el 29 de mayo de 2001, *BOE*, 10 de julio de 2001), Marruecos (suscrito el 25 de julio de 2001, *BOE* 20 de septiembre de 2001), República Dominicana (suscrito el 17 de diciembre de 2001, *BOE* 5 de febrero de 2002), Polonia (suscrito el 21 de mayo de 2002, *BOE*, 20 de septiembre de 2002) y Rumania (suscrito el 23 de enero de 2002, *BOE* 3 de diciembre de 2002).

(34) Servicio Nacional de Aprendizaje, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Colombia; Dirección General de Apoyo a los Ecuatorianos en el Exterior, Ministerio de Trabajo y Política Social de Ecuador; Dirección de Empleo del Ministerio de Empleo, Formación Profesional, Desarrollo Social y Solidaridad de Marruecos; Departamento de Cooperación Internacional con el Extranjero del Ministerio de Trabajo y Política Social de Polonia; Oficina para la Migración de la Fuerza de Trabajo del Ministerio de Trabajo y de la Solidaridad Social de Rumania y Secretaría de Estado de Trabajo de la República Dominicana.

En cualquier caso, debe advertirse que el apartado 6 del artículo 65 del Reglamento de Extranjería 2001³⁵ atribuye a la DGOM la función de "orientar sobre los mecanismos para permitir la selección de los trabajadores en los países de origen, teniendo en cuenta, en su caso, los Convenios o Acuerdos internacionales suscritos en esta materia", pero no impone que tal selección se deba incardinar necesariamente hacia los países con los que se hayan firmado Acuerdos migratorios. Esta limitación contenida en el Contingente 2003, que no puede extraerse de la literalidad de los términos reglamentarios, dificulta enormemente el acceso al mercado de trabajo de extranjeros nacionales de otros países que también cuentan con tradición migratoria hacia España (piénsese, por ejemplo, en los subsaharianos o nacionales argentinos que sólo podrán acudir a los estrechos márgenes que se dejan al "régimen general"). Pero es que además, si la suscripción de los Acuerdos de regulación de flujos migratorios podía constituir una nueva y diferente vía de acceso al trabajo de extranjeros, queda subsumida en el sistema de contingente y, por tanto desnaturalizada en extremo la finalidad pretendida con la firma de este tipo de Acuerdos³⁶.

ACUERDOS RELATIVOS A LA REGULACIÓN Y ORDENACIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS LABORALES

Países Iberoamericanos	<p>Especiales vínculos históricos y culturales.</p> <p>Referencia a los Tratados, Convenios y Acuerdos Bilaterales.</p> <p>Regular los flujos migratorios.</p> <p>Respeto derechos, obligaciones y garantías legislaciones nacionales y Convenios internacionales.</p> <p>Profundizar en el marco de la cooperación y amistad.</p> <p>Reconocimiento de la migración como fenómeno social enriquecedor para ambos pueblos.</p> <p>Promover DDHH y prevención de las migraciones clandestinas y explotación laboral de los trabajadores irregulares. Regulación de la readmisión.</p> <p>Intereses iberoamericanos comunes.</p>
Colombia 21/5/2001	Artículos 12 y 14 del Tratado General de Cooperación y Amistad de 1992.
Ecuador 29/5/2001	Convenio de doble nacionalidad. Acuerdo supresión de visados y Convenio sobre seguridad social.
República Dominicana 17/12/2001	

(35) Véase anexo y material legislativo que se acompaña a la Revista.

(36) En la práctica dejan en letra muerta las invocaciones contenidas en los Acuerdos Migratorios a los Tratados de Amistad y de Cooperación y otros, que anunciaban políticas migratorias no exclusivamente dependientes de las estrechas leyes del mercado de empleo.

El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003

I

Países Este con convenio asociación CEE	Respeto derechos, obligaciones y garantías legislaciones nacionales y Convenios internacionales. Profundizar en el marco de la cooperación y amistad. Promover DDHH y prevención de las migraciones clandestinas y explotación laboral de los trabajadores irregulares. Regulación de la readmisión. Reconocimiento expreso de la migración como fenómeno social enriquecedor para ambos pueblos.
Polonia 21/5/2001	Referencia expresa al Acuerdo de Asociación con las CCEE y Estados miembros de 16 de diciembre de 1991.
Rumania 23/1/2002	No hay referencia expresa al Acuerdo de Asociación.

ACUERDO SOBRE MANO DE OBRA CON MARRUECOS (25/7/2001)

Marruecos 25/7/2001	Regular los flujos migratorios. Respeto derechos, obligaciones y garantías legislaciones nacionales. Recuerdo, sin cita, de los Convenios internacionales de los que son firmantes. Reforzar los vínculos de cooperación y amistad. Unir esfuerzos a los realizados en el ámbito internacional con el fin de prevenir la explotación extranjeros en situación irregular. Contexto de intereses comunes.
------------------------	---

Contenido de los Acuerdos:

Constan de entre 18 y 22 artículos y comprenden un capítulo preliminar y entre 5 o 6 capítulos dedicados a la Comunicación y canalización de ofertas de empleo; Valoración de requisitos profesionales, viaje y acogida de trabajadores migrantes; Derechos y condiciones laborales y sociales de los trabajadores migrantes; El retorno de las personas migrantes; Disposiciones especiales sobre trabajadores de temporada y Disposiciones de aplicación y coordinación.

B) Cuantificación numérica

Como no podía ser de otro modo, el artículo 39 de la vigente Ley de Extranjería no cuantifica el número máximo de autorizaciones, pues la determinación numérica de las mismas tiene que estar directamente relacionada con condicionantes coyunturales que se valoran anualmente.

En concreto para este año 2003, y teniendo en cuenta las propuestas emitidas por las Comisiones Ejecutivas Provinciales o Insular del INEM, se ha establecido una previsión inicial de 10.575 puestos de trabajo estables y 13.762 temporales.

Ofertas estables	Ofertas temporales
10.575	13.762
Total ofertas: 24.337	

Como hemos señalado más arriba el número de puestos de trabajo ofertados en el año 2003 es escaso y la selección en origen tan solo podrá suponer un pequeño porcentaje de las solicitudes estimadas (de unas 200.000 personas)³⁷.

C) Sectores y actividades profesionales

La referencia a sectores y actividades profesionales que pueda contenerse en el contingente correspondiente a un año concreto es una de las cuestiones más debatidas entre todos aquellos que postulan la conveniencia del establecimiento de este sistema de acceso al mercado de trabajo, pues para algunos, la determinación de sectores y actividades profesionales supone la necesaria exclusión de otros, lo que se considera como un acto discriminatorio, y para otros, la especificación de tales extremos responde más acertadamente a los objetivos que persigue este sistema.

Al margen de estas consideraciones, lo cierto es que la vigente Ley de Extranjería no contiene ninguna limitación acerca de los sectores y actividades profesionales que pueden ser cubiertos por el contingente³⁸, que serán, lógicamente, aquellos en los que, al menos teóricamente, exista menos demanda de trabajo nacional.

(37) En este mismo sentido, E. SAGARRA I TRÍAS: *La Legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura*, UB, 2002, pp. 196 y siguientes.

(38) Ha de recordarse que en las primeras manifestaciones del sistema del contingente en nuestro ordenamiento se incluyeron los servicios, en concreto, los de carácter personal y el servicio doméstico, así como los sectores agrícola y ganadero. Posteriormente se añadió el de la construcción. Sin embargo, ya en el contingente correspondiente al año 1999 se amplió a todos los sectores de actividad lo cual suponía, en cierta forma, un uso torticero de la figura de los cupos.

El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003

Sentadas estas premisas, el Contingente 2003 se distribuye por provincias, sectores de actividad y ocupaciones, en el caso de los empleos estables, y por provincias y sectores de actividad para puestos de trabajo temporales.

Por sectores económicos, en el conjunto del Contingente 2003, la agricultura acapara la mayor oferta de puestos de trabajo, con 11.590 ofertas (el 47,7%). Le siguen el sector de la hostelería, con 3.333 ofertas (un 13,7%); Servicios, con 2.723 ofertas de trabajo (un 11,2%), Construcción, con 2.260 ofertas (9,3%); transportes, con 1.258 (5,2%); industria del Metal, con 1.117 (4,6%); comercio, con 792 (3,2%) y otros sectores, con 1.174 ofertas (4,6%).

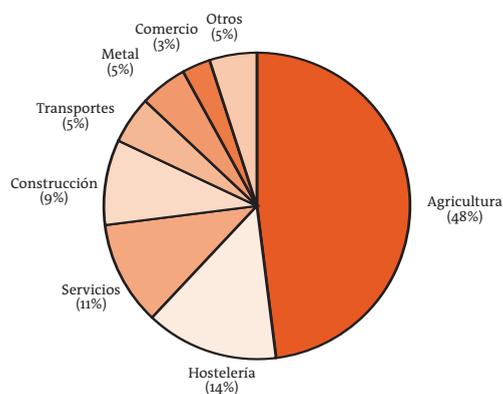


Gráfico 1: Sectores económicos

Dentro de los puestos de carácter estable, el sector que destaca es el de servicios, con un 24% de ofertas de empleo, seguido de la hostelería, con el 19%; construcción, con el 17%; transportes, con el 11%; industria del metal, con un 10%; y comercio, con un 8%.

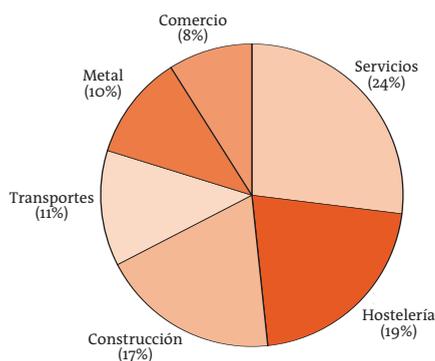


Gráfico 2: Puestos de carácter estable

Por lo que respecta a los puestos de carácter temporal, la agricultura predomina con un 82 por ciento, mientras que los servicios, con un 14 por ciento; la construcción, con el 3 por ciento; y la industria, con un 1 por ciento, se reparten el porcentaje restante.

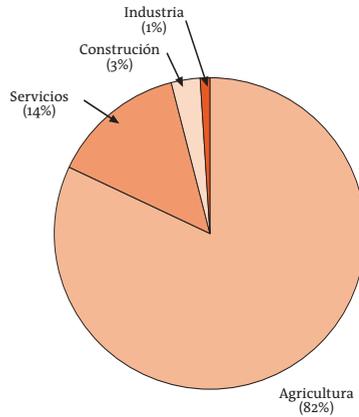


Gráfico 3: Puestos de carácter temporal

Sorprende la exclusión en determinadas provincias de sectores con fuerte déficit de trabajadores, que no puede tener otra explicación que una deficiente regulación del proceso de formación de las previsiones, por falta de información o graves deficiencias de los canales de conformación de datos y propuestas. El mero hecho de que en el año 2002 no se haya llegado a cubrir ni el 50% de las plazas del contingente no se debió a la situación de la oferta de empleo, sino a las deficiencias intrínsecas del sistema y no puede ser un argumento válido para mantener unas cifras tan escasas de puestos de trabajo³⁹.

D) Plazo de vigencia del Contingente 2003

El plazo de vigencia será desde la entrada en vigor del Acuerdo hasta el 31 de diciembre de 2003, evitándose así las contradictorias interpretaciones que se produjeron este año acerca de la vigencia o no del procedimiento a partir del 1 de octubre en que finalizó el plazo de presentación de ofertas.

(39) E. SAGARRA I TRIÁS: op. citada, p. 196, señala: "dichos cálculos no se sabe a ciencia cierta en qué se basan, ya que son absolutamente insuficientes para las necesidades que los empresarios reclaman; muy alejadas del número real de inmigrantes presentes en territorio español y capaces de ser integrados social y económicamente y de traer sus familias a través del mecanismo de la reagrupación familiar".

E) Principales rasgos definitorios de la regulación del Contingente 2003

a) Ofertas genéricas *versus* nominativas

La Resolución diferencia, tanto para empleos de carácter estable como temporal, entre ofertas genéricas y nominativas, estableciendo unos procedimientos diferentes para unos y otros supuestos. Por ello, aun de forma limitada, la regulación resultante mejora el procedimiento del Contingente 2002, en el que sólo se contemplaban ofertas genéricas en los empleos de carácter estable⁴⁰.

Desde luego, los calamitosos resultados de la gestión del Contingente del año 2002 obligaban a reconsiderar su alcance y contenido. Quizás tampoco sea ajena a la nueva regulación la cascada de sentencias jurisdiccionales que han empezado a dictarse, referenciadas anteriormente, y que corrigen contundentemente aquel procedimiento.

b) Inmigrantes que no se hallen ni residan en España

Acorde con el tenor de la actual Ley de Extranjería, se explicita el alcance subjetivo del contingente en el sentido de dirigirlo a los trabajadores que no se hallen ni se encuentren en España. Esta limitación responde al objetivo confesado en diferentes foros, y que se recoge en el Preámbulo de la Resolución, de facilitar la contratación de trabajadores en sus lugares de origen, en términos de legalidad y con todas las garantías.

En esta línea, se favorece la contratación de trabajadores extranjeros retornados titulares de anteriores permisos de trabajo y de otros supuestos excepcionales, posibilitando en estos casos la gestión nominativa del empleo.

c) Empleo doméstico

El desglose atiende de forma especial al empleo doméstico, contemplando mecanismos separados para este tipo de relación laboral especial, considerando algunos supuestos concretos de posibles ofertas nominativas de alcance limitado.

Como ya hemos indicado sorprende la escasa o nula previsión en algunas provincias de un sector con un fuerte déficit de trabajadores.

III. LAS OFERTAS DE EMPLEO GENÉRICAS DE CARÁCTER ESTABLE EN EL CONTINGENTE 2003

A) La posible solicitud empresarial directa de las ofertas

Además de la legitimación con carácter general de las Organizaciones empresariales de ámbito provincial para la presentación de solicitudes de ofertas de empleo, se abre la posibilidad, para

(40) De otro, quizás pueda entenderse esta previsión como el intento de canalizar a través del procedimiento del contingente la contratación de trabajadores extranjeros, tanto en el caso de ofertas genéricas como nominativas.

las empresas que pretendan contratar a un número no inferior a cinco trabajadores, de realizar directamente ante las áreas de trabajo sus ofertas genéricas, o nominativas, aunque en este último caso, como se verá, tan sólo en algunos limitados y concretos casos.

Asimismo, resulta novedoso que las organizaciones empresariales sectoriales de ámbito nacional puedan canalizar las ofertas de empleo ante la DGOM, a cuyos efectos podrán celebrar los denominados *acuerdos sectoriales de colaboración*.

B) Regulación del procedimiento: plazos y órganos competentes

La regulación del procedimiento aparece más clara y definida que en el Contingente 2002. Se concretan plazos de actuación y autoridades administrativas competentes, tanto españolas como de los países de procedencia. No obstante lo anterior, no se concreta el efecto del incumplimiento de los plazos de gestión.

IV. LAS OFERTAS DE EMPLEO NOMINATIVAS DE CARÁCTER ESTABLE EN EL CONTINGENTE 2003

A) Grupos empresariales y contratación nominativa

En estos casos, la selección en origen, directa (supuesto de empresas con más de 5 ofertas) o indirecta (a través de las Asociaciones de empresarios), deberá realizarse por empresas que pertenezcan al mismo grupo que la empresa española contratante, extremo que habrá que acreditar fehacientemente mediante escritura o documento público, y que ejercen la misma actividad económica que la empresa española.

B) Nuevos supuestos preferenciales que posibilitan la contratación nominativa

a) Extranjeros retornados con permisos de trabajo previos

Se abre la posible contratación a través de ofertas nominativas en aquellos casos en que el trabajador extranjero retornado hubiera sido ya titular de un permiso de trabajo en España. Enmarcada esta preferencia en la política de retorno voluntario (recuérdese el proceso fracasado de retorno de ecuatorianos en 2001), parece poco operativa por desconocer la realidad migratoria, pues tratándose de empleos estables –que no de temporada– parece improbable que el retorno voluntario se produzca salvo que se deba bien a que el extranjero ha visto frustrado su proyecto de inmigración, bien que haya alcanzado sus expectativas, y en ambos casos con escasos visos de regresar a España.

b) Otros supuestos preferenciales de carácter excepcional

Se contempla la posibilidad de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones de autorizar la contratación nominativa en otros supuestos de carácter excepcional. La inconcreta regu-

El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003

I

lación dará lugar a controvertidas interpretaciones, pero al menos abre expresamente las puertas a un denominado procedimiento nominativo de contratación de trabajadores en el marco del contingente, que resulta más ajustado a la realidad sociolaboral española.

C) Solicitud de visado

Tratándose de ofertas nominativas, la solicitud de visado deberá ser presentada directamente por los trabajadores.

D) La firma personal del contrato en el país de origen

La concesión del visado, tras la firma del contrato con el país de origen, tendrá validez de permiso de trabajo y, por tanto, se podrá proceder a la incorporación inmediata a la empresa y a su afiliación a la Seguridad Social. En un plazo no superior a treinta días desde la entrada efectiva en España el trabajador extranjero deberá solicitar el correspondiente permiso de residencia.

Hay que tener muy en cuenta que al procedimiento del contingente, ya sea en virtud de oferta genérica o nominativa, sólo se podrán acoger los trabajadores extranjeros que no se hallen o residan en España, por lo que los contratos, que deberán firmarse en el país de origen, exigirán la presencia física del inmigrante, pues en otro caso se evidenciaría su presencia en territorio español y consiguientemente su imposibilidad al contingente.

V. LAS OFERTAS DE EMPLEO DE CARÁCTER TEMPORAL

A) Supuestos

Se diferencian tres supuestos:

a) Agrícolas: además de lo dispuesto con carácter general se estará a lo que disponga un anunciado Acuerdo de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y los agentes sociales y la FEMP.

b) Trabajadores de campañas anteriores: Se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 89.12 del Reglamento de extranjería 2001⁴¹.

c) Otras actividades temporales: La gestión de las ofertas se llevará a cabo según lo previsto en los artículos 78 y 89.12 y 13 del Reglamento de Extranjería 2001⁴².

(41) Véase anexo y material legislativo que se acompaña a la Revista.

(42) Véase anexo y material legislativo que se acompaña a la Revista.

B) Particularidades

Las ofertas genéricas, una vez emitido el informe por las Comisiones Provinciales, se remitirán para su resolución a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones.

En el caso de ofertas nominativas, se devolverán a las empresas solicitantes los contratos-solicitud con el NEV asignado.

VI. PUESTOS DE TRABAJO ESTABLES EN EL SERVICIO DOMÉSTICO

Se establece un procedimiento diferenciado para la contratación de puestos de trabajo en el servicio doméstico. Y se distingue también entre ofertas genéricas y nominativas.

a) Ofertas genéricas:

- 1) La posibilidad de los Servicios Públicos de empleo de solicitar la gestión de un determinado número de empleos se condiciona a la existencia de un denominado programa específico de intermediación.
- 2) La DGOM podrá seleccionar grupos de trabajadores para su posterior distribución provincial.
- 3) Muy importante por tanto resulta conocer la situación y existencia en cada provincia de los programas de intermediación.
- 4) Las Comisiones de selección que se contemplan en los Acuerdos Migratorios con los países de origen facilitará a los trabajadores seleccionados un documento que servirá para justificar su preselección y acceso a una plaza del Contingente 2003.

El problema que ya se ha planteado en algunos casos es la indeterminación de los criterios de selección y la ausencia de regulación y de control de la actuación en origen de las comisiones de selección. La ausencia de regulación y adecuados controles puede estar dando lugar, según denuncian organizaciones de inmigrantes a corruptelas en origen.

- 5) El visado que se expedirá a estos trabajadores documenta su permanencia en España durante 3 meses. La selección definitiva se realizará por tanto una vez se encuentren en España.
- 6) Posteriormente los empleadores presentarán firmado por ambas partes un contrato de solicitud de permiso junto con los documentos previstos en el Acuerdo, que reenvía al Reglamento de Extranjería 2001.
- 7) Si transcurriera el plazo de 3 meses sin haber podido formalizar la contratación el trabajador deberá retornar a su país de origen.

El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003

I

b) Ofertas nominativas:

1) Supuestos preferenciales:

a) Trabajadores retornados, que no se hallen ni residan en España, y que hubieran sido titulares de un permiso en España.

b) Trabajadores que hubieran mantenido una previa relación laboral con el empleador en el país de origen. Aunque la DGOM explica que existe un cierto segmento de españoles retornados a los que se les solucionará el problema de contratación, parece más bien que el alcance de la previsión beneficiará al servicio doméstico de los ejecutivos españoles temporalmente residentes en el extranjero o de funcionarios retornados de la Administración exterior española. Ojalá nos equivoquemos en nuestra apreciación extensiva de esta medida, pues lo cierto es que abre otra vía para la contratación nominativa que debe verse como esperanzadora.

2) La firma del contrato-solicitud:

En estos casos de ofertas nominativas el empleador presentará ante las Áreas de Trabajo el contrato-solicitud de permiso, firmado por ambas partes junto con los documentos a que se ha hecho referencia (parece un poco difícil la firma conjunta si tenemos en cuenta que el trabajador extranjero debe hallarse fuera del territorio español y que según se dice después deberá firmar el contrato ante la oficina consular).

Una vez valorado favorablemente el expediente, se devolverá el contrato con el NEV para la posterior firma del contrato ante la Oficina consular y posterior petición de visado.

VII. OTROS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN DE OFERTAS DE EMPLEO. EL DENOMINADO RÉGIMEN GENERAL EN SUPUESTOS PREFERENCIALES

1) Las solicitudes en estos casos (artículos 71, 76, 77 y 79 Reglamento de Extranjería 2001⁴³ y nacionales de países con Acuerdos Internacionales con cláusulas migratorias preferenciales⁴⁴) se realizarán a través de sus procedimientos específicos, sin computarse dentro del contingente aprobado. Como se ve, el Acuerdo no se atreve a nombrar el denominado procedimiento régimen general, y se limita a hablar de procedimientos específicos. Quizá con ello se quiere invertir lo que es general en especial y lo que debiera ser particular o complementario, el Contingente, en lo ordinario.

2) El apartado 7.3 de la Resolución del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002 reconoce expresamente la subsistencia de lo que venimos denominando Régimen general al señalar

(43) Véase anexo y material legislativo que se acompaña a la Revista.

(44) Chile, Perú y Uruguay.

que “Las demás solicitudes de permisos de trabajo (es evidente que se refiere a ofertas directas nominativas que no puedan tramitarse a través del sistema de contingente o con preferencias, éstas están previstas en el apartado 7.1) que se refieran a extranjeros de los que se acredite fehacientemente que no son residentes ni se hallan en España, se tramitarán según el procedimiento establecido en los artículos 80 a 87 del citado reglamento (se refiere lógicamente al RELOEx)”.

3) No debe ignorarse que la Instrucción Novena de las dictadas en desarrollo del Acuerdo regulador del Contingente 2003 y otros procedimientos de contratación insiste en la necesidad de que las solicitudes de visado efectuadas en el denominado régimen general se realicen de forma personal por el trabajador extranjero “... a los efectos de realizar así la comparecencia prevista en el artículo 13.2 del RELOEX y acreditar, entre otros extremos, la residencia en el país de la solicitud. En otro caso, la Misión Diplomática u Oficina Consular requerirá la comparecencia personal del trabajador en el Curso del Procedimiento”⁴⁵.

4) De forma positiva se contemplan las solicitudes de permiso de trabajo a favor de los residentes no laborales o que tengan concedida exención de visado, situaciones que fueron olvidadas por la Ley el Reglamento de Extranjería entre los supuestos preferenciales.

(45) En el momento de redactar estas líneas, las Áreas de Trabajo, en aquellas Comunidades en las que todavía se seguía realizando, han dejado de facilitar la designación de representante para la presentación de la solicitud de visado. En el caso de proceder con carácter general de esta forma podría significar el final por la *vía de facto* de lo que denominamos régimen general.

Como hemos apuntado en otro lugar, la comparecencia personal ante las oficinas públicas, dado su carácter compulsivo, solo podrá ser obligatoria cuando así esté previsto en una norma con rango de Ley, artículo 40 de la LPA. La LOEx 4/2000, original, incluyó esta posibilidad, en el actual artículo 27.2, *in fine* LOEx, desarrollado en el artículo 13.2 del RELOEx. Hasta entonces la comparecencia personal solo se contempló en el Reglamento de 1996, RD 155/1996, artículo 27.2, por lo que contaba con la cobertura legal adecuada. En la actualidad la obligación de personación deberá pasar por el tamiz excepcional que una medida de esta naturaleza tiene y con la voluntad finalista que la ley y el precepto reglamentario tienen. En este mismo sentido Óscar SECO y Patricia BÁRCENA, Abogados del Ilustre Colegio de Vizcaya, en un trabajo publicado en Foro de la Web de extranjería del Reicaz.

VIII. ANEXOS

A) Cuadros y esquemas

**CONTRATACIÓN TRABAJADORES
EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS**

Ofertas de empleo

NO consideración situación nacional de empleo

Régimen General Preferencial

Supuestos artículos 71, 76, 77 y 79, RELOEX y países con Acuerdos internacionales con cláusulas migratorias preferenciales.

Consideración situación nacional de empleo

Régimen General

Ofertas directas nominativas en actividades ignoradas por el contingente del apartado 7,3 Resolución Consejo de Ministros, 27-12-2002 e Instrucción 9ª.1

Contingente

Ofertas Nominativas en Supuestos especiales:
 - Selección en origen por empresa del mismo grupo.
 - Trabajadores retornados que hubiesen sido titulares de permiso en España.
 - Supuestos excepcionales a juicio de la DGOM.

Ofertas Genéricas:
 - Colombia
 - Ecuador
 - Marruecos
 - Polonia
 - Rep. Dominicana
 - Rumania

CONTINGENTE 2003

Los trabajadores extranjeros que ya se encuentran en España (unos 400.000), aun contando con oferta de empleo, quedan fuera del contingente. Las ofertas deben ser cubiertas exclusivamente por trabajadores que “no se hallen” en España.

Las empresas españolas, salvo supuestos excepcionales, efectúan *ofertas genéricas* de puestos de trabajo. Las personas que ocuparán las plazas ofertadas serán seleccionadas *en los países de origen* que tengan firmado Acuerdo Migratorio.

El número de plazas ofertadas para toda España (10.575) es muy escaso y la selección en origen tan sólo supone un 5% de las expectativas migratorias (200.000 aprox.).

En muchas de las provincias no se ofertan en el contingente plazas de empleo doméstico. Estas, al igual que las ofertas de otros sectores ignorados, deberán tratarse de cubrir, con gran complejidad y extrema dificultad, a través del denominado régimen general, previo informe del INEM de no existir trabajadores españoles o residentes disponibles.

OFERTAS GENÉRICAS DE EMPLEO ESTABLE (I) Gestión

1. Las Organizaciones empresariales o las empresas que pretendan contratar a un número no inferior a 5 trabajadores presentarán:

En las Áreas de Trabajo:

- Ofertas de empleo (tantas como ocupaciones demandadas).
- Contratos de trabajo-solicitud de permiso de trabajo y residencia (tantos como trabajadores). Anexos II y III del Acuerdo.
- Tarjeta de Identificación Fiscal de las empresas interesadas.

2. Las Áreas de Trabajo registran las ofertas y contratos-solicitud entregando la comunicación de inicio de procedimiento y se procede a verificar las condiciones de las ofertas y documentación empresarial.

3. Las ofertas valoradas favorablemente se remiten, en un plazo máximo de 15 días a la DGOM y se da cuenta a los interlocutores sociales en el marco de las Comisiones Ejecutivas Provinciales del INEM.

(Plazo de presentación desde el 6 de febrero al 31 de diciembre de 2003)

OFERTAS GENÉRICAS DE EMPLEO ESTABLE (II) Selección y contratación de los trabajadores en el país de origen

1. La DGOM en el plazo de 15 días remite las ofertas a la Embajada española correspondiente.
2. La Embajada las dirige al Órgano de preselección que fija fecha y lugar para llevar a cabo la selección.
3. La DGOM da traslado de la información a las empresas interesadas facilitando los datos necesarios para que participen en la selección.
4. Las Áreas de Trabajo proceden a sellar e identificar con el NEV los contratos/solicitud utilizando la letra "C" e indicando el sector de actividad y ámbito geográfico autorizado, devolviendo copia a las empresas.
5. Las Áreas de Trabajo remiten los contratos al órgano que determine la DGOM para ser firmados por los trabajadores seleccionados ante la Misión Diplomática/Oficina Consular que deba recibir la solicitud de huisados en el plazo de 2 meses desde la asignación del NEV.
6. La selección se lleva a cabo con la participación de la DGOM/Área de Trabajo y con el apoyo de Misión Diplomática/Oficina Consular. En la selección pueden participar las empresas, directamente o por medio de representación.

OFERTAS NOMINATIVAS DE EMPLEO ESTABLE

1. Las Organizaciones empresariales o las empresas que pretendan contratar a un número no inferior a 5 trabajadores presentarán:

En las Área de Trabajo:

- Ofertas de empleo (tantas como ocupaciones demandadas).
- Contratos de trabajo-solicitud de permiso de trabajo y residencia (tantos como trabajadores).
- Tarjeta de Identificación Fiscal de las empresas.
- Documentos previstos en el ap. 1.1.a) y, en su caso d) artículo 81 del RELOEx.
- Documento público que acredite la pertenencia al mismo grupo de la empresa Española y la empresa seleccionadora.
- Documentación de la empresa seleccionadora que acredite estar legalmente constituida y ejerce la misma identidad.

2. Las Áreas de Trabajo registran las ofertas y contratos-solicitud entregando una comunicación de inicio de procedimiento y se procede a verificar las condiciones de ofertas y documentación empresarial.

3. En el plazo máximo de un mes, desde la presentación de los contratos-solicitud, se devuelven a los interesados dos ejemplares debidamente registrados en las ofertas que han sido valoradas favorablemente y previo informe gubernativo emitido en el plazo de 15 días:

- Con sello de la autoridad laboral.
- NEV, utilizando la letra "C".
- Haciendo figurar la actividad y ámbito geográfico autorizados.

4. La empresa remite los contratos a los trabajadores para su firma ante la Misión Diplomática o Consular y solicitud del visado en el plazo de 2 meses.

VISADOS

1. Las solicitudes se tramitan con arreglo a lo establecido para los visados de estancia especial y de residencia del RELOEx.

– Realizada la selección, la Organización empresarial o empresa, con la colaboración del Órgano seleccionador, presentan en la Oficina Consular:

- Solicitud de visado.
- Documentación general.
- Contratos, en original y de forma agrupada.

– Si los contratos son nominativos la solicitud se presenta personalmente por los trabajadores.

– El expediente se resuelve en el plazo de tramitación urgente. (D. A. 4ª del RELOEx).

– En la etiqueta de visado figura:

- Tipo de contrato.
- Duración del permiso.

PERMISO DE TRABAJO Y RESIDENCIA

- El contrato firmado junto con el visado tiene validez de permiso de trabajo que será de tipo "B" (inicial), de ámbito geográfico y sectorial determinado.
- Los empresarios en el plazo máximo de 1 mes desde la entrada de los extranjeros en España presentarán ante las Áreas de Trabajo los contratos y solicitud de permiso junto con los documentos referidos en los apartados 1.1.a) y b) del artículo 81 del RELOEX.
- Las Áreas de Trabajo entregan los impresos de tasas y remiten los expedientes a la Autoridad Gubernativa a efectos del Permiso de residencia.

OFERTAS DE EMPLEO TEMPORALES

- **Plazo de presentación:**
 - Por las Organizaciones empresariales o las empresas, 3 meses antes del inicio de la actividad laboral.
- **Documentación:**
 - Ofertas, por cuadruplicado.
 - Certificado negativo de los Servicios Públicos de Empleo.
 - Contratos de Trabajo-Solicitud (anexos V, VI y VII).
 - Tarjeta de Identificación Fiscal.
 - Si ofertas nominativas los documentos previstos en el apartado 1.1.a) y, en su caso d), del artículo 81 del RELOEx.
- Las Áreas de Trabajo registran las ofertas y contratos/solicitud y se entrega a los interesados la comunicación de inicio de procedimiento.
- La valoración de las condiciones de las ofertas se realiza por las Comisiones Provinciales.
- Una vez emitido Informe por las Comisiones Provinciales, las Áreas de Trabajo comprueban la documentación de la empresa:
 - Inscripción en la seguridad social.
 - Estar al corriente en el pago de cotizaciones y obligaciones fiscales.
- La resolución será desfavorable:
 - Si no cumplen los requisitos del artículo 78.1 y 2 del RELOEx
 - Concurre algún supuesto de denegación del artículo 74 del RELOEx.
- Se inadmite a trámite:
 - Supuestos previstos en el artículo 84 del RELOEx.
- **Ofertas Genéricas:**
 - Una vez valoradas favorablemente se remiten a la DGOM que decide sobre la procedencia de la contratación exterior.
 - La selección y contratación se realiza de acuerdo con la Instrucción Segunda. En el NEV se coloca la letra "T".
- **Ofertas Nominativas:**
 - Una vez valoradas favorablemente se tramitan de acuerdo con la Instrucción Tercera, punto 2.
- **Visados y Permiso de trabajo y residencia:**
 - Se actuará conforme a lo previsto en las Instrucciones Cuarta y Quinta.
 - Los permisos en este caso serán de tipo "A" o "T" de duración y ámbito el señalado en el contrato. Si este fuera inferior a 6 meses únicamente se comunicará a la autoridad gubernativa a efectos de asignación de NIE.
- Expedientes a favor de trabajadores que ya hubieren sido titulares de un Permiso tipo "T", en campañas anteriores se realizará como en el caso de ofertas nominativas. En estos casos no será precisa la certificación de los Servicios Públicos de Empleo, ni el Informe de la Comisión Provincial.

CONTINGENTE SERVICIO DOMÉSTICO

- Los Servicios Públicos de Empleo, previo informe de las Comisiones Ejecutivas del INEM solicitan ante las Áreas de Trabajo un número determinado de trabajadores, asumiendo un Programa específico de intermediación laboral.
- Las Áreas de Trabajo, en el plazo de 15 días, desde la emisión del informe por las Comisiones Ejecutivas remiten las solicitudes a la DGOM.
- La DGOM, en el plazo máximo de 15 días, remite las solicitudes al Órgano de Selección, a través de la Embajada española.
- La DGOM, una vez realizada la selección, pone en conocimiento de las Áreas de Trabajo la relación de trabajadores que se trasladará a los Servicios Públicos de Empleo, en los que los trabajadores se deberán inscribir una vez lleguen a España.
- Los empleadores interesados, una vez realizada la intermediación laboral, presentan ante las Áreas de Trabajo:
 - Contrato trabajo-solicitud de Permiso trabajo y residencia (cuadruplicado).
 - Documentos previstos en los apartados 1.1.a) y b) y 1.2.a) y d) del artículo 81 del RELOEx.
- Las Áreas valoran y comprueban que en el expediente no concurren causa de denegación del permiso de trabajo.
- La valoración favorable junto con el contrato firmado y resuelto el visado tiene validez de permiso de trabajo.
- Se entregan por las Áreas los impresos de tasas y remiten los expedientes a la Autoridad gubernativa a los efectos del permiso de residencia.
- En el caso de ofertas nominativas:
 - Los empleadores presentan directamente ante las Áreas de Trabajo los contratos/solicitud, acompañados de la documentación referenciada en los apartados 1.1.a) y 1.2.a) y d) del artículo 81 del RELOEx.
 - Documentación de los trabajadores que hayan sido titulares de un permiso anterior.
 - En el caso de relación previa en el país de origen documento acreditativo de la residencia anterior en el país extranjero.
 - La tramitación se realiza de acuerdo con las Instrucciones Tercera, punto 2, Cuarta y Quinta.

ÓRGANOS DE PRESELECCIÓN

- Colombia
 - Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. <http://www.sena.edu.co/>
- Ecuador
 - Dirección General de Apoyo a los Ecuatorianos en el Exterior, Ministerio de trabajo y Política Social <http://www.mmrrree.gov.ec/espanol/asistencia%20a%20los%20ecuatorianos/Informacion%20ecuatorianos%20trabajar%20Espana.htm>
- Marruecos
 - Dirección de Empleo, Ministerio de Empleo, Formación Profesional, Desarrollo Social y Solidaridad.
 - <http://www.maec.gov.ma>
 - MINISTERE DE L'EMPLOI, DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE, DU DEVELOPPEMENT SOCIAL ET DE LA SOLIDARITE
 - Quartier Administratif -Rabat- Chellat
 - Tél: 03776 05 21/24
 - Fax: 037 76 88 81
 - Département de l'Emploi, du Développement Social et de la Solidarité
 - Tél: 03776 03 60 / 76 06 82
 - Département de la Formation Professionnelle
 - Tél: 03775 01 40/41
- Polonia
 - Departamento de Cooperación Internacional con el Extranjero, Ministerio de Trabajo y Política Social.
 - <http://www.embajada-polonia.org/panorama.html>
- Rumania
 - Oficio para la Migración de la Fuerza de Trabajo, Ministerio de Trabajo y de la Solidaridad Social.
 - <http://www.mmss.ro/>
- República Dominicana
 - Secretaría de Estado de Trabajo. <http://www.set.gov.do/> <http://www.set.gov.do/main/index.htm>

B) Anexo legislativo⁴⁶

a) Resolución e instrucciones

Resolución de 14 de enero de 2003, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procedimientos de contratación y se fija el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella. (BOE del 16; c.e. BOE del 31).

Resolución de 30 de enero de 2003, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de las Instrucciones dictadas en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procedimientos de contratación y se fija el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella. (BOE del 31).

b) Anexo legislativo LOEx y RELOEx.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre
(...)

CAPÍTULO III

Del permiso de trabajo y regímenes especiales

Artículo 36. Autorización para la realización de actividades lucrativas. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

(...)

Artículo 37. Permiso de trabajo con cuenta propia. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

(...)

(46) Se incluye en este anexo una relación completa de los preceptos legales y reglamentarios a los que se ha hecho referencia en el presente artículo con el objeto de facilitar la consulta del texto legal y reglamentario que se adjunta a la Revista como documentación de trabajo.

Artículo 38. El permiso de trabajo por cuenta ajena. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

(...)

Artículo 39. El contingente de trabajadores extranjeros. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

(...)

Artículo 40. Supuestos específicos. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre)

(...)

Artículo 41. Excepciones al permiso de trabajo. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

(...)

Artículo 42. Régimen especial de los trabajadores de temporada. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

(...)

Artículo 43. Trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

(...)

Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el 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, reformada por la ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (fragmento)

(...)

CAPÍTULO III

Permiso de trabajo y regímenes especiales

SECCIÓN 1.^a

NORMAS GENERALES

(...)

Artículo 65. Contingente de trabajadores extranjeros.

(...)

El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003

I

SECCIÓN 3.^a**RÉGIMEN DE CONCESIÓN INICIAL Y RENOVACIÓN DE LOS PERMISOS**

Artículo 70. Concesión inicial de permisos de trabajo.

(...)

Artículo 71. Supuestos específicos para la concesión de permisos de trabajo.

(...)

Artículo 74. Denegación de los permisos de trabajo.

(...)

SECCIÓN 4.^a**REGÍMENES ESPECIALES**

Artículo 76. Permiso por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos. Tipo F.

(...)

Artículo 77. Permiso de trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. Tipo G.

(...)

Artículo 78. Permiso de trabajo de temporada.

(...)

Artículo 79. Autorizaciones para trabajar.

(...)

SECCIÓN 5.^a**NORMAS DE PROCEDIMIENTO**

(...)

Artículo 81. Documentación necesaria para la concesión inicial del permiso de trabajo o su renovación.

(...)

Artículo 84. Inadmisión a trámite.

(...)

Artículo 89. Disposiciones particulares para el procedimiento de los permisos de temporada.

(...)

Disposición adicional cuarta. Plazos de resolución de los procedimientos.

(...)

C) Anexo jurisprudencial

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de marzo de 2002 (Recurso contencioso-administrativo nº 1161/1999).

EXTRANJEROS: Permiso de trabajo: procedencia de la denegación. Oferta de empleo: desestimación: procedencia por no estar incluida la oferta de empleo en el contingente del año 1999.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 16 de enero de 2002 (Recurso contencioso-administrativo nº 1285/1998).

EXTRANJEROS: Permiso de trabajo: denegación: procedente en atención a la situación nacional de empleo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de noviembre de 2001 (Recurso contencioso-administrativo nº 552/1998).

EXTRANJEROS: Contingente: no supone infracción del derecho a la igualdad garantizado en el artículo 14 de la CE. Permiso de trabajo: denegación procedente por exceder del número autorizado para la provincia.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 7 de noviembre de 2001 (Recurso contencioso-administrativo nº 1405/1998).

EXTRANJEROS: Permiso de trabajo: denegación procedente en base a la situación nacional de empleo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de septiembre de 2001 (Recurso contencioso-administrativo nº 10825/1998).

EXTRANJEROS: Contingente de trabajadores de 1998: denegación: improcedente por falta de motivación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 2001 (Recurso contencioso-administrativo nº 3235/1998).

EXTRANJEROS: Permiso de trabajo: denegación: procedencia: contingente para el empleo de extranjeros no comunitarios, año 1997: criterios para la asignación de plazas: criterio cronológico de presentación: prueba documental sobre la existencia de solicitudes anteriores: denegación procedente.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de noviembre de 1998 (Recurso contencioso-administrativo nº 953/1998).

EXTRANJEROS: Permiso de trabajo: denegación procedente no tanto por la inclusión o no en el desglose sectorial del contingente del año correspondiente, sino por la falta de aportación de motivos laborales, profesionales o personales que se pretendan hacer valer.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 26 de enero de 1998 (Recurso contencioso-administrativo nº 557/1995).

EXTRANJEROS: Permiso de trabajo: oferta nominativa de empleo: contingenciación: procedimiento: examen; necesidad de adecuación del trabajador y su situación a la legalidad para inclusión en el contingente: normativa aplicable; ilegal situación en España del solicitante: presupuesto fáctico de que se derivan razones obstativas a la residencia: válido presupuesto denegatorio.

El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003

I

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

Permiso de trabajo y residencia. Contingente 2002. Circular 1/2002. Jerarquía normativa. Situación nacional de empleo. Nulidad de la resolución administrativa, ordenando a la Administración que proceda a la concesión del permiso solicitado.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Permiso de trabajo y residencia. Régimen general. No admisión a trámite. Existencia de suficientes trabajadores en territorio nacional capacitados para responder a la concreta oferta de empleo.

(El comentario a esta Sentencia puede consultarse en la página 119).

Sentencia: Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Alicante.

Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Reconducción al “procedimiento general”. Inadmisión a trámite. Situación nacional de empleo. Nulidad del acto administrativo. Estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

(El comentario a esta Sentencia puede consultarse en la página 113).

Sentencia: Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Valencia.

Inadmisión a trámite la solicitud de permiso de trabajo. Contingente 2002. Procedimiento inadecuado. Jerarquía normativa. Compatibilidad de procedimientos. Nulidad de pleno derecho. Estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

(El comentario a esta Sentencia puede consultarse en la página 107).

GONZALO BOU FERNÁNDEZ
Letrado del Ilustre Colegio
de Abogados de Valencia

II

Sobre la ilegalidad del Contingente 2002. Comentario a la Sentencia de 18 de noviembre de 2002, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Dos de Valencia*

SUMARIO

I. Introducción.

II. Motivos de impugnación recogidos en sentencia.

III. Valoraciones alegadas y no resueltas en sentencia.

IV. Otras alegaciones de la administración.

V. Trascendencia de la sentencia.

I. INTRODUCCION

La Sentencia objeto de comentario fue dictada en fecha 18 de noviembre de 2002 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Dos de Valencia. Dicha Sentencia resolvió el Recurso Contencioso Administrativo interpuesto contra la Resolución dictada por la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma Valenciana por la que se acordaba inadmitir a trámite una concreta solicitud de permiso de trabajo y residencia “B” inicial formulada a favor de una ciudadana extranjera.

La fundamentación jurídica alegada por la Resolución administrativa es que el artículo 84.6 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social en España, modificada por Ley Orgánica 8/2000, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (en adelante RELOEx) establece que se inadmitirán a trámite las solicitudes de permiso de trabajo que se presenten utilizando procedimientos inadecuados, de

(*) El presente comentario ha sido elaborado por Gonzalo BOU FERNÁNDEZ, Letrado que dirigió el recurso contencioso-administrativo contra la resolución del delegado de Gobierno en la Comunidad Autónoma Valenciana objeto de la sentencia comentada.

acuerdo con lo establecido en el citado Reglamento. En este sentido, el apartado noveno.3 del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros para el año 2002 adoptado en su reunión de 21 de diciembre de 2001, establece que “Las demás solicitudes de permiso de trabajo y residencia relativas a ofertas de empleo que pueden cubrirse a través del contingente anual, o a través del mecanismo regulado en el punto 2 de este apartado, se tramitarán por este procedimiento en aplicación del artículo 65.11 del Reglamento de Ejecución de la citada Ley Orgánica aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, y por tanto serán inadmitidas a trámite si se formulan a través de un procedimiento distinto del regulado en el presente Acuerdo”.

La conclusión es que se inadmite a trámite la solicitud de permiso de trabajo y residencia formulada a un ciudadano extranjero, porque se ha presentado a través de un procedimiento inadecuado, siendo el Acuerdo del Consejo de Ministros anteriormente referido, el que establece que se debería haber formulado mediante el procedimiento del contingente mientras no se hubieran cubierto todas las plazas ofertadas en el mismo.

II. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN RECOGIDOS EN SENTENCIA

Pues bien, la Sentencia referida anteriormente declara nula y no conforme a derecho la citada resolución administrativa. Así, en su fundamento de derecho cuarto dice:

“Lo razonado en los fundamentos de derecho anteriores lleva a la consideración de que la resolución recurrida es nula de pleno derecho por ser contraria a la LO 4/2000 y al Reglamento, así como al artículo 89.4 de la Ley 30/1992, al no tramitar la solicitud de permiso de trabajo presentada por el recurrente conforme a las normas y procedimientos que en ella se disponen, procedimiento adecuado a la solicitud presentada por el interesado, no resultando por el contrario de aplicación el artículo 84 del Reglamento, al no ser inadecuado el procedimiento seguido de acuerdo con lo establecido en ese Reglamento, tal y como exige el punto 6 de esta norma.”

Es decir, la Resolución por la que se inadmite a trámite la solicitud de permiso de trabajo y residencia formulada es nula de pleno derecho básicamente porque contraviene el principio de jerarquía normativa y porque se inadmite a trámite la solicitud de permiso de trabajo por motivos de forma y no de fondo tal y como establece la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999.

EN CUANTO AL PRIMER MOTIVO. Vulneración del principio de jerarquía normativa.— La Sentencia, tal y como se alegó en el escrito de formalización de la demanda, apreció que la Resolución de inadmisión a trámite de las solicitudes de permiso de trabajo y residencia es nula, porque, si bien es cierto que la misma se basó en el apartado noveno.3 del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros para el año 2002 adoptado en su reunión de 21 de diciembre de 2001, dicha norma deviene inaplicable en virtud del principio de jerarquía normativa por contradecir el contenido de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social en España, modificada por la Ley Orgánica 8/2000 (en adelante LOEx).

Sobre la ilegalidad del Contingente 2002

II

El capítulo tercero del título segundo de la LOEx, denominado “Del permiso de trabajo y regímenes especiales”, regula las diferentes modalidades para que un extranjero pueda conseguir la autorización para trabajar en España. Así, en su artículo 37, regula la concesión de los permisos de trabajo por cuenta propia; en su artículo 38, se establecen los requisitos para la concesión inicial y las renovaciones de los permisos de trabajo por cuenta ajena; en el artículo 40 se regulan una serie de supuestos en los que, para la concesión inicial de un permiso de trabajo no se tendrá en cuenta la situación nacional del empleo; en su artículo 41 se enumeran una serie de situaciones en las que el extranjero se encuentra exceptuado de la obligación de proveerse de permiso de trabajo para trabajar en España; en sus artículos 42 y 43 se regulan los regímenes especiales de concesión de permisos de trabajo para trabajadores de temporada y para trabajadores transfronterizos y transnacionales; y en el artículo 39 se regula el denominado procedimiento del contingente.

Pues bien, en ningún momento en la LOEx se establece la subordinación de un procedimiento sobre otro. Es decir se permite que, dado que hay varios procedimientos para que un extranjero obtenga su permiso de trabajo, el empresario ofertante de empleo pueda optar por utilizar cualesquiera de ellos.

En cambio, el apartado noveno.3 del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros para el año 2002 subordina la utilización y, por tanto, la aplicación de las diferentes modalidades para obtener un permiso de trabajo, a que uno de los procedimientos, cual es el del contingente, haya finalizado, esto es, se hayan cubierto todas las ofertas de empleo que en el mismo se ofertaban. La consecuencia a que se formulen ofertas de empleo por otros procedimientos mientras no se hayan cubierto las plazas ofertadas en el contingente, es que se considerará que se han realizado por un procedimiento inadecuado, y por lo tanto, se inadmitirán a trámite.

Esto es precisamente por lo que se alega que el apartado noveno.3 del Acuerdo del Consejo de Ministros contraviene lo establecido en la LOEx, puesto que, de entre todas las modalidades reguladas en la citada Ley Orgánica para obtener un permiso de trabajo, dicha norma establece que prima la denominada del contingente sobre las demás. La forma en que, *de facto*, se eliminan, subordinan, o cuanto menos, se suspenden las modalidades para solicitar un permiso de trabajo reguladas en la Ley Orgánica es que establece que mientras no se hayan cubierto todas las plazas ofertadas en el procedimiento de “contingente”, se inadmitirán a trámite las solicitudes de permiso de trabajo que se realicen a través de otros procedimientos, al considerar que se está utilizando un procedimiento inadecuado, con lo que se está impidiendo que los empresarios puedan formular sus solicitudes de permiso de trabajo a favor de extranjeros a través de otros procedimientos que no sean el del contingente.

En resumen, si la Ley Orgánica de Extranjería anteriormente citada no establece subordinación alguna entre los diferentes procedimientos para obtener un permiso de trabajo, lo que contraviene el principio de jerarquía normativa regulado en el artículo 9.3 de la Constitución Española es que un precepto normativo cual es el apartado noveno.3 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001 limite y restrinja el contenido de una Ley, máxime cuando se tra-

ta de una Ley Orgánica que regula derechos fundamentales, e impida que se puedan formular solicitudes de permiso de trabajo a través de cualesquiera de los procedimientos previstos en la misma.

La consecuencia jurídica que se deriva de todo lo expuesto es que la resolución de inadmisión a trámite es nula en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley del Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dado que el precepto normativo en que se basa (apartado noveno del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros para el año 2002 adoptado en su reunión de 21 de diciembre de 2001) lejos de ejecutar y/o desarrollar los preceptos contenidos en la Ley Orgánica 4/2000, modificada por Ley Orgánica 8/2000, la modifican y restringen por lo que contravienen palmariamente el principio de jerarquía normativa del artículo 9.3 de la Constitución que establece que carecerán de validez las normas de rango inferior que contravengan las de rango superior, por lo que habrá que concluir que no concurre la causa de inadmisión a trámite por inadecuación de procedimiento del artículo 84.6 del RELOEx.

En este mismo sentido citar el artículo 1 del Código Civil y el artículo 51 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que dice:

- “1. Las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución ni las Leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.
2. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior.
3. Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las Leyes.”

EN CUANTO AL SEGUNDO MOTIVO. Inadmisión a trámite por motivos de forma y no de fondo.— El artículo 89.4 de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, sienta la regla general que no se podrán inadmitir solicitudes por motivos de forma, excepto cuando la misma verse sobre derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o sean manifiestamente carentes de fundamento.

En el presente caso, la solicitud no se encuentra manifiestamente carente de fundamento, y versa sobre la obtención de un permiso de trabajo, por lo que se trata de un derecho a obtener un permiso de trabajo reconocido, entiendo implícitamente, en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Extranjería. Es por ello por lo que la resolución administrativa, al haber inadmitido a trámite la solicitud de permiso de trabajo presentada por motivos de forma (inadecuación de procedimiento) está vulnerando el artículo 89.4 de la Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999, y el artículo 10 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, por lo que, en aplicación del principio de jerarquía normativa del artículo 9.3 de la Constitución Española, y el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, debe declararse nula, al haberse basado en preceptos reglamentarios que devenían inaplicables al contravenir lo dispuesto en normas jurídicas de rango superior.

III. VALORACIONES ALEGADAS Y NO RESUELTAS EN SENTENCIA

Aunque en la sentencia no se hace expresa mención, considero que el artículo 65.11 del RELOEX citado en la resolución administrativa recurrida, que establece que las solicitudes de permisos de trabajo relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual se tramitarán por este procedimiento, salvo en los supuestos regulados en los artículos 68, 71 y 79 del presente Reglamento, vulnera lo establecido en la Ley Orgánica de Extranjería puesto que, lejos de ejecutar y/o desarrollar los preceptos legales, los limita y restringe, dado que diferencia donde la Ley no lo hace y establece que los empresarios sólo puedan formular solicitudes de permiso de trabajo a través del procedimiento del contingente cuando la Ley permite que se pueda realizar por cualesquiera de los procedimientos que regula.

Es decir, al establecer el artículo 65.11 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, que las ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente, se tramitarán obligatoriamente por ese procedimiento, lo que está haciendo *de facto* es eliminar otros procedimientos para la obtención de permisos de trabajo, cual es por ejemplo el del artículo 38 de la citada Ley Orgánica.

Es por ello que estimo que el artículo 65.11 del RELOEX vulnera dicha Ley Orgánica por los mismos motivos que el apartado noveno del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001.

IV. OTRAS ALEGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN

La Administración, además de sostener la fundamentación alegada en la Resolución administrativa, introdujo una nueva durante el proceso, incluso en el Recurso de Apelación. Dicha alegación consiste en que cuando la Ley regula el régimen general para la obtención de un permiso de trabajo y residencia “B” inicial, excluye, como posibles beneficiarios del mismo, a los extranjeros que se hallen en España sin ningún tipo de permiso de residencia porque si no se estaría favoreciendo la estancia ilegal de extranjeros en España.

Respecto a la conclusión que alcanza la Administración, indicar que la misma no puede extraerse del tenor literal de los artículos relativos al régimen general u ordinario de obtención de permisos de trabajo. Así, cuando el legislador ha querido excluir a los extranjeros ilegales de la posibilidad de ser beneficiarios de algún procedimiento para “obtener papeles” claramente así lo ha especificado. Baste al respecto la lectura del artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, relativo al contingente de trabajadores extranjeros que dice:

“[...] un contingente para este fin en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a TRABAJADORES EXTRANJEROS QUE NO SE HALLEN NI SEAN RESIDENTES EN ESPAÑA [...]”

Es decir, cuando el legislador así lo ha considerado, no ha tenido problema alguno en excluir a los extranjeros ilegales que se hallen en España de ser beneficiarios de algún procedimiento (contingente) para obtener un permiso de trabajo. *A sensu contrario*, cuando en la regulación de

otros procedimientos para obtener permiso de trabajo y residencia no se dice nada respecto a la posible exclusión de los extranjeros que se hallen en España es porque el legislador conscientemente no ha querido excluirlos. De este modo, donde la Ley no distingue no se puede distinguir.

Otros ejemplos en los que el legislador ha aceptado y regulado la estancia ilegal de extranjeros en España son por ejemplo los artículos relativos a la obtención de permiso de residencia por arraigo en los que se establece que se otorgarán permisos de residencia a los extranjeros que se hallen en España durante unos determinados períodos de tiempo en España “con o sin papeles” (artículo 41.2 y 3 del RELOEx).

V. TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA

Aunque es obvio, no quisiera terminar este comentario sin señalar la importancia de esta sentencia. En primer lugar, esta Sentencia es trascendental desde un punto de vista temporal, dado que, ha sido de las primeras resoluciones judiciales que han versado sobre el Contingente de 2002.

Desde un punto de vista objetivo, es importante esta sentencia puesto que declaró nula y no conforme a derecho la resolución administrativa que aplicaba el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros para el año 2002 adoptado en su reunión de 21 de diciembre de 2001.

Y por último, es importante esta sentencia porque, por imperativo del artículo 27 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, una vez firme la sentencia –en la actualidad se ha recurrido en apelación al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana– la Juez que dictó la sentencia deberá plantear cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra el reiterado Acuerdo del Consejo de Ministros.

Valencia, a 17 de febrero de 2003

MARÍA GONZÁLEZ PENEDO
Abogado. Vicepresidente Ejecutivo de
la Sección de Extranjería del Ilustre Colegio
Provincial de Abogados de Alicante y
Vocal de la Subcomisión de Extranjería
del Consejo general de la Abogacía Española.

III

Comentarios a una sentencia sobre denegación de permiso de trabajo y residencia*

COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA Nº 156/2002, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2002, DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº UNO DE ALICANTE, POR LA QUE SE ESTIMA EL RECURSO ORDINARIO INTERPUESTO CONTRA LA DENEGACIÓN DE PERMISO DE TRABAJO Y RESIDENCIA CUENTA AJENA TIPO B) INICIAL

El Consejo de Ministros, en su reunión del 21 de diciembre de 2001, a propuesta de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, de Asuntos Exteriores, de Interior y de Administraciones Públicas, adoptó Acuerdo por el que se determinó el Contingente de trabajadores extranjeros para el año 2002¹.

Desde la entrada en vigor de la Resolución de 11 de enero de 2002², la Administración ha derogado por la vía de instrucción el acceso al régimen general de los trabajadores extranjeros no comunitarios, a quienes se les ha ofertado un trabajo por cuenta ajena tipo B) inicial.

Las numerosas resoluciones denegatorias a las solicitudes de permiso de trabajo y residencia por cuenta ajena tipo B) inicial, acordadas por la Administración, han dado lugar a la interposición de los correspondientes Recursos Contencioso-Administrativos ante los Juzgados de dicho orden jurisdiccional, habiendo recaído recientemente la Sentencia nº 156/2002, de 26 de noviembre de 2002, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Uno de Alicante³, mediante la que se ESTIMA el recurso interpuesto, viniendo a corroborar la existencia de los tres procedimientos de acceso al régimen general laboral de los extranjeros no comunitarios, previstos en la Ley y Reglamento de Extranjería, declarando NULO el acto administrativo y reconociendo en sus fundamentos jurídicos, el derecho al extranjero a la concesión del permiso de trabajo y residencia.

(*) El presente comentario ha sido elaborado por María GONZÁLEZ PENEDO, Letrado que dirigió el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alicante objeto de la sentencia comentada.

(1) BOE de 12 de enero de 2002.

(2) Resolución de 11 de enero de 2002, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de Régimen No Comunitario para el año 2002.

(3) Recurrente Y.Z.O.D.S.L. que oferta una plaza de cocinero para cocina china en restaurante chino.

Dice expresamente el fundamento de derecho tercero de la Resolución judicial comentada:

“Por lo que respecta al fondo del asunto hay que destacar que la controversia descansa principalmente en que la petición de la parte recurrente se circunscribe a pretender la concesión sobre la base de las exigencias legales y reglamentarias para la concesión del permiso de trabajo, mientras que la administración tramita la solicitud con arreglo a lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determina el contingente de trabajadores no comunitarios para el año 2002.

El mencionado acuerdo establece que «la regulación del contingente de trabajadores extranjeros se articula como un mecanismo idóneo para ordenar los flujos migratorios laborales, porque permite la incorporación sistemática y gradual de los trabajadores que requiere nuestro mercado laboral, a través de un procedimiento específico en el que están presentes las notas de celeridad, agilidad y eficacia»⁴ este mecanismo –el del contingente– viene autorizado por el artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero⁵, que ha recogido el sistema cuya viabilidad se reconoció por primera vez por Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de abril de 1991, llevándose a cabo el primer contingente en 1993, sucediéndose los años posteriores a excepción del año 1996, en que se realizó un proceso de regularización. Se trata de un proceso especial por el que se procura canalizar ofertas genéricas de empleo y agilizar su tratamiento conjunto a favor de grandes empresas u organizaciones empresariales. Sin embargo, el mencionado acuerdo que sirve de fundamento a la denegación administrativa incluye otras consideraciones como la siguiente: «Por otra parte, también de acuerdo con lo previsto reglamentariamente, se han introducido las particularidades necesarias para adaptar el procedimiento común de tramitación de permisos de trabajo y residencia al contingente, al objeto de canalizar adecuadamente el flujo migratorio desde los países en los que se producirá la contratación y posibilitar la incorporación inmediata de los trabajadores al puesto de trabajo para el que han sido contratados, al permitir desde su entrada legal en España el inicio de la relación laboral y su afiliación y alta a la Seguridad Social». Es decir, que declara su vocación de derogar por vía de instrucción las disposiciones legales y reglamentarias para sustanciar las solicitudes tradicionalmente reconducibles a lo que en la práctica forense se denomina «régimen general» por contraposición a los regímenes especiales (contingente o regularización), lo que, de entrada es incompatible con el principio de jerarquía normativa y el de inderogabilidad singular de las disposiciones generales. Es más, aunque se atribuyera al acuerdo carácter normativo, sería de aplicación lo establecido en el artículo 27.1 de la LJCA⁶, en relación con el artículo 6 de la LOPJ⁷.

A pesar de ello, el propio acuerdo en su afán de generalizar el procedimiento del continente no opera, como pudiera pensarse, una derogación total de ese régimen general, ya que existen supuestos en los que la inaplicabilidad del acuerdo deja abierta la vía a la tramitación de solicitudes según el régimen general citado. Así, fija que «Las ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obra extranjera que no puedan ser gestionadas a través del procedimiento del contingente, por no pertenecer a sectores de la actividad y ocupación incluidos en el mismo, o porque se haya agotado el contingente establecido para dicho sector u ocupación, o por no haberse asignado contingente en la provincia, y que no puedan cubrirse por los Servicios Públicos de Empleo por carecer de demandantes disponibles, se gestionarán a través del procedimiento fijado en el presente Acuerdo, cuando se for-

(4) Párrafo tercero de la Introducción al articulado de dicho Acuerdo del Consejo de Ministros.

(5) BOE de 12 de enero, con corrección de errores en B.O.E. de 24 de enero de 2000

(6) Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(7) Ley Orgánica del Poder Judicial.

mule propuesta a este respecto por los Servicios Públicos de Empleo (...)» En consecuencia, *sensu contrario*, no se tramitarán a través del acuerdo las solicitudes de las ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obra extranjera en los casos citados, cuando no haya tal propuesta de los servicios de empleo. En este caso tales propuestas necesariamente se reconducirán al procedimiento general, precisamente porque así lo dispone el acuerdo, sin que a ello sea óbice lo dispuesto en el apartado tercero del ordinal noveno del mismo que dice: «Las demás solicitudes de permiso de trabajo y residencia relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual, o a través del mecanismo regulado en aplicación del artículo 65.11 del Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica aprobado por Real Decreto 864/2002, de 20 de julio⁸, y, por tanto, serán inadmitidas a trámite si se formulan a través de un procedimiento distinto del regulado en el presente acuerdo». Esta indicación viene a ratificar que existen solicitudes que podrían tramitarse al margen de este acuerdo (sólo cabe pensar que se está refiriendo al llamado régimen general) y que las que sean reconducibles a su ámbito de aplicación sólo pueden tramitarse según las normas que describe, lo que obviamente señala que las situaciones que no sean reconducibles al citado ámbito de aplicación no pueden resolverse acudiendo al texto de este acuerdo. Tales situaciones son las relativas a supuestos no previstos por el contingente, agotamiento del contingente o falta de asignación, que respondan a necesidades reales de mano de obra extranjera y que sean reconducibles al procedimiento, complementario promovido por los Servicios Públicos de Empleo.

En lo que hace al presente caso, ante la falta de asignación de contingente a la provincia de Alicante, constando por la certificación de los Servicios Públicos de Empleo que no existen demandantes nacionales para el puesto ofertado, esto es, la existencia de una necesidad real de mano de obra extranjera, y no apareciendo que se haya tramitado la previsión contenida en el ordinal noveno apartado 2 del acuerdo en que se fundamenta la resolución recurrida, se está en el caso de estimar el recurso y declarar la nulidad del acto impugnado en la medida que aplica un acuerdo que no es pertinente al caso y se erige el mismo en motivo de denegación, cuando lo que se debió hacer es seguir el denominado régimen general, como, en casos semejantes, aunque aplicando distinta realidad legislativa que sigue siendo de aplicación al caso *mutatis mutandi*, han reconocido los tribunales, como por ejemplo la STSJ de Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) de 15 de marzo de 2001 al disponer: «Ahora bien, cuando el acceso del extranjero al trabajo no pueda llevarse a cabo mediante el sistema del contingente porque se haya superado el cupo máximo de autorizaciones o por cualquier otra circunstancia, nada impide una solicitud en forma individualizada cuya resolución dependerá de la situación nacional de empleo valorándose conjuntamente la escasez de mano de obra española y la demanda de empleo para la actividad solicitada (artículo 76 del Reglamento de 1996 en relación con el artículo 18 de la ley de 1985) en méritos de la protección al trabajador español que tiene preferencia para desempeñar un puesto de trabajo frente al extranjero que aspira al mismo».”

Asimismo, el fundamento de derecho cuarto de dicha sentencia, recoge lo siguiente:

“Para apreciar la situación nacional de empleo por cuenta ajena son fundamentales los informes del Instituto Nacional de Empleo y demás servicios públicos de empleo (artículo 93 del Reglamento de 1996)⁹. Pero no es suficiente, tal y como ha hecho la Administración demandada en el presente caso, la constatación de excedente de mano de obra nacional para el puesto cualificado de cocinero de cocina hindú sino que es preciso que se demuestre que un español (o asimilado), con la competen-

(8) Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el 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, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. *BOE* del 21, corrección de errores de 6 de octubre.

(9) Se refiere al anterior Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero.

cia precisa para su desempeño, que debe reunir las condiciones requeridas por la empresa, manifieste el deseo de ocupar el puesto de trabajo solicitado y esté capacitado para ello salvo que las cualidades requeridas den lugar a fraude de Ley.

En este sentido la STS de 7 de diciembre de 1990, «si una empresa al hacer una oferta de empleo, la específica y condiciona, por necesitar un especialista en cocina china, y por la Administración no se ofrece un cocinero español que estando en paro esté capacitado para dicha especialidad» hay que conceder el permiso de trabajo «sin que contra esta conclusión quepa argüir que todo cocinero conoce la elaboración de toda clase de condumios y que no cabe admitir una especialización de tal naturaleza».

Igualmente es reiteradísima la jurisprudencia que exige la demostración de que un español con la competencia precisa para su desempeño manifieste el deseo de ocuparlo (por todas la STS de 31 de marzo de 1997).”

La Abogacía del Estado, ha procedido a formular Recurso de Apelación contra la referida Sentencia, basando dicho recurso en los siguientes Motivos:

I. Infracción del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001.

II. Infracción del artículo 39 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración Social, reformada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, y del artículo 65 del R.D. 864/2001, de 20 de julio.

III. Existencia de demandantes de empleo en el territorio nacional.

IV. Falta de competencia del Juez *a quo*, para declarar contraria a la Constitución Española una disposición normativa acordada por el Consejo de Ministros, concretamente el de 21 de diciembre de 2001.

Por los motivos reseñados, el Sr. Abogado del Estado solicita la Revocación de la Sentencia.

Discrepando de cuantas alegaciones ha formulado la Abogacía del Estado, se solicitó la Impugnación del Recurso de Apelación y Ratificación de la Sentencia, haciendo las siguientes consideraciones al respecto:

La Abogacía del Estado, interpreta que el único acceso al régimen general para la obtención de permiso de trabajo y residencia es a través del contingente de trabajadores extranjeros, olvidando completamente que la L.O. 4/2000 reformada por L.O. 8/2000, que regula dos procedimientos para solicitar el permiso de trabajo y residencia inicial, a saber:

- El primero tiene carácter general y consiste en la solicitud de un permiso de trabajo a partir de una oferta nominativa que podrá dar lugar a un permiso de trabajo si se demuestra tal y como exige el Reglamento¹⁰ que el empresario no ha podido encontrar demandantes de empleo en el mercado laboral nacional.

(10) Reglamento de Extranjería. R.D. 864/2001, de 20 de julio.

- El segundo procedimiento, es el de Contingente caracterizado por ser una decisión del Gobierno Español que de manera previa y generalizada determina por provincias una serie de puestos de trabajo no cubiertos por la mano de obra nacional disponibles y por tanto serán cubiertos por personas extranjeras que se hallen en sus países de origen a partir de ofertas de trabajo genéricas.

Asimismo, existe una tercera modalidad, prevista en el artículo 70.1.1.3 del Reglamento que aunque no regula procedimiento, especifica que los permisos otorgados por este procedimiento no computan a efectos del contingente.

Lo expuesto, evidencia el grave error en que incurre la Abogacía del Estado al interpretar la Ley y el Reglamento, obviando lo establecido en los artículos 83.4 y 70.1.1.3 del Reglamento, ya mencionado.

La mercantil demandante, acreditó de manera incontestable mediante la documental aportada en el expediente administrativo y consistente en el Certificado expedido por el SERVEF¹¹ que: “No existen demandantes de empleo disponibles”.

Mediante el resto de la documental aportada junto a la solicitud de permiso de trabajo y residencia ofertada por la mercantil demandante, quedó suficientemente probado, que se reúnen todos los requisitos que prevé la Ley, en su artículo 38.1 y el Reglamento, en el artículo 70.1.1.1.a), b) y c) para la concesión del permiso de trabajo por cuenta ajena B) inicial, todo ello tenido en cuenta por el Juzgador *a quo* y que ha dado lugar a la sentencia que estimó inicialmente el recurso interpuesto contra la Resolución de denegación del permiso de trabajo, acordada por la Subdelegación del Gobierno en Alicante.

Incurre nuevamente en grave error el Sr. Abogado del Estado, al interpretar que el juzgador *a quo* no es competente para declarar contraria a la Constitución Española una disposición adoptada por el Consejo de Ministros, concretamente la de 21 de diciembre de 2001, ignorando el Sr. Abogado del Estado lo establecido en el artículo 27.1 de la LJCA en relación con el artículo 6 de la LOPJ, que textualmente dice:

“Los jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.”

En este sentido, se ha pronunciado el Juzgador *a quo* en la Sentencia nº 156/2002 comentada, aplicando de forma rigurosa el principio de jerarquía de las normas y en consecuencia prevaleciendo lo establecido en la Ley y Reglamento de Extranjería, aprobados mediante Leyes Orgánicas, jerárquicamente de superior rango normativo que el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de diciembre de 2001, por el que se aprobó el Contingente de trabajadores extranjeros para el año 2002.

(11) SERVEF: Servicio Valenciano de Empleo y Formación. Dirección Territorial de Ocupación. Consellería de Economía, Hacienda y Ocupación de la Generalidad Valenciana.

Conforme a la estricta aplicación legal y reglamentaria de extranjería, así como de lo establecido en el artículo 27.1 de la LJCA en relación con el artículo 6 de la LOPJ, debería pronunciarse la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, ratificando la Sentencia nº 156/2002, de 26 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Uno de Alicante, declarando NULO el acto administrativo por no ser conforme a Derecho, revocando la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Alicante, y en consecuencia, concediendo el permiso de trabajo y residencia cuenta ajena tipo B) inicial, al ciudadano extranjero a favor de quien se formuló la oferta de trabajo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 7 de febrero de 2003, sobre Contingente 2002

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1398/02 DE ORDINARIO LEY 98

SENTENCIA Nº138/03

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES

Sentencia de 7 de febrero de 2003

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.– El día 5 de junio de 2002 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que doña I.S.M.C., actuando en nombre y representación de don H.Y., interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución dictada, con fecha 8 de abril de 2002, por la Subdelegación de Gobierno en Vizcaya por la que se deniega el Permiso de Trabajo y Autorización de Residencia solicitados por el recurrente para la contratación de la trabajadora de la misma nacionalidad, D.Q.Y.Y.Z., mediante oferta nominativa de empleo; quedando registrado dicho recurso con el número 1398/02.

El presente recurso, por disposición legal, se reputa de cuantía indeterminada.

SEGUNDO.– En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que, por cualquiera de los dos motivos de la demanda y estimando el presente recurso: a) Se declaren nulos, revoquen y dejen sin efecto, por no ser conformes a derecho, los actos objetos de recurso. b) Además, y de estimarse el primer motivo del recurso, se declare el derecho de mi mandante a obtener el Per-

miso de Trabajo por cuenta ajena y Residencia solicitado por el régimen general en favor del súbdito extranjero don Q.Y. condenando a la Administración recurrida a dictar los correspondientes actos previo informe favorable de la solicitud de visado de residencia lucrativo. c) En caso de estimarse el segundo motivo del recurso, se declare el derecho de mi mandante al procedimiento y en consecuencia se condene a la Administración a que proceda, antes de resolver nuevamente la petición de permiso de trabajo realizada por la recurrente a favor del trabajador extranjero don Q.Y., a instruir el procedimiento previsto en la sección 5ª del capítulo III del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, aprobatorio del Reglamento de ejecución de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, y resto de normativa aplicable, incluyendo el otorgamiento del número de enlace de visado (NEV) a la solicitud del expediente a los efectos de solicitar el correspondiente visado de residencia lucrativo en la correspondiente delegación consular española. d) Se condene en todo caso a la Administración Pública demandada a pagar las costas del proceso, si formulare temeraria oposición.

TERCERO.– En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este tribunal el dictado de una sentencia por la que, declarada la conformidad a derecho de la resolución impugnada, se desestime el presente recurso.

CUARTO.– El procedimiento no se recibió a prueba por no solicitarlo ninguna de las partes y tampoco estimarlo necesario este Tribunal.

QUINTO.– Por resolución de fecha 03/02/2003 se señaló el pasado día 05/02/2003 para la votación y fallo del presente recurso.

SEXTO.– En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.

A) Objeto del Proceso

El recurrente, don H.Y., nacional de la República Popular China, ejercita en este proceso las pretensiones de anulación y de reconocimiento y restitución en el ejercicio de derecho subjetivo, en relación con la resolución dictada, con fecha 8 de abril de 2002, por la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya por la que se deniega el Permiso de Trabajo y Autorización de Residencia solicitados por el recurrente para la contratación del trabajador de la misma nacionalidad, don Q.Y.Y.Z., mediante oferta nominativa de empleo.

B) Posición de la parte recurrente

En el escrito de demanda, se deducen los motivos de impugnación que responden a los siguientes enunciados:

a) Anulabilidad de la resolución recurrida, en cuanto a la denegación del Permiso de Trabajo, por incurrir en infracción del artículo 74.1.a) del Reglamento ejecutivo de la Ley de Extranjería, aprobado por el R.D. 864/2001, de 20 de julio, con la consecuencia prevista en el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Y ello por adoptarse la resolución sin la debida acreditación del supuesto de hecho requerido para la aplicación de la cláusula denegatoria de la solicitud de permiso de trabajo referida a la salvaguardia de la mano de obra nacional, prevista en el artículo 38.1 de la L.O. 4/2000, en redacción dada a la misma por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre.

b) Nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida [art. 62.1.e) de la Ley 30/1992] por haberse prescindido en su dictado, de forma absoluta y radical, del procedimiento legalmente establecido para resolver sobre la solicitud de permiso de trabajo y autorización de residencia regulado en la sección 5ª del capítulo III del R.D. 864/2001, de 20 de julio, que aprueba el Reglamento de Ejecución de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social.

c) Anulabilidad de la resolución recurrida en cuanto a la denegación de la Autorización de residencia, por indebida aplicación del artículo 87.2 del R.D. 864/2001, de 20 de julio, al venir directamente determinada dicha decisión por la ilícita denegación del permiso de trabajo.

C) Posición de la Administración General del Estado demandada

El Abogado del Estado se opone a las pretensiones del recurrente y solicita la declaración de conformidad a derecho de la resolución recurrida. Sostiene, en síntesis, que:

a) El acto administrativo recurrido ha sido dictado por el órgano administrativo competente y de conformidad con el procedimiento establecido para ello.

b) La resolución recurrida deniega el permiso de trabajo por considerar que existen suficientes trabajadores en el territorio nacional capacitados para responder a la concreta oferta de empleo del empresario recurrente. El certificado del INEM aportado por el recurrente acredita que no existen demandantes de empleo disponibles para cubrir la oferta en el País Vasco y en Vizcaya; pero ello es compatible con la suficiencia de trabajadores en atención a la demanda de empleo nacional.

c) Las Instrucciones de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, de 16 de enero de 2002, prevén que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 70.1.a) del Reglamento, las solicitudes de permiso de trabajo y residencia del régimen general presentadas a partir de 14 de enero de 2002 (en el caso de autos la solicitud se presentó el 23 de marzo de 2002) que no puede cubrirse a través del Contingente 2002, podrán ser denegadas durante su vigencia por conside-

rar que existe suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitados para atender las ofertas de empleo. Circunstancias todas ellas concurrentes en el caso de autos y que justifican el sentido denegatorio de la resolución recurrida.

d) En cuanto la denegación del permiso de residencia, la misma viene determinada por la denegación en la solicitud del permiso de trabajo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 87.2 del Reglamento.

SEGUNDO.– Orden de prioridad en el enjuiciamiento de los motivos de impugnación

El enjuiciamiento de los motivos de impugnación deducidos en el escrito de demanda debe dar prioridad a la pretensión declarativa de la invalidez de la resolución administrativa recurrida por concurrencia de un vicio de radical nulidad por causa de haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para ello [artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del procedimiento Administrativo Común].

Abona esta preferencia respecto del enjuiciamiento del motivo impugnatorio sobre el fondo, el dato de que la eventual apreciación de este supuesto de nulidad procedimental de pleno derecho denegatoria a la inexistencia jurídica de una actuación administrativa instructora que, en los términos del artículo 78.1 de la Ley 30/1992, resulta necesaria para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse, en cuanto al fondo, la resolución administrativa y el eventual pronunciamiento jurisdiccional que decida sobre la pretensión deducida por la parte recurrente.

Siendo así que, por la especialidad del procedimiento legalmente establecido para resolver sobre la solicitud de permiso de trabajo y autorización de residencia a favor de persona extranjera formulada por el recurrente, la inexistencia de esta actuación instructora no podría, en este caso, verse suplida mediante la estricta actuación jurídica de la parte interesada, ni, tampoco, ha podido verse suplida en esta vía jurisdiccional en la que ninguna de las partes procesales ha interesado el recibimiento del juicio a prueba.

TERCERO.– Radical nulidad de la resolución recurrida por adoptarse prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido en la sección 5ª del capítulo III del R.D. 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, reformada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Para resolver sobre el motivo de impugnación en el que se denuncia la radical nulidad de la resolución recurrida por venir adoptada de plano sin atenerse al procedimiento legalmente establecido, debe comenzarse apreciando que la documentación remitida a este Tribunal por la Administración General del Estado no puede calificarse, propiamente, de un expediente administrativo. Dicha documentación incluye, escuetamente, la solicitud y documentación anexa registrada por el recurrente y, sin ningún acto de trámite previo, el original y dos traslados de la resolución recurrida; cerrándose el envío con la diligencia de remisión de dicha documentación a

este Tribunal y las diligencias de emplazamiento para el personamiento de los interesados en el recurso contencioso administrativo.

En consecuencia, este envío no responde a la calificación jurídica de expediente administrativo que legalmente se reserva para el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa formado mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos (artículo 164 del R.D. 2568/1986, de 28 de noviembre).

Las partes procesales coinciden en que el referente administrativo que dota de significado a la resolución recurrida debe situarse en la instrucción general séptima, apartado 5, así como en la Addenda XIII de la Circular 1/2002, de 16 de enero, dictada por la Dirección General de Ordenación de las Migraciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de la que la parte recurrente ha aportado una copia simple, sin oposición de la Administración demandada.

Respecto de esta Circular 1/2002, se afirma sin controversia por la parte actora que no ha sido objeto de publicación en diario oficial, por lo que, en ningún caso, puede ser calificada como disposición general.

Sin embargo, no puede por menos que constatarse que :

a) La resolución de la autoridad gubernativa responde a su exacto y literal contenido al del documento pro-forma que incluye como Addenda XIII de dicha Circular 1/2002.

b) La instrucción general séptima de la Circular 1/2002, coincide en cuanto a su objeto, que enuncia como concurrencia de procedimientos, con el apartado noveno, de idéntico título, del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de diciembre de 2001, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios para el año 2002.

De lo anterior no cabe concluir, no obstante, que el acto administrativo recurrido constituya un acto de mera aplicación del señalado apartado noveno del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001. Por el contrario, la conclusión que obtiene este Tribunal es que el acto administrativo recurrido se dicta atendiendo a una instrucción administrativa no normativa expresada en la Circular 1/2002 que, en su apartado 5), se sitúa, por completo *ultra vires* del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios.

Los apartados 1), 4) y 5) de la instrucción general séptima, titulada concurrencia de procedimientos, de la Circular 1/2002 contemplan dos supuestos de solicitud de permiso de trabajo y residencia deducidos al amparo de lo que la circular denomina régimen general, para referirse a las normas generales de procedimiento establecidas en los artículos 80 a 87, inclusive, de la Sección 5ª del Capítulo III del R.D. 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, reformada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social:

a) El primero de los supuestos se refiere a las solicitudes de permiso de trabajo y residencia del que denomina como régimen general que se presenten con anterioridad al día 14 de enero de 2.002. Estas solicitudes, a tenor de la instrucción, deberán tramitarse y resolverse según las normas generales de procedimiento contenidas en el Reglamento (se refiere al Reglamento aprobado por el R.D. 864/2001).

b) El segundo de los supuestos se refiere a las solicitudes de permiso de trabajo y residencia, también de las previstas en el régimen general que se presenten a partir del día 14 de enero de 2002. En este caso la Circular dispone dos instrucciones diferenciadas :

- La primera contempla las ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual o a través del mecanismo previsto para complementar el mismo; respecto de estas ofertas dispone la Circular que serán inadmitidas a trámite por considerar que se presentan según un procedimiento inadecuado.

- La segunda, contempla las solicitudes de permiso de trabajo y residencia del denominado régimen general presentadas a partir del 14 de enero de 2002 que no puedan cubrirse a través del Contingente 2002 ni a través del mecanismo previsto para complementar el mismo. El apartado 5 de la instrucción general séptima, prevé que, en estos casos, se dicte resolución denegatoria, sin proceder a realizar los trámites previstos en el artículo 83 del Reglamento, debiendo adoptarse en el plazo de diez días. La Circular aporta para ello el modelo pro-forma recogido en la Addenda XIII, en el que, de forma ritual, se invoca la aplicación del supuesto de suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitado para atender la oferta de empleo que prevé el artículo 70.1.1.a) del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001.

Esta última previsión es la que actúa por la autoridad gubernativa en el supuesto de autos, por tratarse de una solicitud de permiso de trabajo y autorización de residencia para llevar a efecto una oferta nominativa de empleo dirigida a cubrir un puesto de trabajo (cocinero especializado en cocina china) en un centro de trabajo situado en el Territorio Histórico de Bizkaia; siendo así que, para dicho ámbito territorial provincial, no se prevé ninguna oferta de empleo en el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 21 de diciembre de 2001, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002.

La resolución dictada por la Administración demandada intenta, sin éxito, resolver la palmaria antinomia de la referida instrucción 7ª, apartado 5), de la Circular 1/2002 respecto del derecho al procedimiento y de los mandatos procedimentales específicos establecidos en los artículos 80 a 87, inclusive, de la sección 5ª del capítulo III del R.D. 864/2001, invocando el supuesto de concurrencia de procedimientos previsto en el apartado noveno del Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 21 de diciembre de 2001.

Esta invocación resulta ineficaz ya que en el supuesto contemplado no se produce concurrencia alguna entre el procedimiento establecido en los artículos 80 a 87 del R.D. 864/2001 y los procedimientos establecidos para resolver sobre las ofertas de trabajo atinentes al contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios.

A este efecto, debe tenerse en cuenta que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, en los subepígrafes 2 y 3 del apartado 9º, establece los dos únicos supuestos de ofertas de empleo que deben gestionarse a través del procedimiento del contingente :

a) Las solicitudes de permiso de trabajo relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual en aplicación del artículo 65.11 del Reglamento de ejecución de la citada L.O. aprobado por R.D. 864/2001, 20 de julio.

b) Las ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obra extranjera, que no pertenezcan a sectores de actividad y ocupación incluidos en el contingente, o que pertenezcan a dichos sectores habiéndose agotado el contingente establecido para dicho sector u ocupación; o que se oferten en provincia en la que no se haya asignado contingente, siempre que se cumplan, además, los tres requisitos siguientes: que no puedan cubrirse por los servicios públicos de empleo por carecer de demandantes disponibles; que se formule propuesta a este respecto por los servicios públicos de empleo; y que esta propuesta sea aprobada por la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70.1.1.3 del Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica.

Sin embargo, la oferta de empleo nominativa efectuada por el recurrente no se corresponde con ninguno de ambos supuestos, toda vez que se trata de una oferta de empleo dirigida a atender una necesidad real de mano de obra extranjera (como se acredita mediante la certificación expedida por la Oficina de Empleo del INEM) que se efectúa para un centro de Trabajo situado en Territorio Histórico de Bizkaia en el que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001 no asigna ninguno de los empleos previstos en el contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios.

En consecuencia, la instrucción administrativa de proceder, de plano, sin la realización de los actos de instrucción reglamentariamente previstos en los artículos 80 a 87, inclusive, de la sección 5.ª del capítulo III del Real Decreto 864/2001, a la desestimación de la solicitud del permiso de trabajo y autorización de residencia que se contempla en este proceso, no puede venir amparada en la regulación de ninguno de los supuestos de concurrencia de procedimientos previstos en el apartado noveno del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001.

Toda vez que la solicitud se interpone ante el órgano competente, por un empleador legitimado para ello por el artículo 80.a) del Real Decreto 864/2001 que aporta la documentación necesaria para la concesión inicial del permiso de trabajo y que no incurre en ninguna de las causas de inadmisión a trámite tasadamente establecidas en artículo 84 del propio R.D. 864/2001.

Lo que le confiere el derecho a que la solicitud sea tramitada en un procedimiento administrativo instruido de conformidad con las prescripciones del artículo 83 del Real Decreto 864/2001.

La adopción de la resolución recurrida prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, debe determinar, por ello, la declaración de su radical nulidad.

Sin que en consecuencia, sea posible ni preciso, el examen de los demás motivos de impugnación deducidos en el escrito de demanda.

CUARTO.– Reconocimiento de la situación jurídica individualizada

Procede acceder, así mismo, a la pretensión de reconocimiento y de restablecimiento de la situación jurídica individualizada ejercitada por el recurrente al amparo del artículo 31.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, con fundamento en que la actuación administrativa recurrida ha impedido al empresario recurrente el lícito ejercicio del derecho al procedimiento para el que venía legitimado por el artículo 80.a) del R.D. 864/2001.

En consecuencia, como medida necesaria para el pleno restablecimiento del derecho al procedimiento, debe adoptarse el pronunciamiento de condena a la Administración General del Estado a la actuación consistente en que proceda a la tramitación de la solicitud de permiso de trabajo y autorización de residencia formulada por el recurrente en la forma prescrita para la incoación y para la instrucción del procedimiento por el artículo 83 del R.D. 864/2001.

Debiendo disponerse lo necesario por la Subdelegación del Gobierno de Vizcaya para identificar y sellar la oferta de empleo registrada el 22 de marzo de 2002; y a devolver, junto con la comunicación de inicio del procedimiento, y en el mismo acto, dos copias de la oferta al solicitante, a fin de que pueda ser adjuntada por el beneficiario a la solicitud del visado.

Y debiéndose disponer por el órgano competente lo necesario para la instrucción del procedimiento mediante su inmediata tramitación, recabando los informes no vinculantes a emitir en el plazo de quince días previstos en dicho Reglamento para resolver sobre la concesión del permiso de trabajo; así como recabando informe a la autoridad gubernativa competente, adjuntando copia de la hoja de dicha solicitud, sobre si existen razones que impidan la concesión de la residencia.

Y, dado que el trabajador destinatario de la oferta no está en situación de residencia legal en España, la autoridad gubernativa habrá de atender a resolver hasta tener constancia de que la solicitud de visado ha sido presentada en forma en la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente, de conformidad con lo establecido en los artículos 7.1.c) y 17 del propio Reglamento, salvo que concurra alguna de las causas de denegación previstas en el artículo 74 del mismo.

QUINTO.– En aplicación del artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional de 1998, se ofrecen méritos para efectuar una imposición particularizada a la Administración General del Estado de las costas causadas en este proceso. Y ello al apreciarse por este Tribunal que, una vez puesta en evidencia la absoluta ausencia de procedimiento en la adopción del acto administrativo recurrido, la oposición sostenida por la Administración demandada debe calificarse de jurídicamente temeraria.

Siendo en atención a lo expuesto que este Tribunal dicta el siguiente

FALLO

Con estimación del presente recurso contencioso-administrativo nº 1398 de 2002, interpuesto por la procuradora de los tribunales, doña I.M.C., en nombre y representación de don H.Y., en relación con la resolución dictada, con fecha 8 de abril de 2002, por la subdelegación del gobierno en Vizcaya por la que se deniega el permiso de trabajo y la autorización de residencia solicitados por el recurrente para la contratación del trabajador no comunitario, don Q.Y.Y. mediante oferta nominativa de empleo, debemos declarar y declaramos :

PRIMERO: La disconformidad a derecho, por nulidad de pleno derecho, de la resolución recurrida que, por ello, debemos anularla y la anulamos.

SEGUNDO: Reconocemos el derecho del recurrente a que la solicitud de permiso de trabajo y autorización de residencia deducida sea resuelta por el procedimiento previsto en los artículos 80 a 87 del R.D. 864/2001.

TERCERO: Como medida necesaria para el pleno restablecimiento del derecho al procedimiento, condenamos a la Administración general del Estado a que disponga lo necesario para que se proceda a la incoación, instrucción y resolución de la solicitud formulada por el recurrente, llevando a cabo las actuaciones prescritas en los artículos 83 a 87 del R.D. 864/2001 que se indican sintéticamente en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia.

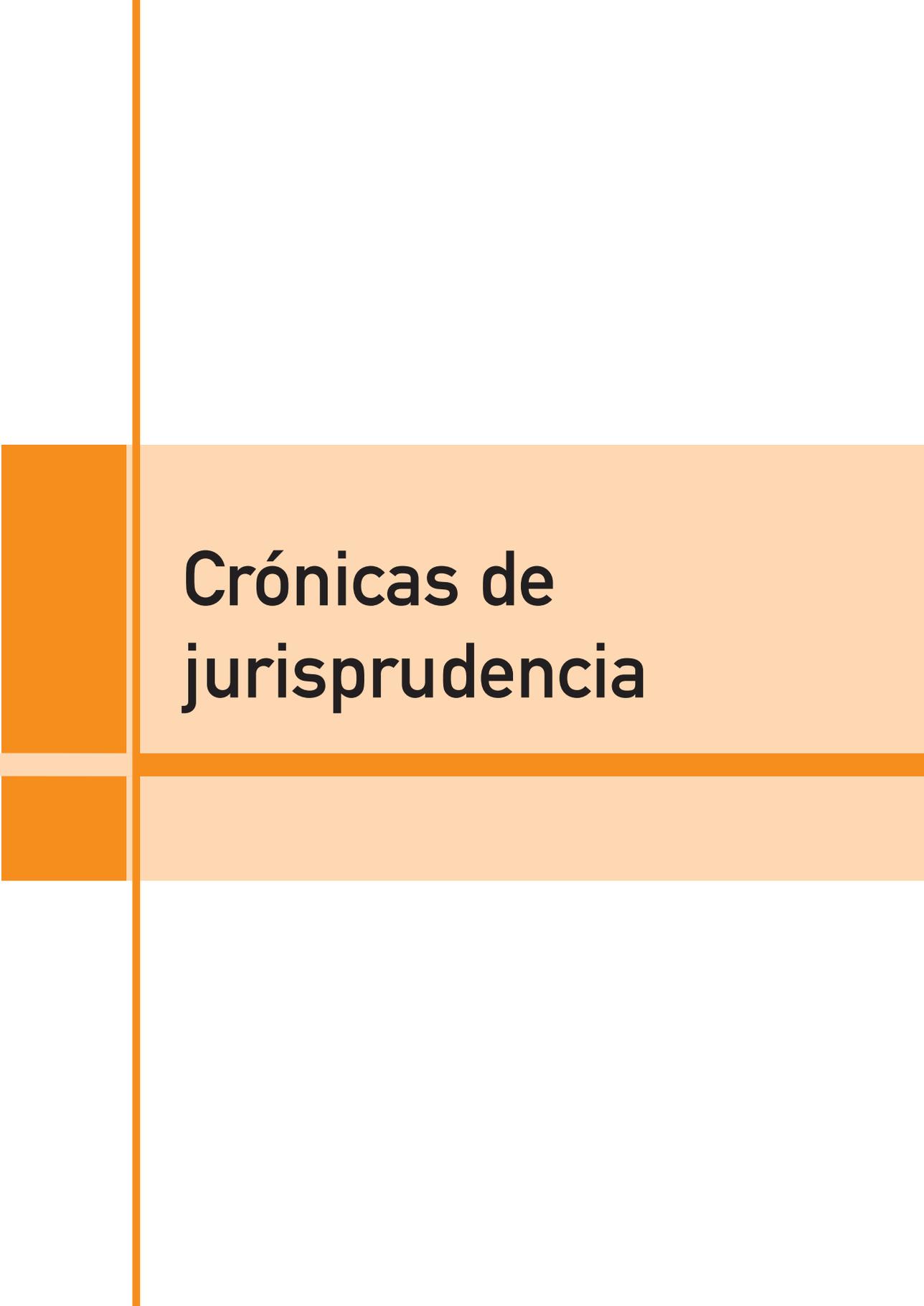
CUARTO: Imponemos a la Administración general del Estado el pago de las costas devengadas en esta instancia.

De conformidad con lo establecido en la disposición transitoria tercera y los artículos 86 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, contra esta sentencia podrá interponerse recurso de casación, el cual deberá prepararse ante esta misma Sala en el plazo de diez días contados a partir del siguiente al de su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.— Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del país Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe en Bilbao a 7 de febrero de 2003.

(Puede consultarse en este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de febrero de 2003; Sala de lo Contencioso-Administrativo; Recurso Contencioso-Administrativo número 1397/02; Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Luis Ibarra Robles.)



Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 28 de septiembre de 2002.

Recurso de Casación: 4235/1998.

Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate.

Voz: Refugiado con derecho de asilo. Nacional de Irak. El Tribunal Supremo ordena se autorice al recurrente a permanecer, por razones humanitarias, en España, dentro del marco de la legislación general de extranjería.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación, al mismo tiempo que ordena que se autorice al recurrente a permanecer, por razones humanitarias, en España dentro del marco de la legislación general de extranjería.

“Se impugna la resolución del Excmo. Sr. Ministro del Interior de fecha 7 de mayo de 1997 que deniega la petición de reexamen formulada por A.K.A., natural de Irak, y en consecuencia ratifica la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo del interesado por subsistir los motivos que la motivaron y que se plasmaron en la Resolución de 5 de mayo de 1997 no viéndose éstos alterados por las alegaciones aducidas en oposición a las mismas.»

(...) en el propio relato sobre la persecución sufrida en su país, que hizo el recurrente al solicitar asilo en España, no se alega causa alguna que justifique su pretendida condición de refugiado, ya que las circunstancias por las que se trabó embargo en los bienes de su propiedad y de su familia no tienen connotaciones políticas, ideológicas ni religiosas, aunque aludiese a su fe cristiano-caldea como un hecho agravatorio de su situación, sin que sus creencias constituyan la razón del asedio que afirma sufrir por las autoridades y la policía de su país.

Fue después, al solicitar el reexamen de la inadmisión a trámite de su solicitud de asilo, cuando dio una explicación política a una situación anteriormente descrita sin connotaciones de tal carácter, cuya explicación la Sala de instancia descalifica por considerarla inverosímil, de modo que no ha conculcado dicha Sala el artículo 1.2 de la Convención de Ginebra de 1951, que atribuye la condición de refugiado sólo a quien existen fundados temores de ser perseguido en su país por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por sus opiniones políticas, ni el artículo 3.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, que incorpora en nuestro ordenamiento interno lo establecido en la aludida Convención de Ginebra, determinando las personas a quienes debe reconocérseles la condición de refugiado y, por consiguiente, ha de concedérseles derecho de asilo, que son aquellos extranjeros que cumplan los requisitos previstos en los Instrumentos internacionales ratificados por España y en especial en la mencionada Convención sobre Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y en el Protocolo sobre Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, situación que, como hemos indicado, no alegó inicialmente el recurrente al pedir el asilo, por lo que tampoco ha infringido dicho Tribunal en la sentencia recurrida lo dispuesto por el artículo 5.6.b) de la citada Ley 5/1984, modificada por Ley 9/1994, al declarar ajustada a derecho la decisión administrativa de inadmitir a trámite, previa audiencia del representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la solicitud de asilo formulada por el recurrente, ya que dicha solicitud se basa, según afirma la Sala de instancia en su sentencia, en hechos y circunstancias que no confieren a quien las sufre la condición de refugiado ni, por consiguiente, el derecho a obtener asilo.

No alude, sin embargo, la sentencia recurrida a un dato de gran relevancia al enjuiciar las denegacio-

nes e inadmisiones a trámite de las solicitudes de asilo, cual es el informe emitido por el representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, omisión que, al tener trascendencia jurídica para la correcta decisión del recurso de casación interpuesto, debemos nosotros recoger en esta nuestra sentencia de acuerdo con la doctrina sobre la integración de los hechos en casación, (...).

(...)

Aunque la declaración de no haber lugar al recurso de casación comporta la imposición al recurrente, según lo establecido concordadamente por el artículo 102.3 de la Ley de esta Jurisdicción reformada por Ley 10/1992 y la disposición transitoria novena de la Ley 29/1998, de las costas procesales causadas, sin embargo, la interposición de dicho recurso de casación ha tenido en este caso para dicho recurrente la eficacia de declarar aplicable lo dispuesto por el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo, que la Sala de instancia no tuvo en cuenta a pesar del categórico informe del representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, al que ni siquiera se alude en la sentencia recurrida, lo que justifica sobradamente que no deba ser condenado al pago de dichas costas, como ahora permite el artículo 139.2 de la vigente Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, cuyo espíritu y finalidad, una vez promulgada, debe inspirar la interpretación del aludido precepto contenido en la antigua Ley de 1956, modificada por Ley 10/1992, para no gravar con las costas a un recurrente cuyo recurso de casación no puede prosperar en cuanto a lo pedido en el escrito de interposición de aquél pero que tiene para él la eficacia antes señalada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 18 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 6153/1998.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite de la solicitud. Ciudadano paquistaní.

Resumen: “En el primer motivo de casación, el recurrente considera infringido el artículo 17.1 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, que aprueba el Reglamento de la ley reguladora del asilo, y los artículos 62.e) ó 63.2 de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común. Y ello porque falta la propuesta, motivada e individualizada, de la Oficina de Asilo y Refugio, y porque falta el informe del ACNUR.

Sin embargo, no es esto lo que exige el artículo 17.1, precepto reglamentario que se dice infringido sino que la propuesta, motivada e individualizada deberá ir acompañada de la copia de la notificación dirigida al representante del ACNUR, en su caso, el cual deberá emitirse en el plazo de 10 días.

La Sala de instancia, y también la resolución impugnada, declara que el informe se ha pedido. Que tal informe no se haya emitido, o no lo haya sido en el plazo previsto, no vicia la resolución impugnada. Y a este respecto debemos recordar que el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, que «de no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrán interrumpir las actuaciones». En el caso que nos ocupa el informe del ACNUR es preceptivo y se ha pedido aunque no se ha emitido. Que sea o no determinante para la resolución del procedimiento dependerá de la resultancia de lo actuado, lo que deberá ser valorado por la Administración actuante o, en su caso, por la Sala de instancia. Pero, lo que importa subrayar, es que el precepto no obliga a interrumpir la tramitación

Asilo

durante el tiempo que la prudencia haga aconsejable para que el informe sea evacuado («interrumpir el plazo de los trámites sucesivos», es la redacción que emplea el texto legal), sino que faculta para interrumpir ese plazo. Y siendo todo esto como decimos, es claro que la interpretación que hace la parte recurrente del artículo 17.1, inciso segundo, del Reglamento de la Ley de Asilo no es correcta, porque no puede considerarse requisito impeditivo de la tramitación que ACNUR no haya emitido informe en el procedimiento de que se trata.

Por todo ello, este motivo primero debe ser rechazado y nuestra Sala lo rechaza.

El segundo motivo, en cambio, debe ser estimado. En dicho motivo el recurrente considera infringido el artículo 5.6 de la Ley 5/1984, concretamente el apartado d): manifiesta falta de verosimilitud de los hechos, datos o alegaciones del solicitante.

Es claro que no basta con el empleo de una fórmula genérica –como aquí ocurre– ni referencia expresa y contraargumentación suficiente de lo efectivamente aportado o alegado por el recurrente para denegar la admisión a trámite de la solicitud de asilo.

Y es oportuno, por ello, hacer estas dos consideraciones: a) Que no se trata de dictar pronunciamiento sobre el fondo, sino simplemente de ver si hay base mínima suficiente para «dar paso» a la solicitud; b) Que el artículo 18 del Reglamento restringe las potestades de la Administración para rechazar *a limine* la solicitud, que a esto equivale esa «inadmisión a trámite» de que habla la Ley. Conviene por ello transcribir ese artículo 18 que parece haber caído en el olvido. Dice así: «El procedimiento de ya inadmisión a trámite en frontera se aplicará exclusivamente cuando, además de concurrir de forma manifiesta y terminante alguna de las circunstancias de inadmisión previstas en el apartado 6 del artículo 5 de la Ley 5/1984, Reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado, el extranje-

ro carezca de los requisitos necesarios para entrar en España conforme a la legislación general de extranjería».

Y como quiera que nada de esto consta en el caso que nos ocupa, el motivo segundo debe ser estimado.”

(Véase en este sentido las Sentencias del TS de 18 de octubre de 2002, Rec. de Casación 6161/1998 y de 23 de octubre de 2002, Rec. de Casación 8451/1999.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 23 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 5917/1998.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite. Ciudadano iraquí que solicita asilo estando cumpliendo condena.

Resumen: “Como los tres motivos de la parte recurrente vienen a ser variaciones sobre el mismo tema vamos a darle respuesta conjunta.

En los dos primeros motivos la parte recurrente se limita a remitir al derecho nacional e internacional aplicable al caso y a afirmar que la sentencia impugnada no los ha tenido en cuenta, lo cual no le impide transcribir a la letra lo que sobre el contenido de esa legislación dice el fundamento segundo de la sentencia impugnada (así en el antecedente segundo de su recurso). En el tercer motivo se limita a invocar la regla de la prohibición del *ne bis in idem*, que considera infringido por la Sala de instancia.

Es el caso, sin embargo, que la Sala de instancia no menciona en ningún momento esa condena a nueve años de prisión en la cárcel española que saca ahora a relucir la parte recurrente en el motivo 3º de su recurso de casación, como tampoco lo mencionó en su demanda, y de la que tampoco se hace mención alguna en la resolución impugnada. Pues en ella se

Índice analítico de voces

decía que se había solicitado el asilo pasado más de un mes de estancia ilegal en España, y que cuando se pide ya había sido incoado expediente de expulsión contra el peticionario, por lo que –sigue argumentando la resolución administrativa de inadmisión a trámite– hay razones para entender que se trata de un supuesto de fraude de ley, esto es de uso de la ley con fin distinto de aquél que esa ley persigue.

Cierto es que en las actuaciones nuestra Sala ha encontrado documentado el hecho de esa condena a nueve años de prisión que ha estado cumpliendo en la cárcel (...), en la que ingresó en 18 de marzo de 1993, procedente del Centro penitenciario (...), (lo que está certificado a efectos de solicitar el asilo y refugio).

En 4 de febrero de 1997 continuaba internado en (...), donde se le notificó la inadmisión a trámite de su solicitud de asilo que consta cumplimentada ya en 24 de febrero de 1997. La salida del interesado de su país tuvo lugar según informa ACNUR en 15/10/1990, y ese mismo día entró en España por la frontera Barajas-Madrid. Permaneció en situación de la estancia ilegal, y cuando solicita el asilo es en 26/06/1996.

Por todo ello, el recurso debe ser rechazado, con desestimación de los tres motivos que alega pues son evidentemente razones distintas de las alegadas las que llevan a la sentencia a desestimar la demanda. Siendo también destacable que ninguna llamada de atención hace el recurrente, ni en la instancia ni en este recurso acerca del error manifiesto en que ha incurrido la Comisión española de Ayuda al refugiado (CEAR), que, al atender la petición de que le remitiera información sobre la situación política en Irán, envía, con mención expresa de que es para incorporar al recurso 265/97 que se sigue contra el mencionado H.N.A., un voluminoso Informe sobre Togo y la situación del pueblo togolés, informe que, obviamente, nada tiene que ver con este asunto (hay luego otro informe de Amnistía internacional sobre la situación en Irán, que tampoco se mencio-

na siquiera por la parte recurrente, ni ahora en casación, ni tampoco, antes, en el contencioso).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 24 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 11831/1998.

Ponente: D. Ramón Trillo Torres.

Voz: Derecho de asilo y condición de refugiado. Denegación. Persecución política. Nacional de Ghana.

Resumen: “La sentencia impugnada desestimó el recurso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales interpuesto por don J.B., nacional de Ghana, contra la resolución del Ministerio de Interior de 18 de noviembre de 1993, por la que se le denegó la concesión del derecho de asilo, y contra la del siguiente día 30, por la que también se le denegó la condición de refugiado.

La sentencia de instancia fundó su decisión desestimatoria en que no había quedado probado que su caso fuese incardinable en alguno de los supuestos legales que permiten otorgar aquellas situaciones, al limitarse el actor a formular una sucinta alegación relativa al hecho de haber cometido una infracción consistente en haber participado en una acción de pesca con explosivos en su país, introduciendo en la demanda un dato no alegado en la vía administrativa, cual es el de ser perseguido por motivos políticos, pero todo ello sin aportar el más elemental instrumento probatorio, que al menos indiciariamente avalase las alegaciones reseñadas.

El recurso de casación se articula en cuatro motivos, todos ellos acogidos al artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción de 1956.

Los dos primeros merecen un tratamiento unitario, pues en el segundo lo que se hace es referir la ilegalidad denunciada con carácter más genérico en el primero a un precepto concreto de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951.

Asilo

Pero en esencia, lo que el recurrente pretende en ambos es que, en contra de lo aseverado en la sentencia de instancia, demos por acreditado la situación de persecución política a la que, según él, se vería sometido en Ghana, fundándose para ello en su mera declaración, que sería expresión subjetiva de un temor o miedo de verse perseguido, suficiente para acceder a su pretensión.

La tesis no puede prosperar por dos razones: la primera, porque ubicados en un recurso de casación, debemos aceptar los hechos tal como nos los ofrece la Sala de instancia; la segunda, que no puede admitirse que la mera manifestación del interesado, sin complemento alguno siquiera a título de indicio de la certeza de lo por él dicho, se constituya en elemento probatorio definitivo para originar el derecho a obtener el asilo o la condición de refugiado.

La misma suerte desestimatoria deben correr el tercero y el cuarto motivo.

El tercero, porque en él se parte del supuesto de que en el recurrente concurren los requisitos necesarios para que se le otorgue el asilo, cuando es así que, como hemos indicado en el fundamento anterior, este presupuesto no es aceptado.

En cuanto al cuarto, porque al afirmar que el acto objeto del recurso contencioso-administrativo no está motivado y que por eso debe anularse por vulneración del artículo 54 de la Ley 30/1992, la parte limita su argumento que en él se le niega al señor B. que existan motivos excepcionales para otorgarle la condición de refugiado, sin expresar los hechos en que la Administración funda su criterio, con lo cual se olvida el recurrente de que la Sala avaló la tesis de la Administración de que no se había probado hecho alguno que justificase ninguno de los beneficios pretendidos y que por eso era su carga complementar su declaración con algún indicio probatorio.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 19 de noviembre de 2002.

Recurso de Casación: 7216/1999.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: Denegación de asilo y condición de refugiado. Nacional de Marruecos.

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra el auto de la Audiencia Nacional, en cuanto contienen una doctrina contraria a la sustentada por el Tribunal Supremo, al afirmar que el acto que acordó inadmitir a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España, por ser negativo, no es susceptible de suspensión.

“La representación procesal de don L.L., de nacionalidad marroquí, al amparo del artículo 88, en su apartado 1.d), de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, aduce tres motivos de casación contra el auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, (...), que acordó denegar la suspensión de la ejecutividad de la resolución del Ministerio del Interior de seis de abril del mismo año, que declaró la inadmisión a trámite de la solicitud de concesión del derecho de asilo (...).

La resolución judicial recurrida, al denegar la suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado, por entender que tal acto, por ser negativo, no es susceptible de suspensión, vulnera la jurisprudencia de esta Sala, ya que es reiterada nuestra doctrina –sustentada en autos que se inician hace más de doce años, entre otros, de 6 de febrero de 1988, 17 de septiembre de 1992, 28 de septiembre de 1993, 11 de julio de 1995, y sentencias de 15 de julio de 1997 y 26 de septiembre de 2000–, la que admite la procedencia de las peticiones de suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, o mediante las que se impone el deber de abandonar el mismo como consecuencia o en relación con una resolución administrativa, dado que el pronunciamiento

de expulsión, directamente acordado o que deriva directamente de la resolución adoptada, no tiene en sí un contenido negativo y por ello puede ser objeto de suspensión en cuanto a su ejecutividad.

(...).

Esta Sala mantiene la doctrina de que no cabe que el recurrente al que se le ha inadmitido la petición de asilo, y que no ha obtenido la suspensión solicitada en la instancia, inste, de modo directo o encubierto, a que se someta a crítica la valoración que el Tribunal *a quo* ha realizado de las circunstancias concurrentes en el caso –sentencias de cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa y nueve y catorce de febrero de dos mil uno–, salvo que se fundamente el recurso de casación en la infracción de alguna norma concreta conculcada en la valoración de la prueba o en la infracción de las reglas de la sana crítica cuando el resultado de la misma resulta arbitraria, inverosímil o absurda.

También hemos admitido en supuestos de denegación o inadmisión de solicitud de asilo que aun cuando el solicitante de la medida cautelar no aporte suficiente justificación del riesgo padecido por el regreso como consecuencia de la coyuntura sociopolítica que describe en su país de origen, cuando es notorio que en el mismo existe una seria conmoción social por graves conflictos o disturbios de carácter político, étnico o religioso, debe presumirse que su seguridad e integridad personales puedan verse en grave riesgo en caso de regresar inmediatamente a su país.

(...) ni siquiera por vía indiciaria se ha justificado mínimamente que en el supuesto de regresar a su país de origen –del que no podemos olvidar que es Marruecos– no estén salvaguardados su libertad, su integridad física y su vida, que son precisamente los derechos que sin justificación alguna se alegan al fundamentar su recurso de casación; circunstancias éstas que por su propia naturaleza –de arraigo– son

incompatibles con la propia naturaleza y filosofía jurídica que inspira el derecho de asilo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 21 de noviembre de 2002.

Recurso de Casación: 210/1998.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Incongruencia.

Resumen: “De los motivos de casación que articula el recurrente hemos de analizar en primer lugar el que se articula como segundo dado que de ser estimado haría innecesaria cualquier otra consideración. En efecto articula el recurrente el motivo de casación al entender que la sentencia de instancia incurre en incongruencia por cuanto, pese a que lo que se impugna es un acto de inadmisión a trámite de una solicitud de asilo, la sentencia no fundamenta su fallo en preceptos relativos a la admisión a trámite sino en la improcedencia de la concesión del asilo, ya que en el fundamento jurídico segundo y tercero se refiere al artículo 8 de la Ley de Asilo alegando que no existen indicios suficientes para justificar la concurrencia de los requisitos exigidos para su concesión, razón por la que el recurso, afirma, debe desestimarse.

(...).

Tal acontece en el caso de autos en que siendo el objeto del recurso de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, la Sala *a quo* razona sobre la procedencia o no del asilo y la concurrencia de las causas para su concesión y no sobre si se da el supuesto de inadmisión a trámite invocado por la Administración.

(...).

La Ley 9/1994 establece como causa de inadmisión a trámite la de que la solicitud se base en hechos,

Asilo

datos o manifestaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que por carecer de vigencia actual no fundamenten una necesidad de protección, causa esta invocada por la Administración como fundamento de su resolución.

No obstante en el caso de autos nos encontramos con sendos informes del ACNUR de fechas 22 de diciembre y 27 de diciembre de 1994 en los que se sostiene que la petición de asilo formulada por el recurrente debería ser admitida a trámite con objeto de ser examinada con mayor detenimiento a la luz de lo manifestado en relación con las causas que motivaron el abandono del país de origen. Por otra parte no puede desconocerse el hecho no negado por la Administración de que a la hermana de la recurrente, en base a las mismas causas, le fue admitido a trámite la solicitud de asilo por sentencia firme de fecha 18 de febrero de 1997.

Consecuencia de lo anterior no puede sino ser considerada injustificada la inadmisión al amparo de la letra d) del artículo 5 de la Ley 9/1994 invocado por la resolución recurrida y por tanto debe estimarse el recurso contencioso administrativo reconociendo el derecho de ser admitida a trámite la solicitud de asilo de Dña. J., sin que proceda hacer expresa condena en las costas de la instancia debiendo cada parte soportar las por ella causadas en este recurso.”

(Véase en este sentido las sentencias del TS de 21 de noviembre de 2002, Rec. de Casación 6155/1998, y de 20 de septiembre de 2002, Rec. de Casación 2567/1998.)

Procedimiento. Inadmisión a trámite. Adecuación del procedimiento especial de la Ley 62/1978 en el supuesto de inadmisión a trámite de la solicitud de derecho de asilo.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 23 de septiembre de 2002.

Recurso de Casación: 3353/1998.

Ponente: D. Manuel Goded Miranda.

Voz: Denegación del derecho de asilo. Nacional de Irán.

Resumen: “(...) la denegación del derecho de asilo a don M.A., verificada por la resolución del Ministerio de Justicia e Interior de 18 de diciembre de 1995, se rige por la Ley 5/1984, de 26 de marzo, en su primitiva redacción, sin serle de aplicación las modificaciones introducidas por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. En efecto, la disposición transitoria primera, apartado primero, de la Ley 9/1994 previno que la tramitación de las solicitudes de asilo presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por lo dispuesto en la Ley 5/1984, en cuanto a competencia, procedimiento y efectos de la denegación del asilo. La solicitud de don M.A. que dio lugar a la resolución de 18 de diciembre de 1995 se presentó el 4 de enero de 1994, siendo por tanto anterior a la Ley 9/1994, de 19 de mayo (...), por lo que debe regirse en cuanto a los efectos de la resolución correspondiente y, por tanto, en cuanto a los recursos procedentes, por la Ley 5/1984, en su primera redacción.

El artículo 21.3 de la Ley 5/1984, confirmado por el artículo 24, estableció que los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones relativas a la inadmisión a trámite y, debemos entender, en general contra todas las resoluciones relativas a la concesión o denegación del derecho de asilo, debían ajustarse, en cuanto a su interposición y procedimiento, a lo previsto en las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y las libertades públicas, remitiendo al procedimiento especial de la Ley 62/1978. En consecuencia, la aplicación por la Sala de instancia de este procedimiento especial se verificó, no porque se tratara en el proceso de la supuesta vulneración de un derecho fundamental, sino por imperativo legal, razón por la cual la sentencia no tenía por qué citar precepto de la Constitución relativo al derecho fundamental que estimase vulnerado, lo que determina la desestimación del motivo casacional.

Índice analítico de voces

El segundo motivo de casación, con base en el número 4º del artículo 95.1 de la L.J., alega infracción, por omisión, de los artículos 53.2 de la Constitución, disposición transitoria segunda.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, artículos 1.2 y 6 de la Ley 62/1978 y, por analogía, del artículo 55.1 de la citada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El Abogado del Estado razona que el artículo 21.3 de la Ley 5/1984, que en su primitiva redacción remitía, como hemos dejado expuesto, al procedimiento especial de la Ley 62/1978, no es aplicable al presente caso, ya que, dada la fecha del acto administrativo recurrido, se encontraba vigente la modificación de la Ley 5/1984 verificada por la Ley 9/1994, que varió la redacción del artículo 21, estableciendo en el apartado 1 que los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones previstas en la ley tendrán tramitación preferente, pero sin ordenar que se sustancien por el procedimiento especial de la Ley 62/1978.

La parte recurrente plantea un problema de inadecuación del procedimiento, entendiéndolo que el proceso se ha tramitado por el procedimiento especial de la Ley 62/1978, cuando, conforme a la modificación del artículo 21 de la Ley 5/1984 verificada por la Ley 9/1994, debió utilizarse el procedimiento ordinario, aunque concediéndole una tramitación preferente.

Independientemente de que, como ya hemos expresado en el anterior fundamento de derecho, debía aplicarse al supuesto de autos la Ley 5/1984, en su primera redacción, lo cierto es que el motivo es inadmisible y, por tanto, no puede ser estimado en el momento actual de las actuaciones, ya que, debiendo calificarse la infracción alegada como una inequívoca inadecuación del procedimiento, el motivo no se ampara en el número segundo del artículo 95.1 de la L.J. («incompetencia o inadecuación del procedimiento») sino en el número cuarto.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 30 de septiembre de 2002.

Recurso de Casación: 3906/1998.

Ponente: D. Manuel Goded Miranda.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud para la concesión del derecho de asilo. Nacional de Bangladesh. Adecuación del procedimiento.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

“Don J.U., nacional de Bangladesh, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ministerio de Justicia e Interior de 29 de julio de 1994, notificada el 1 de septiembre de dicho año, por la que se acordó inadmitir a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo, al concurrir la circunstancia contemplada en la letra d) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificado por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. La Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, que acordó la tramitación del proceso por las normas contenidas en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

(...).

La aplicación del procedimiento especial de la Ley 62/1978 se verificó por razones de índole legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.3 de la Ley 5/1984, en su redacción anterior a la Ley 9/1994, según el cual, las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite las peticiones de asilo serán recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ajustándose, en cuanto a su interposición y procedimiento, a lo previsto en las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

(...).

Asilo

El Abogado del Estado razona que el artículo 21.3 de la Ley 5/1984 en su primitiva redacción, remitía respecto a la inadmisión a trámite de peticiones de asilo al procedimiento especial de la Ley 62/1978, pero que dicha norma no es aplicable al presente caso, ya que, dada la fecha de la petición de asilo, se encontraba vigente la modificación de la Ley 5/1984 verificada por la Ley 9/1994, que varió la redacción del artículo 21, estableciendo en el apartado 1 que los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones previstas en la ley tendrán tramitación preferente, pero sin ordenar que se sustancien por el procedimiento especial de la Ley 62/1978.

La parte recurrente plantea un problema de inadecuación del procedimiento, entendiéndose que el proceso se ha tramitado por el procedimiento especial de la Ley 62/1978, cuando el artículo 21 de la Ley 5/1984, en la redacción que le había dado la Ley 9/1994, obligaba a utilizar el procedimiento ordinario, aunque concediéndole una tramitación preferente.

Dejando al margen la consideración de que la diferencia entre uno y otro procedimiento no ha podido causar indefensión alguna a la Administración del Estado, lo cierto es que el motivo es inadmisibles y por tanto no puede ser estimado, ya que, debiendo calificarse la infracción alegada como una inequívoca inadecuación del procedimiento, el motivo no se ampara en el número segundo del artículo 95.1 de la L.J. («incompetencia o inadecuación del procedimiento») sino en el número cuarto. Como la Sala tiene declarado (auto de 7 de julio de 1993) el motivo invocado es el marco preciso en el que debe desenvolverse el recurso de casación. Este marco constituye una limitación para el órgano jurisdiccional en cuanto a su ámbito de conocimiento, ya que el recurso de casación es un recurso extraordinario que sólo puede ser articulado por alguno de los motivos que señala la ley. Si el motivo se encuentra invocado erróneamente, la Sala no tiene facultades para encuadrar el vicio alegado en motivo diferente del que se ha hecho valer, dado el principio de justi-

cia rogada que preside la articulación del recurso de casación.»

(Véase en este sentido la Sentencia del TS de 24 de septiembre de 2002, Rec. de Casación 3427/1998.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 4 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 7368/1998.

Ponente: D. Fernando Martín González.

Voz: Solicitud de asilo.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

“Conforme a lo que se deduce de lo que ya ha resuelto esta Sala en Sentencias como las de 23 de septiembre y 24 de septiembre de 2002, por ejemplo, para decidir sobre este motivo debemos partir de que aunque la petición de asilo inadmitida por resolución del Ministerio del Interior de 17 de noviembre de 1995 hubo de regirse por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (...) en vista de la fecha en que aquella petición se formuló, disposición que, frente al criterio de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, no exigía seguir el trámite de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sino que sólo imponía la tramitación preferente, lo cierto es que del escrito de interposición del recurso de casación se deduce que la parte recurrente plantea un problema de inadecuación del procedimiento, entendiéndose que el proceso se ha tramitado por el procedimiento especial de la Ley 62/1978, cuando, conforme a la modificación del artículo 21 de la Ley 5/1984 verificada por la Ley 9/1994, debió utilizarse el procedimiento ordinario, aunque concediéndole una tramitación preferente, pero el motivo es inadmisibles y, por tanto, no puede ser estimado en el momento actual de las actuaciones, ya que, debiendo calificarse la infracción alegada como una inequívoca inadecuación del procedimiento, el motivo no se ampara en el número segundo del

artículo 95.1 de la L.J. («incompetencia o inadecuación del procedimiento») sino en el número cuarto y como la Sala tiene declarado (auto de 7 de julio de 1993) el motivo invocado es el marco preciso en el que debe desenvolverse el recurso de casación, marco que constituye una limitación para el órgano jurisdiccional en cuanto a su ámbito de conocimiento, ya que el recurso de casación es un recurso extraordinario, que sólo puede ser articulado por alguno de los motivos que señala la Ley y si el motivo se encuentra invocado erróneamente, la Sala no tiene facultades para encuadrar el vicio alegado en un motivo diferente del que se hace valer, dado el principio de justicia rogada que preside la articulación del recurso de casación, pues en el presente caso, de haberse invocado el motivo segundo, como procedía, la Sala, al resolver, debía hacer aplicación de lo prevenido en el artículo 102.1.1º de la L.J., mientras que, al haberse hecho valer el motivo cuarto, ello conducía al número 3º de este mismo artículo 102.1, con las importantes consecuencias que ello comporta, todo lo cual determina la desestimación de los motivos, al resultar también que la sentencia de instancia sí cita las normas jurídicas en que se fundamenta.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 11 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 9788/1998.

Ponente: D. Fernando Martín González.

Voz: Solicitud de asilo.

Resumen: “La sentencia recurrida en casación, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) con fecha de 10 de enero de 1998, en recurso contencioso administrativo promovido por don Z.E.A., y seguido por los trámites de la Ley 62/1978, contra resolución del Ministerio de Justicia e Interior de 31 de marzo de 1995, por la que se inadmitía a trámite la solicitud de asilo de aquél en España, vino a estimar (la sentencia)

dicho recurso contencioso administrativo, declarando nulas dichas resoluciones, «debiendo la Administración admitir a trámite la solicitud para la concesión del asilo en España», con imposición de costas a la Administración del Estado.

(...).

Conforme a lo que se deduce de lo que ya ha resuelto esta Sala en Sentencias como las de 23 de septiembre y 24 de septiembre de 2002, por ejemplo, para decidir sobre este motivo debemos partir de que aunque la petición de asilo inadmitida por resolución del Ministerio del Interior de 31 de marzo de 1995 hubo de regirse por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (...) en vista de la fecha en que aquella petición se formuló, disposición que, frente al criterio de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, no exigía seguir el trámite de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sino que sólo imponía la tramitación preferente, lo cierto es que del escrito de interposición del recurso de casación se deduce que la parte recurrente plantea un problema de inadecuación del procedimiento, entendiéndose que el proceso se ha tramitado por el procedimiento especial de la Ley 62/1978, cuando, conforme a la modificación del artículo 21 de la Ley 5/1984 verificada por la Ley 9/1994, debió utilizarse el procedimiento ordinario, aunque concediéndole una tramitación preferente, pero el motivo es inadmisibles y, por tanto, no puede ser estimado en el momento actual de las actuaciones, ya que, debiendo calificarse la infracción alegada como una inequívoca inadecuación del procedimiento, el motivo no se ampara en el número segundo del artículo 95.1 de la L.J. («incompetencia o inadecuación del procedimiento») sino en el número cuarto y como la Sala tiene declarado (auto de 7 de julio de 1993) el motivo invocado es el marco preciso en el que debe desenvolverse el recurso de casación, marco que constituye una limitación para el órgano jurisdiccional en cuanto a su ámbito de conocimiento, ya que el recurso de casación es un recurso extraordinario, que sólo puede ser articulado por alguno de los motivos que señala la Ley y si el motivo se encuentra invocado erróneamente, la Sala

Asilo

no tiene facultades para encuadrar el vicio alegado en un motivo diferente del que se hace valer, dado el principio de justicia rogada que preside la articulación del recurso de casación, pues en el presente caso, de haberse invocado el motivo segundo, como procedía, la Sala, al resolver, debía hacer aplicación de lo prevenido en el artículo 102.1.1º de la L.J., mientras que, al haberse hecho valer el motivo cuarto, ello conducía al número 3º de este mismo artículo 102.1, con las importantes consecuencias que ello comporta, todo lo cual determina la desestimación de los motivos, al resultar también que la sentencia de instancia sí cita las normas jurídicas en que se fundamenta.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 15 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 9354/1998.

Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén.

Voz: Concesión del derecho de asilo. Ciudadano iraquí.

Resumen: “El proceso de instancia se inició en virtud de recurso contencioso-administrativo interpuesto por don R.S.N., ciudadano iraquí, contra resolución del Ministerio de Justicia e Interior por la que se le denegaba la concesión del derecho de asilo, y se tramitó por las normas contenidas en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de las Persona.

(...).

La aplicación al caso del procedimiento especial de la Ley 62/1978 lo fue en virtud de lo prevenido en el artículo 20.3 de la Ley 5/1984, en su redacción anterior a la Ley 9/1994, según el cual las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite las peticiones de asilo, y las del Gobierno que revocuen el asilo previamente concedido, serán recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrati-

va, ajustándose, en cuanto a su interposición y procedimiento, a lo previsto en las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Y habiéndose aplicado el procedimiento especial de la Ley 62/1978 por la razón que acaba de apuntarse, la sentencia de instancia no tenía porqué citar precepto de la Constitución relativo a los derechos fundamentales que entendiéndose vulnerado.

(...).

Se razona que, aun cuando los artículos 21 y 24 de la Ley 5/1984, en su primitiva redacción, remitían al procedimiento especial de la Ley 62/1978, dicha normativa no era aplicable al presente caso, porque, dada la fecha de la petición de asilo, ya se encontraba vigente la modificación de la Ley 5/1984 verificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

Y se señala a este respecto que el nuevo artículo 21 no impone la tramitación obligatoria de las cuestiones de asilo y refugio a través del proceso de la Ley 62/1978, sino que se limita a decir que –Los recursos tendrán tramitación preferente–.

Este motivo tampoco puede ser estimado, ya que, debiendo calificarse la infracción alegada como una inequívoca inadecuación del procedimiento (se ha tramitado el recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de la Ley 62/1978 cuando debió utilizarse el ordinario), el motivo no se ha amparado en el ordinal segundo del artículo 95.1 de la LJCA («incompetencia o inadecuación del procedimiento») sino en el ordinal cuarto («infracción de las normas del ordenamiento jurídico»).

Como la Sala tiene declarado (cfr. auto de 7 de julio de 1993), el motivo indicado es el marco preciso en el que debe resolverse el recurso de casación. Este marco constituye una limitación para el órgano jurisdiccional en cuanto a su ámbito de conocimiento, ya que el recurso de casación es un recurso

extraordinario que sólo puede ser articulado por alguno de los motivos que señala la ley. Y si el motivo se encuentra invocado erróneamente la Sala no tiene facultades para encuadrar el vicio alegado en motivo diferente del que se ha hecho valer, dado el principio de justicia rogada que preside la articulación del recurso de casación, precisamente por su carácter extraordinario.”

(Véase en este sentido la Sentencia del TS de 11 de octubre de 2002, Rec. de Casación 10043/1998.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 29 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 11200/1998.

Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén.

Voz: Asilo y refugio. Ciudadano de Sudán. Denegación fundada por no haber ni siquiera indicios sobre las situaciones definidas en la normativa aplicable para su reconocimiento.

Resumen: “El proceso de instancia se inició en virtud de recurso contencioso-administrativo interpuesto por don B.H., ciudadano de Sudán, contra la resolución del Ministerio del Interior por la que se le inadmitía a trámite su solicitud de asilo, y se tramitó por las normas contenidas en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

La sentencia aquí recurrida de casación estimó el anterior recurso jurisdiccional y declaró la desconformidad con el ordenamiento jurídico de los actos impugnados, anulándolos; y previamente, en su fundamento de derecho cuarto, declaró que la Administración debió tramitar el expediente en lugar de acordar su no admisión, para en su día decidir sobre la concesión o no del derecho de asilo.

(...).

La aplicación al caso del procedimiento especial de la Ley 62/1978 lo fue en virtud de lo prevenido en el

artículo 20.3 de la Ley 5/1984, en su redacción anterior a la Ley 9/1994, según el cual las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite las peticiones de asilo, y las del Gobierno que revocan el asilo previamente concedido, serán recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ajustándose, en cuanto a su interposición y procedimiento, a lo previsto en las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

(...).

La cuestión que el Abogado del Estado plantea en el recurso de casación es la de una posible inadecuación del procedimiento, como se verá al examinar el segundo de los motivos de casación, pero la sentencia de instancia, en la motivación que emplea para justificar el pronunciamiento contenido en su fallo, no ha incurrido en la infracción del precepto que se menciona como base de este primer motivo casacional.

(...).

(...) aun cuando los artículos 21 y 24 de la Ley 5/1984, en su primitiva redacción, remitían al procedimiento especial de la Ley 62/1978, dicha normativa no era aplicable al presente caso, porque, dada la fecha de la petición de asilo, ya se encontraba vigente la modificación de la Ley 5/1984 verificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

Y se señala a este respecto que el nuevo artículo 21 no impone la tramitación obligatoria de las cuestiones de asilo y refugio a través del proceso de la Ley 62/1978, sino que se limita a decir que «Los recursos tendrán tramitación preferente».

Este motivo tampoco puede ser estimado, ya que, debiendo calificarse la infracción alegada como una inequívoca inadecuación del procedimiento (se ha tramitado el recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de la Ley 62/1978

Exención de visado

cuando debió utilizarse el ordinario), el motivo no se ha amparado en el ordinal segundo del artículo 95.1 de la LJCA («incompetencia o inadecuación del procedimiento») sino en el ordinal cuarto («infracción de las normas del ordenamiento jurídico».)”

EXENCIÓN DE VISADO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^ª.

Fecha: 5 de junio de 2002.

Recurso de Casación: 531/1998.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Exención de visado. Denegación. Reagrupamiento familiar de ciudadano ecuatoriano.

Resumen: “Los preceptos reglamentarios que invoca el recurrente dicen esto: «si existiesen razones excepcionales que justifiquen tal dispensa». Artículo 22.3 «cuando existan razones excepcionales que justifiquen dicha dispensa». Artículo 7.2.b) «los hijos menores de dieciocho años o mayores de edad, cuando dependan legal y económicamente de un español o de un extranjero residente en España».

Por su parte, el artículo 39 de la CE, establece que «económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos, y establece la obligación de los padres de prestar asistencia de todo tipo a los hijos».

La concurrencia de circunstancias excepcionales determinantes del derecho del recurrente a obtener la exención de visado es claro en el caso que nos ocupa:

Por lo pronto, cuestiones de lógica elemental conducen a que debamos rechazar su aplicación a aquellos supuestos en que, como el de autos, la situación que

habilitaría la dispensa del visado es búsqueda de propósito por el extranjero recurrente al omitir, deliberadamente, el trámite de solicitar el visado en la representación diplomática española en Guinea antes de emprender el viaje a España. [Fundamento cuarto]. De no entenderse ello así, la dispensa del visado para residir, cuando se tenga a uno de los padres en España, quedaría en letra muerta, pues bastaría a cualquier extranjero que haya entrado en España con un simple visado de estancia –o incluso ilegalmente– invocar la existencia de dicho parentesco para obtener automáticamente la dispensa del visado, con lo que se llegaría al absurdo de situar en peor condición al extranjero diligente que antes de emprender el viaje solicita en su país el visado de residencia, enfrentándose así al riesgo de que no se lo concedan, que al extranjero abandonado o descaído que para evitar dicho riesgo no se preocupa siquiera de solicitar el visado en la seguridad de que, una vez en España, y «por razones excepcionales» buscadas de propósito, será eximido de su obtención. Otra cosa, obviamente, se diría si circunstancias sobrevenidas a la entrada en territorio español, y que no hayan podido ser previstas con anterioridad al viaje, determinasen al extranjero a residir permanentemente en España, puesto que en tales casos sí resultaría ilógico, como dice nuestro Tribunal Supremo, conminarle a abandonar el país para proveerse en su patria del pertinente visado de residencia y volver inmediatamente a España. Pero en ninguna de estas circunstancias acredita –ni alegar– encontrarse el recurrente de autos que, por el contrario, solicita la exención de visado cuando apenas habían transcurrido cinco días de su llegada a España, poniendo así claramente de relieve la existencia de un plan preconcebido para eludir el trámite ordinario de la obtención en nuestras oficinas consulares del pertinente visado para residir. (Fundamento cuarto).

Nuestra Sala no puede compartir las razones que acaban de exponerse. Porque, por un lado, y según se ha visto en el caso que nos ocupa es claro que concurren los requisitos para que pueda y deba

reconocerse el derecho a la reagrupación familiar, y por otro lado, esa interpretación de la Sala de instancia se compagina mal –en realidad choca frontalmente– con los principios que sustentan la regla de protección social, económica y jurídica a la familia que establece el artículo 39 de la CE.

Por todo ello, debemos estimar el recurso, anulando, casando y dejando sin valor ni efecto alguno la sentencia impugnada, y así lo declaramos.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera.

Fecha: 5 de septiembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1815/1998.

Ponente: D. Rafael Fonseca González.

Voz: Exención de visado.

Resumen: “Es objeto del presente recurso contencioso administrativo, interpuesto en nombre de doña V.E.B.T., la resolución de la Delegación del Gobierno en Asturias, de fecha 21 de agosto de 1998, que acuerda la expulsión del territorio nacional de la recurrente, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de tres años, siempre que no exista causa judicial que lo impida de conformidad con el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, extendiendo dicha prohibición no sólo al territorio español sino también a los territorios de los países del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, por el hecho de encontrarse ilegalmente en territorio español sin haber obtenido prórroga de estancia o permiso de residencia, lo que constituye el supuesto de expulsión previsto en el apartado a) del artículo 26.1 de la citada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio.

Ahora bien, al margen de lo anterior, en este momento es obligado tener en cuenta la modificación normativa sobrevenida, en el régimen sancionador en materia de extranjería, producida por la Ley Orgánica

4/2000, de 11 de febrero, y en tal sentido con la entrada en vigor de dicha Ley, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se suprimió como infracción sancionable con la expulsión, artículo 53, la de encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido prórroga de estancia o permiso de residencia, que se tipifica como infracción grave en el artículo 49.a) sancionable con multa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51.1.b) de la citada Ley, por lo que en casos como el ahora enjuiciado, al haberse derogado expresamente la normativa que regía a la comisión de los hechos, procede aplicar el principio de retroactividad de la Ley más favorable, dada la naturaleza del régimen sancionador administrativo, según disponen los artículos 9.3 de la Constitución, 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 2.2 del Código penal vigente, como ha hecho este Tribunal en las sentencias dictadas una vez en vigor dicha normativa (por todas la Sentencia de 15 de febrero de 2002), anulando las resoluciones en que se imponía la sanción de expulsión, y cuyo criterio debe mantenerse pese a la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, pues la modificación introducida, respecto de los preceptos antes citados, estableciendo de nuevo la posibilidad de sancionar la indicada infracción con la expulsión del territorio nacional, no puede aplicarse con efecto retroactivo al ser más desfavorable para el infractor, pues con ello se daría nueva vida a la sanción que había sido suprimida en la redacción originaria de la Ley hoy vigente, siguiendo con ello la doctrina que se deduce, respecto a la Ley intermedia más favorable en las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1986 y de 21 de mayo de 1993, sin que procede sustituir a la Administración en la posibilidad de otro tipo de sanción que no fue contemplada por la misma, como en casos semejantes tiene resuelto este Tribunal.”

(Véase en este sentido la Sentencia del TSS del Principado de Asturias, de 13 de septiembre de 2002, Rec. Contencioso-Administrativo 2099/1998.)

Exención de visado

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 16 de septiembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 460/2001.

Voz: Exención de visado.

Resumen: “(…).

En primer lugar, y con respecto al informe desfavorable emitido por el Área de Trabajo y Asuntos Sociales, basado en «haberse informado por el Servicio Público de Empleo de la existencia de un demandante nacional inscrito como Alicatador Oficial de 2º en el ámbito de Logroño y su comarca» lo que impediría al recurrente obtener un permiso de trabajo y, por ende, la exención de visado solicitada, sostiene el demandante que dicha causa no ha sido acreditada y que, a la luz del proceso de regularización iniciado en junio de 2001, «ya no tiene sentido denegar un permiso de trabajo que viene precedido de la aportación de la oportuna oferta de trabajo, por existir un único trabajador nacional inscrito como demandante de empleo», ya que «en la actualidad no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo como requisito para la regularización».

Con relación al primero de los argumentos, en fase probatoria la Administración ha presentado un informe del Director de la Oficina de Empleo de Logroño, de 19 de septiembre de 2000, donde se acredita la existencia de un demandante de empleo de nacionalidad española «inscrito como alicatador oficial de 2º en el ámbito de Logroño y su comarca», por lo que carece de fundamento la alegación de la falta de acreditación de este extremo.

Por otra parte, no puede ser tampoco acogida la tesis del recurrente de que, desde el proceso de regularización iniciado en el año 2001, no se atiende a la situación nacional de empleo a la hora de otorgar los permisos de trabajo y residencia, porque la solicitud que motivó la Resolución impugnada no se presentó con ocasión del proceso de regularización del año 2001, no siéndole en consecuencia de aplicación los

requisitos establecidos para dicho proceso, toda vez que no nos encontramos ante un procedimiento de naturaleza sancionadora que permita la aplicación retroactiva de la norma más favorable al interesado.

Como segundo motivo de impugnación, alega el recurrente que si bien es cierto que la esposa del recurrente, en el momento que éste solicitó la exención de visado, no podía acreditar que su permiso de residencia lo fuera por un período superior a un año, como exige la normativa, «una mínima labor de prueba hubiese bastado para demostrar que se le prorrogaría el permiso por tres años, al contar con contrato de trabajo por tiempo indefinido».

Tal argumentación no puede ser en modo alguno compartida, porque los requisitos establecidos por la normativa para el reconocimiento de un derecho deben cumplirse en el momento que se pretende tal reconocimiento. Si en el momento en que el demandante solicitó la exención de visado, su esposa no tenía un permiso de residencia en España superior a un año, no cumplía los requisitos que la normativa exige para el otorgamiento de la exención de visado, con independencia de la existencia de un cierto grado de probabilidad, a la vista de su situación laboral, de renovación de dicho permiso.

Finalmente se alega que la prohibición de entrada en Alemania, y por lo tanto en todo el territorio Schengen, tuvo lugar hace nueve años, siendo imposible que tal prohibición «se haya efectuado de forma ilimitada en el tiempo». En este sentido, la parte demandante, en fase probatoria, ha presentado un informe de la Comisaría General de Extranjería y Documentación (SIRENE) de la Dirección General de la Policía, donde se afirma que en fecha de 12 de marzo de 2002, el recurrente «no se encuentra incluido en el SIS (sistema de información Schengen), si bien estuvo anteriormente por el artículo 96 (persona no admisible) con señalamiento alemán».

Dicho documento no invalida lo expresado por la Administración en la Resolución recurrida, respecto

de la existencia de prohibición de entrada del recurrente en Alemania, afirmación apoyada en un informe de la Jefatura Superior de Policía de La Rioja, porque el escrito remitido por SIRENE hace referencia claramente a que existió una prohibición de entrada, pero no señala la fecha a partir de la cual la prohibición dejó de ser aplicable.

Por otra parte, y al margen de la discrepancia que pueda existir sobre la vigencia de la prohibición de entrada en territorio Schengen del demandante en el momento de dictarse la Resolución recurrida, este requisito en nada afecta a la validez de dicha Resolución, toda vez que no se han estimado los motivos de impugnación alegados respecto de las otras dos causas de denegación de la exención de visado en las que se fundamenta la Resolución recurrida.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo entablado.”

(Véase en este sentido la Sentencia del TS de 14 de junio de 2002, Rec. de Casación 2081/1998.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 17 de septiembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1507/1999.

Voz: Permiso de trabajo y residencia. Denegación de la exención de visado.

Resumen: “Se impugna en este proceso la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Badajoz, de fecha 26 de abril de 1999, por la que se denegaba a doña R. de O., de nacionalidad brasileña, la solicitud de exención del visado para la obtención de permiso de trabajo y de residencia, con advertencia de que estaba obligada a abandonar el territorio español para proveerse del oportuno visado, a cuyos efectos se le concedía un plazo de quince días, a partir del siguiente al de la notificación, con apercibimiento de que en caso de no hacerlo así, podrá serle incoado expediente de expulsión con prohibición

de entrada por un período de tres años. Se replica en la demanda que se anule la mencionada resolución y se conceda la exención solicitada, todo ello en razón a que, con fecha 11 de julio de 1997, esta Sala dictó sentencia estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Badajoz, de fecha 8 de agosto de 1994, por la que se le denegaba el permiso de trabajo, reconoció a la misma el derecho a la obtención del permiso de trabajo solicitado lo que, a su entender, determina que la resolución ahora impugnada sea nula de pleno derecho por la incongruencia que supone el que la recurrente pueda trabajar en España y no se le reconozca el derecho de poder residir en este país. A tales pretensiones se opone el Sr. Abogado del Estado que considera el acto ajustado a Derecho, suplicando su confirmación con la desestimación del proceso.

Son presupuestos fácticos de la actuación administrativa que se revisa, a tenor de lo que resulta del procedimiento y su expediente, el hecho de que la recurrente, de nacionalidad brasileña, solicitó en instancia presentada en fecha 17 de diciembre de 1998 la exención del visado para la obtención de permiso de trabajo y de residencia. La solicitud fue informada negativamente por el Sr. Inspector Jefe Local de la Comisaría de Policía don B.-V. de la S., haciendo constar que la recurrente entró en España por el aeropuerto de Madrid-Barajas, 28 de noviembre de 1998, dirigiéndose a continuación al domicilio indicado de don B., calle M., núm. 4, bajo; que depende económicamente de un amigo suyo que corre con todos los gastos, tanto de alquiler como de manutención; y que los motivos que alega en su solicitud no están acreditados fehacientemente ni se corresponden con los previstos en la Orden de 11 de abril de 1996 sobre Exención de Visados;

(...).

La existencia de visado es requisito necesario para solicitar el permiso de residencia, como expresa-

Exención de visado

mente establece el artículo 56 del Reglamento, si bien en el párrafo 9º del mismo precepto se autoriza excepcionalmente, por motivos de interés público humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante, la exención de visado por la Autoridad competente, en los términos que se determinen por el Ministerio de Justicia e Interior; previsión que se lleva a efectos por la Orden de 11 de abril de 1996, sobre Exención de Visado, en cuyo artículo segundo se establecen de forma taxativa, los supuestos de exención de visados por los referidos motivos excepcionales de interés público, humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y por razón de parentesco a los menores de edad hijos de españoles o de extranjeros residentes legales o acogidos a la tutela de éstos, extranjeros que sean cónyuges de español o extranjero residente legal, nacional de un estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que no se encuentren separados de hecho y acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud, extranjeros ascendientes directos de un menor español residente en España y que viva a sus expensas, y extranjeros residentes legalmente en España que hayan residido durante un período mínimo de dos años ininterrumpidos en los diez anteriores.

(...).

Una consecuencia necesaria del carácter excepcional y de privilegio –contrario a la regla general– de la exención del visado, supone desplazar al interesado la carga de alegar y probar las causas que podrían justificar la exención, deber impuesto por la regla general del *onus probandi* aún recogido en el viejo artículo 1214 del Código Civil; conclusión que obliga a rechazar el argumento de esta Sala haya dictado una sentencia favorable a la pretensión deducida para profesionales de baile de una determinada especialidad por no haber demandantes de empleo de nacionalidad española, y concedido en el supuesto concreto el derecho a obtener permiso de trabajo para aquella actividad, porque

incluso para aquel caso resultaba necesario estar en posesión del correspondiente visado cuya expedición corresponde a la representación Diplomática u Oficina Consular de España en cuya demarcación reside el extranjero ya que la mera posibilidad de reunir la condiciones precisas para poder trabajar en España no presupone la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen lo que es una derogación individual del requisito general de autorización previa o visado que la ley exige a los extranjeros que deseen trasladar su residencia a España, pues la solución pretendida supondría hacer de mejor condición a quienes, con infracción de la normativa vigente sobre la materia, se desplazan a territorio español sin haber solicitado y obtenido previamente el correspondiente visado, respecto a quienes cumplieron dicho trámite en la forma legalmente prevista.

Por las razones expuestas procede desestimar el presente recurso, (...)."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 27 de septiembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 383/2001.

Ponente: D. Luis Federico Alcázar Vieyra de Abreu.

Voz: Exención de visado de trabajo y residencia.

Resumen: El Tribunal Supremo estima el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña A.L.G.J. frente a la resolución del Delegado del Gobierno en Murcia de 14 de diciembre de 2000, que se anula por su desconformidad al Ordenamiento Jurídico y reconocemos el derecho de la demandante a la exención del visado de trabajo y residencia.

“La recurrente, ciudadana ecuatoriana, titular de pasaporte de su nacionalidad número (...), impugna la resolución del Delegado del Gobierno en Murcia de 14 de diciembre de 2000, denegatoria

Índice analítico de voces

de la solicitud de exención de visado de trabajo y residencia.

La resolución atacada basa la denegación en que la causa invocada por la interesada (el hecho de haber «solicitado permiso de trabajo y residencia») no se halla incluida en ningún supuesto de la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 11 de abril de 1996 sobre Exenciones de Visado.

La recurrente funda, básicamente, su pretensión en lo que califica informe médico del ginecólogo que la había examinado, fechado el 16 de agosto de 2000, aportado en vía administrativa con su solicitud de exención de visado de permiso de trabajo y residencia formulada el 17 de agosto de 2000.

En efecto, obra al folio 13 del expediente administrativo escrito del ginecólogo (...) de la Clínica (...), fechado el 6 de agosto de 2000, en el que puede leerse que la señora L.G. presenta: «Amenaza parto prematuro leve» y que el tratamiento había de consistir en «reposo hasta nuevo control (1 mes)».

La resolución impugnada se limita estrictamente a citar como causas invocadas por la interesada para obtener la exención solicitada el haber solicitado permiso de trabajo y residencia, pero, como alega la demandante, no hace referencia alguna (al igual que la Abogacía del Estado) al informe médico aportado por la solicitante.

El artículo 56.8 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, aprobado por Real Decreto de 2 de febrero de 1996, número 155/1996, dispone: «El extranjero que solicite permiso de residencia y carezca del correspondiente visado deberá acreditar que ha sido eximido con anterioridad de la obligación de visado por la autoridad que haya de resolver sobre la concesión del permiso de residencia». Y a estos efectos, el apartado 9 del mismo precepto establece que «excepcionalmente, por motivos de interés público, humanitarios, de colaboración con

la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante, podrá concederse la exención de visado por la autoridad competente para la resolución, en los términos que se determinen por el Ministerio de Justicia e Interior».

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56.9 del referido Reglamento, la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996 enumera en su apartado segundo.2 los supuestos que pueden servir de base para la concesión de la exención de visado y entre esos supuestos figura el recogido como letra L):

«Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad o impedimento que requiera asistencia sanitaria y les imposibilite el retorno a su país para obtener el visado.»

Es indudable que el retorno de la interesada a su país para obtener el visado hubiera supuesto en la fecha de su solicitud de exención de visado una ruptura en la situación de reposo que debía guardar; en definitiva, existía un impedimento que imposibilitaba tal desplazamiento y justifica la concesión de la exención al amparo del apartado segundo 2, letra L), de la Orden Ministerial citada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 21 de octubre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1850/1999.

Ponente: D. José Manuel Pérez Clemente.

Voz: Exención de visado. Súbdita brasileña.

Resumen: “(...) la recurrente, de nacionalidad brasileña, solicitó en instancia de fecha 21 de septiembre de 1999 exención de visado para la obtención de permiso de residencia de entrada en nuestro país al objeto de vivir en España. La solicitud fue informada negativamente por el Inspector Jefe Local de la Comisaría de Policía (...), haciendo constar que la

Exención de visado

solicitante entró en España por el aeropuerto de Madrid-Barajas, procedente de Italia, alojándose en el Hostal C., (...), y que económicamente depende de un amigo que le paga la estancia y del dinero que ella traía de su país, y que los motivos alegados en la solicitud no están comprendidos en el apartado 2º de la Orden de 11 de abril de 1996 sobre exención de visados; informe negativo que fue acogido en la resolución ahora impugnada contra la que se alza la recurrente alegando que procede de una zona de Brasil muy castigada por conflictos permanentes entre el ejército y la ciudadanía, por lo que resulta difícil y peligroso vivir allí y trasladarse a la Ciudad donde se encuentra el Consulado para poder obtener el visado.

(...).

(...) los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán ir provistos del correspondiente visado, extendido en sus pasaportes o documento de viaje o, en su caso, en documento aparte. La existencia de visado es requisito necesario para solicitar el permiso de residencia, como expresamente establece el artículo 56 del Reglamento, si bien en el párrafo 9º del mismo precepto se autoriza excepcionalmente, por motivos de interés público humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante, la exención de visado por la Autoridad competente, en los términos que se determinen por el Ministerio de Justicia e Interior; previsión que se lleva a efectos por la Orden de 11 de abril de 1996, sobre Exención de Visado, en cuyo artículo segundo se establecen de forma taxativa, los supuestos de exención de visados por los referidos motivos excepcionales de interés público, humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y por razón de parentesco a los menores de edad hijos de españoles o de extranjeros residentes legales o acogidos a la tutela de éstos, extranjeros que sean cónyuges de español o extranjero residente legal, nacional de un estado miembro de la Unión Europea o del

Espacio Económico Europeo que no se encuentren separados de hecho y acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud, extranjeros ascendientes directos de un menor español residente en España y que viva a sus expensas, y extranjeros residentes legalmente en España que hayan residido durante un período mínimo de dos años ininterrumpidos en los diez anteriores.

(...) el alcance del concepto jurídico indeterminado de circunstancias excepcionales (...), ha sido delimitado por una doctrina jurisprudencial consolidada de la que son exponentes las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1994, 8 de abril de 1995 y 26 de mayo de 1999, en el sentido de que tal concepto indeterminado deberá integrarse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, sin que suponga una potestad de la Administración decidir con libertad de criterio la procedencia o no de su concurrencia como si de una potestad discrecional se tratase.

Consecuencia necesaria del carácter excepcional y privilegiado –contrario a la regla general– de la exención del visado, supone desplazar al interesado la carga de alegar y probar las causas que podrían justificar la exención, siendo así que en caso presente ni en el expediente administrativo, ni a través de este recurso jurisdiccional se ha acreditado la concurrencia de ninguna de las causas que conforme a nuestra legislación pueden justificar la exención del visado, limitándose la actividad probatoria a meras alegaciones sobre la concurrencia de determinadas circunstancias no contempladas como causas legales de la excepción de visado, por lo que, consecuentemente, procede desestimar el presente recurso contencioso administrativo.”

(Véase en este sentido la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 15 de octubre de 2002, Rec. Contencioso-Administrativo 2348/1997.)

VISADOS

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a

Fecha: 8 de noviembre de 2002.

Recurso de Casación: 3565/1998.

Ponente: D. Agustín Puente Prieto.

Voz: Visado. Nacional de Marruecos. Turno de oficio.

Resumen: Denegación por Consulado de España en Tetuán. Necesidad de acreditar una mínima solvencia económica que garantice no solo el viaje de regreso, sino para permanecer en España durante su estancia. Condena en costas. Trámite en turno de oficio.

«La petición de exención de visado turístico fue denegada por el Consulado de España en Tetuán (Marruecos) el 7 de diciembre de 1994, especificando como motivo para dicha denegación al no justificar una mínima solvencia económica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1^o de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. El interesado presentó –añade la citada Sentencia que transcribimos–, junto con la instancia correspondiente, certificación de trabajo en Tetuán, (...), con un sueldo de (...), y disponiendo de una cuenta corriente con saldo (...).

(...).

«El recurrente, de nacionalidad marroquí, ha sido representado y defendido de oficio ante esta Sala, y lamentablemente su Letrado no hace alegación alguna sobre qué precepto legal ha sido infringido por la Administración al denegar el visado solicitado, y la verdad es que la Sala tampoco vislumbra cuál ha podido vulnerarse, puesto que si para que se otorgue visado, aunque sea turístico e incluso para una estancia inferior a un mes, es necesario disponer de una mínima solvencia económica que garantice no

sólo el viaje de regreso, que puede lograrse mediante un billete de ida y vuelta, sino para permanecer en una pensión durante la estancia en nuestro país, los fondos de cuenta corriente que aporta como justificación de su capacidad económica realmente son insuficientes para lo que se pretende, por lo que debe confirmarse el acto recurrido.»

(...).

En el desarrollo del motivo se alega por el recurrente que ha existido un error en la apreciación del auténtico contenido del acto impugnado puesto que el mismo carece de toda motivación; pero el motivo no puede ser enjuiciado por la Sala ya que tal supuesto error debió de haber sido combatido en casación a través de los medios idóneos para ello que, desde luego, no puede fundamentarse en una vulneración de los artículos 89 y 62 de la Ley 30/1992 ni 9.1 de la Constitución, sino que debía estar referido al error en la apreciación del auténtico contenido del documento público en el que se contiene el acto objeto de impugnación así como del informe que la Administración remite a la Sala junto con el expediente y donde se hace referencia a las circunstancias económicas afectantes al recurrente en el momento de solicitar el visado.

(...).

(...) no puede esta Sala suplir las carencias del escrito de interposición y enjuiciar la supuesta falta de motivación del acto impugnado frente a la cual existe un pronunciamiento jurisdiccional, no eficazmente combatido, en el que se afirma que el acto administrativo se fundó en la falta de disposición por parte de quien intentaba entrar en España de medios económicos suficientes, por otro lado exigibles conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Y por las mismas razones tampoco cabe que la Sala se pronuncie sobre la alegación formulada en vía jurisdic-

Expulsión

cional por parte del Sr. Abogado del Estado acerca de la inexigibilidad de motivación en el acuerdo de denegación de visado conforme a lo dispuesto en el artículo 12.3 de la Ley Orgánica 7/1985.”

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^ª

Fecha: 27 de septiembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1143/2001.

Ponente: D. Luis Federico Alcázar Vieyra de Abreu.

Voz: Expulsión. Nacional de Rumanía.

Resumen: El Tribunal Superior de Justicia estima el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por don M.A.B. frente a la resolución del Delegado del Gobierno en Murcia de 14 de mayo de 2001 por la que se acordó su expulsión con prohibición de entrada en España por un período de diez años.

“El extranjero de nacionalidad rumana, M.A.B., N.I.E. (...), impugna en el presente recurso la resolución del Delegado del Gobierno en Murcia de 14 de mayo de 2001 por la que se acuerda su expulsión con prohibición de entrada en España por un período de diez años.

La resolución impugnada considera que el recurrente es responsable de la infracción grave tipificada en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, según reforma operada por L.O. 8/2000, de 22 de diciembre («Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiese solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto regla-

mentariamente»), siendo el hecho imputado que la resolución incardina en el mencionado tipo el de «encontrarse irregularmente en territorio español por carecer de documentación expedida por las autoridades españolas que autorice su presencia en España».

El recurrente ha aportado, para fundamentar su pretensión de anulación de la resolución sancionadora, copia de la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de fecha 6 de abril de 2001, estimatoria del recurso de reposición que el ahora demandante interpuso frente a la resolución de 21 de septiembre de 2000 que le había denegado el permiso de trabajo solicitado al amparo del Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros previsto en la disposición transitoria primera de la L.O. 4/2000, de 11 de enero.

En virtud de la precitada resolución de 6 de abril de 2001, estimatoria del recurso de reposición, se concede a don M.A.B., permiso de trabajo tipo «b» de un año de duración para la realización de trabajos por cuenta ajena, lo cual desvirtúa la expresada resolución de la Delegación del Gobierno en Murcia (de fecha posterior) y concretamente los hechos que en ella se imputan al sancionado.”

(Véase en este sentido las Sentencias del TSJ del Principado de Asturias, de 26 de septiembre de 2002, Rec. Contencioso-Administrativo 2764/1998 y del TSJ de Murcia de 27 de septiembre de 2002, Rec. Contencioso-Administrativo 1780/2001.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^ª

Fecha: 8 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 4312/1998.

Ponente: D. Pedro Antonio Mateos García.

Voz: Expulsión. Vicios de procedimiento.

Resumen: La omisión de comunicación al Ministerio de Asuntos Exteriores y Consulado respectivo no

vicia al acuerdo. Recepción a prueba del proceso: no consta la potestad formal respecto del auto denegatorio de la prueba.

“El artículo 23.4 de la Ley Orgánica de Extranjería ciertamente establece que la incoación y la resolución de los expedientes de expulsión de extranjeros serán comunicados oportunamente, en todo caso, al Ministerio de Asuntos Exteriores y al Consulado del respectivo país, pero la omisión de tal formalidad no vicia el acuerdo impugnado en la forma y con los efectos que señala la parte recurrente, pues la nulidad de pleno derecho proclamada en el artículo 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, deviene aplicable, cual determina el propio precepto, «cuando se prescindida total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión» y como en el supuesto concreto que comentamos ni concurre aquella prescindencia total y absoluta, ni se han quebrantado aquellos principios fundamentales, vista la regular intervención de la parte recurrente tanto en la vía administrativa, como en ésta jurisdiccional, hasta el acceso a este Tribunal Supremo, es por lo que resulta acertada la conclusión a que llega la sentencia recurrida, en cuanto no aprecia la nulidad radical pretendida, máxime cuando en la diligencia de información de derechos, a la ciudadana colombiana, extendida el 13 de febrero de 1997, se la informa de que tiene el de que se comunique el hecho de su detención y el lugar de custodia a la persona que desee y a la Oficina Consular, y aquella expresó literalmente que «a nadie».

(...).

(...) no cabe olvidar, según se determinaba en el artículo 74 de la Ley reguladora de nuestra jurisdicción de 1956 que la solicitud del recibimiento a prueba no será admisible si no se expresaren los puntos de hecho sobre los cuales había de versar

aquella, y como tal concreción también legalmente exigida, no fue efectuada en la demanda, pues se hizo de modo genérico, y, que la Sala de instancia entendió acertadamente que era innecesario el recibimiento, en contemplación de las actuaciones obrantes en los autos a buen seguro porque los hechos que pretendían probarse no se consideraban de indudable trascendencia para la resolución del pleito, habida cuenta la manifiesta alteración de los presupuestos fácticos establecidos en la demanda, con relación a los resultantes del expediente, es por todo ello, por lo que procede la desestimación del primer motivo esgrimido.

El motivo casacional articulado en segundo lugar, tampoco resulta procedente, por cuanto a medio de él sólo se pretende desvirtuar las apreciaciones fácticas efectuadas por la Sala de instancia a la vista de las distintas actuaciones obrantes en los autos para alcanzar un relato de hechos de todo punto discrepante del que formuló la recurrente en sus primeras intervenciones, y como tal pretensión resulta vana en casación, pues ha de estarse normalmente a la resultancia de los hechos probados, declarados en la sentencia recurrida, los cuales solo podrán combatirse al amparo de distinto motivo y de modo excepcional, cual por ejemplo si se hubiera producido la infracción de normas valorativas de prueba tasada o fuera de todo punto arbitraria, supuestos excepcionales que no concurren en el supuesto actual, (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera.

Fecha: 25 de octubre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1727/2001.

Ponente: Dña. María Esperanza Sánchez de la Vega.

Voz: Expulsión. Ciudadano marroquí.

Resumen: “La resolución recurrida acuerda la expulsión del ciudadano marroquí J.M., prohibiéndole la entrada en España por un período de 10 años. Los hechos que motivan dicho acuerdo son: encontrar-

Expulsión

se irregularmente en territorio nacional por carecer de documentación expedida por las autoridades españolas que autorice su presencia en España; se considera que estos hechos son constitutivos de los supuestos de expulsión previstos en el apartado a) del artículo 53, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social.

(...).

De acuerdo con el expediente administrativo, resultan acreditados los siguientes hechos relevantes:

Funcionarios de la Policía Nacional, presentan en calidad de detenido al ciudadano marroquí J.M., indocumentado, sin domicilio, «presentado por la Guardia Civil, por infracción de la Ley de Extranjería» (...).

A las 15 horas del día 13 de mayo de 2001, se informa al detenido de sus derechos; consta la firma del actor, y consta que pide ser asistido por Letrado del turno de oficio, pero no consta que pida ser asistido por intérprete (...).

El 14 de mayo de 2001, se le incoa procedimiento sancionador, por la infracción del apartado a), del artículo 53, de la Ley Orgánica 4/2000; se hace constar que no firma por falta de intérprete, y sí consta firma de Letrado (...).

El 18 de mayo de 2001, el actor presenta alegaciones respecto al acuerdo de incoación (...); alegó que fue víctima de un secuestro, que no cometió la infracción que se le imputa, que sí tiene arraigo porque tiene un hermano en España con permiso y casado con una española y se alega también vulneración de derechos constitucionales (artículos 24, 25 y 19) así como ausencia de intérprete.

Consta informe sobre las alegaciones (...), en el sentido de que, consultado el servicio de aplicación de

extranjeros (...), no consta que el interesado haya solicitado la documentación pertinente para legalizar su situación en España.

Finalmente se dicta la propuesta de resolución y la expulsión.

En primer lugar decir que, todas las alegaciones hechas en vía administrativa carecían de base probatoria; en efecto, no se aportó ninguna prueba de que el recurrente hubiera sido víctima de un secuestro, ni de que tuviera familia y arraigo en España.

(...).

El artículo 59.1 de la Ley Orgánica 4/2000, establece que «el extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin permiso, documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores».

Según lo expuesto, la propia Guardia Civil reconoce que el actor denunció el presunto delito y colaboró para esclarecimiento de los hechos.

Ahora bien, ni el artículo 59 de la Ley citada, ni el 94 del Reglamento que lo desarrolla obliga a la Administración a aplicar la exención de responsabilidad administrativa, sino que sólo se configura como una posibilidad, por lo que cae dentro del ámbito discrecional de la Administración.

Por tanto, no podemos entender que el acto impugnado sea contrario a Derecho por tal motivo.”

(Véase en este sentido la Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 24 de octubre de 2002, Rec. Contencioso-Administrativo 1265/2001.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a

Fecha: 19 de noviembre de 2002.

Recurso de Casación: 4995/1998.

Ponente: D. Pedro Antonio Mateos García.

Voz: Expulsión. Condenado. *Non bis in idem*.

Resumen: Causa del apartado d), del artículo 26.1 de la LOE 7/1985, al haber sido condenado a una pena de cinco años de prisión menor como autor de un delito contra la salud pública. *Non bis in idem*, improcedencia.

“El presente recurso de casación ha sido interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta), desestimatoria del recurso interpuesto contra Acuerdo del Gobernador Civil de Lleida, de 20 de marzo de 1995, en cuya virtud se decreta la expulsión de la recurrente del territorio español, con prohibición de entrada en España por un período de cinco años, por estar incurso en la causa de expulsión prevista en el apartado d), del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en razón de haber sido condenado previamente como autor de un delito contra la salud pública a una pena de cinco años de prisión menor y multa de tres millones de pesetas, con tres meses de arresto sustitutorio en caso de impago.

(...).

(...) es de observar cómo en la vía administrativa, el demandante no negó en absoluto que hubiera sido condenado por un delito contra la salud pública, o que

sus antecedentes penales estuvieran vigentes, reconociendo además, en el relato de hechos del escrito de demanda, que fue detenido en 6 de mayo de 1994 y estuvo privado de libertad hasta el año 1996. Por todo ello, es por lo que la Sala considera suficientemente acreditada la causa de expulsión apreciada en la resolución administrativa impugnada (...).

Es evidente, pues, que la Sala de instancia ha efectuado una valoración de las circunstancias del caso, que le ha llevado a considerar acreditada la concurrencia del presupuesto de hecho –haber sido condenado previamente por delito doloso a pena privativa de libertad superior a un año– determinante de la expulsión, lo que revela la improcedencia del motivo en cuanto que la actividad probatoria y valorativa ha existido sin que resulte conculcada la normativa constitucional invocada (...).

(...).

En el presente caso, la Autoridad competente, ha decretado, a través del correspondiente expediente incoado al súbdito extranjero, su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada por período de cinco años, en base a haber sido condenado, como autor de un delito doloso contra la salud pública, a pena privativa de libertad superior a un año y no cabe sostener por ello, como pretende el recurrente, que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la CE, puesto que el hecho determinante de la sanción, –haber sido condenado por delito doloso a pena privativa de libertad superior a un año–, ha quedado evidenciado, no sólo, como decíamos, por resultar de los antecedentes policiales incorporados al expediente, sino también porque el propio recurrente en las alegaciones que formula –(...)– en el expediente administrativo no sólo no negó en ningún momento el hecho de la condena, sino que además parece darla por supuesta al encaminar su alegato al recordatorio del principio *non bis in idem*, siendo tales circunstancias elementos suficientes para destruir la presunción de inocencia y para que

Expulsión

la Sala de instancia considere el hecho de la condena como no controvertido y suficientemente acreditada la concurrencia de la causa de la expulsión (...).

En el tercer motivo se denuncia infracción, por inaplicación, del artículo 25 de la Constitución, en cuanto reconoce y consagra los principios de legalidad y tipicidad que se manifiestan entre otros en el principio general del Derecho *non bis in idem*. El motivo en tal forma articulado debe decaer porque, con una técnica impropia de ser utilizada en sede casacional, constituye una mera reiteración de las alegaciones deducidas en la instancia a que la sentencia recurrida ha dado respuesta cumplidamente en su fundamento de derecho quinto, de forma absolutamente respetuosa con la doctrina de esta Sala manifestada entre otras, *a contrario sensu*, en la Sentencia de 22 de mayo de 2000 (recurso de casación 1911/1996), en la que si bien en relación con un supuesto que encontraba encaje en un apartado distinto del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985 se recuerda que el Tribunal Constitucional ha proclamado en un auto de 3 de octubre de 1997 sobre un caso que guarda cierta similitud con el que ahora resolvemos que «aunque la expulsión del territorio nacional de un extranjero haya sido conceptuada como sanción y que por eso queda sometida a la garantía del artículo 25.1 de la Constitución, sin embargo dicha expulsión por incumplir los requisitos que la legislación de extranjería impone a su estancia en España, no puede ser confundida con una pena, de la que le separan el fundamento y los fines que persigue (STC 242/1994, fundamento jurídico cuarto). Una cosa es que el actor haya traficado con droga, y que esa conducta le haya acarreado una pena privativa de libertad; y otra cosa es que su derecho a residir en España, que se encontraba condicionado legalmente al requisito de no cometer delito doloso de cierta gravedad, haya quedado extinguido al incumplir ese requisito legal. A su vez, la pena de prisión le ha sido impuesta en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos

ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (STC 234/1991).

Que el actor haya cumplido la pena impuesta por la comisión de un delito, extinguiendo la responsabilidad criminal declarada por la previa Sentencia condenatoria, no guarda relación ninguna con el dato cierto de que su conducta delictiva ha ocasionado la pérdida del derecho a residir en España, a tenor de la norma con rango de Ley que regula ese derecho de residencia».

(Véase en este sentido la Sentencia del TS de 26 de noviembre de 2002, Rec. de Casación 7409/2001.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a

Fecha: 26 de noviembre de 2002.

Recurso de Casación: 3693/1998.

Ponente: D. Antonio Martí García.

Voz: Expulsión. Permiso de trabajo. Nacional de Marruecos.

Resumen: «La sentencia que es objeto del presente recurso de casación, estimó el recurso contencioso administrativo y anuló la resolución que disponía la expulsión del territorio nacional de don A.A. , valorando en sus fundamentos de derecho, lo siguiente: «PRIMERO. El objeto del presente recurso contencioso administrativo consiste en determinar si la resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid, de 18 de septiembre de 1995, por la que se decreta la expulsión del actor del territorio nacional y la prohibición de entrada en España, al considerarlo incurso en las causas de expulsión previstas en los apartados a) y f) de la Ley Orgánica 7/1985, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, es o no, ajustada a Derecho.

(...) en el momento en que dictó la resolución inicial de expulsión, el demandante era potencial beneficiario de una renovación de su permiso de trabajo (del cual disfrutaba desde 1991), (...).

Así pues, la calificación de su presencia en España como de estancia ilegal a los efectos de legitimar la salida obligatoria de nuestro país, deberá ser propuesta, en tanto en cuanto recaiga sentencia firme sobre el permiso solicitado. Asimismo, tampoco cabe apreciar, como motivo de expulsión, la de carecer de medios lícitos de vida, al estar esta circunstancia totalmente ligada a la concesión de su permiso de trabajo, sin el cual difícilmente podrá acceder al mercado laboral español. QUINTO. Por último, hay que dar respuesta a la objeción de la Abogacía del Estado en el sentido de que la expulsión no puede ser considerada como sanción. La apreciación anterior debe ser rechazada, no solo por su evidente inclusión en el título VI, de la Ley 7/1985, que lleva precisamente la rúbrica 'Infracciones y Sanciones', sino también porque reiteradamente ha sido calificada como tal, en la doctrina consolidada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, (entre otras, SSTC 116/93 y 591/93; STS de 10 y 28 de mayo de 1996, 12 de julio de 1996 y 17 de septiembre de 1996)».

En el primer motivo de casación, el Abogado del Estado, (...), denuncia (...) que no es admisible que se anule una expulsión del territorio nacional, basándose en que el mismo ciudadano extranjero tenía pendiente una impugnación anterior contra una denegación de permiso de trabajo y de residencia, (...).

Y procede acoger tal motivo de casación, pues aparte de que se pueda entender, al menos genéricamente, como refiere el Abogado del Estado, que la mera impugnación del acuerdo que deniega el permiso de trabajo, no convierte en legal la estancia del extranjero en España, ni que tampoco la impugnación de tal acuerdo de denegación de permiso de trabajo, genere un potencial derecho a obtenerlo, Sentencia de 7 de abril de 1997, ni que pueda afectar al posterior decreto de expulsión, cuando no se ha solicitado la suspensión del acuerdo denegatorio del permiso de trabajo, Sentencia de 24 de octubre de 2000, recaída en el recurso de casación nº 7497/97, es lo cierto que en la presente litis, se han

acumulado, los recursos contenciosos administrativos, en los que se impugnaban, el acuerdo de denegación del permiso de trabajo, y el decreto de expulsión, y por ello, es claro, que en la sentencia, no se puede resolver solo sobre uno de ellos, –decreto de expulsión del territorio nacional–, ni menos otorgar efectos positivos a la impugnación del otro acuerdo, sin entrar en su análisis, máxime, cuando el recurso contencioso administrativo en el que se impugnaba el acuerdo denegatorio del permiso de trabajo, es más antiguo y por tanto anterior al otro, el de impugnación de decreto de expulsión, que es el único que en la sentencia se resuelve.”

Artículo 24 de la Constitución. Presunción de inocencia. Licitud de la actividad de “alterne”. Causas b) y f) del artículo 26.1 de la LOE 7/1985. Actuaciones policiales: requisitos que han de cumplir para que se pueda otorgar valor de prueba: a) precisar los concretos medios personales o materiales que, a lo largo de las averiguaciones, han llevado al conocimiento de los hechos; y b) describir esos hechos objeto de prueba de manera circunstanciada, señalando con claridad el tiempo y lugar en que concurrieron, e identificando de manera inequívoca la persona a que son referidos. Valor del atestado policial. Falta de prueba suficientes.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 18 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 9972/1998.

Ponente: D. Juan José González Rivas.

Voz: Expulsión del territorio nacional. Derechos fundamentales. Presunción de inocencia. Actuaciones policiales: requisitos que han de cumplir para que se les puede otorgar valor de prueba.

Resumen: “La sentencia aquí recurrida de casación estimó el recurso contencioso-administrativo que antes se ha mencionado y declaró la nulidad de la

Expulsión

resolución combatida «por ser contraria al ordenamiento jurídico», con expresa imposición de las costas a la Administración demandada.

(...).

Los elementos obrantes en el expediente administrativo, analizados a la luz del criterio que ha quedado expuesto, no permiten aceptar, en el presente caso, la existencia de prueba suficiente para tener por acreditados esos hechos que fueron imputados a la actora del proceso de instancia como constitutivos de esa causa de expulsión prevista en el artículo 26.1.b) de la L.O. 7/1985.

En ese expediente aparece la declaración de la interesada, en la que no hay ningún reconocimiento de que realizase esa actividad de «chica de alterne» que se le atribuye, pues manifiesta que el motivo de encontrarse en el club (...) «no era otro que ver la televisión».

Aparte de esa declaración, hay unas diligencias, extendidas por los funcionarios actuantes, en las que efectivamente se dice que entra y sale a una hora determinada del establecimiento, que viste las ropas que la situación requiere para desarrollar la actividad de chica de alterne, que se aloja en un hospital existente en las mismas instalaciones del local y que recibe una contraprestación por el trabajo que realiza, que no es otro que el de alternar con clientes.

Pero, con independencia de que no se precisa el período de esa regular asistencia al local que pudiera haber sido comprobado en relación concreta a la interesada, ni cuántas y cuáles fueron las concretas fechas en las que tuvo lugar, ni por qué medio se conoció esa contraprestación a que se hace referencia, lo verdaderamente aquí decisivo es que tampoco se expresa si fue constatado directamente por los funcionarios que realizaron esa investigación que dicha interesada acompañaba en sus consumiciones a los clientes del establecimiento, con tal variedad de

estos y de manera tan reiterada y prolongada en el tiempo, que fuera lógico deducir que realizaba esa actividad con carácter profesional y retribuido.

En consecuencia, esos únicos hechos demostrados autorizan a aceptar con bastante fundamento la sospecha de ser probable esa dedicación que fue atribuida, pero son insuficientes para tenerla por válidamente demostrada. La eficacia que ha de otorgarse a la presunción constitucional de inocencia determina que esas iniciales sospechas por sí solas no tengan valor de prueba, si no se ven acompañadas, como en el presente caso acontece, de otro elemento de conocimiento referido directamente a la conducta básica que constituye esa llamada «actividad de alterne».

Y lo que de ello se deriva es que el recurso contencioso-administrativo deducido en la instancia merecía ser estimado también en cuanto causa de expulsión prevista en el apartado b) de artículo 26.1 de la L.O. 7/1985, ya que respecto de lo decidido sobre ella el acto administrativo vulneró el artículo 24 de la Constitución.

Procede, pues, la estimación del presente recurso de casación y la estimación del recurso contencioso-administrativo en los términos que resultan de todo lo antes razonado.”

(Véase en este sentido la Sentencia del TS de 24 de octubre de 2002, Rec. de Casación 10097/1998.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 25 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 10326/1998.

Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén.

Voz: Expulsión del territorio nacional. Actividad de alterne.

Resumen: “El proceso de instancia fue instado por doña I.E.R.C., ciudadana extranjera, por los trámites del proceso especial de la Ley 62/1978, de 26 de

diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, mediante recurso contencioso-administrativo dirigido contra la resolución administrativa que acordó su expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada en España durante tres años.

(...)

(...) reiterados pronunciamientos de esta Sala (Sentencias de 24 de febrero de 1997 y 20 de noviembre de 2000, entre otras), partiendo del criterio seguido en el orden jurisdiccional social, han venido declarando que la llamada actividad de «alterne» no puede ser reputada ilegal a los efectos de configurar con ella el específico supuesto de expulsión que se contemplaba en el apartado f) del artículo 26 de la L.O. 7/1985 para la conducta consistente en «desarrollar actividades ilegales»; y sobre esa base han argumentado que, siendo lícito el «alterne», la calificación contraria realizada respecto del mismo con el fin de aplicar ese específico supuesto de expulsión de que se viene hablando constituye una vulneración, por inaplicación, del artículo 24.2 de la CE, en cuanto que ello supone una incriminación, sin actividad probatoria de cargo, de la concreta conducta reprochada como causa de expulsión.

Debe subrayarse especialmente que la Sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1996 declaró que la actividad de «alterne» tampoco podía subsumirse en la expresión «desarrollar actividades ilegales» utilizada en el mismo apartado f) del artículo 26.1 de la Ley 7/1985, ni aun en la hipótesis de que dicha actividad encubra el deliberado propósito del trato carnal con el cliente, mediante precio abonado por éste, pues con independencia de la valoración ético-social que tal actividad pueda merecer, es lo cierto que no puede ser tachada de ilegal salvo que se produjera bajo circunstancias configuradoras de los tipos penales descritos como delitos relativos a la prostitución (artículos 187 a 190 del Código penal de 1995).

Y, tras lo anterior, debe señalarse que estas últimas circunstancias la resolución administrativa objeto

de controversia en el presente proceso no las da por acreditadas.

De lo cual se deriva, además de la contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina jurisprudencial que ha quedado expuesta, la vulneración de ese artículo 24.2 de la CE por parte de la resolución administrativa que fue objeto de impugnación en el proceso de instancia.

Y debiéndose añadir que el razonamiento de la sentencia «a quo» no resulta acertado en el caso presente, ya que esa resolución administrativa impugnada no imputó a la recurrente como causa de su expulsión la falta de los correspondientes permisos.”

(Véase en este sentido la Sentencia del TS de 25 de octubre de 2002, Rec. de Casación 10307/1998.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 28 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 10881/1998.

Ponente: D. Manuel Goded Miranda.

Voz: Expulsión del territorio nacional. Ciudadana colombiana. Actividad de alterne.

Resumen: “Por resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 8 de junio de 1998 se acordó la expulsión del territorio nacional de doña S.M.H.G., ciudadana colombiana, por incurrir en los supuestos previstos en los apartados b) (no haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido) y f) (carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales) del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 31 de octubre de 2002.

Expulsión

Recurso de Casación: 10330/1998.

Ponente: D. Ramón Trillo Torres.

Voz: Expulsión del territorio nacional. Derechos fundamentales. Ciudadana colombiana. Actividad de alterne.

Resumen: “La resolución de 3 de julio de 1998 del Delegado de Gobierno de Cantabria acordó la expulsión del territorio español de la ciudadana colombiana doña C.P.C.G., con la prohibición de entrada por período de cinco años.

(...).

Lo anterior determina que, por aplicación de lo dispuesto en los ordinales 1º y 2º del artículo 102 de la LJCA, esta Sala deba entrar en el examen de esa causa de expulsión para la que la Abogacía del Estado viene a postular la desestimación del recurso jurisdiccional que fue deducido en la instancia, que está constituida por la que aparecía prevista en el apartado b) del artículo 26.1 de la L.O. 7/1985.

Y lo que ahora se suscita es si, sobre los hechos que la resolución administrativa aprecia como probados en relación a tal causa de expulsión, hay en el procedimiento que fue seguido prueba de cargo suficiente para considerar válidamente formada esa convicción y correctamente desvirtuada la presunción de inocencia que garantiza el artículo 24 de la CE.

En consecuencia, esos únicos hechos demostrados autorizan a aceptar con bastante fundamento la sospecha de ser probable esa dedicación que fue atribuida, pero son insuficientes para tenerla por válidamente demostrada. La eficacia que ha de otorgarse a la presunción constitucional de inocencia determina que esas iniciales sospechas por sí solas no tengan valor de prueba, si no se ven acompañadas, como en el presente caso acontece, de otro elemento de conocimiento referido directamente a la conducta básica que constituye esa llamada «actividad de alterne».

Y lo que de ello se deriva es que el recurso contencioso-administrativo deducido en la instancia merecía ser estimado también en cuanto causa de expulsión prevista en el apartado b) de artículo 26.1 de la L.O. 7/1985, ya que respecto de lo decidido sobre ella el acto administrativo vulneró el artículo 24 de la Constitución.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 4 de noviembre de 2002.

Recurso de Casación: 4345/1999.

Ponente: D. Fernando Martín González.

Voz: Expulsión del territorio nacional. Estancia sin permiso de residencia. Ciudadana colombiana.

Resumen: “La resolución de 4 de mayo de 1998 del Delegado de Gobierno de Cantabria, acordó la expulsión del territorio español de la ciudadana colombiana doña S.G.B., con la prohibición de entrada por período de cinco años, y en ella se incluía un apartado de «HECHOS en el que se decía que ha sido detenida a las 23 horas del día 21 de abril en el club (...) donde trabaja (...), actividad por la que percibe un tanto por ciento (...) así como que carece del correspondiente permiso de trabajo y que llegó a España en calidad de turista, que no la autoriza a realizar actividades que supongan percibir una contraprestación económica o de cualquier tipo y en sus fundamentos de derecho se declaraba que los hechos anteriores eran constitutivos de los supuestos de expulsión previstos en el artículo 26.1.b) y f) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

(...).

(...) lo verdaderamente aquí decisivo es que tampoco se expresa si fue constatado directamente por los funcionarios que realizaron esa investigación que dicha interesada acompañaba en sus consumiciones a los clientes del establecimiento, con tal variedad de estos y de manera tan reiterada y prolongada en el tiempo, que fuera lógico deducir que realizaba esa

actividad con carácter profesional y retribuido, por lo que, en consecuencia, esos únicos hechos demostrados autorizan a aceptar con bastante fundamento la sospecha de ser probable esa dedicación que fue atribuida, pero son insuficientes para tenerla por válidamente demostrada y la eficacia que ha de otorgarse a la presunción constitucional de inocencia determina que esas iniciales sospechas por sí solas no tengan valor de prueba, si no se ven acompañadas, como en el presente caso acontece, de otro elemento de conocimiento referido directamente a la conducta básica que constituye esa llamada «actividad de alterne», retribuida por otros que implique trabajo o relación laboral, de lo que se deriva que el recurso contencioso-administrativo deducido en la instancia merecía ser estimado también en cuanto causa de expulsión prevista en el apartado b) del artículo 26.1 de la L.O. 7/1985, ya que respecto de lo decidido sobre ella el acto administrativo vulneró el artículo 24 de la Constitución, todo lo cual impone la estimación de este motivo de la casación y la estimación del recurso contencioso-administrativo en los términos que resultan de todo lo antes razonado.”

(Véase en este sentido las Sentencias del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, de 30 de septiembre de 2002, Recurso de Casación nº 4344/1999, y de 24 de octubre de 2002, Recurso de Casación nº 10876/1998.)

PERMISO DE RESIDENCIA

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 5 de septiembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 405/2001.

Ponente: D. José Luis Díaz Roldán.

Voz: Permiso de residencia y trabajo para ciudadano extranjero.

Resumen: “Por el actor se impugna la resolución del Delegado del Gobierno en La Rioja, de fecha 2 de marzo de 2001, que resolvía declarar la extinción del permiso de residencia concedido con fecha 14 de agosto de 2000, conjuntamente con el de trabajo tipo «b».

(...).

El acto recurrido señala: «Esta Delegación del Gobierno ha tenido conocimiento, en virtud del informe de la Jefatura Superior de Policía de La Rioja, de que algunos documentos aportados por el interesado para acreditar el cumplimiento de los requisitos necesarios para la concesión del citado permiso han resultado falsos. Concretamente en la página 2 de su pasaporte consta un sello de entrada por Alicante que no es auténtico. Asimismo, aportó una solicitud de permiso de trabajo con sello de entrada en la Delegación de Gobierno de Madrid que no consta registrado en dicho Centro (...). El artículo 60.2.e) del Reglamento de Ejecución de la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio (...) establece que el permiso de residencia se extinguirá, mediante resolución motivada de la actividad gubernativa competente, cuando se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por el titular, como se ha señalado en el caso interesado.

(...).

En segundo lugar sostiene el recurrente que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en su disposición derogatoria única viene a derogar la anterior Ley de Extranjería, y cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley. Siendo que el Reglamento de Ejecución 155/96 –que utiliza la Administración para extinguir el permiso de residencia concedido al interesado– desarrollaba la anterior Ley Orgánica 7/1985, ya derogada, debe entenderse también derogado el citado Reglamento.

La citada Ley Orgánica únicamente deroga expresamente su predecesora de 1985, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Ley

Permiso de residencia

(disposición derogatoria única). Como quiera que la disposición final sexta de la Ley autorizó al Gobierno a aprobar, en el plazo de seis meses desde la aprobación de la Ley, su reglamento de desarrollo, hasta tanto tal evento no tuviera lugar, y al objeto de permitir la aplicación de la Ley, se entendió que permanecía vigente el citado Reglamento de 1996, en todo aquello que no fuese incompatible con el tenor de la Ley Orgánica de 2000. En el supuesto que nos ocupa la citada Ley regula, en sus rasgos generales, los permisos de trabajo (artículos 33 y siguientes), sin entrar a regular las causas de extinción del permiso de residencia, cuestión que se deja al desarrollo reglamentario. Por ello no existe incompatibilidad en este aspecto entre lo preceptuado en la Ley Orgánica de 2000 y el Reglamento de 1996.

(...).

Por último opone el interesado que no existe prueba alguna en el expediente administrativo que de forma indubitada acredite los hechos imputados, pero además en ningún momento la Administración ha negado que entrara en España en mayo de 1999 lo que es fundamental para la resolución del litigio, toda vez que cumplía todos los requisitos establecidos en el artículo 1.3 del Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, que regula el procedimiento para la regularización de extranjeros previsto en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000.

(...).

En un examen del expediente administrativo, queda acreditado, a los efectos exclusivos de este recurso jurisdiccional, que en la página 2 del pasaporte del actor presenta un sello de entrada por Alicante falso, según consta en el informe remitido por el Jefe Superior de Policía de La Rioja (...). Además el telefax de la Delegación de Gobierno en Madrid evidencia que la solicitud de permiso de trabajo no consta como presentada en el Registro General de documentos. Informes que no han sido desvirtuados por prueba alguna.

Una vez acreditado que el permiso de trabajo y residencia fue obtenido mediante la aportación de datos falsos por el interesado resulta ajustada a Derecho la extinción del permiso torticeramente obtenido, siendo inadmisibles que se trate de probar el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999 y la permanencia continuada en dicha situación mediante un testigo que manifiesta reconocerlo –al serle exhibida una fotocopia de una fotografía obrante en el expediente– de ir a una discoteca en la que trabajaba de portero, a claras luces insuficiente y que no merece mayor comentario.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo entablado.”

(Véase en este sentido las Sentencias del TSJ de la Rioja de 2 de septiembre de 2002, Rec. Contencioso-Administrativo 313/2001 y de 4 de septiembre de 2002, Rec. Contencioso-Administrativo 581/2001.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 6 de septiembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 158/2002.

Ponente: D. José Luis Díaz Roldán.

Voz: Permiso de residencia. Ciudadana marroquí.

Resumen: “Por la actora se impugna la resolución del Delegado del Gobierno en La Rioja, de fecha 21 de diciembre de 2001, desestimatoria del recurso de reposición formulado contra otra resolución, de fecha 17 de septiembre de 2001, que deniega el permiso de residencia temporal solicitado, al estimar que no presentó oferta de trabajo, no había residido regularmente en España ni acredita vínculos familiares con derecho a reagrupación familiar.

El primero de los motivos esgrimidos por la recurrente para combatir el acto impugnado consiste en que ha probado fehacientemente su situación de arraigo al encontrarse en España con anteriori-

dad al 23 de enero de 2001, y cumplía con los requisitos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, en redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, al contar con la oferta de trabajo de fechas 16-2-2001 y 1-10-2001 de la empresa (...), así como vínculos familiares con extranjeros residentes, aunque en su caso colaterales.

(...).

En un examen del expediente administrativo incorporado a los autos no queda suficientemente acreditado que la actora, ciudadana de nacionalidad marroquí, cumpla con el requisito de arraigo exigido legalmente para la concesión del permiso solicitado, por las siguientes razones:

1. No acredita una anterior residencia regular en España con anterioridad al 23 de enero de 2001, pues como única prueba a esta circunstancia aporta un Certificado del Alcalde del Ayuntamiento de Rincón de Soto, que indica que la recurrente tiene fijada su residencia en dicha localidad, desde el día 12 de noviembre de 2001. Documento que no puede servir para probar su estancia en territorio nacional con anterioridad a la indicada fecha.
2. Tampoco acredita el tiempo de presentación de su solicitud la posibilidad de incorporación real o potencial al mercado de trabajo, pues no presentó oferta laboral alguna en el momento adecuado –solicitud inicial–, no siendo admisible su aportación con la interposición del recurso de reposición por ser extemporánea.
3. Finalmente, no acredita un arraigo familiar pues es claramente insuficiente a estos efectos el parentesco alegado con un tío carnal, parentesco al que no se reconoce el derecho de reagrupamiento familiar previsto en el artículo 17 de la Ley anteriormente mencionada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 6 de septiembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 138/2002

Ponente: D. José Luis Díaz Roldán.

Voz: Residencia temporal por arraigo.

Resumen: “El primero de los motivos esgrimidos por la recurrente para combatir el acto impugnado consiste en que ha probado fehacientemente su situación de arraigo al encontrarse en España con anterioridad al 23 de enero de 2001, y cumplía con los requisitos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, en redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, al contar con la oferta de trabajo de fechas 16-2-2001 y 1-10-2001 de la empresa (...), así como vínculos familiares con extranjeros residentes, aunque en su caso colaterales.

(...).

En un examen del expediente administrativo incorporado a los autos no queda suficientemente acreditado que la actora, ciudadana de nacionalidad marroquí, cumpla con el requisito de arraigo exigido legalmente para la concesión del permiso solicitado, por las siguientes razones:

1. No acredita una anterior residencia regular en España con anterioridad al 23 de enero de 2001, pues como única prueba a esta circunstancia aporta un Certificado del Alcalde del Ayuntamiento (...), que indica que la recurrente tiene fijada su residencia en dicha localidad, desde el día 12 de noviembre de 2001. Documento que no puede servir para probar su estancia en territorio nacional con anterioridad a la indicada fecha.
2. Tampoco acredita el tiempo de presentación de su solicitud la posibilidad de incorporación real o potencial al mercado de trabajo, pues no presentó oferta laboral alguna en el momento adecuado

Permiso de residencia

–solicitud inicial–, no siendo admisible su aportación con la interposición del recurso de reposición por ser extemporánea.

3. Finalmente, no acredita un arraigo familiar pues es claramente insuficiente a estos efectos el parentesco alegado con un tío carnal, parentesco al que no se reconoce el derecho de reagrupamiento familiar previsto en el artículo 17 de la Ley anteriormente mencionada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 12 de septiembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 645/2001.

Ponente: D. José Luis Díaz Roldán.

Voz: Permiso de residencia. Nacionalidad cubana.

Resumen: “En primer lugar alega la demandante que ha acreditado una situación de arraigo en España, tanto por la oferta de trabajo presentada como por los vínculos familiares existentes, por cuanto es nieta de español, estima incorrecta la relación arraigo-estancia efectuada por el Informe del Jefe Superior de Policía de La Rioja, recogida en la resolución recurrida.

La actora, ciudadana de nacionalidad cubana, solicitó el día 25 de junio de 2001 la concesión de permiso de residencia temporal por arraigo al amparo de lo dispuesto en el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integridad Social, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

(...).

Al aprobarse por el Gobierno el proceso de regularización al que se acogió la actora aún no se había aprobado el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica, dictándose en su lugar Instrucciones que regulaban los requisitos que debían seguirse, el pri-

mero de los cuales era el encontrarse en España con anterioridad al 23 de enero de 2001. Requisito que la actora no cumple como se desprende claramente del examen de la documentación aportada en el expediente administrativo y en el propio proceso, apreciándose por esta última que la entrada en España se produjo en el mes de marzo de 2001, el incumplimiento de este requisito conduce a rechazar el motivo esgrimido.

(...).

En segundo lugar señala que el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ya citada, establece también la posibilidad de la obtención de un permiso de residencia temporal por razones humanitarias, o circunstancias excepcionales, explicando seguidamente la concurrencia de estas circunstancias para la concesión del expresado permiso.

Motivo que debe rechazarse de plano porque habiendo solicitado en vía administrativa la concesión del permiso de residencia temporal con base en la concurrencia de la circunstancia de arraigo no puede alterarse en esta vía jurisdiccional la petición realizada ante la Administración modificando la causa de aquella solicitud por tratarse de una cuestión nueva introducida por primera vez en el proceso jurisdiccional.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo planteado.”

(Véase en este sentido la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Toledo, Rec. de Apelación 26/2002.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 18 de septiembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 433/2001.

Ponente: D. Ignacio Barriobero Martínez.

Voz: Permiso de residencia.

Resumen: “Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en La Rioja, de 7 de junio de 2001, por la que se deniega el permiso de residencia solicitado por el recurrente.

La Resolución recurrida justifica la denegación del permiso solicitado en el informe emitido por la Jefatura Superior de Policía de La Rioja, de 27 de febrero de 2001, donde se afirma que el solicitante consta como «no admisible en el territorio de los países firmantes del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, en virtud de la prohibición de entrada inscrita por Alemania, que se encuentra en vigor».

Como primer motivo de impugnación de la Resolución recurrida, se afirma que se ha producido indefensión al recurrente, porque «en ningún momento se especifica qué tipo de hechos han provocado la prohibición de entrada».

Tal motivo de impugnación carece de fundamento, toda vez que se ha comunicado claramente al demandante los fundamentos que sirven de base para rechazar su solicitud, ofreciéndole la posibilidad, como así ha hecho, de recurrir la Resolución administrativa, motivo por el que no cabe apreciar que se haya producido indefensión alguna. Por otra parte, el artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000, en su redacción dada por la Ley 8/2000, establece como requisito para autorizar la residencia temporal de un extranjero en España que «no figure como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un Convenio en tal sentido», y ello con independencia de cuáles sean las causas que motivaren la situación de rechazo, motivo que exime a la Administración de la obligación de referir cuáles sean en concreto las causas que hayan provocado la prohibición de entrada, pues lo determinante es que tal prohibición exista y permanezca vigente en el momento de solicitar la residencia temporal en nuestro país.

(...) no nos encontramos ante un procedimiento sancionador, porque la obligación de abandonar el territorio español que contiene la Resolución recurrida no tiene ningún carácter sancionador, sino que es la consecuencia lógica de la denegación del permiso de residencia por incumplimiento de los requisitos establecidos para su obtención. Por ello, no cabe alegar que nos encontremos ante una sanción desproporcionada, toda vez que ni siquiera nos encontramos en presencia de una sanción.

(...) la Resolución recurrida en ningún momento hace referencia a ningún proceso de regularización, al que sin embargo sí se hace referencia en la notificación de la resolución, practicada a través de publicación en el BOR. Tal referencia, sin duda alguna errónea, debe ser calificada como un mero defecto de forma que, al no provocar indefensión en el interesado, ni privar al acto de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, en modo alguno produce la invalidación de la Resolución recurrida, como pretende el demandante.

(...) el propio recurrente ha señalado en el anterior motivo de oposición que no solicitó el permiso de trabajo y residencia al amparo de ningún proceso de regularización, motivo por el que no le son de aplicación las normas que regulan estos procesos, por lo que no se produce, como pretende, ninguna vulneración del artículo 14 de la Constitución.

(...) en el presente caso la obligación de abandonar el territorio español que se impone al recurrente no tiene carácter sancionador, como lo es en la jurisprudencia referida por el demandante, sino que es la consecuencia lógica de serle denegado el permiso de residencia solicitado, lo que convierte en ilegal su estancia en nuestro país, y de ahí la obligación lógica de abandonarlo.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo entablado.”

Permiso de residencia

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 27 de septiembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 230/2002.

Ponente: D. Francisco Javier Pueyo Calleja.

Voz: Residencia temporal por arraigo. Autorización para trabajar.

Resumen: «El artículo 31.4 de la LO 4/2002 establece: «4. Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente».

Asimismo establece el artículo 41.2 del RD 864/2001 de 20 de julio (BOE del 21): Reglamento de la citada Ley en lo que aquí interesa: «2. El permiso de residencia temporal podrá concederse a los extranjeros que se encuentren en España y se hallen en los siguientes supuestos: d) Aquéllos que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años y en los que concorra una situación excepcional y acreditada de arraigo, considerando como tal la incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles».

Añadiendo el artículo 46 del citado RD: «Deberá acompañarse a las solicitudes de permiso de residencia temporal, presentadas por primera vez, la siguiente documentación: (...)»

(...).

Por un lado hay que señalar que el hecho de que la demandante (mayor de edad y que no consta que dependa o deba depender ni económicamente ni tutelarmente de los parientes que enumera) tenga parientes en España (hermano también mayor de edad y con su propia familia, y primos en idénticas circunstancias) no supone una situación excepcional y acreditada de arraigo máxime si no consta que

dependa o deba depender ni económicamente ni personal ni tutelarmente de los parientes que enumera; en este punto resulta curioso que ni la propia demandante en su solicitud (en la casilla correspondiente) no ya acreditara sino que ni alegase tales vínculos familiares (...). Por otro lado la oferta de trabajo aportada no supone incorporación real al mercado de trabajo sino, más bien y a lo más, incorporación potencial. Es por ello que tales datos no justifican la concesión del permiso solicitado y aquí pretendido. Ni siquiera consta la permanencia continuada en España previa.

(...).

En este punto debe reseñarse para evitar equívocos que la expedición simultánea del permiso de trabajo y residencia –generalmente en documento unificado y con la misma duración, aunque ello no necesariamente– no oculta la evidencia de que son dos los organismos de la Administración que intervienen separadamente en sus respectivas esferas de competencia (Ministerio del Interior para el de residencia y Ministerio de Trabajo para el permiso de trabajo) aplicando cada uno de ellos en el ámbito interno su propia normativa y siguiendo un orden escalonado. Así intervienen inicialmente el Ministerio de Trabajo en su área funcional específica y solo si su decisión es favorable al otorgamiento del permiso de trabajo conforme a los requisitos normativamente exigidos a tal efecto y propios del permiso de trabajo (y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 87.2 *in fine* del RD 864/2001) es deferida seguidamente la solicitud a la competencia gubernativa del Ministerio del Interior a fin de la concesión, si procede, del permiso de residencia, plasmado, en su caso, en el documento unificado correspondiente. En caso contrario –denegación del permiso de trabajo– la resolución administrativa correspondiente pone fin al procedimiento (y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 87.2 *in fine* del RD 864/2001) pone fin al procedimiento sin abrirse el trámite de obtención del permiso de residencia. Este mecanismo pone de

manifiesto la coherente interdependencia entre ambos permisos en la medida en que la tramitación y eventual expedición del permiso de residencia requiere el previo otorgamiento del permiso de trabajo si bien debe resaltarse que no sucede lo mismo a la inversa esto es que la resolución positiva del permiso de trabajo no excluye que pueda ser negativa la resolución del permiso de residencia, pues este se resuelve conforme a otros parámetros jurídicos y requisitos propios y distintos del de permiso de trabajo. Así lo recoge el RD 864/2001 en su artículo 87 y lo señalaba el RD 155/1996 en su artículo 96.

Residualmente debe señalarse además de ello la falta de determinados documentos (subsanables pero que en cualquier caso no fueron aportados) que debieron presentarse por la demandante: certificado de antecedentes penales, acreditación de medios de vida suficientes (la oferta de trabajo implica simplemente eso, una oferta, pero no implica realización de actividad lucrativa) con la solicitud y que a la demandante incumbía su acreditación (documentos de acreditación subsanable pero que en cualquier caso no fueron aportados).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª.

Fecha: 7 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 9594/1997.

Ponente: D. Juan Xiol Ríos.

Voz: Permiso residencia. Regularización

Resumen: “La Sala de instancia, a la vista de los documentos que aportó la recurrente en vía administrativa, los cuales son examinados pormenorizadamente, afirma que estima suficientemente probada la estancia de la demandante en nuestro país antes del 15 de mayo de 1991, fecha requerida para la regularización por el Acuerdo del Consejo de Ministros que se cita como infringido

(...).

La parte recurrente no impugna esta conclusión probatoria por ninguno de los cauces hábiles para hacerlo en casación. Antes al contrario, realiza un análisis de los documentos presentados por la interesada en el expediente administrativo, alegando que conducen a una conclusión probatoria distinta de la obtenida por la Sala de instancia, lo que equivale a proponer que se lleva a cabo una nueva valoración de la prueba.

Tampoco aparece, ni se alega, que el resultado de la valoración efectuada sea arbitraria o inverosímil, pues la Sala de instancia analiza los elementos probatorios obrantes en el expediente y concluye que son suficientes para justificar la estancia de la recurrente en España antes de determinada fecha fundándose en apreciaciones acerca de la heterogeneidad y las diversas circunstancias de fecha y contenido de los documentos aportados en relación con la fecha de publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros.

La certeza de esta conclusión no podría ser contrastada por esta Sala sin un examen conjunto de la prueba practicada en la instancia, sustituyendo el criterio de la sentencia recurrida en la valoración efectuada, lo cual excedería notoriamente el ámbito de las potestades de casación que le corresponden.

En el motivo segundo, articulado subsidiariamente, se alega, en síntesis, que no se trata de determinar, en contra de lo que dice la sentencia, cuándo pudo presentarse la documentación y si podía o no haber sido preconstituida, sino de que cualquier petitorio demuestre su inserción o arraigo en España en las condiciones señaladas en el Acuerdo y que en todo momento residió con anterioridad al momento final del 15 de mayo de 1991.

El motivo debe ser desestimado.”

Permiso de residencia

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 16 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 4555/1998.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Permiso de residencia. Nacionalidad chilena.

Resumen: Dependencia del permiso de residencia de hijos menores del de su madre a la que se decreta la expulsión del territorio español. Retirada del permiso a pesar de hallarse pendiente de recurso contencioso-administrativo la orden de expulsión. Denegación del recibimiento a prueba del procedimiento causa de anulación de la sentencia de instancia.

“La parte dispositiva de la sentencia recurrida es del tenor literal siguiente: «Fallamos. Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo nº 720/96, interpuesto por doña F.C.M., en representación de sus hijos menores don P.N.G.C. y don C.A.Z.C., contra la resolución del Gobierno Civil de Cádiz, de 4 de marzo de 1996, por la que se retira el permiso de residencia inicial concedido a los menores citados, por estimar dicha resolución conforme con el Ordenamiento Jurídico. Sin costas.»

(...):

«En fecha 19 de enero de 1995, este Gobierno Civil concedió permiso de residencia y trabajo tipo C, válido hasta el 30-10-1999 a la ciudadana chilena Dña. S.F.C.M., titular del NIE (...), para la actividad de empleada de hogar, concediéndole a sus hijos, los menores de la misma nacionalidad P.N.G.C., nacido el 16-03-1990 y C.A.Z.C., nacido el 27-05-1983, permiso de residencial inicial el 16 de junio del pasado año, al depender económicamente de ésta. Consta en su expediente que en fecha 15-01-1996, el Gobierno Civil de Burgos ha dictado resolución por la que se decreta la expulsión del territorio nacional de doña S.C.M., con prohibición de entrada en España por un período de tres años, al

encontrarse incurso en el apartado f) del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. De acuerdo con lo indicado en el apartado 3º del artículo 23 del RD 1119/1986, de 26 de mayo, Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica anteriormente citada y en el artículo 54.3 del mismo, el permiso de residencia será denegado si los interesados se encuentran incursos en algunos de los supuestos de expulsión del territorio español; como quiera que los hijos dependen económicamente de su madre y se va a proceder a materializar la expulsión de la misma a su país, es preceptivo que los hijos se marchen con ésta».

En la demanda formalizada en el recurso contencioso-administrativo se hacía constar que la madre había recurrido en vía contencioso-administrativa contra la orden de expulsión acordada contra ella (...):

(...).

Por otrosí se solicitaba el recibimiento a prueba que –se decía textualmente– «habrá de versar sobre los hechos de que mis representados no se encuentran incursos en ningún supuesto de expulsión ni de retirada de permiso de residencia, así como que su madre no se encuentra incurso asimismo en ningún supuesto de expulsión».

La Sala de instancia, por auto de 20 de diciembre de 1996, denegó el recibimiento a prueba, por «versar la prueba solicitada sobre los extremos que ya constan suficientemente (...))».

(...).

Pues bien la sentencia impugnada basa su resolución desestimatoria en que la parte recurrente no ha articulado prueba, en particular sobre la convivencia con sus dos hijos y con su compañero sentimental, que es uno de los argumentos esgrimidos en el pleito. Y como quiera que la prueba de ese extremo podría determinar la inexistencia

del presupuesto de hecho de la retirada del llamado permiso inicial de residencia de los hijos, tendría que haberse acordado de no tener el hecho por acreditado en las actuaciones. Siendo cierto también que esa alegación de que hay –o había cuando así se afirmó– un proceso abierto contra la expulsión de la madre de cuyo resultado nada sabemos, y como hay un principio de prueba –al menos eso– de la convivencia puesto que se aporta un contrato de compraventa de una vivienda, en cuyo contrato figuran como compradores la madre de los niños y su compañero sentimental, la práctica de esa prueba era decisiva para el resultado del pleito.

Por todo ello el motivo debe ser estimado y nuestra Sala así lo declara, lo que implica que tenemos que anular la sentencia impugnada como así lo hacemos ya en este momento.

Tendríamos ahora que dictar sentencia sustitutoria de la anulada. Pero como quiera que nuestra Sala que está actuando como Tribunal de casación carece de potestad para acordar el recibimiento a prueba omitido, la anulación que acordamos, debe ir acompañada de la declaración de retrotraer las actuaciones hasta el momento en que se dicta el auto de la Sala de instancia de 20 de diciembre de 1996, que denegó el recibimiento a prueba, auto que anulamos, junto con las actuaciones posteriores, ordenando se dicte por aquélla otro nuevo en que se acceda a lo solicitado. Debiendo, a partir de ese momento seguirse adelante con las actuaciones hasta dictar nueva sentencia en la que se dicte la resolución que proceda.”

(Véase en este sentido la Sentencia del TSJ de Navarra, de 25 de octubre de 2002, Rec. Contencioso-Administrativo 581/2001.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª.

Fecha: 20 de noviembre de 2002.

Recurso de Casación: 98/1998.

Ponente: D. Mariano Baena del Alcázar.

Voz: Permiso de residencia. Regularización. Ciudadanía china.

Resumen: “En el presente supuesto la materia sobre la que versó el proceso ante el Tribunal Superior de Justicia y sobre la que versa ahora este recurso de casación se refiere a un permiso de trabajo y residencia solicitado por un ciudadano extranjero. Pues por una persona de ciudadanía china se solicitó en efecto permiso de trabajo y residencia acogiéndose a lo establecido en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991. Dichos permisos le fueron denegados, en ambos casos con la misma fundamentación, a saber, que no aportaba documentación suficiente para acreditar su residencia en España antes de 15 de mayo de 1991, que es uno de los requisitos que deben cumplirse para acogerse a lo dispuesto en el citado Acuerdo. Ante ello el ciudadano chino recurrió en vía contenciosa.

El Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto. En sus fundamentos de derecho se hace alusión a la legislación histórica sobre extranjería, y se lleva a cabo un estudio e interpretación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, destacando que estas normas persiguen la integración de los trabajadores extranjeros y les reconocen derechos, al tiempo que pretenden controlar la existencia de bolsas marginales y clandestinas de trabajadores. Asimismo se realiza por la Sentencia un estudio del Acuerdo del Consejo de Ministros aplicable de 7 de junio de 1991, insistiéndose en su finalidad y en las condiciones que establece.

En cuanto a las circunstancias del caso de autos, se valora específicamente la parquedad de los funda-

Permiso de residencia

mentos de la motivación de los actos administrativos, ya que en ambas resoluciones se afirma que no se justifica la permanencia del extranjero en España antes de 15 de mayo de 1991, pero no se fundamenta el motivo de tal aseveración a la vista de los documentos que aporta el solicitante. Entiende el Tribunal *a quo* que la Administración no debió limitarse a responder que la permanencia no estaba suficientemente acreditada, sino que debió explicar los motivos por los que consideró insuficientes las pruebas documentales aportadas en el expediente.

Se declara además, tras el estudio de la motivación y entrando propiamente en el fondo del asunto, que a la vista de la referida documentación aportada resulta acreditada de modo suficiente la permanencia del ciudadano chino solicitante en España antes de 15 de mayo de 1991, valorándose en este sentido un certificado de un Secretario de Ayuntamiento según el cual residió circunstancialmente en el municipio entre 15 de junio de 1990 y 28 de marzo de 1992, y teniéndose en cuenta además que se aportó un contrato de arrendamiento de vivienda y otra documentación complementaria, relativa a oferta o compromiso de empleo en un restaurante.

Considera el Tribunal Superior de Justicia que si la Administración juzgó insuficiente esta documentación aportada hubiera debido razonar y probar dicho extremo. En consecuencia se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto y se declara el derecho del ciudadano extranjero a obtener los permisos de trabajo y residencia.

Contra esta Sentencia recurre en casación (...).

(...).

En definitiva la Sentencia contiene pronunciamientos relativos a la motivación insuficiente del acto administrativo y a los documentos que aportó el solicitante de los permisos de trabajo y residencia, y

nada de ello supone una interpretación extensiva e impropia del Acuerdo del Consejo de Ministros de que se trata.

Por otra parte el razonamiento que se contiene en el motivo versa sobre el cumplimiento de los requisitos, produciéndose respecto al mismo dos circunstancias. Una de ellas consiste en que se desvía la argumentación con el intento de centrar el debate en los requisitos y condicionados que establece el Acuerdo considerados en general, olvidando que la motivación de los actos administrativos y la fundamentación de la Sentencia se refieren a la residencia en España del solicitante, aunque se cite además en la resolución judicial impugnada la documentación complementaria. Por lo demás, y éste es un punto capital, en realidad se está intentando mediante la argumentación desvirtuar la valoración de los hechos que realiza el Tribunal *a quo*, lo que no es posible en casación salvo en supuestos excepcionales y tasados.

Es de tener en cuenta además que, dejando aparte alguna afirmación del Abogado del Estado como la de que el compromiso de trabajo hipotéticamente podía ser simulado, lo que desde luego no se demuestra ni razona, se afirma que la Administración sopesó prudentemente las circunstancias y llegó a la conclusión de que no se acreditaba el cumplimiento de los requisitos. Nada de ello se deduce ni de la Sentencia impugnada ni de los autos, y no es convincente el razonamiento de que no resulta fiable el certificado del Secretario municipal que solo acredita una residencia ocasional y accidental. En realidad el certificado refiere la residencia que se afirma circunstancial a la que tuvo lugar en el propio municipio, pero del sentido en que se expide y de las fechas que se hacen constar se deduce la permanencia del extranjero en España. Por otra parte el carácter del contrato de arrendamiento de vivienda de documento privado, no obsta sin duda para que haya podido valorarse correctamente por el Tribunal *a quo* como elemento de juicio complementario.

Siendo estos los extremos debatidos por referirse al cumplimiento del requisito de permanencia en España, se llega a la conclusión de que la Sentencia no ha infringido el ordenamiento jurídico, por lo que procede no acoger el único motivo de casación invocado y desestimar el recurso.”

(Véase en este sentido, la Sentencia del TS de 30 de octubre de 2002, Rec. de Casación 2025/1998.)

SUSPENSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a

Fecha: 4 de julio de 2002.

Recurso de Casación: 7876/1999.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Suspensión: asilo.

Resumen: “(...) En el caso examinado el recurrente al solicitar la suspensión en la instancia no ha justificado, ni siquiera por meros indicios, que en el caso de regresar a su país no estén salvaguardadas su integridad física, su libertad, o su vida, ni tan siquiera formula alegación alguna en tal sentido, todo lo cual hace igualmente que no sea aplicable al caso de autos la doctrina sobre la apariencia de buen derecho invocada por el recurrente con cita jurisprudencial.

La alegación del recurrente sobre el principio de no devolución que rige en la legislación nacional e internacional sobre el derecho de asilo carece de relevancia alguna, pues la cuestión de si procede o no el asilo es la cuestión de fondo que debe ser decidida en la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo. Como dice el Auto de 18 de enero de 1999, recurso de casación número 9116/1997, esta argumentación afecta a la cuestión de fondo suscitada en la instancia, pero no guarda

relación con el contenido propio de una pieza de suspensión, que se ciñe a la adopción o no de una medida cautelar.

En supuestos de denegación o inadmisión de la solicitud de asilo, hemos admitido que, aun cuando el solicitante de la medida cautelar no aporte suficiente justificación del riesgo padecido por el regreso como consecuencia de la coyuntura sociopolítica que describe en su país de origen, cuando es notorio que en el mismo existe una seria conmoción social por graves conflictos o disturbios de carácter político, étnico o religioso, debe presumirse que su seguridad e integridad personales pueden verse en grave riesgo en caso de tener que regresar inmediatamente a dicho país. Esto aconseja, por razones humanitarias y conforme a una recta interpretación del artículo 122.2 de la Ley de la Jurisdicción y a la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta –Autos de 29 de abril de 1995, 9 de mayo de 1995, 16 de mayo de 1995, 22 de mayo de 1995 y 20 de julio de 1996 y Sentencia de 21 de octubre de 1999, recurso de casación número 2496/1996– acceder en tales casos a la pretensión de suspensión de la obligación de salir del territorio español mientras se sustancia el proceso de impugnación del acuerdo sobre inadmisión o denegación de la solicitud de asilo.

No obstante, tampoco esta circunstancia concurre respecto del país del que es originario el recurrente y muy concretamente respecto de él mismo por lo que en este caso la conclusión debe ser justamente la contraria, por tanto no apreciándose que de la resolución recurrida puedan derivarse perjuicios irreparables, no cabe hablar de una prevalencia de éstos frente al interés público ni de que no exista perjuicio para éste derivado de la suspensión.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a

Fecha: 9 de julio de 2002.

Recurso de Casación: 8128/1999.

Ponente: D. Pedro Antonio Mateos García.

Suspensión

Voz: Suspensión de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Inaplicación de arraigo.

Resumen: «Ciertamente el auto recurrido se limita a recoger la doctrina de esta Sala que sostiene la no existencia de daño irreparable, en los supuestos de expulsión de extranjeros, caso de no existir una situación de arraigo familiar o económico en España, al tiempo que invoca en el fundamento segundo una serie de principios generales, incurriendo incluso en contradicción con el fundamento primero, al sostenerse en aquél que estamos ante un acto negativo, en tanto que en el fundamento primero se afirma un efecto positivo equiparable a la expulsión, cual es el deber de salir del territorio nacional, equivalente, se dice, en sus efectos a la expulsión, lo que no obstante también se niega en el fundamento tercero.

El examen del segundo motivo casacional articulado en el escrito interpositorio, demanda que con carácter previo enjuiciemos la doctrina consignada en la resolución impugnada, en cuanto exige el arraigo para la suspensión del acto administrativo adoptado, que impone la salida del territorio nacional, y considera que la naturaleza o carácter negativo impide la suspensión, por entender que, a medio de ella, se anticiparía la estimación del recurso contencioso-administrativo.

Las exigencias o aseveraciones que dejamos relatadas, aplican indebidamente nuestra doctrina jurisprudencial al respecto; en primer lugar sobre el arraigo en España, el cual «(...) es inaplicable a un supuesto que carece de analogía, cual es la obligación de abandonar el territorio español de un extranjero al que se ha denegado el derecho de asilo, (situación equiparable a la inadmisión a trámite de la solicitud)» en cuanto «bastando para ello observar que tales consecuencias dañosas para una peticionaria de asilo resultarían con-naturales al producirse automáticamente con la obligada salida del territorio nacional, y que no se verían negativamente afectados los

intereses públicos» (Sentencias de 30 de septiembre de 1996 y 30 de septiembre de igual año).

En orden al segundo punto cuestionado relativo a la naturaleza negativa del acto administrativo, «por cuanto el pronunciamiento de expulsión que se deriva del acuerdo impugnado, no tiene en sí un contenido negativo y por ello, puede ser objeto de suspensión en cuanto a su ejecutividad (Autos de 28 de noviembre de 1993, 11 de julio de 1995 y Sentencia de 15 de enero de 1997, entre otras)».

(...).

El relato fáctico vertido en el final de la motivación anterior, que ha sido extraído de la resolución gubernativa puesta en tela de juicio, y su contemplación a la luz del principio de legitimidad de que se benefician los actos administrativos, unido al hecho también trascendente de que el recurrente no ha aportado, –ni tan siquiera lo ha intentado–, prueba alguna o al menos, meros indicios demostrativos de la verdad de las afirmaciones que efectuó para alcanzar la concesión del derecho de asilo es determinante, todo ello, de que resulte improcedente la suspensión interesada, a la vista de cuantos elementos obran en las actuaciones, sin que, por ende, pueda considerarse infringido el artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional invocada por la parte recurrente y adviértase por último que los mismos presupuestos de hecho que hemos relatado son en sí mismos impedientes de la toma en consideración de las «razones humanitarias» al modo que esta Sala lo viene haciendo en algunas ocasiones, así como de la aplicación al caso de autos de la doctrina sobre la apariencia de buen derecho.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª

Fecha: 19 de julio de 2002.

Recurso de Casación: 8463/1999.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Pieza separada de suspensión. Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo.

Resumen: “La mera lectura de las resoluciones impugnadas pone de manifiesto, por lo pronto, que la Sala de instancia no ha tenido en cuenta la doctrina que nuestra Sala viene aplicando en casos análogos. Lo que dice el Auto de 5 de mayo de 1999 es que: «y nada más». Y añade luego, a punto seguido, que «y si en algún aspecto lo ha sido consistirá en la ‘advertencia’ de salida obligatoria, invitación a que elija país de destino o permanezca en España y si opta por lo último, mantenerse por su cuenta y riesgo en la clandestinidad o pedir regularización. Si lo primero, se podrá incoar expediente de expulsión para cuya suspensión no seríamos competentes. En todo caso, el principio de no devolución es un mandato legal, no una medida que puede o no acordar la Administración o un Tribunal».

El segundo auto, al resolver el recurso de súplica contra el que acabamos de citar, lo confirma, para lo que emplea una argumentación que tiene no poco de desconcertante. He aquí la transcripción literal de dicho auto, y en la que respetamos la peculiar forma de acentuar que en el mismo se emplea: «Qué ha advertido de la obligación de salida?: ya lo preveíamos y eso es precisamente lo que se discute y lo que se razonó. ¿Qué ha iniciado expediente de expulsión?: no lo dice, luego no existe y en todo caso nos sería ajeno. ¿Qué subsisten los motivos de asilo?: ya lo decidiremos en el fondo».

En Sentencia de 10 de mayo de 1997, recurso de casación número 7067/1997, conociendo de un caso análogo al que nos ocupa –inadmisión a trámite de solicitud de asilo y refugio cuya suspensión se pedía– dijo ya que en estos casos hay que distinguir lo que es el acto de inadmisión, de contenido a todas luces negativo, y esa que lo acompaña de la obligación de abandonar el territorio nacional en un plazo muy breve, quince días, cuyo contenido es evidentemente positivo. Esta doctrina ha sido reiterada por nuestra Sala en multitud de sentencias.

Dicho esto, la Sala de instancia tenía que haber razonado si concurren los presupuestos –«periculum in mora» y *fumus boni iuris*– necesarios para poder otorgar la justicia provincial solicitada; una vez hecho esto, tendría que haber hecho el juicio de ponderación, para comprobar cuál de los intereses en conflicto debe prevalecer. Todo esto es doctrina conocidísima, que, además, no es sólo la de este Tribunal Supremo, que la introdujo, sino también la del Tribunal constitucional. [cfr. STC de 29 de abril de 1993, entre otras].

Nada de esto ha hecho la Sala de instancia.

Nuestra Sala se encuentra en este caso, a la hora de dictar la resolución sustitutoria de las recurridas, cuya anulación tenemos que hacer según resulta de lo dicho, con una dificultad, derivada de la insuficiencia de la documentación que nos ha remitido la Sala, pues tendríamos que ver el expediente administrativo de petición de asilo y refugio del cual sólo se nos ha remitido la resolución de inadmisión a trámite. Y es que, aunque la resolución que se dicte en la pieza de suspensión no prejuzga la cuestión de fondo, valorar la concurrencia de los presupuestos de la justicia provincial y hacer el juicio de ponderación exige disponer de unos datos mínimos que aquí solo conocemos por las referencias que hace la parte recurrente.

Así las cosas, teniendo presente que la resolución de inadmisión es un mero impreso cumplimentado con la identificación de la recurrente y del expediente, y habida cuenta también que no es imputable al solicitante de la medida cautelar esa falta de complitud de la documentación enviada por la Sala, que estamos resolviendo en casación lo que nos limita las posibilidades de investigación de la verdad del caso, y sin olvidar las razones humanitarias que en los casos de asilo y refugio deben presidir la tarea del intérprete, nuestra Sala ha decidido otorgar la tutela provincial pedida.”

Suspensión

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a

Fecha: 23 de julio de 2002.

Recurso de Casación: 5568/1999.

Ponente: D. Pedro Antonio Mateos García.

Voz: Suspensión de la denegación de asilo. Imprudencia pues no constaba que la ejecución causara perjuicios irreparables.

Resumen: “La objetiva contemplación de las actuaciones obrantes en los autos es suficientemente demostrativa de que en la instancia no ha sido justificada, ni siquiera mediante simples indicios, que en el caso de regresar a su país, se pueden producir los daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, el grave riesgo para la integridad personal o que no estén salvaguardadas su libertad o su vida, –que es precisamente lo que tratan de proteger la Convención o el Pacto invocados por la parte recurrente–, ya que en modo alguno «existe acreditación de temores de persecución por raza, religión o pertenencia a grupo social o político», cual consignaba ya la resolución administrativa puesta en tela de juicio, sin haber sido desvirtuada, y obsérvese que todo esto que dejamos expuesto, justificativo de que no concurren las circunstancias previstas en el artículo 122.2 de la Ley Jurisdiccional de 1956, hace igualmente inaplicable al caso de autos la doctrina sobre la apariencia de buen derecho invocada por el recurrente, y que desde luego no puede constituir causa que dé lugar a la suspensión, cuanto se consigna en el escrito interpositorio en orden a que aquella «le permitirá continuar en nuestro país disfrutando de los derechos y libertades fundamentales...»

Por último hemos de hacer constar que aunque en supuestos concretos de denegación o inadmisión de la solicitud de asilo, hemos admitido acceder a la pretensión de suspensión de la salida del territorio nacional mientras se sustancia el proceso, aun cuando el solicitante de la medida cautelar no aporte suficiente justificación del riesgo que puede producirse por el regreso, como consecuencia de la coyuntura sociopolítica existente en su país de ori-

gen, cuando es notorio que en el mismo existe una seria conmoción social por muy graves conflictos o disturbios con carácter político, étnico o religioso, (Autos de 20 de julio de 1996 y Sentencia de 21 de octubre de 1999), tal decisión aconsejada, por razones humanitarias, tampoco deviene procedente en el supuesto actual, según venimos exponiendo, pues, además de no concurrir esas particulares circunstancias expuestas, tampoco puede afirmarse que de la resolución recurrida, esto es de la denegación adoptada, se deriven perjuicios irreparables ni cabe hablar de prevalencia de estos sobre el interés público, o de que no exista perjuicio para éste derivado de la suspensión.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a

Fecha: 4 de noviembre de 2002.

Recurso de Casación: 5289/1999.

Ponente: D. Juan José González Rivas.

Voz: Suspensión de expulsión.

Resumen: “Ha declarado esta Sala en reiterada jurisprudencia (por todos, Autos de 21 de febrero de 1995 y 15 de marzo de 1995) que el artículo 98.1 de la Ley Jurisdiccional, en la redacción por Ley 10/1992, dispone que la preparación del recurso no impide la ejecución de la resolución recurrida y si a ello se añade que, en la cuestión examinada, el procedimiento se ha seguido por el cauce de la Ley 62/1978 y que los criterios en materia de apelabilidad del artículo 9.1 de dicha ley son trasladables al recurso de casación, debe llegarse a la conclusión que es aplicable al caso enjuiciado la doctrina sentada por este Tribunal, según la cual procede el archivo de actuaciones, por falta de objeto, cuando ha recaído sentencia o como sucede en este caso, Auto de caducidad en el asunto principal.

En consecuencia, claramente se desprende que el mantenimiento de la medida cautelar acordada tiene como límite temporal hasta el momento en que

se dicte sentencia o se ponga fin al proceso principal, requisito que viene predeterminado por la misma naturaleza de la medida cuya razón de ser estriba en el aseguramiento anticipado de la efectividad del fallo.

Por ello, una vez que en el asunto principal se ha dictado auto de caducidad y archivo de actuaciones, habiéndose declarado así por Auto de 10 de julio de 2000, es evidente que la medida precautoria deviene ineficaz y el recurso interpuesto carece de contenido y objeto en este momento procesal.”

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 18 de marzo de 2002.

Recurso de Casación: 1772/1999.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Procedimiento sancionador. Nigeriana. Medidas cautelares.

Resumen: “El primero debe ser rechazado porque, en primer lugar plantea un problema de prueba –carga y valoración de la misma– que no es materia casacional, según es sabido, sin que, por lo demás concurren ninguna de las excepciones de creación jurisprudencial a dicha regla obstativa; y, en segundo lugar da tratamiento de procedimiento sancionador al que se ha seguido para acordar la expulsión, la cual no constituye una sanción, sino la lógica consecuencia derivada de hallarse ilegalmente en España. Sin que proceda tomar en consideración en este momento su alegación de falta de complitud del expediente que por primera vez plantea ahora. Siendo de notar que en la resolución administrativa impugnada se hace notar que durante la tramitación del expediente se le dio

oportunidad de formular alegaciones y no hizo uso de esta facultad.

Por parecidas razones debe rechazarse igualmente el motivo segundo en el que argumenta sobre la presunción de inocencia, pues como queda dicho no estamos ante una actuación sancionadora sino ante un procedimiento de comprobación de que la interesada reúne las condiciones que la legalidad vigente exige para que una extranjera pueda residir en España.

En los motivos tercero y cuarto, el recurrente alega la infracción de la legislación de asilo. Pero ni el más mínimo rastro hay de la correspondiente solicitud. Se trata de un argumento que manejó ya ante la Sala de instancia, ante la que pudo probar su afirmación de que había solicitado el asilo y que lo había hecho antes de que se iniciara contra ella el procedimiento que ha determinado su expulsión, pero nada hizo al respecto, y desde luego nada hay en las actuaciones acreditativo de ello. Y es lo cierto que el acto administrativo impugnado le imputa el encontrarse ilegalmente en España, careciendo de la documentación necesaria exigible para acreditar lo contrario, y el carecer de medios lícitos de vida, no acreditando tampoco medios económicos suficientes para su subsistencia. Y nada que desvirtúe la realidad de estos hechos consta en las actuaciones.

En el quinto motivo se invoca la Sentencia Factor-tame del Tribunal de justicia de Luxemburgo, de 19 de julio de 1990, el Auto de 20 de diciembre de 1990, de este Tribunal Supremo, y las Sentencias de 27 de febrero y 20 de marzo de 1990. Pero es lo cierto que los presupuestos para otorgar una justicia provisional, de los que en esas decisiones judiciales se habla, no consta que concurren en modo alguno en el caso que nos ocupa, sin que, –ni siquiera indiciariamente– se haya probado su existencia, según dice el auto combatido, por lo que también este último motivo debe ser rechazado.”

Procedimiento sancionador

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 4 de octubre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1703/2001.

Ponente: D. Luis Federico Alcázar Vieyra de Abreu.

Voz: Sanciones laborales.

Resumen: Se desestima el recurso contencioso-administrativo.

“(…) interpone el presente recurso contra la resolución del Director General de Ordenación de las Migraciones de 6 de mayo de 2001, desestimatoria del recurso de alzada formulado frente a la del Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de 28 de septiembre de 2000, que impuso a la citada empresa la sanción de 28.000.056 pesetas como responsable de la infracción muy grave prevista en el artículo 35.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones de Orden Social.

Intenta la actora apoyar su pretensión de anulación de la sanción en los siguientes motivos de impugnación:

a) Que no cabe reiniciar un procedimiento sancionador administrativo caducado aunque la supuesta infracción no haya prescrito.

b) Infracción del artículo 52.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, no gozando el acta de presunción de certeza, pues la Inspección de Trabajo no realizó comprobación personal alguna que determinara la prestación de servicios de ninguno de los trabajadores relacionados en el acta.

c) En el caso de considerar que se realizaban tareas propias de una relación laboral, se infringe el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, pues no ha existido ánimo de lesionar los derechos de los trabajadores extranjeros (estando incluidos en la relación de los seguros sociales de la empresa).

d) Con relación a la graduación de la sanción, existe infracción de los artículos 36 y 37 de la Ley 8/1988, así como del 48.c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

(…).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de diciembre de 2001 (…) señala que el expediente sancionador caducado puede reiniciarse si la infracción no había prescrito, (…).

Los hechos considerados por la resolución sancionadora como constitutivos de la infracción muy grave prevista en el artículo 35.1 de la Ley 8/1988 («Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación, incurriendo en infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que se hayan ocupado») consistieron en que la empresa ahora recurrente, desde enero hasta diciembre de 1998, dio ocupación a 56 trabajadores extranjeros de nacionalidad ecuatoriana sin que previamente contaran con el preceptivo permiso (ni su solicitud).

(…).

Como se argumenta en el acta de la inspección, especial relevancia revisten los documentos de cotización y los recibos de salarios, firmados y sellados por la propia empresa; esto es, como razona en esta línea la Abogacía del Estado, «existen diversos documentos, como las nóminas, los documentos de cotización, y el resumen anual de retenciones de IRPE, firmados por la propia empresa, que son verdaderos reconocimientos de parte, que ahora no puede negar sin ir en contra de sus propios actos».

A tenor de todas esas actuaciones realizadas, hay que estimar probados los antes mencionados hechos que la resolución sancionadora incardina en la infracción grave apreciada: que los trabajadores a

los que se refiere prestaron servicios a la empresa en los períodos que se indican.

(...).

Los hechos que la resolución sancionadora acertadamente considera probados son claramente constitutivos de la infracción prevista en el artículo 35.1 de la Ley 8/1988, siendo indiferente que los trabajadores estuvieran incluidos en la relación de seguros sociales, no exigiendo el tipo apreciado en la resolución sancionadora un específico ánimo, pues establece como constitutivo de infracción el mero hecho de dar ocupación (no precisa durante cuánto tiempo) a trabajadores extranjeros sin estar en posesión del preceptivo permiso de trabajo, siendo, irrelevante, en fin, la breve duración de la prestación de trabajo referente a varios trabajadores incluidos en el anexo del acta de infracción.

La empresa sancionadora considera que, en su caso, los hechos imputados estarían tipificados como infracción leve prevista en el artículo 48.c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, al tratarse de una norma sancionadora más favorable.

Tal razonamiento debe ser rechazado; en el citado precepto se sanciona al extranjero que se encuentre trabajando sin haber solicitado permiso de trabajo cuando cuente con permiso de residencia temporal o éste se le haya denegado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 4 de octubre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 775/2000.

Ponente: Dña. María Esperanza Sánchez de la Vega.

Voz: Procedimiento sancionador.

Resumen: “La resolución recurrida estima parcialmente el recurso interpuesto con la resolución de 2

de julio de 1999, de la Dirección Provincial de Trabajo de Murcia, anulando la sanción impuesta respecto a 16 de los trabajadores afectados y la confirma respecto de los 34 restantes, con lo que el total de la sanción quedó reducido al importe de (...); el motivo de la sanción fue que la empresa dio trabajo a ciudadanos extranjeros que no tenían permiso de trabajo en España; se consideró que se había infringido el artículo 15 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y artículo 35.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social.

En la demanda se alega, en esencia:

1.- Nulidad del Acta de infracción al amparo de los artículos 12.1 del Reglamento General sobre Procedimientos de Imposición de Sanciones por Infracción de Orden Social, Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, en relación con el artículo 62 de la Ley 30/1992. Se dice que se ha omitido el requisito de supervisión del Acta por el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo.

2. Caducidad del expediente (...). Se dice que las actuaciones comprobatorias se han interrumpido por más de tres meses.

3. Caducidad del procedimiento sancionador, al amparo del artículo 20.6 del Reglamento de la Potestad Sancionadora; se dice que entre la fecha del Acta y la resolución han transcurrido más de 6 meses.

4. Que los hechos no han sido probados, y que no hubo perjuicio.

5. Que no hubo culpa del infractor.

6. Con carácter subsidiario, que se reduzca la sanción; se alega que no ha habido perjuicio, y que se reduzca la sanción a 9 trabajadores pues se ha procedido a la regularización y legalización del resto de los trabajadores.

El Abogado del Estado contesta:

Derecho al trabajo

1. Que la supervisión del Acta no es un requisito esencial, ya que es potestativo; que la resolución se dictó por órgano competente y conforme al procedimiento legalmente establecido.

2. Que la actividad investigadora comenzó el 11 de agosto de 1998, con la visita de inspección, pero no se interrumpió en las semanas sucesivas.

3. Que no hay caducidad por aplicación del artículo 20.6 del Reglamento de la potestad sancionadora de 4 de agosto de 1993, ya que en los procedimientos sancionadores en materia social, la Ley 30/1992 y el Reglamento de 4 de agosto de 1993, sólo se aplican subsidiariamente; así, aplicando el artículo 20.3 del Reglamento de 14 de mayo de 1998, es evidente que no hay caducidad del expediente.

4. Que los hechos están suficientemente acreditados.

5. Que el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, ordena que los trabajadores extranjeros cuenten con permiso de trabajo para poder trabajar en España.

6. Que sí hubo perjuicio, en concreto para la política migratoria del Gobierno.

(...).

(...) no ha quedado acreditado que las actuaciones inspectoras quedaran interrumpidas durante más de tres meses; en efecto, el inicio de la actividad de investigación tiene lugar el 11 de agosto de 1998, con la visita de la Inspección al centro de trabajo; posteriormente hubo más actuaciones, así, la empresa compareció al día siguiente en las dependencias de la Inspección; y con posterioridad se procede al examen de la documentación aportada por la empresa, así como al estudio del soporte informático del Ministerio de Trabajo, comprobando la situación de todos los trabajadores de la empresa que eran extranjeros. Así pues, rechazamos también esta alegación de la recurrente.”

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Fecha: 1 de julio de 2002.

Recurso de Suplicación: 6909/2001.

Ponente: Dña. Ángeles Vivas Larruy.

Voz: Prestación no contributiva por hijo a cargo. Beneficiario: extranjero residente en España. Requisitos: convivencia con el beneficiario.

Resumen: “Debe rechazarse el único argumento, que plantea la Gestora para sostener la denegación en base a la falta de convivencia, y a la falta de ingresos para decidir que no los tenía [cuatro hijos menores de 18 años] a su cargo.

Mientras no exista resolución de privación de patria potestad los hijos menores están a cargo de los padres y para estos existe la obligación de alimentos. En este caso tampoco consta la separación legal, o resolución que le exonere de la obligación, en consecuencia, ha de estimarse subsistente. En cuando a la convivencia, ya la Sala ha dictado otras sentencias en las que se indicaba que no puede entenderse rota la convivencia entre padres e hijos, con la consecuencia de no considerar el hijo a cargo, en el caso de extranjero residente en España cuyos hijos se encuentran en el país de origen, supuesto este que ha de considerarse incluido en la mención de las excepciones que hace el artículo 2 del RD 356/91 cuando dice: «Se entenderá en todo caso que la separación transitoria, motivada por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares no rompe la convivencia entre padres e hijos».

Finalmente respecto al argumento, vinculado por la recurrente al anterior, referido a que como el padre

está enfermo no tiene trabajo no puede hacerse cargo de los hijos se rechaza de plano, pues el hecho de la enfermedad, no enerva la obligación de hacerse cargo y cuidar de los hijos. Tener hijo a cargo implica responsabilizarse del mismo, pero no implica imposibilidad de realizar algún trabajo, o que no se tengan medios de subsistencia, ni carencia de ingresos, pues precisamente esta prestación beneficia a quienes perciben ingresos por debajo de unos topes legales como señala el párrafo c) del artículo 183 de la LGSS, siempre que se cumpla el requisito de que el hijo sea menor de 18 años, o afectado por una minusvalía igual o superior al 65%.”



NOTA. La discusión acerca del derecho a las prestaciones no contributivas de los nacionales marroquíes había sido ya superada antes de la entrada en vigor de la Ley de Extranjería por unificación de sentencia (entre otras, Sentencias TS de 1 de abril de 1998 y 30 de marzo de 1999), sobre la base de que aunque el Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979 no contemplara de forma expresa este tipo de prestaciones, ello se debía a que el reconocimiento de las prestaciones controvertidas por Ley 26/1990 fue posterior a la suscripción del referido Convenio, y de que, además, el artículo 41.1 del Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos reconocía el principio de igualdad de trato en materia de prestaciones Seguridad Social, reconocimiento que alcanzaba también a las no contributivas.

Resulta también ahora unánime la consideración de que el artículo 14.1 de la Ley de Extranjería ha generalizado este derecho a todos los extranjeros residentes al afirmar que “tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”, y así lo viene manteniendo la más reciente doctrina judicial, iniciada por la STSJ Madrid de 12 de junio de 2001, para la que “la clara voluntad del legislador [de] equiparar a españoles y extranjeros residentes en territorio español, reconociéndoles a estos últi-

mos los mismos derechos en materia de Seguridad Social [...] libera a los afectados de cualquier exigencia de reciprocidad o de la necesidad de que existan tratados o cualquier tipo de acuerdos internacionales que les reconozcan el derecho a las prestaciones no contributivas”.

Sentadas las anteriores premisas, lo que ahora se plantea la sentencia objeto de comentario es el sentido y alcance de uno de los requisitos exigidos para causar la prestación por hijo a cargo en su modalidad no contributiva, cual es que los hijos que de que se trate estén a cargo de los posibles beneficiarios. Esta cuestión no fue resuelta por la Ley 26/1990, por lo que tuvo que ser concretada por el RD 356/1991, que ante la variedad de situaciones en las que respecto de sus progenitores podían encontrarse los hijos dispuso, con carácter general, que no bastando la mera posesión de la filiación, se consideraría como tal a aquél que viviera con el beneficiario y a sus expensas. Teniendo en cuenta precisamente esa diversidad de situaciones, el RD 356/1991, en su artículo 2 dispone que la separación transitoria (por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación o causas similares) no rompe la convivencia, y así se ha aplicado en los supuestos en los que se trataba de lucrar esta prestación en su modalidad contributiva respecto de hijos de trabajadores extranjeros en España que residían a su cargo en el país de origen (por todas, SSTSJ Madrid 3 de mayo de 1996, rec. nº 3067/1995 y Castilla-La Mancha 29 de junio de 1999, rec. nº 1484/1998).

Por el contrario, en cuanto a la modalidad no contributiva, tratándose de extranjeros residentes en España, durante cierto tiempo la jurisprudencia ha venido exigiendo el cumplimiento estricto del mismo (STSJ Madrid de 26 de febrero de 1998, rec. nº 2844/1997), aunque para otro tipo de prestaciones, en concreto para el subsidio por desempleo, ha entendido que la exigencia de la convivencia habría de interpretarse “con criterios flexibles” de tal forma que la dependencia económica que subyace en la expresión “tener a cargo” unida al man-

Derecho al trabajo

tenimiento de relaciones afectivas y obligaciones legales de mutuo auxilio (siendo la de alimentos, entre estas últimas, la primordial), se asimila a la dependencia física cuando ésta falta (STSJ Madrid 6 de julio de 1999, rec. nº 2796/1999). Dicho de otro modo, la convivencia física no debe ser exigida cuando se dan específicas circunstancias que implican una exigencia de imposible o muy difícil realización como el supuesto que ahora nos ocupa, pues “tratándose de un trabajador inmigrante la separación física con respecto al resto de su familia es parte de la esencia del fenómeno migratorio, en tanto que su sostenimiento es generalmente la causa de la migración” (STSJ de Cataluña 14 de junio de 1999).

Es esta doctrina, y de ahí su relevancia, la que ahora aplica la sentencia comentada, fundamentando tal postura en el artículo 2 del RD 356/1991, aunque de manera un tanto forzada, pues no se puede obviar que las razones a las que alude el precepto (insistimos, estudios, enfermedad...) lo probable es que tengan una duración más breve que la que en este caso justifica la falta de convivencia física. Bien se podía haber traído a colación, en apoyo a esta posición, el Convenio de la OIT nº 157, de 21 de julio de 1982, sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social, ratificado por España el 11 de septiembre de 1985 (BOE 12-11-1985), en el sentido de que “cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembro de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado”.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Fecha: 1 de julio de 2002.

Recurso de Suplicación: 6982/2001.

Ponente: Dña. Ángeles Vivas Larruy.

Voz: Prestaciones no contributivas: jubilación. Beneficiario: desestimación, falta de residencia legal en España durante 10 años.

Resumen: “Contra la sentencia de instancia que desestima la demanda inicial en solicitud de que se reconozca al actor la prestación de jubilación no contributiva recurre éste en suplicación al amparo del artículo 191 apartado c) de la LPL, interesa que se revoque la sentencia y se reconozca la prestación, pues entiende que son computables los años que constan entre 1977 y 1978 en que residió en España. El actor a tenor de los hechos declarados probados, solicitó el permiso de residencia en 29-12-1991, y antes de 1991, había resido en España. La parte entiende que se han infringido el artículo 167.1 de la LGSS, y que del requisito de 10 años de residencia legal que la sentencia hace una interpretación forzada, que el actor tiene acreditada la residencia antes de la Ley Orgánica de Extranjería de 1985, que estableció este requisito, y en consecuencia se la ha de computar para estos diez años.

En definitiva el actor acredita residencia legal desde 1991, y ha solicitado la prestación no contributiva en 29-11-1999, por lo que entendemos que ha de confirmarse la sentencia de instancia pues efectivamente no tiene los diez años de residencia legal, este es un concepto que, como ya se ha dicho en tantas ocasiones, no es el de estancia, ni tampoco equivale a realizar algún trabajo o tener cuentas abiertas, sino que se refiere a una situación administrativa que requiere ese reconocimiento. En el caso del actor incluso los años en que residió en España que se declaran probados como residencia habitual en España son posteriores a 1985. La Ley Orgánica de Extranjería de 1 de julio, en cuyo artículo 13, como indica la sentencia de instancia citando otra de la Sala rollo de 4987/96, de 26-5-1997, y rollo 686/2000, de 12-7-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, establece en su artículo 13 que los extranjeros pueden encontrarse en España en alguna de las situaciones siguientes: a) estancia, que no podrá superar los noventa días a no ser que, antes de terminar dicho plazo obtenga prórroga de estancia o permiso de residencia. b) residencia que supone la obtención de un permiso prorrogable a petición del interesado si con-

curren circunstancias análogas a las que determinaron su concesión...

Por otra parte ha de tenerse en cuenta que los requisitos para obtener las prestaciones de seguridad social han de reunirse en el momento de la solicitud, y en consecuencia a lo expuesto no reuniendo los diez años de residencia procede la confirmación de la sentencia de instancia; debiéndose rechazar también el argumento de que han de computarse los períodos de estancia anteriores al de publicación de la Ley de Extranjería LO 7/1985, pues el reglamento es muy posterior de 1996, y no puede exigirse dicho requisito (permiso de residencia) con anterioridad, y en suma plantea la validez de los años en los que ha vivido en España, aun sin permiso a los efectos de equipararlos a residencia legal y poder así lucrar la prestación de jubilación no contributiva.”



NOTA. Presupuesta la extensión de las prestaciones no contributivas a todo extranjero residente en España en los términos señalados en la nota referenciada a la sentencia inmediatamente anterior, se trata de determinar de nuevo el alcance del requisito de la residencia exigido para el reconocimiento de la prestación no contributiva de jubilación. Como de todos es conocido, en esta modalidad, se configura como una prestación económica que, de reunir el potencial beneficiario los requisitos específicos, es otorgada bien a quienes nunca han cotizado al sistema de Seguridad Social bien a quienes no lo han efectuado en tiempo suficiente para tener derecho a la prestación en su vertiente contributiva.

En concreto, los artículos 167.1 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social y 8 del RD 357/1991, exigen a los interesados reunir, al tiempo de la solicitud, los siguientes requisitos: a) haber cumplido 65 años de edad; b) residir legalmente en territorio nacional y haberlo hecho durante diez

años entre la edad de 16 años y la edad de devengo de la pensión, de los cuales dos deberán ser consecutivos o inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión; y c) carecer de rentas o ingresos, propios y/o ajenos por razón de convivencia en una misma unidad económica-suficientes.

De los tres requisitos anteriores en este momento interesa detenerse en el segundo de ellos, esto es, la residencia en territorio español. No cabe duda que razones de tipo financiero y de índole de política migratoria empujaron al legislador en la Ley 26/1990 limitar el acceso a este tipo de prestaciones a quienes carecen de vinculación territorial con el Estado que las sufraga.

Si el solicitante de la pensión es un extranjero residente en España, la doctrina judicial es prácticamente unánime en la interpretación del requisito de la residencia en un doble sentido. Por una parte, entiende que el concepto de residencia al que alude el mentado artículo LGSS es técnico-jurídico y legal, según los artículos 31 y 31 LO de la 4/2000, reformada por LO 8/2000, sólo podrán considerarse como tales las situaciones de residencia temporal y permanente, respectivamente. Por otra, que la residencia ha de acreditarse en el momento en que se solicita la controvertida prestación y durante la totalidad del período computable, esto es, los diez años previos que el precepto menciona.

La sentencia objeto de comentario no hace sino aplicar esa doctrina judicial desestimando el derecho a causar la prestación de jubilación no contributiva sobre la base de la acreditación de un período de residencia inferior al exigido legalmente, sin que sea óbice para ello la circunstancia de que el interesado con anterioridad a la obtención del permiso de residencia hubiese permanecido en España, pues a estos efectos no se tienen en cuenta las situaciones fácticas.

(Véanse, en el mismo sentido, SSTSJ Cataluña 26 de mayo de 1997, Rec. n.º 4987/1996, Madrid 22 de julio

Derecho al trabajo

1999, Rec. nº 2566/1999 y Madrid 11 de julio de 2001, Rec. nº 494/2000.)

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Fecha: 10 de julio de 2002.

Recurso de Suplicación: 8926/2001.

Ponente: D. Ángel de Prada Mendoza.

Voz: Extranjeros sin permiso de trabajo. Fondo de Garantía Salarial: responsabilidad subsidiaria.

Resumen: “Aduce el recurrente que es doctrina jurisprudencial asentada el que la falta de obtención del permiso de trabajo afecta a la validez y eficacia del contrato (Sentencia del TS de 20-12-1982) siendo por tanto el mismo nulo, pero aun siendo así de acuerdo con el artículo 9.2 del ET, el trabajador podrá exigir por el trabajo que hubiere prestado la remuneración consiguiente a un contrato válido, ya que lo contrario sería un enriquecimiento injusto. De ahí que deba entenderse que un extranjero sin permiso de trabajo tendrá derecho a percibir los salarios correspondientes al trabajo realizado y devengos correlativos a dicha prestación. Entendiendo que el actor se halla en situación y derecho de percibir a cargo del FOGASA la cantidad reclamada de acuerdo con lo expuesto y que aplica que dicho organismo en su responsabilidad subsidiaria, deba abonar la suma según previene el artículo 33 del ET (...) Dicha sentencia excluye los supuestos de reclamaciones de salarios de trámite, pues si el contrato era nulo, y durante el período de trámite procesal el titular no prestó ningún servicio no le corresponde el devengo a tenor de lo preceptuado en el ya mentado artículo 9.2 del ET en la consideración de que el principio de igualdad total ante la Ley que el artículo 14 de la Constitución proclama lo es para los españoles, sin que tal acotamiento sea inconstitucional (sentencia del TC de 23-11-1984 –RTC 1984, 107–). De lo expuesto y teniendo en cuenta que lo que ahora se reclama son salarios no percibidos durante la prestación de servicios se deduce que el Fondo de Garantía Salarial en su responsabilidad subsidiaria deberá abonar la

suma a la que ha sido condenada la empresa a tenor del artículo 33 del E.T”.



NOTA. La doctrina que asume y aplica la sentencia objeto de comentario podría resumirse en los siguientes términos. Para declarar la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial al no ser éste una Entidad Gestora de la Seguridad Social, sino un Órgano Autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar (artículo 33.1 del ET), asegurador de los riesgos de insolvencia del empresario respecto de los salarios y de las indemnizaciones, no es exigible el requisito previo de la afiliación, alta o cotización, condicionante del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, sino que es suficiente que exista una sentencia donde se reconozca el derecho a percibir las cantidades salariales adeudadas, con independencia de que la empresa haya afiliado y mantenido en alta en la Seguridad Social al trabajador, de cuya omisión nacerán otras consecuencias, pero nunca el eximir al Fondo de sus responsabilidades (STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 12 de julio de 1994, rec. nº 249/1994)

Dicho de otro modo, aun reputándose el contrato de trabajo suscrito por un extranjero nulo por falta del preceptivo permiso de trabajo, impidiendo el nacimiento de una relación jurídica laboral, al empresario le compele el cumplimiento de los deberes correlativos conforme a los servicios que ha recibido del trabajador extranjero, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.2 del ET éste podrá reclamar los salarios correspondientes, ya que lo contrario supondría un enriquecimiento injusto. Corolario de lo hasta ahora dicho es que el Fondo de Garantía Salarial, en su responsabilidad subsidiaria, deberá abonar la suma en su día le correspondiera satisfacer al empleador, según previene el artículo 33 del ET.

La sentencia que ahora se comenta, discrepa de alguna otra que venía entendiendo que para exigir

al FOGASA el abono de salarios a que se refiere el artículo 33 del ET, era necesario ostentar la condición de trabajador que regula el artículo 1.1 del ET, condición que no reúnen los extranjeros que carecen de permiso de trabajo al no poder prestar servicios retributivos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización de una empresa (STSJ Canarias/Las Palmas 4 de mayo de 1995, rec. nº 260/1994) o que la responsabilidad del FOGASA en el abono de salarios estaba en relación directa con una prestación de servicios en contrato laboral válido (STSJ Cataluña 16 de junio de 1994, rec. nº 263/1994).

Sin embargo no es novedosa, pues ya la STSJ Andalucía/Granada 27 de mayo de 1998, rec. nº 717/1996, aun admitiendo lo que es tesis mayoritaria –esto es, nulidad del contrato de trabajo celebrado sin el preceptivo permiso de trabajo–, afirmó que la existencia de autorización administrativa para trabajar posterior al período cuya indemnización salarial se reclamaba, convalidaba íntegramente la eficacia de la relación contractual. Más recientemente, la STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 30 de septiembre de 2002, rec. nº 330/2000, y sobre la base de la redacción del artículo 33.3 de la Ley Orgánica 4/2000, mantiene la validez del contrato de trabajo mientras que no se deniegue expresamente la autorización para trabajar, por lo que aplicando “la nueva legislación de derechos y obligaciones de los extranjeros, al tratarse de una normativa menos restrictiva de derechos y libertades” reconoce el derecho a la prestación de garantía salarial del extranjero.

(Véanse, en el mismo sentido, SSTSJ Andalucía/Sevilla 3 de julio de 1998, Rec. nº 4336/1997 y Madrid 2 de febrero de 2000, Rec. nº 3986/1999.)

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Fecha: 9 de septiembre de 2002.

Recurso de Suplicación: 132/2002.

Ponente: D. Carlos Bermúdez Rodríguez.

Voz: Extranjeros: falta de afiliación o alta en el momento del hecho causante; contrato de trabajo: nulidad: falta de permiso de trabajo: efectos: determinación. Incapacidad Temporal: prestación económica: beneficiario: trabajador extranjero.

Resumen: “En lo demás, son de reproducir para rechazar el recurso los argumentos expuestos por la Sala en ocasión anterior (Sentencia de 28-6-2001, recurso de suplicación 809/2000): «Al respecto –se argumentaba en la misma– debe indicarse que la Recomendación nº 151 de la OIT, sobre los trabajadores migrantes, prevé en su apartado 8.3 lo siguiente: ‘Los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberían disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como para sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo, o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios, así como en lo que se refiere a su sindicalización y al ejercicio de sus derechos sindicales’». Y el convenio nº 143 de la OIT, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores emigrantes, establece en su apartado 9.1: ‘Sin perjuicio de las medidas adoptadas para controlar los movimientos migratorios con fines de empleo que aseguren que los trabajadores migrantes ingresen en el territorio nacional y sean admitidos al empleo de conformidad con la legislación pertinente, el trabajador girante deberá, en los casos en que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad en el empleo y otros beneficios’. Por ende, este convenio nº 143 de la OIT establece un principio de igualdad de trato a favor de los trabajadores migrantes que no hayan ingresado en el territorio nacional y no hayan sido admitidos al empleo de conformidad con la legislación pertinente –en otras palabras: los emigrantes ilegales– en lo concerniente a ‘los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración,

Derecho al trabajo

seguridad en el empleo y otros beneficios'. Por su parte, el artículo 1.1. del Convenio nº 19 de la OIT, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidente de trabajo, estatuye: "Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidente de trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derecho habientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales, en materia de indemnización por accidentes del trabajo'. [...] Resulta reveladora la cita del artículo 33.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración Social, en su redacción inicial, que establecía: 'Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero'. Posteriormente la LO 8/2000, de 22 de diciembre, reformó la citada ley orgánica, estableciendo en el artículo 36.3: 'Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero'. Los mentados preceptos evidencian una tendencia a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, poniendo el acento en la prestación de servicios por cuenta ajena, que genera una determinada protección social, y no en la suscripción de un contrato de trabajo, cuya nulidad produce, como regla general, efectos *ex nunc* y no *ex tunc*, cuando se trata de reconocimiento de derechos derivados de un acci-

dente de trabajo, por lo que esta Sala [...] no puede sino concluir que conforme al citado principio de igualdad de trato, todo extranjero, aun sin permiso de trabajo, debe quedar protegido frente a los accidentes de trabajo."



NOTA. El supuesto que plantea la sentencia que ahora se comenta, en esencia, resuelve un recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social frente a una sentencia del Juzgado de lo Social de Huesca en la que se estimaba la demanda interpuesta por un ciudadano ecuatoriano sobre accidente de trabajo –la empresa tenía pleno conocimiento de que carecía de los preceptivos permisos de residencia y trabajo y no le había dado de alta en la Seguridad Social–, declarando su derecho a recibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo, a cargo de la empresa, con anticipo de la Mutua y, sin perjuicio de la responsabilidad de las entidades recurrentes.

Partiendo de que la falta de permiso determina la nulidad de la contratación, sobre la base del artículo 7.c) del ET, referido a la capacidad de los extranjeros para contratar la prestación de sus servicios, estableciendo que habrán de hacerlo "de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia", se sabe que ha sido doctrina consolidada defender que su infracción determine, aparte de otras sanciones, la ineficacia del contrato cuando el permiso se deniega o no se solicita.

No obstante lo anterior, esa nulidad no excluye los efectos derivados del trabajo realizado en tales condiciones, pues el trabajador puede exigir la remuneración consiguiente a un contrato válido, en cuyo caso, nace la obligación de cotizar a la Seguridad Social por tales remuneraciones devengadas en contraprestación a los servicios prestados sin permiso de trabajo (el artículo 106.1 del Texto Refundido de la Seguridad Social establece que la obligación de

cotizar “nacerá con el comienzo de la prestación del trabajo”).

Sin embargo, nuestra jurisprudencia no ha mantenido en absoluto una posición unánime en cuanto al reconocimiento de los beneficios de Seguridad Social a los extranjeros sin permiso de trabajo, siendo absolutamente imprescindible que se unifique la doctrina (recientemente se presentó un recurso de casación para la unificación de doctrina, que fue inadmitido por STS 7 de noviembre de 2002, rec. nº 3172, por falta de contradicción).

Una corriente jurisprudencial viene defendiendo, como hace la presente sentencia, la protección a todo extranjero, aun sin residencia legal en España, frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (por todas, SSTSJ Murcia de 4 de octubre 1999, Madrid de 16 de abril de 1998, Andalucía/Granada de 7 de enero de 1998, Cataluña de 25 de abril de 1997), fundamentando tal decisión no sólo en la normativa internacional (Convenios nºs 19, 97 y 143 de la OIT) sino en disposiciones legales internas, pues respecto de la reciprocidad expresa o tácita que delimita el campo subjetivo de aplicación del sistema de Seguridad Social (artículo 7.5 del Texto Refundido de la Seguridad Social), el artículo 1.4.b) de la Orden 28 diciembre 1996, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario de la Ley General de Seguridad Social dispone que “La reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional”.

Lo relevante de la sentencia que ahora se comenta es que invoca el vigente artículo 36.3 de la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000 para fundamentar su resolución. Así, para el TSJ de Aragón, el texto del mencionado precepto evidencia una tendencia a la protección social de los extranjeros que prestan servicios sin contar con permiso de residencia y trabajo, poniendo el acento en la prestación real y efectiva de

trabajo por cuenta ajena y no en la suscripción del contrato de trabajo que deberá reputarse nulo por la ausencia de los preceptivos permisos. El artículo 36.3 citado sería, entonces, manifestación legal del principio de igualdad de trato recogido en sede internacional “en materia de remuneración, seguridad en el empleo y otros beneficios” (artículo 9.1 Convenio nº 143 de la OIT) y “de indemnización por accidente del trabajo” (artículo 1.1 Convenio nº 19 de la OIT).

Probablemente la interpretación que lleva a cabo el TSJ de Aragón sea algo forzada. La referencia contenida en el artículo 36.3 LO 4/2000, reformada por LO 8/2000, a que “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario” no invalidará los efectos del contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjeros seguramente habrá que limitarla a los supuestos en que el empresario está legitimado y obligado a solicitar el permiso de trabajo, esto es, al permiso inicial por cuenta ajena. Desde esta perspectiva, la previsión legal tendría un alcance limitado o parcial. Por otra parte, queda sin determinar a qué derechos se refiere el precepto ¿todos? ¿los básicos enumerados en el artículo 4 del ET? En cualquier caso, y puesto que el vigente Reglamento de desarrollo (RD 864/2001) desaprovechó la oportunidad de dar luz a tan enigmático precepto, tendrán que ser los Tribunales los que perfilen el contenido de aquella previsión, tesigo que es recogido por la Sentencia que ahora se comenta.

Por último, ha de destacarse que en el supuesto que resuelve esta Sentencia, puesto que no existía ni alta ni cotización, se declara la responsabilidad empresarial en el pago de la prestación, y por el principio de automaticidad de las prestaciones que proclama el artículo 96.3 del Texto Refundido de la Seguridad Social, la Mutua Patronal queda obligada a anticipar las prestaciones, con derecho a repetir contra la empresa demandada.

(Véanse, en el mismo sentido, SSTSJ Cataluña 5 de septiembre de 2001, rec. nº 5950/2000; La Rioja 27

Derecho al trabajo

de noviembre de 2001, Rec. nº 158/2001, ambas referenciadas en el nº 1 de esta Revista y Baleares 18 de julio de 2002, Rec. nº 330/2002.)

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Fecha: 12 de septiembre de 2002.

Recurso de Suplicación: 9588/2001.

Ponente: D. José de Quintana Pellicer.

Voz: Extranjeros. Contratos de trabajo temporales. Prestación por desempleo: trabajadores agrarios por cuenta ajena.

Resumen: “El actor suscribió el 25 de enero de 1994 y el 1 de febrero de 1995 sendos contratos «para extranjeros» con una duración de hasta el 24 de enero de 1995 y hasta el 31 de enero de 1996, sin que se hiciera constar en ellos causa alguna que justificara la temporalidad. Los llamados contratos para extranjeros no suponen por este hecho una modalidad de contratación temporal ni una excepción al principio general de contratación indefinida en el ámbito laboral. Es por ello que la declaración de que la vinculación del actor con la empresa es de carácter indefinido desde el momento inicial de la contratación es ajustada a derecho y ha de mantenerse. Se argumenta también por los recurrentes que aun en este caso las cotizaciones correspondientes a las jornadas que figuran recogidas en el ordinal quinto del relato fáctico serían insuficientes para la prosperidad de la demanda. Tampoco este criterio puede ser acogido pues como señala la Sentencia del TSJ de Baleares siguiendo la doctrina elaborada por el antiguo TCT en Sentencias de 8-4-1988 y 26-1-1988 en las que señalaba que «cuando se trata de trabajadores agrarios por cuenta ajena el carácter fijo al igual que acontece en el Régimen General se corresponde con el de permanencia en la empresa» y de la misma forma se pronuncian las Sentencias del TSJ de Andalucía/Granada, de 20 de julio de 1994 y 16 de marzo de 1993, en las que siguiendo el criterio del TCT se decantan por el cómputo del tiempo de permanencia en la empresa a efectos del reconoci-

miento del desempleo a los trabajadores agrarios por cuenta ajena, en detrimento de computar únicamente las jornadas trabajadas.”



NOTA. En esta Sentencia son dos las cuestiones relevantes a tratar. La primera de ellas, hace referencia a la práctica empresarial habitual de formalizar contratos de trabajo de carácter temporal con trabajadores extranjeros por la errónea confusión entre la temporalidad de la autorización administrativa para trabajar y la del contrato de trabajo.

Aunque existieron pronunciamientos jurisprudenciales de signo diverso (así, la STS de 23 de marzo de 1988 disponía que “no se está en presencia de un contrato ordinario laboral referente a ciudadanos españoles, sino de un contrato temporal [...] al requerir los trabajadores de la existencia de permisos de trabajo, durables en su concesión”, a mediados de la década de los noventa, el TSJ de Cataluña inició una línea de reflexión jurídicamente adecuada, cual es la de negar a la contratación de extranjeros el carácter temporal *per se*. En efecto, en Sentencia de 7 de febrero de 1996 (rec. nº 4593/1995) de ese mismo Tribunal, resolviendo un tema en el que un súbdito marroquí había suscrito un contrato temporal para extranjeros, afirma que “no existen términos hábiles para considerar que la contratación laboral de extranjeros de carácter temporal está exenta de toda causalidad respecto a dicha temporalidad, que ha de ser contemplada como excepción en nuestro derecho, regido por el principio de contratación indefinida [...] de tal modo que, no hay razón para suponer que, por definición, la contratación de extranjeros ha de ser siempre necesariamente temporal y causal quedando, por el contrario, sujetos sus contratos de trabajo a las mismas normas reguladoras de la contratación laboral de nacionales, pudiendo, desde luego, actuar la doctrina del fraude de ley”.

En suma, el principio de estabilidad en el empleo no constituye una nota inherente al contrato de traba-

jo o a la relación laboral, pero sí a una condición establecida legalmente, y como tal, entra de lleno en el principio de no discriminación. Por descontado, el extranjero podrá suscribir un contrato de trabajo temporal, pero siempre conforme a las reglas establecidas en la legislación laboral vigente y expresando, además, la causa de la temporalidad legalmente admitida, porque en caso contrario, como acertadamente ha señalado la doctrina judicial, el contrato podrá reputarse nulo por fraude de ley.

La segunda cuestión que aborda la sentencia, en íntima conexión con la anterior, se circunscribe a determinar cómo se computa el tiempo trabajado a efectos del reconocimiento del desempleo a los trabajadores agrarios por cuenta ajena. El RD 1469/1981, de 19 de junio, reconoció el derecho a las prestaciones de desempleo a los trabajadores agrarios por cuenta ajena de “carácter fijo”, entendiéndose por tales, a los contratados para prestar sus servicios por carácter indefinido adscritos a una o varias explotaciones del mismo titular. Puesto que el contrato de trabajo suscrito por el actor ha de reputarse indefinido por las razones apuntadas anteriormente, se declara rotundamente su derecho a percibir las prestaciones por desempleo, y para cómputo del tiempo trabajado a efectos de determinar la concreta prestación ha de tenerse en cuenta, como acontece en el Régimen General, el tiempo de permanencia en la empresa.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social.

Fecha: 30 de septiembre de 2002.

Recurso de Suplicación: 2146/2002.

Ponente: Dña. M. Virginia García Alarcón.

Voz: Permiso de trabajo y residencia. Nacionalidad colombiana.

Resumen: “Se articula el recurso en tres motivos, todos ellos amparados en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en los

que se denuncia la infracción de los artículos 1093, 1902 y 1903 del Código Civil, 6.4 y 7 del mismo cuerpo legal en relación con el artículo 53.b) de la Ley Orgánica 8/2000 y con el 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, por considerar que la empresa no solicitó el permiso de trabajo del actor tal y como debería haber hecho según lo establecido en el artículo 80.a) del RD 864/2001, de 20 de julio, ocasionando con ello un grave perjuicio al trabajador y constituyendo un ejercicio antisocial del derecho, así como un fraude de Ley que no puede impedir que exista un contrato válido al haber concurrido la prestación del trabajo y la retribución de la misma, por lo que solicita la revocación de la sentencia de instancia y estimación de la demanda.

Dicha demanda ha sido desestimada en la instancia por considerar que «el contrato de quien carece de permiso de residencia y de trabajo es nulo, y por lo tanto carece de efectos para poderse sostener su validez o vigencia, y solamente determina el reintegro del enriquecimiento injusto que se compensa con el abono de los salarios, por lo que se excluye la posibilidad de accionar por despido así como las consecuencias del mismo», argumentos que la Sala no puede compartir, dado que dicha Juzgadora se ha limitado a examinar el artículo 36.1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sin tener en cuenta que la misma norma, en su artículo 3 establece la igualdad de los extranjeros con los españoles e interpretación de las normas, (...).

(...).

De manera que la carencia de permiso de trabajo por el actor, según se declara probado en el ordinal cuarto del relato fáctico de la sentencia impugnada, no invalida el contrato de trabajo habido entre las partes de esta litis, ni puede limitar los derechos del trabajador (...).

(...).

Derecho al trabajo

Dicho permiso se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar según el apartado 4 de este artículo.

Siendo pues claro que la legislación vigente obliga al empresario a solicitar el permiso de trabajo para el trabajador que pretende contratar, pues de otra forma le impide acceder al permiso de residencia, de manera que la omisión de tal solicitud supone un grave incumplimiento y una actuación antisocial que ocasiona, tal y como indica el recurrente, que el trabajador permanezca en nuestro país en situación ilegal durante el tiempo en que presta sus servicios para él, pero no le priva de la capacidad de contratar, a la luz del artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores, esto es «de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia», ni, por consiguiente resta eficacia al vínculo contractual, según determina el artículo 36.3 de la Ley Orgánica 8/2000, antes transcrito, ya que la carencia de la correspondiente autorización para trabajar es imputable al empresario, y, no pueden repercutir en el empleado los efectos negativos derivados de su conducta omisiva y antisocial (...).”

(Véanse, en el mismo sentido, SSTSJ Cataluña 9 de noviembre de 1995, Rec. n.º 3011/1995; 3 de octubre de 1995, Rec. n.º 2109/1995; 26 de mayo de 1994, Rec. n.º 774/1994 y 5 de mayo de 1994, Rec. n.º 102/1994, entre otras muchas.)

Tribunal: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Fecha: 21 de enero de 2003.

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina: 8/152/2002.

Ponente: D. Marino Sampedro Corral.

Voz: Prestación no contributiva de hijos a cargo de súbdito marroquí, cuyos hijos viven en Marruecos.

Resumen: “La cuestión litigiosa –sustancialmente igual en la sentencia impugnada y en la litigiosa– se limita a determinar si un trabajador marroquí, residente en España y afiliado en el Régimen General de la Seguridad Social, cuyos hijos residen en Marruecos, tiene o no derecho a la prestación no contributiva pretendida por hijos a cargo.

(...).

Respecto del requisito de convivencia de los hijos a cargo con el beneficiario, la sentencia recurrida lo interpreta flexiblemente y aprecia que aquellos están a cargo del trabajador aunque no exista efectiva convivencia efectiva, una vez que existe dependencia económica y responsabilidades familiares.

Por el contrario, la sentencia de contraste, –pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de febrero de 1998– deniega la prestación solicitada por no concurrir el requisito de convivencia de los hijos con el beneficiario de la prestación en territorio de la Unión Europea.

La cuestión controvertida guarda analogía con la resuelta por Sentencia de esta Sala de 11 de abril y 3 de mayo de 2000 (recursos, respectivamente, 2770/1999 y 331/1999), que reconoció el derecho al desempleo asistencial al trabajador marroquí, cuya familia reside en Marruecos, al considerar que el hecho de que la esposa del beneficiario, que carece de ingresos de toda clase, viva en el extranjero y por lo tanto, no conviva con el marido en España, no afecta al requisito de que el cónyuge «está a cargo del beneficiario». *Mutatis mutandi* se debe aplicar esta doctrina al supuesto litigioso, y, ello, porque, también, los hijos del beneficiario, aun residentes en Marruecos, de los que no se ha acreditado tener bienes de cualquier

clase, constituyen «cargas» o carga para el beneficiario.

Son, pues, de aplicar los argumentos contenidos en las sentencias citadas, que justifican que la resolución impugnada no ha infringido, como el recurrente pretende el artículo 18.3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (en adelante LGSS) en relación con el artículo 7.3 y 5 de la misma, ni el artículo 41, apartados 1 y 3, del Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos, firmado el 27 de abril de 1976 y adaptado por el Reglamento 2211/1978 del Consejo de 26 de septiembre de 1978; normas que, en la tesis del recurrente, exigen que para el reconocimiento de la prestación no contributiva litigiosa es necesario que «los miembros de la familia residan dentro de la Comunidad Europea». En efecto: La dicción legal «asignación económica por hijo a cargo», a que se refiere el artículo 183 LGSS a falta de interpretación auténtica, debe entenderse en su sentido gramatical como «expresión que indica la relación de una persona o cosa con la persona que tiene la obligación de cuidarla o atenderla», tal como la define el Diccionario de Uso del Español. Se trata simplemente de que los familiares sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste; situación que, por lo demás, es harto frecuente en el caso de los trabajadores migrantes, lo que supone una carga adicional a su condición de tales. Y no es pensable que el legislador haya simplemente olvidado consignar el requisito de la convivencia, en el apartado b) de dicho artículo 183, —que establece el requisito de «tener» hijos a cargo de quienes concurren las condiciones establecidas en el artículo anterior— sino que su intención ha sido prescindir de una condición cuya exigencia constituiría un mero obstáculo formal a la concesión de la prestación litigiosa, pues la finalidad de ésta no es en ningún caso fomentar la convivencia, muchas veces imposible de hecho, sino proveer a la subsistencia de personas con nulos o escasísimos recursos económicos.

Es cierto que el artículo 183.a) concede el derecho debatido para quienes «residan legalmente en territorio español», pero a falta de norma más expresa, ha de entenderse que el requisito de residencia hace referencia al beneficiario a cuyo cargo están los hijos y no a la convivencia con estos en el territorio español. La eliminación de la convivencia como requisito necesario para lucrar la prestación de la que aquí se trata resulta también del artículo 1.g) del Convenio nº 157 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el «Establecimiento de un Sistema Internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social» de fecha 21 de junio de 1982, que forma ya parte de nuestro ordenamiento interno (artículo 96.1 de la Constitución española), por cuanto fue ratificado por España el día 26 de julio de 1985. Establece el precepto citado que «la expresión 'miembros de la familia' designa a las personas definidas o reconocidas como tales o como miembros del hogar por la legislación en virtud de la cual se conceden las prestaciones, según el caso, o las personas que determinen los Miembros interesados de común acuerdo; no obstante, *cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado*».

En el presente caso nadie ha puesto en duda que la causa de rechazo administrativo de la prestación es que los hijos del beneficiario viven con su progenitora en la provincia de Nadar (Marruecos); y por ello, conforme a los razonamientos anteriores, debe desestimarse el recurso, en cuanto la sentencia recurrida no infringe la ley, ni quebranta la unidad de doctrina. Sin costas a tenor de lo dispuesto en el artículo 233.1 de la LPL”

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Supremo.

Fecha: 4 de junio de 2002.

Recurso de Casación: 1827/1998.

Ponente: D. Pedro Antonio Mateos García.

Voz.: Permiso de residencia: ciudadana comunitaria casada con español y separada de hecho y no de derecho. Aplicación de la normativa más favorable de acuerdo con la interpretación del TJCE.

Resumen: “PRIMERO: En la presente casación, es objeto de impugnación la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, en cuya virtud fueron estimados los recursos acumulados interpuestos y anuladas las resoluciones administrativas recurridas en ellos, adoptadas, de una parte, por el Gobernador Civil de Cádiz, en 10 de marzo y 3 de agosto de 1995, por las que, respectivamente, se retiró a la recurrente la tarjeta de residente comunitario, que le había sido concedida en su condición de esposa de ciudadano español, y se le denegó la exención de visado por la misma interesada, y de otra, por el Director Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Cádiz, denegatoria de la concesión del permiso de trabajo también solicitado por la actora, y para fundamentar el recurso se articulan cuatro distintos motivos casacionales, al amparo del número cuatro del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional, los formulados bajo los números primero, segundo y cuarto, y del tercero el restante desarrollado, arguyendo sustancialmente el señor Abogado del Estado, a la sazón recurrente: A) que la retirada de la tarjeta de residente comunitaria se produjo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.a) del Real Decreto 766/1992, vigente al tiempo de la instrucción del expediente administrativo, al no concurrir el concreto supuesto determinante de la

concesión por encontrarse separada de hecho de su marido, sin que resulte procedente reconocer eficacia retroactiva a lo normado en el Real Decreto 737/1995, que modifica precisamente el precitado artículo 2, estableciendo como único límite a la obtención de la tarjeta por el cónyuge la separación de derecho, porque no estamos en presencia de una situación respecto de la cual haya que subordinar el derecho interno al comunitario, en cuanto se trata del cónyuge de país no comunitario casada con ciudadano español; B) En el motivo segundo se acusa la infracción del artículo 22.3 del Real Decreto 1119/1986, en la sentencia impugnada, en cuanto la exención del visado, denegada en la resolución gubernativa impugnada, hubiera exigido inexcusablemente la concurrencia de circunstancias excepcionalmente «equivalentes o importantes trascendentes o de peso, fuera de lo normal», que no es posible apreciar en el supuesto enjuiciado; C) En el siguiente y al amparo, como decíamos, del número tercero del artículo precitado 95.1, se reputa incongruente la sentencia recurrida, con infracción de los artículos 43 y 80 de la Ley Jurisdiccional, por entender que la Sala de instancia yerra al considerar carente de motivación el acuerdo administrativo, cuando tal cuestión no fue planteada por la parte actora, que basó su impugnación en otras consideraciones, y D) Finalmente y de modo subsidiario al motivo anterior, se denuncia la vulneración de los artículos 18 y 19 de la Ley Orgánica 7/1985, de Extranjería, y 52.3 y 54 de la Ley 30/1992, alegando que en el momento de adoptarse la resolución recurrida no concurría «ningún elemento favorable para la concesión del permiso de trabajo ni se daba ninguno de los supuestos determinantes de la preferencia para la obtención o renovación del permiso de trabajo».

SEGUNDO: La infracción del artículo 2.1 y 3 del Código Civil alegada en el primer motivo esgrimido, está desprovista de fundamento, pues aunque sea cierto que el invocado precepto prescribe de modo terminante que las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario, no es dable olvidar que, en el concreto supuesto que decidimos, la

Sala de instancia, no obstante citar expresamente la modificación que el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, llevó a cabo en el de 26 de junio de 1992, razón amplia y cumplidamente a continuación, trayendo a colación el propio preámbulo de la primera Disposición General citada, las razones determinantes de la modificación operada, haciendo notar cómo ésta se produce cabalmente con el concreto designio de corregir el texto normativo anterior, para ajustarlo a la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual «ha dejado bien claro, en su jurisprudencia, que sólo puede impedirse la residencia cuando exista una separación de derecho de los cónyuges», y siendo ello así bien puede afirmarse, cual hizo el Tribunal de instancia decidiendo el proceso, que devenía procedente la aplicación de tal criterio, con prescindencia del establecido en el Real Decreto 766/1992, habida cuenta la contradicción de este último con la jurisprudencia del Tribunal Europeo y que incluso, como norma interna, contraria a aquélla hubo de ser y fue expresamente derogada, sin que pueda darse mayor trascendencia a la falta de una regla expresa de retroactividad, vista la subordinación del ordenamiento interno al comunitario, en orden a los derechos del cónyuge de un ciudadano español, en cuanto en aquél fue sustituida la situación de «separado de hecho» por «separación de derecho» y adviértase además que es en la propia resolución administrativa puesta en tela de juicio, en la que precisamente se ordena la retirada de la tarjeta comunitaria en aplicación del Real Decreto 766/1992, por encontrarse la recurrente «separada de hecho» de su marido.

Finalmente hemos de consignar, en relación con el motivo ahora analizado y toda vez que se invoca la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de octubre de 1990 (caso Dzodzi) por el señor Abogado del Estado, recurrente, en primer lugar que aquélla se dicta en contemplación de presupuestos fácticos muy distintos, en cuanto afectaba al derecho de una persona de nacionalidad no comunitaria que contrajo matrimonio con un

nacional belga, estando largo tiempo ausentes de Bélgica, falleciendo el marido antes de que le fuera concedido el permiso de estancia a la esposa, y, sobre todo, porque en el propio fallo, transcrito parcialmente por el defensor de la Administración, expresamente se advierte que «el Juez nacional está vinculado por las indicaciones y las interpretaciones de Derecho Comunitario que le da este Tribunal de Justicia...», cuyo criterio es el que ha inspirado en definitiva cuanto dejamos expuesto e inspirará los siguientes fundamentos de derecho.”



NOTA. La sentencia reseñada resuelve un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía/Sevilla de 29 de octubre de 1997, que anula las resoluciones administrativas por las que se revoca la tarjeta de residente comunitaria a una ciudadana nacional de tercer país casada con español por encontrarse separada de hecho del mismo y deniega la exención de visado y la concesión del correspondiente permiso de trabajo solicitado por dicha persona al ver revocada su tarjeta de residencia comunitaria.

Las anteriores resoluciones administrativas –dos del Gobernador Civil de Cádiz y una del Director Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Cádiz– están fechadas en el año 1995 y con anterioridad de que el RD 737/1995, modificara el artículo 2.a) del RD 766/1992, en el sentido de establecer como único límite a la obtención de la tarjeta comunitaria de residente la separación de derecho. Esta modificación se lleva a cabo con el fin de ajustar la normativa interna española a la doctrina establecida por el TJCE, el cual había sentado que sólo cuando existiera una separación de derecho podría impedirse la residencia al cónyuge del ciudadano comunitario.

Lo relevante de este pronunciamiento jurisprudencial es que el TS entiende que a pesar de que en el

Permiso de trabajo

momento en que se dictan las antedichas resoluciones administrativas denegatorias no había operado la modificación de la normativa interna en la limitación antes señalada, y con independencia de que el RD 737/1995 no contuviera una regla expresa de retroactividad, existía una vinculación a las indicaciones e interpretaciones de Derecho Comunitario que venía efectuando el TJCE, y que fueron precisamente las que justificaron la modificación normativa referida.

Consecuencia directa de la improcedente retirada de la tarjeta comunitaria de residencia sobre la base de una separación conyugal de hecho, resultaba procedente la concesión tanto de la exención de visado como del correspondiente permiso de trabajo.

Tribunal: Tribunal Supremo.

Fecha: 17 de septiembre de 2002.

Recurso de Casación: 7124/1996.

Ponente: D. Antonio Martí García.

Voz.: Extranjeros: Acuerdo sobre regularización de trabajadores extranjeros del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991. Requisitos: realización de actividad lucrativa continuada: venta ambulante de bisutería.

Resumen: “SEGUNDO: El recurrente al amparo del nº 4º del artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción aduce la infracción de resolución de 7 de junio de 1991 que publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de dicha fecha, sobre la regularización de trabajadores extranjeros en España (BOE 8-6-1991), pues la denegación se basó en que no cumplía el requisito de hallarse y residir habitualmente en España con anterioridad al 15 de mayo de 1991, requisito que ha quedado sobradamente probado con la documental aportada y que reconoce el fundamento de derecho en su apartado cuarto de la sentencia recurrida.

Y procede acoger tal motivo de casación, pues la resolución impugnada en la litis denegó la renovación del permiso solicitado, por no haberse acredi-

tado la estancia en España con anterioridad al 15 de mayo de 1991, y esa circunstancia, que fue la que motivó la resolución impugnada, la ha estimado acreditada con toda claridad y precisión la sentencia recurrida, y siendo ello así es claro que no se podía denegar la renovación del permiso por otra causa no valorada por la Administración, ni menos sin acudir al trámite previsto en el artículo 43 de la Ley de la Jurisdicción, pues ello lo veda la propia naturaleza del recurso contencioso-administrativo y lo ha declarado esta Sala en supuestos similares, Sentencias de 19 de marzo de 2001 y 11 de junio de 2001.

Sin que por otro lado, esté de más significar, que esta Sala, entre otras en Sentencias de 29 de junio de 1999, 26 de octubre de 1999 y 19 de marzo de 2001, ha declarado que la venta ambulante, cuando se acredita en forma que permite la subsistencia del interesado, es una actividad lucrativa continuada, a los efectos de integrar las exigencias del acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, sobre regularización de la estancia de extranjeros en España, y en el caso de autos, la actividad de venta ambulante que el recurrente acredita, que además de permitir su subsistencia, le ha permitido tener un vehículo con los oportunos seguros, e incluso en época posterior muy próxima a 1992, arrendar un local de negocio, por lo que es claro, que se podía incluso estimar como actividad lucrativa continuada, en el supuesto de que la Administración hubiera denegado el permiso por la ausencia de tal actividad lucrativa continuada.”



NOTA. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, a cuyo amparo pretendía lograr el demandante la regularización de su situación en España mediante la obtención de los permisos de trabajo y residencia, distinguía dos supuestos: presencia en España antes del 24 de julio de 1985 y permanencia habitual desde dicha fecha, por un lado, y, por otro, presencia en España antes del 15 de mayo de 1991 y

Índice analítico de voces

permanencia habitual, desde entonces, exigiendo, adicionalmente, para este segundo supuesto, con carácter alternativo, alguna de las siguientes circunstancias: haber sido en el pasado titular de un permiso de trabajo y residencia, realizar o haber realizado en España una actividad lucrativa continuada o contar con oferta firme de empleo regular y estable, o con proyecto permanente y viable de explotación o desarrollo de actividad por cuenta propia.

El recurrente se acogió a este segundo supuesto para obtener su regularización, y debía, en consecuencia, acreditar, en la vía administrativa, no sólo la presencia en España antes del 15 de mayo de 1991 y su permanencia habitual en ella, desde entonces, sino también alguna de las circunstancias alternativas a que se ha hecho referencia y que exigía adicionalmente el Acuerdo del Consejo de Ministros para la procedencia de la regularización.

A dichos efectos, alega la realización de venta ambulante. En el presente caso, el TS reitera la doctrina sentada ya en otros pronunciamientos –citados en la propia sentencia cuyo extracto se ha transcrito– en el sentido de que realización de una actividad de venta ambulante que permite la subsistencia del interesado (acreditada en esta ocasión en un principio mediante el abono de diversas tasas municipales por ocupación de vía pública y, posteriormente, mediante la compra de un vehículo contando los oportunos seguros así como el arrendamiento de un local de negocios), encaja en el concepto de actividad lucrativa continuada no “ya en una interpretación flexible y favorable a la regularización de la situación de los extranjeros afectados, sino en una mera interpretación literal, el lucro –que tanto quiere decir como beneficio, ganancia, agio o utilidad– incluye no sólo el beneficio económico superfluo, sino también, y quizá con mayor propiedad, la ganancia de los medios económicos indispensables para la subsistencia de quien realiza la actividad lucrativa”, como ya estableciera la STS 29 de junio de 1999 (recurso nº 3627/1995).

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª.

Fecha: 17 de septiembre de 2002.

Recurso de Casación: 10102/2002.

Ponente: D. Antonio Martí García.

Voz: Denegación del permiso de residencia. Renovación del permiso de trabajo. Denegación.

Resumen: “El demandante solicita la renovación del permiso de trabajo tipo B (trabajar por cuenta ajena por un período de un año) regulado en el artículo 34.2.a) del Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, permitiendo el artículo 36.2... ser renovado a su expiración si subsisten las mismas circunstancias. Lo primero que llama la atención de la resolución que estamos examinando es el documento 11 del expediente administrativo donde el INEM pone de relieve con sus estadísticas la existencia de españoles en paro, motivo este, suficiente para denegar la renovación del permiso de trabajo (...).

(...).

(...) la solicitud de renovación es para trabajar por cuenta ajena, es decir, en una actividad donde la obligación de ingresar las cuotas corresponde al empresario, en estas condiciones no basta con decir que el actor está incorriente sino que debe especificarse el grado de irresponsabilidad.

(...).

La Sala ha establecido en numerosas sentencias que para la denegación de la renovación de un permiso de trabajo debe constar con certeza y sin género de dudas la base fáctica en que se apoya, significa ello, que cuando la Administración recoja... «españoles en paro» debe aparecer una certificación del INEM donde se recoja esta circunstancia; «cuando se entienda que existe escasa actividad laboral, certificación o ficha informática cotejada donde conste

Permiso de trabajo

con toda claridad la vida laboral desde que obtuvo el permiso de trabajo, cuando se fundamenta la resolución en falta de cotización a la Seguridad Social, certificación donde consten los descubiertos a la Seguridad Social y, además, si se trata de trabajador por cuenta ajena la responsabilidad del solicitante en esta situación de impago, faltando estos elementos la resolución debe denegarse por falta absoluta de motivación».

(...).

En el cuarto motivo de casación, el Abogado del Estado, al amparo del nº 4 del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción de los artículos 18 y 19 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio y artículos 50 y 51 de su Reglamento, alegando en síntesis, que la denegación del permiso de residencia lo fue porque se había denegado la renovación del permiso de trabajo, y este lo fue, por las causas concretas y precisas que aparecen en los fundamentos de la resolución impugnada, entre ellas existencia de trabajadores españoles en paro, que no era preciso acreditar por medio de la certificación oportuna, al existir conocimiento notorio sobre el particular, artículo 51 del Reglamento, y no acreditarse por el interesado la cotización de la Seguridad Social.

Y procede acoger tal motivo de casación, de una parte, porque ciertamente el artículo 51 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, precisa que el informe de la oficina del INEM no será necesario cuando la autoridad laboral disponga, directamente o a través de los Organismos competentes de la pertinente información sobre la situación de empleo, detallada por áreas geográficas, actividades económicas y grupos de ocupaciones, y tal supuesto de la norma es aplicable al caso de autos, en el que la Administración, no solo dice conocer con notoriedad la situación de paro de trabajadores españoles en la actividad, sino que expresa el número concreto 1.010, y el documento del que lo extrae, *Boletín de Índice de Paro* editado por la Dirección Provincial del INEM.

Y de otra parte, porque conforme a lo dispuesto en el artículo 50 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, es el solicitante del permiso de trabajo, el que tiene que aportar los documentos relativos al contrato de empleo, y el alta y cotización a la Seguridad Social, y por tanto a él incumbe, y no a la Administración, el explicar las razones por las que debiendo estar de alta en la Seguridad Social no lo está, en el caso de que sea por actuación de una tercera persona, olvido o negligencia de la empresa.

(...).

(...) como la existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad para la que se solicita el permiso de trabajo, es causa suficiente para denegarlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 7/1985, como incluso reconoce la propia sentencia recurrida, es claro, que al estar acreditada esa existencia de trabajadores españoles en paro, procede confirmar la resolución impugnada, máxime, cuando además la resolución impugnada, deniega la renovación del permiso, también por no haber aportado contrato laboral o compromiso formal de colocación, cual exige el artículo 50 del Reglamento y no haber aportado el justificante de hallarse al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, y ello también está acreditado en las actuaciones, pues por un lado, sea cualquiera la causa, no está acreditada la cotización a la Seguridad Social, como incluso la propia sentencia recurrida reconoce, y por otro en relación con el contrato o proyecto de trabajo, lo que el interesado refiere es un contrato fechado el 22 de agosto de 1994, que es de fecha muy posterior a la primera resolución que denegó el permiso de trabajo, que lo fue el 11 de marzo de 1994.”

Tribunal: Tribunal Supremo.

Fecha: 10 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 2806/1998.

Ponente: D. Antonio Martí García.

Voz.: Extranjeros: Permiso de trabajo: denegación improcedente cuando se trata de un ciudadano uruguayo en aplicación del Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad de 1879.

Resumen: “PRIMERO: La sentencia que es objeto del presente recurso de casación, estimó el recurso contencioso-administrativo y anuló las resoluciones que habían denegado el permiso de trabajo, valorando en sus fundamentos de derecho, entre otros, lo siguiente: «Segundo.-El recurrente alega, en primer lugar, la existencia de un tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad firmado entre España y Uruguay de 19 de julio de 1870, ratificado en 28 de enero de 1883; y en el artículo 8 del mencionado Tratado se dice que los súbditos españoles en la República Oriental del Uruguay y los ciudadanos de la República de España podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, poseer, comprar y vender por mayor y menor toda especie de bienes y propiedades, muebles e inmuebles, extraer del país sus valores íntegramente; disponer de ellos en vida o por muerte, y suceder en los mismos por testamento o ‘abintestato’, todo con arreglo a las leyes del país, los mismos términos y bajo iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la nación más favorecida. Si comparamos este texto con los respectivos de los Convenios de Doble Nacionalidad de Chile y Perú y vemos que en el artículo 7 del Convenio con Chile se establece que los españoles en Chile y los chilenos en España podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos, establecerse donde quiera que lo juzguen conveniente para sus intereses adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles, ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por menor como al por mayor, ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de seguridad social, y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales. El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan. En cuanto al Convenio con Perú, el artículo 7 reproduce literalmente el texto del artículo 7 del Convenio con Chile. Comparando los tres textos, aparte de la identidad de los dos últimos, el Tratado con Uruguay tiene el mismo contenido y, sobre todo, declara que los súbditos españoles en la República Oriental del Uruguay y

los ciudadanos de la República de España podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, es decir, exactamente igual que los Convenios con Chile y Perú. Tercero.-El estudio comparativo entre los dos Convenios de Chile y Perú, y el Tratado con Uruguay, realizado en el anterior fundamento jurídico, tiene como finalidad aplicar a Uruguay los mismos criterios jurisprudenciales que en los supuestos de los otros dos países, puesto que el texto es idéntico, y existe una consolidada doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio, 15 y 19 de noviembre de 1990, 18 de julio y 12 de noviembre de 1991) en la que se afirma que el artículo séptimo del Tratado entre España y Perú de 16 de mayo de 1959 (y lo mismo puede decirse del Convenio firmado con Chile, según numerosa jurisprudencia) consagra el derecho de los Peruanos en España a ‘ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de Seguridad Social’, cláusula que ha de ser respetada a tenor de lo dispuesto de la Ley Orgánica 7/1985. De modo que no se trata de una simple remisión desde el Convenio a la normativa, española, como ocurre en otros Convenios, sino que el Tratado con Perú, incluye una remisión específica del contenido propio, y no sólo una abstracta remisión a la legislación de los Estados, firmantes. Es cierto que en el Tratado con Uruguay no figura la remisión específica a la protección laboral y de Seguridad Social, pero el ejercicio libre de profesión u oficio ha de situarse en el momento histórico en el que se pacta, y en 1879 no existía en España Seguridad Social, y la protección laboral era más bien escasa. Por eso puede entenderse que nos encontramos ante un derecho de ejercicio de la profesión u oficio exactamente igual en los tres casos, y que no existe en otros Convenios como los de Bolivia, Costa Rica, República Dominicana, Argentina, Ecuador, etc. Tales consideraciones llevan al Tribunal Supremo a colocar a los ciudadanos peruanos, en tanto se encuentre vigente el citado Convenio Internacional, en la misma situación que los ciudadanos españoles para obtener el permiso de trabajo, no siendo posible denegarlos, como hacen las resoluciones impugnadas, en base a que su concesión no resulte conve-

Permiso de trabajo

niente para la situación nacional de empleo. Este Tribunal asume la postura adoptada por el Tribunal Supremo lo que le lleva a estimar el recurso anulando las resoluciones impugnadas, y ello al margen de toda otra consideración sobre la insuficiencia de justificar tal denegación en informes estereotipados y con genérica expresiones para fundar la denegación tales como ‘no son suficientes las circunstancias que concurren en el caso’».

SEGUNDO: En el único motivo de casación, el Abogado del Estado, al amparo del nº 4 del artículo 95,1 de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción del artículo 18.1.a) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en relación con el artículo 37.4.a) del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo. Alegando en síntesis, que el Convenio de 1870 entre España y Uruguay es diferente a los celebrados con Chile y Perú de 25 de mayo de 1958 y de 16 de mayo de 1959, pues al existir, dice, una remisión a la legislación española, al cambiar ésta pueden cambiar los derechos de los extranjeros concernidos por el Convenio.

Y procede rechazar tal motivo de casación, pues como ha puesto adecuadamente de manifiesto la sentencia recurrida, los términos del Convenio de 1870, celebrado entre España y Uruguay son sustancialmente iguales, que los expresados en los Convenios con Chile y Perú, y no cabe apreciar la diferencia que advierte el Abogado del Estado, por el hecho de que el primero no haga referencia alguna a la legislación laboral y Seguridad Social y se remita a la legislación española, pues por un lado, como la parte recurrida refiere, en 1870 no había en España Seguridad Social, y por tanto no cabía hacer referencia alguna a la misma, y por otro, tanto el Convenio con Uruguay como los celebrados con Chile y Perú, hacen la misma remisión a la legislación española, como no podría ser menos, pues los derechos, sobre compra, venta, sucesión y el ejercicio de las actividades se ha de someter obviamente a lo dispuesto por la Ley donde se realicen esas actividades, pero de ello no se puede inferir que el

derecho a obtener el permiso de trabajo o residencia, está excluido de los términos del Convenio, como así lo ha entendido esta Sala, para los Convenios con Chile y Perú, que tienen una redacción similar, Sentencias de 22 de diciembre de 1995, que recoge doctrina de las anteriores de 21 de mayo de 1990, 23 de febrero de 1991 y 25 de febrero de 1992 y con la de 15 de septiembre de 1998, en las que se expresa que la remisión a la legislación española afecta al ejercicio de la actividad, pero no a la titularidad del derecho a trabajar en España, que está ampliada y suficientemente recogido en los Convenios con Chile y Perú, y también en similares términos por el Convenio con Uruguay, como se advierte de su propia letra, y adecuadamente ha expuesto la sentencia recurrida.”



NOTA. En el régimen general de extranjería existen supuestos en los que resulta inoperante la situación nacional de empleo como criterio operativo en orden a la concesión/denegación del correspondiente permiso de trabajo. De sobra es conocido que el artículo 40 de la LOEx contempla una serie de supuestos en los que el extranjero podrá obtener un permiso de trabajo sin tener en cuenta dicho criterio, y que es desarrollado por el artículo 71 del RELOEx.

A estos supuestos habría que añadir que tampoco se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo en los casos del régimen preferencial de acceso al trabajo contenido en determinados Convenios internacionales ratificados por España; en concreto, se está haciendo referencia a los Convenios de doble nacionalidad suscritos con Chile (24 de mayo de 1958) y Perú (16 de mayo de 1959). En estos Convenios, y en idénticos términos, el artículo 7 respectivo dispone que los ciudadanos que no se hayan acogido al beneficio de la doble nacionalidad, podrán “ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de seguridad social (...) todo ello en las mismas condiciones que los nacionales”, finalizando que “el ejercicio de estos derechos que-

da sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan". Tras ciertas vacilaciones en los Tribunales de instancia, el TS ha sentado una doctrina consolidada en orden a interpretar que dichos preceptos "no contemplan una simple remisión desde el Convenio a la legislación española, cual ocurre con otros Convenios" (STS 12 de junio de 1998, rec. nº 2723/1994), sino que incluyen un contenido propio y específico, en el que deben distinguirse la titularidad de derecho y su ejercicio, "siendo sólo este último, y no el derecho mismo en su atribución [...] el que viene sometido a la legislación española" (STS 13 de febrero de 1996, rec. nº 238/1991). En suma, no cuestionada la titularidad de chilenos y peruanos del derecho a trabajar en España en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles, el condicionamiento de su ejercicio por la legislación española debe suponer la necesidad de proveerse de permiso de trabajo, pero "su otorgamiento por la autoridad laboral resulta imperativo" (STS 27 de julio de 1992, rec. nº 3188/1990) sin atender la situación nacional de empleo.

Tratándose de ciudadanos uruguayos, y teniendo en cuenta que no existe Convenio de doble nacionalidad, la presente sentencia entiende que el contenido del artículo 8 del Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad firmado entre España y Uruguay en 1879 es sustancialmente idéntico al artículo 7 de los Convenios de doble nacionalidad de Chile y Perú, salvo en que aquél no refiere el derecho a gozar de la protección laboral y de la Seguridad Social, omisión que justifica porque en esa fecha aún no existía la Seguridad Social en España. En lógica consecuencia, aplica la doctrina sentada en relación a los Convenios de Chile y Perú, de tal forma que la remisión a la legislación española afectaría al ejercicio de la actividad laboral o profesional pero no a la titularidad del derecho a trabajar en España.

Sentadas las manifestaciones anteriores, debe señalarse que el 23 de julio de 1992 se suscribió entre España y la República Oriental de Uruguay un Tratado de Cooperación y Amistad (BOE, 2 de junio de

1992) que no se aplica en el presente recurso pues la solicitud del permiso de trabajo controvertido es anterior a su entrada en vigor (4 de junio de 1994). No obstante, conviene advertir que su artículo 14 dispone que "Con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades". Aunque su alcance todavía no ha sido objeto de interpretación por los Tribunales, si se comparan sus términos con los contenidos en otros Tratados de Cooperación y Amistad entre nuestro país y la comunidad iberoamericana, en concreto, con el suscrito con Argentina (3 de junio de 1998), existe una diferencia sustancial, pues éste supedita la igualdad de trato en materia laboral a la previa concesión de los permisos de trabajo y residencia necesarios, por lo que no resulta aventurado entender que por vía jurisprudencial se admitiera una interpretación favorable a la no aplicación de la situación nacional de empleo.

(El comentario a esta Sentencia puede consultarse en la página 231.)

Tribunal: Tribunal Supremo.

Fecha: 29 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 3087/1998.

Ponente: D. Mariano Baena del Alcázar.

Voz.: Extranjeros: Permiso de trabajo: denegación improcedente por no haberse acreditado por la Administración que existen demandantes de empleo que reúnan los requisitos específicos del puesto de trabajo ofertado.

Resumen: "SEGUNDO: Contra esta sentencia recurrir en casación el Abogado del Estado, invocando hasta cuatro motivos todos ellos de acuerdo con el artículo 95.1.4º de la Ley jurisdiccional por infracción del ordenamiento jurídico y de la jurispruden-

Permiso de trabajo

cia. No comparece el solicitante del permiso que obtuvo sentencia favorable del Tribunal *a quo*, pese a haber sido emplazado en debida forma.

En el motivo primero se alega por el defensor de la Administración infracción de los artículos 18.1.a) y b) de la Ley Orgánica de Extranjería y 37.4.a) y 52.3 de su Reglamento. Pero en realidad, en el razonamiento que se contiene en este motivo se expresa un juicio subjetivo del representante de la Administración sobre la motivación del acto, que entiendo es escueta pero suficiente y jurídicamente aceptable. A ello añade su opinión de que la sentencia impugnada emplea expresiones críticas y excesivamente duras para la conducta de la Administración. Entiende el Abogado del Estado que, para un pequeño negocio de venta de juguetes y baratijas, no es imprescindible que el jefe de compras conozca los idiomas árabe y francés y la geografía de Marruecos, ni dicha persona tiene porqué realizar viajes, de donde se deduce que la motivación es suficiente.

Sin embargo esta Sala debe disentir de ese juicio del Abogado del Estado y entender que asiste la razón al Tribunal *a quo*, siempre partiendo de la base de que existe motivación del acto, pero esa motivación no está suficientemente justificada y en consecuencia no se ha realizado debidamente. Pues debe apreciarse desde luego el contraste entre el puesto de trabajo de jefe de compras de un comercio al por menor considerado en general, y el que deba desempeñar una persona que debe procurar que el establecimiento se encuentre suficientemente abastecido de productos marroquíes, siendo sin duda indispensable para ello relacionarse con el reino de Marruecos y realizar en distintos puntos de la geografía del mismo la búsqueda de productos artesanales. En cuanto a este último extremo debe destacarse que la sentencia recurrida hace una declaración expresa de que se trata de productos marroquíes, sin duda artesanales, sin que el Abogado del Estado demuestre su afirmación de que son solamente juguetes y baratijas. En

consecuencia debe desecharse o no acogerse el primer motivo de casación que invoca el Abogado del Estado.

En el segundo motivo de casación se alega infracción del artículo 18.3, apartado i), de la Ley Orgánica de Extranjería, 38.3, apartado b) de su Reglamento, y 6.4 del Código Civil. El motivo se basa en que un puesto de trabajo como aquel del que se trata ahora no es en realidad un puesto de confianza. Por otra parte se mantiene que la escritura de poder otorgada por el titular de los establecimientos a favor de su hermano para quien solicitaba permiso era innecesaria dadas las características del negocio, y puede ser objeto de revocación. El razonamiento concluye afirmando que tras la solicitud de permiso de trabajo se oculta o trasluce el ánimo de cometer un fraude de ley.

Pero este razonamiento tampoco puede acogerse. Desde luego ese fraude de ley afirmado en modo alguno se demuestra, pero éste no ha de ser el fundamento principal de que no se acoja el motivo. Por el contrario debe desecharse porque el Abogado del Estado razona sobre el fondo del asunto, aludiendo a que fuese conveniente o conforme a Derecho o no lo fuese el otorgamiento del permiso. En definitiva este razonamiento no es pertinente, porque la sentencia no examina ni enjuicia el fondo del asunto sino que se limita a pronunciarse sobre el carácter insuficiente y escasamente justificado de la motivación. Por tanto también debe rechazarse o no acogerse el segundo motivo de casación que se invoca.

El tercer motivo se basa por el contrario en infracción de la jurisprudencia de esta Sala, a cuyo efecto se citan diversas sentencias de este Tribunal Supremo. Se mantiene que una motivación escueta, aunque lo sea, es suficiente, y que en el caso de autos podía denegarse el permiso si el puesto no era en realidad de confianza, a lo que se añade que no pueden acogerse solicitudes con ánimo fraudulento.

Índice analítico de voces

Pero esta argumentación no puede compartirse, amén de porque el carácter de confianza del puesto no es la razón de decidir de la Sentencia y el fraude no se demuestra, porque desde luego asiste la razón al Abogado del Estado en que una motivación escueta es suficiente, pero ello es así siempre que pese a su concreción se encuentre debidamente fundada y no esté falta de justificación como sucede en el caso de autos. Obviamente son cuestiones distintas que la motivación sea concisa y que su fundamento carezca de justificación a la vista de las circunstancias del supuesto. Todo ello nos lleva a que deba no acogerse tampoco este tercer motivo de casación.

En el motivo cuarto se citan como infringidos el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y el artículo 1214 del Código Civil, en relación con el 17 de la Ley que acaba de mencionarse. Pero este motivo también carece de base suficiente, ya que en el mismo se alude a que la sentencia declara que corresponde a la Administración la carga de la prueba, y en este caso no se trata de prueba sino del fundamento denegatorio. En conexión con este alegato se afirma que la sentencia recurrida ha desconocido el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, y que el extranjero en cuestión no es titular de un derecho subjetivo a obtener el permiso de trabajo.

Pero estos razonamientos no son pertinentes. Aunque la sentencia que se recurre no haya empleado una expresión afortunada al referirse a la carga de la prueba, lo cierto es que su razón de decidir funda el enjuiciamiento de la motivación del acto administrativo y en cuanto a este extremo, como antes se ha dicho repetidamente, asiste la razón al Tribunal *a quo* porque la motivación es injustificada e insuficiente, sin que deba entrarse en el examen del extremo relativo a si el interesado era titular de un derecho subjetivo a obtener el permiso de trabajo solicitado.

En consecuencia debemos desechar este cuarto

motivo de casación y, habiendo sucedido lo mismo con los anteriores desestimar el recurso.



NOTA. En este caso se trata de nuevo de una errónea interpretación por parte de la Administración de la situación nacional de empleo como criterio a valorar en la concesión/denegación del permiso de trabajo, y que ya ha sido denunciada en otras ocasiones.

En suma, y muy brevemente, hay que insistir en que no es suficiente la mera alegación genérica de la situación nacional de empleo ni tampoco la mera constatación de existencia de mano de obra nacional, comunitaria o extranjera residente legal para denegar un permiso de trabajo, sino que es preciso que se demuestre que existen demandantes de empleo que reúnan las particulares condiciones requeridas por la empresa para un concreto puesto de trabajo.

En este caso, y como la propia Sentencia declara, la existencia de desempleados inscritos como demandantes de empleo en la actividad de jefe de compras al por menor no empuja la procedencia de la concesión de un permiso de trabajo precisamente por la particularidad de tratarse de un puesto de trabajo en el que resultan indispensables (relacionarse con el Reino de Marruecos, conocimiento de los productos artesanales de aquel país, etc.), las condiciones que solo reunía el solicitante del permiso de trabajo y que, por el contrario, no se daban en los demandantes de empleo.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª.

Fecha: 30 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 9610/1997.

Ponente: D. Rodolfo Soto Vázquez.

Voz: Permiso de trabajo. Renovación.

Permiso de trabajo

Resumen: “El Abogado del Estado apoya su único motivo de casación (artículo 95.1.4^º) en la infracción supuestamente cometida por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, cuando estima el recurso contencioso que anula la resolución administrativa denegatoria de la renovación del permiso de trabajo, tipo B, que había solicitado el actor, súbdito marroquí, quien se hallaba en posesión de un permiso anual de la misma clase al amparo de las normas de regularización derivadas del Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991.

La tesis del representante del Estado (...) parte de que el Tribunal de origen se ha basado en su resolución en una serie de puntos –ausencia de cotización a la Seguridad Social por parte del trabajador– que no constituyen el núcleo central de la cuestión debatida, consistente en realidad en la carencia de una ocupación laboral efectiva, cuya justificación con el carácter de estable y regular constituye una exigencia de las normas que se dicen desconocidas por el Tribunal.

La realidad es que la Resolución de la Dirección General de Migraciones, si bien alude en sus razonamientos a esa carencia de ocupación estable y regular se atiene en la parte dispositiva de la Resolución a la falta de acreditación de cotización a la Seguridad Social como razón determinante de la negativa, recogiendo expresamente que tampoco se aprecia la realización de acto de gestión alguno para subsanar esa carencia, lo cual lleva implícito la inexistencia de relación laboral.

Atendiendo a esa parte dispositiva se articuló la demanda en la que, después de relacionar determinados supuestos defectos de tramitación en el expediente, se argumentó que la obligación de incorporar a la Seguridad Social al trabajador recaían principalmente sobre las empresas contratantes, no pudiendo imputar al primero el defecto de acreditación como motivo para la denegación de la renovación del permiso de trabajo ya concedido; aparte de lo cual se acompañaba documentación en la que

sí constaba que las empresas contratantes estaban inscritas en la Seguridad Social y habían cotizado por el trabajador. Por el contrario, el Abogado del Estado se limitó en la instancia a sostener la corrección de la Resolución denegatoria sobre la exclusiva base de la falta de cotización a la Seguridad Social, sin aludir en absoluto a la inexistencia de acreditación de una ocupación estable.

Por otra parte, la sentencia impugnada puso de relieve que el demandante tenía registrados al menos dos contratos relativos al período para el que se solicitaba la prórroga en los que constaba su número de afiliación a la Seguridad Social, insistiendo en que la obligación de cumplir con la afiliación de los trabajadores recae primordialmente sobre la empresa contratante, y declarando expresamente no ser cierta la afirmación de la resolución recurrida de que el interesado no hubiese intentado subsanar la carencia de afiliación a la Seguridad Social.

(...).

El motivo articulado por el Abogado del Estado parte de una interpretación de la parte dispositiva de la resolución impugnada que no es la que se ha sometido a la Sala de instancia por el demandante, ni tampoco en la que se ha basado la oposición de la Administración ante ese mismo órgano jurisdiccional, cuyos pronunciamientos se han ajustado a los términos en que la cuestión había sido planteada. Y al hacerlo así, apoyando con argumentos no utilizados en la instancia el sentido de una razón de decidir que no había podido ser considerado por el Tribunal de Sevilla, alega en contra de la doctrina jurisprudencial que ha quedado indicada, con la consiguiente desestimación del motivo.”

Tribunal: Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Valencia.

Fecha: 18 de noviembre de 2002.

Magistrada: Dña. Estrella Blanes Rodríguez.

Voz: Inadmisión a trámite de permiso de trabajo: Contingente 2002. Procedimiento inadecuado: jerarquía normativa. Compatibilidad de procedimientos. Nulidad de pleno derecho.

Resumen: “TERCERO: El Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002, dispone en su apartado Noveno punto primero que “las solicitudes de trabajo y contrato de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 71, 76, 77 y 79 del Reglamento serán tramitadas a través de sus procedimientos específicos sin computarse dentro del contingente aprobado.”

El punto segundo dispone que “las ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obra extranjera que no puedan ser gestionadas a través del contingente por no pertenecer a sectores de actividad y ocupación incluido en el mismo porque se haya agotado el contingente o por no haber sido asignado contingente en la provincia y que no puedan cubrirse con los Servicios Públicos de Empleo por carecer de demandantes disponibles se gestionarán por el procedimiento establecido en el presente Acuerdo (...) de acuerdo con lo establecido en el 70.11.3 del Reglamento”.

El punto 3 dice textualmente “Las demás solicitudes de permiso de trabajo y residencia relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual o a través del mecanismo regulado en el punto 2 de este apartado se tramitarán por este procedimiento en aplicación del artículo 65.11 del reglamento de ejecución de la citada ley orgánica aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio, y por tanto serán inadmitidas a trámite si se formularan a través de un procedimiento distinto del reglado en el presente acuerdo.

Invocando este Apartado del Acuerdo de Consejo de Ministro y la causa prevista en el artículo 84.6 del

Reglamento, la resolución recurrida inadmite a trámite la solicitud de trabajo del recurrente.

El Acuerdo, después de aprobar en el punto primero el número de trabajadores extranjeros no comunitarios que se aceptarían en España, en régimen de contingente para el año 2002 y de configurar el procedimiento especial del contingente, dice que la llamada propuesta de los Servicios Públicos de Empleo del artículo 70.11.3 del Reglamento, también se regule y tramite por el procedimiento de contingente fijado en el Acuerdo.

Y ello lo que supone es, que a partir del Acuerdo de 21 de diciembre ninguna oferta que no sea aquellas incluidas en el Contingente o en la propuesta de los Servicios Públicos de Empleo, pueda tramitarse por el procedimiento general configurado en la Sección 5ª del capítulo II del RD 864/2001, exigiendo el punto 3 del apartado 9 que las solicitudes de permiso de trabajo y residencia que se puedan cubrir por el contingente o a través del mecanismo regulado en el punto 2 del mismo apartado, sean inadmitidas a trámite, es decir que todas las solicitudes presentadas de acuerdo con lo previsto en la Ley 4/2000 y el Reglamento en los artículos 38 y 70 respectivamente sean inadmitidas *a priori* lo que conlleva que se inadmita a trámite todas aquellas solicitudes del empleador o del extranjero, referidas a trabajadores extranjeros que se encuentren en España.

En consecuencia, los apartados segundo y tercero del punto noveno del Acuerdo de Consejo de Ministros, modifican el RD 864/2001, en concreto los artículos 65.10 y 11 y 70.11.3, dejando sin efecto las normas generales del procedimiento establecido en la sección 5ª capítulo II, conforme a las cuales el extranjero que se encontraba en España podía hasta el 14 de enero de 2002 que entró en vigor el Acuerdo del Consejo de Ministros, solicitar permiso de trabajo y residencia de acuerdo con lo previsto en los artículos 80, 83.6 y 81.1, que regulaba los sujetos legitimados y la documentación exigida.

Permiso de trabajo

Convierten, en única forma de procedimiento para acceder a la autorización de permiso de trabajo y residencia, el procedimiento del Contingente, al que únicamente pueden acceder los extranjeros que no se hallen en España y elimina la especificidad del procedimiento previsto en el artículo 70.1.1.3, la llamada propuesta de los Servicios especiales subsumiéndolo en el procedimiento del Contingente, estableciendo éste, como único cauce procedimental obligatorio para todas las solicitudes de trabajo cualquiera que sea la oferta de empleo de que se trate.

Teniendo en cuenta que la Ley 4/2000 no regula ningún procedimiento especial para solicitar permiso de trabajo y residencia, que el reglamento regula un procedimiento administrativo, el acuerdo del Consejo de Ministros no puede privar al extranjero de su derecho a solicitar permiso de trabajo por el régimen general previsto en el artículo 70 del Reglamento y a obtener una respuesta administrativa positiva o negativa, pudiendo por tanto regularizar su situación en España con la obtención del permiso de trabajo o en su caso obteniendo una resolución denegatoria que le permite ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, recurriendo ante los tribunales ordinarios la denegación de permiso, correspondiente al empresario acreditar que previo a la solicitud de permiso de trabajo inicial, ha instado la gestión de la oferta.

El artículo 70.1.1.3 del Reglamento dispone que «podrán concederse permisos de trabajo por cuenta ajena en los términos que resulten de las propuestas que a tal efecto puedan formular los servicios públicos de empleo especificando el ámbito sectorial y territorial al que deban restringirse los permisos de trabajo que se otorguen a su amparo y completaren las previsiones de mano de obra extranjera que hubieren sido tenidas en cuenta en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a que se refiere el artículo 65 del Reglamento sin que los permisos otorgados por este pro-

cedimiento computen a efectos de los citados reglamentos».

El artículo 65 del Reglamento regula el Contingente de trabajadores Extranjeros.

Encontramos pues, en la Ley y en el Reglamento, tres modalidades de solicitud de permiso de trabajo y residencia, el que puede efectuar cualquier empresario o el propio extranjero mediante una oferta nominativa de empleo con las condiciones que exige el Reglamento, con independencia de que el extranjero sea residente o no en España (artículo 83.4 del Reglamento), la correspondiente al Contingente regulado por la Ley 4/2000 y por el Reglamento que establece puestos de trabajo que solo se ofrecen a los extranjeros, que no se hallen ni residan en España y una tercera posibilidad prevista en el artículo 70.11.3 del Reglamento, las propuestas de los Servicios de Empleo que completarán la fijación del contingente de trabajadores extranjeros, a que se refiere el artículo 65 del Reglamento.

La Ley 4/2000 no regula el procedimiento a seguir en la tramitación de las solicitudes de permiso de trabajo para el supuesto previsto en el artículo 38, ni en el supuesto previsto en el artículo 39 del Contingente de trabajadores extranjeros, disponiendo el artículo 20.1 una remisión a la legislación general sobre el procedimiento administrativo.

La sección primera del capítulo tercero del Reglamento, regula en el artículo 65 el Contingente de los Trabajadores y el apartado 10 de este precepto dispone que «la tramitación de los permisos de trabajo y residencia referentes al contingente seguirán las normas generales del capítulo a excepción de la gestión de ofertas de empleo de los Servicios Públicos de Empleo con las particularidades que el Gobierno introduzca para adaptar la gestión del Contingente a las necesidades del mercado de trabajo nacional».

Este procedimiento general está regulado en la sección 5ª del capítulo tercero artículos 80 a 91 que establecen los sujetos legitimados, la documentación necesaria, el lugar, plazos, formas y efectos, la tramitación e instrucciones del procedimiento, la resolución y los supuestos particulares.

La Ley y el Reglamento fijan y determinan, las condiciones y requisitos para obtener la concesión inicial de permisos de trabajo, así como el trámite de la solicitud de permiso de trabajo y la instrucción del procedimiento, en los artículos 82 y 83 del Reglamento, disponiendo el artículo 84, la inadmisión a trámite de la solicitud cuando el procedimiento sea inadecuado, de acuerdo con lo establecido en el presente Reglamento.

Por su parte, el artículo 65.11 del Reglamento, establece que las solicitudes de permiso de trabajo relativas a ofertas de empleo, que puedan cubrirse a través del contingente anual se tramitarán por este procedimiento, regulado en los apartados 7 a 10 del mismo precepto.

La Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, regula dos procedimientos para solicitar permiso de trabajo y residencia inicial.

El primero tiene carácter general y consiste en la solicitud de un permiso de trabajo a partir de una oferta nominativa que podrá dar lugar a un permiso de trabajo si se demuestra tal y como exige el reglamento que el empresario no ha podido encontrar demandantes de empleo en el mercado laboral nacional.

El segundo procedimiento es el del Contingente caracterizado por ser una decisión del Gobierno Español que de manera previa y generalizada determina por provincias una serie de puestos de trabajo no cubiertos por la mano de obra nacional disponible y que por tanto serán cubiertos por personas extranjeras que se hallen en sus países de origen a partir de ofertas de trabajo genéricas.

La tercera modalidad, prevista en el artículo 10.1.1.3 del Reglamento no regula procedimiento, pero especifica que los permisos otorgados por este procedimiento no computan a efectos de los contingentes.

El Acuerdo del Consejo de Ministros dispone una inadmisión a trámite, por motivos formales, la inadecuación del procedimiento, suprime el procedimiento general del artículo 70 y del artículo 10.1.1.3, establece un único procedimiento, el del contingente para obtener permiso de trabajo, impide a los extranjeros que se encuentran en España solicitar permiso de acuerdo con la Ley y el Reglamento, infringiendo con ello la Ley 30/1992 que en su artículo 89.4, solo autoriza la inadmisión a trámite de las solicitudes de reconocimientos de derechos no previstos en el Ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, resultando que está previsto en nuestro ordenamiento Ley 4/2000 y Reglamento de aplicación de esta Ley RD 864/2001, la solicitud de permiso de trabajo y residencia, su tramitación y su resolución respecto a los extranjeros que se hallen dentro o fuera de España, al margen del contingente anual.

CUARTO: Lo razonado en los fundamentos de derecho anteriores lleva a la consideración de que la resolución recurrida es nula de pleno derecho por ser contraria a la Ley 4/2000 y al Reglamento, así como al artículo 89.4 de la Ley 30/1992 al no tramitar la solicitud de trabajo presentada por el recurrente conforme a las normas y procedimientos que en ellas se dispone, procedimiento adecuado a la solicitud presentada por el interesado, no resultando por el contrario de aplicación el artículo 84 del Reglamento, al no ser adecuado el procedimiento seguido de acuerdo con lo establecido precisamente en ese Reglamento, tal y como exige el punto 6 de esta norma.

El artículo 6 de la LOPJ dispone que los jueces y tribunales, no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley y al principio de jerarquía normativa, considerando la que resuelve contrario a derecho el Acuerdo del

Permiso de trabajo

Consejo de Ministros aplicado en la resolución recurrida, por lo que de conformidad con el artículo 27.1 de la LRJCA, firme que sea esta sentencia, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el tribunal competente para conocer del recurso directo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros.”

Tribunal: Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Alicante.

Fecha: 26 de noviembre de 2002.

Recurso ordinario: 151/2002.

Magistrado: D. Javier Martínez Marfil.

Voz: Denegación de permiso de trabajo. Régimen general-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

Resumen: “TERCERO: Por lo que respecta al fondo del asunto hay que destacar que la controversia descansa principalmente en que la petición de la parte recurrente se circunscribe a pretender la concesión sobre la base de las exigencias legales y reglamentarias para la concesión del permiso de trabajo, mientras que la Administración tramita la solicitud con arreglo a lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determina el contingente de trabajadores no comunitarios para el año 2002.

(...)

Sin embargo el mencionado acuerdo que sirve de fundamento a la denegación administrativa incluye otras consideraciones como la siguiente: «Por otra parte, también de acuerdo con lo previsto reglamentariamente, se ha introducido las particularidades necesarias para adaptar el procedimiento común de tramitación de permisos de trabajo y residencia al contingente, al objeto de canalizar adecuadamente el flujo migratorio desde los países en los que se producirá la contratación y posibilitar la incorporación inmediata de los trabajadores al puesto de trabajo para el que han sido contratados,

al permitir desde su entrada legal en España el inicio de la relación laboral y su afiliación y alta a la Seguridad Social». Es decir, que declara su vocación de derogar por vía de instrucción las disposiciones legales y reglamentarias para sustanciar las solicitudes tradicionalmente reconducibles a lo que en la práctica forense se denominaba «régimen general» por contraposición a los regímenes especiales (contingente o regularización) lo que, de entrada, es incompatible con el principio de jerarquía normativa y el de inderogabilidad singular de las disposiciones generales. Es más, aunque se atribuyera al acuerdo carácter normativo, sería de aplicación lo establecido en el artículo 27.1 de la LJCA, en relación con el artículo 6 de la LOPJ.

A pesar de ello el propio acuerdo en su afán de generalizar el procedimiento del contingente no opera, como pudiera pensarse, una derogación total de ese régimen general, ya que existen supuestos en los que la inaplicabilidad del acuerdo deja abierta la vía a la tramitación de solicitudes según el régimen general citado. Así, fija que «las ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obra extranjera que no puedan ser gestionadas a través del procedimiento del contingente, por no pertenecer a sectores de la actividad y ocupación incluidos en el mismo, o porque se haya agotado el contingente establecido para dicho sector u ocupación, o por no haberse asignado contingente en la provincia, y que no puedan cubrirse por los Servicios Públicos de Empleo por carecer de demandantes disponibles, se gestionarán a través del procedimiento fijado en el presente Acuerdo, cuando se formule propuesta a este respecto por los Servicios públicos de Empleo (...)». En consecuencia, *sensu contrario*, no se tramitarán a través del acuerdo las solicitudes de las ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obra extranjera en los casos citados, cuando no haya tal propuesta de los servicios de empleo. En este caso tales propuestas necesariamente se reconducirán al procedimiento general, precisamente porque así lo dispone el acuerdo, sin que a ello sea óbice lo dispuesto en el apartado tercero del ordinal noveno del

mismo que dice «Las demás solicitudes de permiso de trabajo y residencia relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual, o a través del mecanismo regulado en el punto 2 de este apartado se tramitarán por este procedimiento en aplicación del artículo 65.11 del Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, y, por tanto, serán inadmitidas a trámite si se formulan a través de un procedimiento distinto del regulado en el presente acuerdo». Esta indicación viene a ratificar que existen solicitudes que podrían tramitarse al margen de este acuerdo (sólo cabe pensar que se está refiriendo al régimen general) y que las que sean reconducibles a su ámbito de aplicación sólo pueden tramitarse según las normas que describe, lo que obviamente señala que las situaciones que no sean reconducibles al citado ámbito de aplicación no pueden resolverse acudiendo al texto de este acuerdo. Tales situaciones son las relativas a los supuestos no previstos por el contingente, agotamiento del contingente o falta de asignación, que respondan a necesidades reales de la mano de obra extranjera y que no sean reconducibles al procedimiento complementario promovido por los Servicios Públicos de Empleo.

En lo que hace al presente caso, ante la falta de asignación de contingente a la provincia de Alicante, constando por la certificación de los Servicios Públicos de Empleo que no existen demandantes nacionales para el puesto ofertado, esto es, la existencia de una necesidad real de mano de obra extranjera y no apareciendo que se haya tramitado la previsión contenida en el ordinal noveno apartado segundo del acuerdo en que se fundamenta la resolución recurrida, se está en el caso de estimar el recurso y declarar la nulidad del acto impugnado en la medida que aplica un acuerdo que no es pertinente al caso y se erige el mismo en motivo de denegación, cuando lo que se debió de hacer es seguir el denominado régimen general, como, en casos semejantes, aunque aplicando distinta realidad legislativa que sigue siendo de aplicación al caso *mutatis mutandis* han

reconocido los tribunales, como por ejemplo la STSJ de Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) de 15 de marzo de 2001, al disponer «Ahora bien, cuando el acceso del extranjero al trabajo no pueda llevarse a cabo mediante el sistema de contingente porque se haya superado el cupo máximo de autorizaciones o por cualquier otra circunstancia, nada impide una solicitud en forma individualizada cuya resolución dependerá de la situación nacional de empleo, valorándose conjuntamente la escasez de mano de obra española y la demanda de empleo para la actividad solicitada (artículo 76 del Reglamento de 1996 en relación con el artículo 18 de la Ley de 1985) en méritos de la protección al trabajador español que tiene preferencia para desempeñar un puesto de trabajo frente al extranjero que aspira al mismo».



NOTA. En el presente número de esta Revista de Derecho Migratorio y Extranjería se incluye un *Dossier* sobre el Contingente 2003, cuya consulta resulta imprescindible para el mejor entendimiento del alcance de las dos últimas sentencias antes reseñadas. Puesto que en dicho *Dossier* se hace una valoración de las mismas, al tratarse de las dos únicas resoluciones que han enjuiciado la inadmisión a trámite de solicitudes de permiso de trabajo que se derivaban del Acuerdo de Ministros de 21 de diciembre de 2000, por la que se fija el contingente de trabajadores extranjeros para el año 2002 y de la Circular 1/2002, de 16 de enero, de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, sobre «Instrucciones generales sobre el contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios 2002 y el procedimiento para su cobertura», ahora sólo procede aludir a alguna de las cuestiones que no se abordan directamente en dicho *Dossier*.

Especialmente relevante es la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Valencia de 18 de noviembre de 2002 al plantear la cuestión de ilegalidad del Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2000 por el que se

Permiso de trabajo

aprueba el Contingente 2002, de acuerdo con los artículos 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 27.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En el supuesto de que el Tribunal competente para conocer la cuestión de ilegalidad resolviese declarando ilegal el referido Acuerdo del Consejo de Ministros, se derivaría la nulidad de pleno derecho de todas aquellas resoluciones administrativas que han inadmitido a trámite las solicitudes de permiso de trabajo al amparo del denominado "Régimen general" y, en consecuencia, la obligatoriedad por parte de la Administración de tramitar todos y cada uno de los expedientes que traigan causa de aquellas solicitudes.

Por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Alicante de 26 de noviembre de 2002, estimando el recurso interpuesto, declara nula por no ser conforme a derecho, la resolución de la Subdelegación del Gobierno, sin cuestionarse expresamente la ilegalidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2000, lo que le hubiese obligado, como en el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso de Valencia antes referida, a plantear la cuestión de ilegalidad del citado Acuerdo.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª.

Fecha: 17 de diciembre de 2002.

Recurso de Casación: 7118/1998.

Ponente: D. Antonio Martí García.

Voz: Permiso de trabajo. Régimen laboral. Nacional peruano.

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la Administración del Estado.

"(...) el convenio doble nacionalidad entre España y Perú, como se advierte del texto y como razona la Administración en la resolución impugnada, y el Abogado del Estado en su escrito, aunque concede a los peruanos el derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles, no otorga sin más la

nacionalidad española a todos los peruanos, ya que la adquisición de la nacionalidad está sujeta a los trámites y requisitos establecidos en el artículo 17 y siguientes del Código Civil, y de otra, porque ningún obstáculo hay para que una Ley especial, la 23/1992 de 30 de julio, sobre Seguridad Privada, que entre otros, integra a esta seguridad privada en el monopolio de la seguridad del Estado, según aparece en su exposición de motivos, como acontece en otros países, Bélgica, Francia, Italia, pueda, por esas peculiaridades de la seguridad, exigir a quienes ejerzan las funciones propias de tal seguridad privada, la nacionalidad española, como así expresamente lo dispone el artículo 10 de la citada Ley 23/1992.

(...).

Y a este respecto como según ha acreditado la Administración y el interesado no ha desvirtuado, cuando estaba obligado a ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 1214 del Código Civil y la doctrina de esta Sala, entre otras Sentencia de 24 de octubre de 2002, la empresa que pretendía contratar al trabajador solicitante del permiso es una empresa de Vigilancia y Seguridad, y como por otro lado, el artículo 10 de la Ley 23/1992, exige que el personal de seguridad privada tenga la nacionalidad española y tal condición no la tiene el ciudadano peruano solicitante del permiso, es claro, que procede confirmar la resolución impugnada que deniega el permiso de trabajo solicitado por no tener el solicitante la nacionalidad española."

(Véase en este sentido la Sentencia del TS de 25 de noviembre de 2002; Rec. de Casación 2331/1998.)

(Respecto a la voz Permiso de Trabajo, pueden también consultarse las Sentencias del TS de 24 de octubre de 2002, Rec. de Casación 1132/1998; del TS de 30 de octubre de 2002, Rec. de Casación 3087/1998; de TS de 31 de octubre de 2002, Rec. de Casación 3029/1998; del TS de 6 de noviembre de 2002, Rec. de Casación 4820/1998 y del TS de 27 de noviembre de 2002, Rec. de Casación 4252/1998.)

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

Fecha: 16 de julio de 2002.

Recurso de Casación: 1378/2000.

Ponente: D. Julián Sánchez Melgar.

Voz: Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos.

“«En la mañana del día 11 de enero de 1997 M.R.G., mayor de edad y sin antecedentes penales, procedió en la zona del Cementerio de esta ciudad de Ceuta a embarcarse en un bote de madera, junto a las siguientes personas de nacionalidad marroquí: (...).

Todas estas personas eran inmigrantes marroquíes que tenían la intención de pasar a la Península a fin de buscar trabajo en España o en otro país europeo. Para ello habían contactado con H.A. y su esposa K. EL Y., ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, a los cuales pagaron cantidades que oscilaban entre los 12.000 y los 30.000 dirhams marroquíes siendo ellos los que habían organizado el viaje, para lo que se habían puesto previamente de acuerdo, además (...), taxista de profesión, con domicilio en la localidad de Algeciras, el cual, hallándose completamente al tanto de la operación, estaba esperando en dicha localidad la llegada de los inmigrantes para proveer a su posterior traslado a los lugares de destino, así como con J.A.A.S., también mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia persona que, además de estar en continuo contacto con los anteriores, había proporcionado la embarcación. Todos ellos se habían concertado previamente y habían planeado el indicado viaje. Siendo aproximadamente las 12 horas del citado día 11 de diciembre de 1999, el citado M. se hizo a la mar llevando consigo

a los 19 inmigrantes y como quiera que la embarcación no reunía las condiciones mínimas para navegar con la citada carga, ya que se trataba de un bote de madera, de obra viva enfibrada cuya borda se había elevado unos 25 centímetros, subiendo el punto de gravedad, se la habían rebajado la borda de popa para conseguir que la hélice llegara al agua con el consiguiente riesgo de entrada de ésta con el oleaje, y se le había colocado una plataforma de madera para ocultar bajo ella a los inmigrantes, pudieron comprobar que, una vez iniciado el viaje, comenzó a entrar agua, lo que provocó una modificación de la posición del centro de gravedad y una disminución de su capacidad de adrizamiento, por lo que el piloto dio órdenes a los inmigrantes para que se colocaran en la popa del bote, al mismo tiempo que se conectó telefónicamente en varias ocasiones con los acusados (...). Ante la situación de riesgo que estaban sufriendo, M. decidió regresar a Ceuta, y cuando la embarcación se encontraba a cinco millas al noroeste de esta ciudad, se produjo el naufragio lanzándose al agua tanto el piloto como los ocupantes que pudieron hacerlo, siendo ayudados por el Ferry Punta Europa, desde donde se lanzaron chalecos salvavidas y a rescatar a los naufragos que pudieron. Como consecuencia de lo anterior fallecieron ahogados tres de los ocupantes, (...) y desaparecieron (...). El acusado M.R.G. si bien en el primer momento del naufragio saltó el agua y nadó hacia donde se encontraba el Ferry, una vez que se estaba produciendo el salvamento de los supervivientes colaboró en dicha tarea facilitando a algunos los chalecos salvavidas y ayudando a su rescate.»

(...).

Los hechos que han sido juzgados se refieren a un transporte mediante una patera, el día 11 de enero de 1997, que intentaba cruzar el Estrecho de Gibraltar, a bordo de la cual viajaban una serie de personas de nacionalidad marroquí, con la intención de pasar a la península a fin de buscar trabajo en España o en otro país europeo, para lo cual habían pagado entre 12.000 y 30.000 dirhams a los organizadores del

Derecho penal

viaje, entre los cuales se contaban H.A. y K. El Y., perceptores directos de las cantidades entregadas para el viaje, junto al resto de copartícipes, M.R., piloto de la embarcación, P.L.C., taxista de profesión y encargado de la llegada a los inmigrantes para proveer a su posterior traslado a los lugares de destino, y J.A.A.S., que había proporcionado la embarcación denominada patera.

La embarcación había sido modificada para conseguir una mayor capacidad de carga, con lo que se había alterado el punto de gravedad y una disminución de su capacidad de adrizamiento, rebajando la borda de popa y elevándola en otros tramos de su fuselaje unos veinticinco centímetros, habiendo colocado una plataforma de madera para ocultar bajo ella a los inmigrantes, lo que originó que, al entrar agua, tuvieran que levantar las maderas para respirar, momento en el que naufragó, una vez que M. había decidido ya regresar a Ceuta, saltando todos sus ocupantes al agua, siendo algunos rescatados por el ferry Punta Europa, que lanzó chalecos salvavidas, rescatándose a los naufragos que pudieron, falleciendo, no obstante, ahogados tres de sus ocupantes y desapareciendo siete de ellos.

(...).

El tipo penal aplicado por la Sala sentenciadora dice así: «el que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España».

En primer lugar, y siguiendo a nuestra jurisprudencia, haremos una primera acotación sobre el bien jurídico protegido. El bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores (STS 30 de junio de 2000).

La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1998, se expresa así: «El bien jurídico protegido mediante la

punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Es un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. Para aprovecharse de esta situación y convertirla en inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reprochable explotación».

Una segunda acotación es meramente territorial: «Es irrelevante para la comisión del delito del artículo 313.1 del C. Penal el que el viaje para introducirse en la península se hubiese iniciado en Ceuta, o en cualquier otro punto del continente africano» (Sentencia de 3 de febrero de 1998).

La participación del recurrente consistía en esperar a los inmigrantes en Algeciras para trasladarles a su punto de destino, lo que supone una participación esencial en la operativa diseñada al efecto, e imprescindible en el planeamiento del delito. Recoger a los ciudadanos marroquíes que ilegalmente se transportaba, no puede considerarse como algo auxiliar, sino necesario para la efectividad de la trama delictiva, de ahí que su consideración no puede ser otra que la autoría, ya que el tipo penal utiliza los verbos promover o favorecer la inmigración clandestina de trabajadores a España, y la acentúa con la expresión

«por cualquier medio», que ha desaparecido en el nuevo artículo 318 bis, si bien se ha reforzado con el verbo facilitar, por lo que su estructura es prácticamente similar, abarcando a título de autor a todos los integrantes de la red de entrada ilegal de ciudadanos extranjeros, cualquiera que sea su cometido, salvo supuestos muy excepcionales de aportaciones intrascendentes con auxilio escasamente efectivo o de mínima colaboración, que no son ahora objeto de análisis jurídico. En el caso sometido a nuestra consideración, «todos ellos se habían concertado previamente y habían planeado el indicado viaje», lo cual introduce el elemento subjetivo del injusto, dolo sin ninguna exigencia más que el conocimiento de su intervención en la red de traficantes de inmigración clandestina, no requiriendo el tipo penal precio alguno por la operación, aunque normalmente existirá como es lógico, y su participación, en los distintos papeles asumidos, era trascendente para la efectividad de la operación, no pudiendo ser aplicado el artículo 29 del Código penal.

El motivo quinto, por idéntico cauce casacional, considera inaplicable el artículo 63 del Código penal (refiriéndose sin duda al 62), ya que «sostiene esta defensa que el delito nunca llegó a estar consumado sino que tan sólo se trata de un delito intentado». En su desarrollo, el recurrente cita doctrina de esta Sala relativa al tráfico de sustancias estupefacientes, en donde la droga nunca llegó a poder del acusado, pese a esperarla.

Sin embargo, en estudio propio al delito sancionado, la Sentencia de esta Sala de 3 de febrero de 1998 (anteriormente citada), llega a distinta conclusión que la sostenida por el recurrente, ya que es irrelevante que los inmigrantes llegaran a acceder a la península, o no se concluyera la operación por causa de intervención de la policía judicial o por razón de naufragio, como ocurrió en el caso enjuiciado. La doctrina jurisprudencial es concluyente, a pesar de algunas resoluciones que lo han matizado, respecto a la consumación delictiva en el delito contra la salud pública, cuando la operación ha quedado

abortada. En idéntica aplicación normativa, dado los verbos nucleares promover o favorecer «por cualquier medio», la inmigración clandestina de trabajadores a España, la conducta que planea el viaje, capta inmigrantes, cobra las cantidades que se han estipulado, organiza el traslado, proporciona la embarcación, acondiciona ésta para que pueda transportar un número mayor de las previsiones normales en su aforo, con importantes modificaciones que la hacen altamente arriesgada y en condiciones infrahumanas de traslado, contrata a un piloto, y se organiza la llegada en el península para su traslado posterior, son todos ellos actos que entran de lleno en la promoción y favorecimiento de la inmigración clandestina que exige el tipo, y que tiene las barreras anticipadas de protección del bien jurídico, de modo que ha sido consumado, en el caso, cuando ya el viaje ha comenzado y se trunca por el naufragio, trágico final del viaje, con el resultado de tres inmigrantes ahogados y siete de ellos desaparecidos. No es pues necesario para su consumación que el extranjero haya traspasado efectivamente el control de pasaportes, ni que haya logrado entrar clandestinamente en territorio español, sino que basta la promoción o el favorecimiento para que se alcance la consumación del tipo.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda.

Fecha: 6 de septiembre de 2002.

Ponente: D. Javier Arzua Arrugaeta.

Voz: Falsedad en documento oficial. Natural de Pakistán.

Resumen: “El 18 de octubre de 1999 se practicó diligencia de entrada y registro en el domicilio sito en la calle (...) de Barcelona perteneciente al procesado M.A.K. en el que se encontraron, entre otros efectos, un permiso de trabajo y residencia de España a nombre de M.K., NIE (...) sin fotografía del titular, resultando ser una reproducción de un documento auténtico realizada mediante un sistema de impresión planográfico y cumplimentada con sellos en tinta, firmas y caracteres.

Derecho penal

El Sr. D. poseía una carta de identidad y permiso de conducir portugueses con los cuales se identificaba resultando que: 1º Sobre un soporte auténtico de una tarjeta de identidad portuguesa para ciudadano extranjero con número de identificación (...) se había manipulado, colocando la fotografía del procesado y sobre ellas un troquelado que no tenía una exacta continuidad en el soporte del documento y 2º el permiso de conducir portugués con número de identificación (...) y en el que aparecía dicho procesado como titular es totalmente falso por no reunir las características usadas habitualmente en los soportes de documentos auténticos. No consta que dichas alteraciones hubieran sido realizadas en territorio español.

(...).

El delito de falsedad en documento oficial descrito en el fundamento de derecho décimo se acredita por la diligencia de entrada y registro practicada en el domicilio de la calle (...) ya mencionado además del informe pericial emitido en el acto de la vista oral por parte de los miembros de la Guardia Civil números (...) que ratifican su informe (...) y describen la alteración practicada en los mismos términos expuestos por la acusación.

El delito de falsedad en los documentos portugueses descrito en el fundamento de derecho decimo-primeros se acredita por los agentes ya identificados que intervinieron en la detención de su poseedor aparte de que éste no discute dicha posesión. La forma en que se falsearon dichos documentos queda probada por el informe pericial emitido en el acto de la vista oral por parte de los miembros de la Guardia Civil (...) que ratifican su informe (...) en el que se concluye que así como el permiso de conducir es totalmente falso mientras que la tarjeta de identidad ha sido falsificada en la forma ya descrita.

(..).

Se atribuye la comisión del delito de falsedad descrito en el fundamento de derecho décimo y en primer

lugar al procesado M.A.K. pero no hay constancia alguna de que dicho procesado hubiera intervenido en su alteración pues pudo limitarse a su adquisición al falsificador material o a un intermediario: Así si bien de las conversaciones telefónicas se deduce la facilitación por el Sr. A. de diversa documentación a terceras personas de las mismas no hay referencia alguna a estos concretos documentos.

Cabe plantearse también el uso del referido documento por parte de dicho procesado pues aunque esta posibilidad no se corresponde con la cita por la acusación de los arts. 390 y 392 a la hora de calificar los hechos imputados también refieren que el permiso de trabajo y residencia «... estaba destinado a una persona no identificada, facilitando de este modo la operatoria descrita en A) y B)....». Ahora bien no se trata de un uso propio al que se refiere el artículo 393 y que además debería tener por objeto el «perjudicar a otro» ni se puede afirmar que se trate de un acto de colaboración en un uso por parte de tercero en cuanto éste ni siquiera se ha producido de manera que no se puede imputar al Sr. A. la comisión de delito alguno por dicho motivo. En relación con esta falsificación se atribuye al coprocesado Sr. Z. su participación en concepto de autor pero cabe hacer las mismas consideraciones antes expuestas sobre la falta de prueba sobre su intervención con el autor material o su uso personal o a favor de terceros. Por tanto procede absolver a dichos imputados de la acusación formulada contra los mismos como presuntos autores de dicho delito de falsedad en documento oficial.

Finalmente se entiende por la acusación que el procesado Sr. D. debe responder en concepto de autor del delito de falsedad en documento oficial a que se refiere el fundamento de derecho decimoprimeros. Tal como ya se ha dicho no hay duda alguna de la posesión de dichos documentos por parte del Sr. D. habiendo dado éste su propia versión de los hechos en el sentido de que pagó una cantidad a una persona en Portugal para que le «renovase» dicha documentación. Dicha explicación no se sostiene pues la

«renovación» supone haber sido titular de dichos documentos de lo que no hay constancia alguna y cuya prueba no ofrecía mayor dificultad por lo que era evidente que con el mero pago de una cantidad a un conocido –del que ni siquiera se aportan los datos identificativos y su competencia en la tramitación de tales documentos– no es suficiente para ser titular de los mismos. Ahora bien no hay ningún dato que permita excluir que la falsificación se produjo en Portugal tal como afirma dicho procesado de manera que este Tribunal carecería de jurisdicción para conocer de tal hecho de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.3 de la LOPJ por lo que dicho procesado debe ser absuelto.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoquinta.

Fecha: 10 de octubre de 2002.

Recurso de Apelación: 353/2002.

Ponente: D. Adrián Varillas Gómez.

Voz: Delito contra los derechos de los trabajadores. Carencia de permiso de trabajo.

Resumen: La Audiencia Provincial de Madrid considera que está acreditada la comisión del ilícito penal por el acusado y desestima el recurso de apelación interpuesto.

“«Ha quedado debidamente probado y así se declara que el acusado C.M.S., mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando como administrador único y representante legal de la empresa (...), a principios del año 2000 contrató a la súbdita ecuatoriana S.L.C.C. que carecía de permiso de trabajo y de residencia en España, encargándole, sin darle de alta en la Seguridad Social, el cuidado de una mujer enferma a cambio de un salario diario de 3.000 ptas. –y mensual de 90.000 ptas.–; encargo que duró tres días en los que S. no recibió cantidad alguna. Posteriormente la encargó un nuevo servicio consistente en el cuidado de una anciana, lo que S. realizó desde el 11 de febrero de 2000 al 31 de marzo del mismo año. A finales del mes de marzo de 2000

el acusado se ofreció a regularizar la estancia en España de S. para lo que éste le entregó su pasaporte, reteniendo el acusado 25.000 ptas., del sueldo de ésta como gastos de gestión. Dado que el acusado no llevara a cabo la gestión de legalización de S. ni la abonara el primer trabajo realizado le exigió la devolución de la documentación personal entregada, lo que así hizo el acusado quien no devolvió las 25.000 ptas.–retenidas para tal gestión– ni abonó el primer trabajo por la mujer realizado.

Igualmente el acusado contrató por el mismo salario de la anterior a la súbdita ecuatoriana S.N.C. que así mismo carecía de permiso de trabajo y de residencia, encargándole, sin darla de alta en la Seguridad Social, el cuidado de una anciana, lo que hizo S. desde el 11 de marzo de 2000 al 4 de abril del mismo año. Terminado el servicio el acusado retuvo del salario de la mujer 25.000 ptas. –en concepto de gastos de tramitación de su situación en España–, para lo que S. previamente le había entregado su pasaporte y cédula de identidad. Así mismo el acusado solamente abonó el salario de 15 días, por lo que S. le reclamó el pago de los otros 10 días trabajados y como el acusado se negara a ello le requirió para que le devolviera su documentación personal lo que no fue atendido por el acusado aduciendo que la había extraviado.

Así mismo el acusado contrató a finales de 1999 y principios de 2000 a la súbdita colombiana C.O.P.G., sin que haya quedado debidamente determinado los avatares de tal relación laboral.»

(...).

Es característica del tipo la noción de explotación que se favorece desde el momento en que el trabajador extranjero se encuentra en una tesitura comprometida o precaria como lo es la carencia de permiso de trabajo (...).

La jurisprudencia tanto anterior como posterior al actual Código Penal ya lo viene afirmando respecto

Derecho penal

del precepto últimamente citado no sólo en las añejas que se citan en la sentencia apelada sino en otras bien recientes, así la STS de 30 de junio de 2000 proclama que «el llamado derecho penal laboral de los que el tipo que se comenta es elemento central sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores».

Por lo expuesto, al estar acreditada la comisión por el acusado del ilícito penal a él imputado en la presente causa, se confirma la sentencia recurrida, que está ajustada a derecho, así como la graduación punitiva en ella realizada, (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 11 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 779/2001.

Ponente: D. Joaquín Martín Canivell.

Voz: Delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros y detención ilegal. El drama del paso del Estrecho.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería en esta casua contra los mismos seguida por delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y detención ilegal.

“Los procesados B. EL M. e I. EL M., mayores de edad, sin antecedentes penales y de nacionalidad marroquí, en fechas no concretadas de principios del año 2000 acordaron con individuos no identificados residentes en Marruecos el traslado mediante precio de nacionales de aquel país a territorio de la Unión Europea, previo paso o, en su caso estancia en España, eludiendo las disposiciones vigentes en

materia de extranjería. Una vez en Almería, como H.M., que en Marruecos solo pudo abonar una cantidad equivalente a unas 7.000 ptas. carecía de dinero para hacer efectivo el resto del precio del traslado, ascendente a 170.000 ptas., los procesados B. e I. le condujeron a una casa ubicada en un paraje desconocido, donde confinado y privado de libertad, le tuvieron encerrado por espacio de unas tres semanas, siempre vigilado por B.; exigiéndole que realizara varias llamadas telefónicas a sus familiares haciéndoles llegar la necesidad de recibir inmediatamente la cantidad antes referida pues, de lo contrario, según afirmaban, le matarían y enviarían sus restos a Marruecos en una maleta facturada a nombre de alguno de la familia.

En el presente caso la defensa de los actuales recurrentes solicitó en el escrito en que expresaba sus conclusiones provisionales que, como prueba, se practicaran las solicitadas ya por el Ministerio Fiscal, entre las que se encontraba la testifical de quien se mostraba como habiendo sido víctima del delito que se perseguía. Todas las pruebas solicitadas fueron admitidas por el tribunal, pero respecto al testigo al que el motivo se refiere se informó por la Guardia Civil que su paradero era desconocido, por lo que fue llamado por edictos insertados en periódico oficial, y por lo que, cuando no compareció en el momento del juicio señalado, se procedió a dar lectura a sus declaraciones con lo que se introdujeron las mismas en la vista oral y pudieron haber sido objeto de observaciones por la defensa de estos acusados, limitándose sin embargo su defensa a formular protesta pero sin expresar el contenido de las preguntas que hubiera formulado al incomparecido testigo. Comoquiera que el tribunal de instancia ya había oído entonces los testimonios de los agentes que intervinieron en el descubrimiento de la persona por cuya detención se seguía la causa, y la perspectiva era que no se podría encontrar al desaparecido para otra sesión del juicio, el tribunal acordó prescindir de intentar de nuevo la citación, teniendo por bastante la prueba practicada. En tales circunstancias se observa no hubo ni el quebranta-

miento de forma denunciado, ni el perjuicio para la defensa de los acusados, que el motivo señala, por lo que procede su desestimación.

(...).

Dicen los recurrentes que siempre han negado haber ido a Algeciras a buscar a su connacional para traerle a Almería, que no ha contado el tribunal que dictó la sentencia con el testimonio del supuesto secuestrado y que no es cierto que lo fuera, pues todos los encausados han manifestado que no estaba retenido contra su voluntad, sino que convivía normalmente con todos ellos. Pero, frente a tales alegaciones, se observa que el tribunal que juzgó en la instancia contó con las detalladas declaraciones de los agentes que procedieron a la liberación de H. cuando se encontró a éste encerrado en un cuarto de baño de un cortijo cuya puerta no se podía abrir por el interior, con las de los agentes que recibieron la denuncia, con las del hermano menor de edad del acusado El M., y con las declaraciones detalladas de H. hechas ante el Juez de Instrucción y las del denunciante, que, como H., no pudo ser citado personalmente por desconocerse su paradero, declaraciones las de estos dos últimos que fueron leídas en el juicio oral y que, como en resoluciones de esta Sala se tiene dicho y reiterado, pueden ser admitidas como prueba de cargo cuando es imposible obtener el testimonio directo en juicio oral de quienes antes las habían efectuado. Con tales medios probatorios, cuyos contenidos se complementan para fijar la realidad de los hechos y la participación en ellos de quienes han formulado el presente recurso, es patente que contó el juzgador en la instancia con prueba de cargo suficiente correctamente obtenida y valorada para destruir la presunción de inocencia de estos acusados, por lo que este motivo debe decaer.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 15 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 765/2001.

Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez.

Voz: Delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros.

Resumen: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por infracción de ley interpuesto en la causa seguida contra los recurrentes por delito contra los derechos de los extranjeros.

“La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Condenamos a los acusados A.A. y a M. El H.A., como autores criminalmente responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de cuatro años de prisión y veinticuatro meses de multa con cuota diaria de mil pesetas, a las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y al pago por mitad de las costas procesales. Reclámese del instructor las piezas de responsabilidad civil concluidas con arreglo a Derecho. Y para el cumplimiento de la pena de privación de libertad que le imponemos le abonamos todo el tiempo que han estado en prisión preventiva por esta causa si no le hubiese sido aplicada en otra.

(...).

Se ha denunciado infracción de ley, de las del artículo 849.1º de la Lecrim, por inaplicación de los artículos 16.1º y 62 del Código Penal. Ello porque, se dice, admitida la participación de A.A. en los hechos, éste no habría dado plena realización al supuesto de hecho del artículo 318 bis 2 y 3 del Código Penal.

Pero la objeción es insostenible, pues el recurrente llevó a término la acción típica que se le reprocha, ya que favoreció o facilitó por dinero el tráfico ilegal de personas, en condiciones de riesgo para la vida de éstas, dado el tipo de embarcación y la falta de precauciones imprescindibles (medios de navegación, material de salvamento, etc.), realizando el transporte concertado. En consecuencia, el motivo debe igualmente desestimarse.

Homologación de títulos

Se ha objetado infracción de ley, de las del artículo 849.2º de la Lecrim, por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos que demostrarían la equivocación evidente del juzgador. A tal efecto se señalan: el atestado, las declaraciones de los acusados y las actas de audiencia y la del juicio oral.

Pues bien, como es bien sabido, el atestado al que corresponde la calidad de mera denuncia, cuyo contenido debe ser objeto de prueba, carece de la condición de documento apto para fundar una impugnación como la que se formula (SSTS de 22 de enero y de 28 de septiembre de 1998). Las declaraciones de los acusados son pruebas personales con constancia documental, pero no documentos en sentido técnico; las actas de comparecencia constituyen simples actuaciones procesales sin trascendencia probatoria; y, en fin, el acta del juicio oral es transcripción de las manifestaciones producidas en ese acto, normalmente contradictorias entre sí, puesto que aquélla contiene tanto las de cargo como las de descargo, por lo que carece de aptitud a los efectos de una impugnación como la que se intenta (STS de 1 de abril de 1994). Así, el motivo debe rechazarse.

Desestimamos el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de A.A. y El H.A.M. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de fecha dieciocho de abril de dos mil uno dictada en la causa seguida contra los recurrentes por delito contra los derechos de los extranjeros.”

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a

Fecha: 1 de julio de 2002.

Recurso de Casación: 5680/1996.

Ponente: D. Manuel Goded Miranda.

Voz: Homologación de título de especialista en otorrinolaringología.

Resumen: “Entiende el recurrente infringido el párrafo segundo del artículo 5.6 del Real Decreto 127/1984. Este precepto previene que en el supuesto de que existiesen plazas docentes acreditadas y que no fuesen dotadas económicamente, podrán destinarse estas plazas a la enseñanza de los estudios de especialización para súbditos extranjeros, que recibirán al término de su formación el correspondiente título de especialista, que no tendrá validez profesional en España. El recurrente, que obtuvo su título de especialista en Otorrinolaringología por el procedimiento establecido en la norma transcrita, solicitó, una vez obtenida la nacionalidad española, que se le reexpidiese el título de modo que le autorizase a ejercer la especialidad correspondiente sin limitación alguna, esto es, con validez en España.

El motivo no puede prosperar en cuanto a este punto. A don E. le fue expedido el título el 20 de diciembre de 1988 con la prevención de que se encontraba sujeto a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 5.6 del Real Decreto 127/1984, es decir, con la limitación de que dicho título no tenía validez profesional en España, y se añadió que, aunque después adquiriese la nacionalidad española, no podría quedar alterada la referida limitación. El interesado no interpuso recurso alguno contra el acto administrativo de expedición del título, por lo que no puede ahora pretender su modificación, cuando aceptó y consintió el indicado acto administrativo. Por otra parte, la no alteración de los derechos reconocidos por el título por la adquisición de la nacionalidad española es una consecuencia lógica de la naturaleza del título, ya que está destinado exclusivamente a súbditos extranjeros, sin que quepa formular consideraciones sobre la comparación entre las enseñanzas cursadas para obtener este título y las necesidades para conseguir el título de especialista por medio de las pruebas exigidas por el sistema M.I.R., ya que se trata de dos titulaciones distintas, que en ningún momento resultan equiparables, o suscepi-

bles de equipararse, conforme al ordenamiento, por lo que los efectos de uno y otro título son los que se determinan por las correspondientes normas que los regulan, y no pueden alterarse, después de obtenidos, pretendiendo su equiparación, cuando la limitación del título del recurrente se encontraba determinada con toda claridad en la norma habilitante (el título no tendrá validez profesional en España) y se consignaba con igual claridad en el título expedido.

(...).

El presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución es que las situaciones subjetivas que quieran traerse a comparación sean efectivamente equiparables, como ha declarado reiteradas veces el Tribunal Constitucional (cfr. Sentencias 76/1986 y 148/1986). En el supuesto que analizamos no se cumple esta exigencia, ya que son profundamente diferentes la situación del extranjero que solicita la homologación de un título extranjero, expedido en el país de origen sin limitación en cuanto al ejercicio de la profesión, y la del que obtiene un título en España por un procedimiento especial, aplicable a los súbditos extranjeros residentes en España, que se otorga sometido de antemano a la limitación de que el título no tendrá validez profesional en España, aclarándose al expedirlo que la adquisición de la nacionalidad española por el interesado no alterará dicha limitación. No apreciamos pues infracción del artículo 14 de la Constitución y el motivo, en cuanto a este extremo, debe ser desestimado.

El hecho de que el poseedor del título haya adquirido después la nacionalidad española, y se haya convertido en ciudadano de la Unión Europea, no altera la naturaleza del título cuya eficacia se pretende transformar. El título se concedió a un extranjero, que no era ciudadano de la Unión Europea, en atención a su condición de extranjero, por un procedimiento que le era aplicable por esta razón, y con una eficacia reglada que privaba al título de validez pro-

fesional en España, lo que el interesado conocía. No es, como hemos indicado, un título expedido en favor de un ciudadano de la Unión Europea. La adquisición posterior de esta cualidad no modifica la naturaleza y eficacia del título, al que en consecuencia no son aplicables las normas invocadas en este punto del recurso, lo que determina su desestimación.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a

Fecha: 5 de julio de 2002.

Recurso de Casación: 5636/1997.

Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén.

Voz: Homologación de título de médico especialista en anestesiología. Argentina.

Resumen: “El pronunciamiento de inadmisión que contiene la sentencia aquí recurrida es correcto, y esto hace que los dos primeros motivos de casación no puedan ser acogidos. Viniendo determinada esta conclusión por lo siguiente:

1) El recurrente de casación no cuestiona los datos fácticos que aparecen en la sentencia recurrida sobre la primera solicitud de homologación de noviembre de 1990 y sobre la resolución de 8 de febrero de 1994 que en relación a ella fue dictada, datos que, como antes se expresó, coinciden con lo que se alegó en la demanda.

Lo que sí discute es que pueda apreciarse la existencia de una resolución administrativa firme en la que se le haya denegado la homologación por él pretendida.

2) En esa resolución expresa de 8 de febrero de 1994, dictada sobre la primera petición de homologación, aparece que esa prueba teórico-práctica es exigida por la Administración en aplicación de lo establecido en la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1991, por la que se regula el procedimiento de homologación de títulos extranjeros de Médicos.

Homologación de títulos

3) Ese procedimiento de la OM de 14 de octubre de 1991 tiene como finalidad examinar si hay o no equivalencia entre la formación acreditada por el título extranjero cuya homologación se solicita y la que proporciona el correspondiente título español.

En función del resultado de ese examen el expediente puede finalizar con resoluciones de contenido diferente, pues estas podrán decidir la directa concesión de la homologación (si se aprecia equivalencia entre las formaciones de uno y otro título), o subordinar la homologación a la superación de una prueba teórico-práctica (si no se aprecia equivalencia).

Y el apartado vigésimo de dicha Orden es del siguiente tenor literal: «Contra las resoluciones en materia de homologación a que se refiere la presente Orden, los interesados podrán interponer los recursos administrativos o jurisdiccionales que legalmente procedan».

4) Lo anterior revela que, en los procedimientos tramitados de conformidad a dicha OM de 14 de octubre de 1991, las resoluciones que no accedan a la directa homologación y la condicionen a la superación de esa prueba teórico-práctica, tienen, en lo que se refiere a ese pronunciamiento de denegación de la automática homologación, el carácter de resolución final, y son susceptibles, primero, de recurso administrativo, y ulteriormente de recurso jurisdiccional.

5) Y si la resolución es consentida por no haber sido recurrida en tiempo legal, a esa denegación de la homologación automática habrá de atribuírsele la consideración de pronunciamiento administrativo firme.

6) Es por ello acertada la inadmisión del recurso contencioso administrativo declarada por la sentencia recurrida, ya que efectivamente el acto presunto directamente impugnado en el proceso de instancia debe ser considerado una confirmación de esa resolución expresa firme que anteriormente

había dictado la Administración sobre la primera petición de homologación.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a

Fecha: 10 de julio de 2002.

Recurso de Casación: 5521/1997.

Ponente: D. Ramón Trillo Torres.

Voz: Homologación de título de odontólogo extranjero. Exigencia de control de equivalencia. Directivas comunitarias.

Resumen: “Por lo que respecta al fondo de la cuestión planteada, una reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, que se contiene en las Sentencias que cita el Abogado del Estado y en otras como las de 4 de julio y 4 de octubre de 2000 y 16 de octubre de 2001, que también se remiten a otras anteriores, ha venido a declarar que el Convenio cuya interpretación interesa, aquí el de 27 de enero de 1953, se enmarca dentro de una profusa legislación entre las que destacan las siguientes normas:

1.^a La Ley 10/1986, de 17 de marzo, que regula la profesión de Odontólogo y las de otros profesionales relacionados con la salud dental, y reconoce las siguientes profesiones: la de Odontólogo (artículo primero), la de Protésico dental (artículo segundo) y la de Higienista dental (artículo tercero).

2.^a Los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria; el artículo primero y la disposición final primera de la Ley 10/1986, de 17 de marzo citada, y el Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, por el que se crea el título oficial de Licenciado en Odontología, que exigen para ejercer actualmente en España la profesión de Odontólogo el título Universitario de Licenciado en Odontología, título para cuya obtención se precisan unos conocimientos sustancialmente distintos a los requeridos para la adquisición del antiguo título de Odontólogo cuyas enseñanzas dejaron de impartirse en el año 1948.

3ª Las Directivas Comunitarias sobre la materia de Odontología (Directivas 78/686/CEE, 78/687/CEE, 78/688/CEE, 81/1057/CEE y concordantes), que imponen que en todos los Estados miembros de la Unión Europea, y, por lo tanto, en España, la profesión de Odontólogo cumpla las exigencias de conocimientos cualificados y contrastados por la autoridad académica competente en cada uno de ellos.

Reiteradas sentencias de esta Sala vienen a declarar que el título de Odontólogo expedido en la República Dominicana no puede ser homologado al título actual de Licenciado en Odontología español, acorde ya con las Directivas Comunitarias y normas españolas de adaptación al Derecho Comunitario, cuando no existe la necesaria equivalencia, y por otra parte, que habiendo dejado de impartirse en 1948 las enseñanzas del viejo título de Odontólogo, tampoco puede aceptarse la homologación a este título, aunque nada impide que la homologación (naturalmente al título español actual de Licenciado en Odontología) quede supeditada a la superación de una prueba de conjunto, tal como se ha pronunciado ya esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 21 de enero de 1997, 28 de enero de 1997, 01 de abril de 1998 y 6 de abril de 2000, en cuyo único particular la sentencia se ajusta a Derecho.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a

Fecha: 10 de julio de 2002.

Recurso de Casación: 5423/1997.

Ponente: D. Ramón Trillo Torres.

Voz: Homologación de título de odontólogo extranjero. Exigencia de control de equivalencia. Directivas comunitarias.

Resumen: “El único motivo articulado por el Abogado del Estado, amparado en el número 4º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, alega que la sentencia ha incurrido en infracción del artículo 3 del Convenio Cultural entre España y la República Dominicana de 27 de enero de 1953, en relación con

la jurisprudencia de la Sala que se cita. Entiende el Abogado del Estado que la única homologación procedente es al título actual de licenciado en odontología, y no al antiguo título de 1948, pero en todo caso supeditada a la superación de una prueba de conjunto.

(...).

1ª La Ley 10/1986, de 17 de marzo, que regula la profesión de Odontólogo y las de otros profesionales relacionados con la salud dental, y reconoce las siguientes profesiones: la de Odontólogo (artículo primero), la de Protésico dental (artículo segundo) y la de Higienista dental (artículo tercero).

2ª Los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria; el artículo primero y la disposición final primera de la Ley 10/1986, de 17 de marzo citada, y el Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, por el que se crea el título oficial de Licenciado en Odontología, que exigen para ejercer actualmente en España la profesión de Odontólogo el título Universitario de Licenciado en Odontología, título para cuya obtención se precisan unos conocimientos sustancialmente distintos a los requeridos para la adquisición del antiguo título de Odontólogo cuyas enseñanzas dejaron de impartirse en el año 1948.

3ª Las Directivas Comunitarias sobre la materia de Odontología (Directivas 78/686/CEE, 78/687/CEE, 78/688/CEE, 81/1057/CEE y concordantes), que imponen que en todos los Estados miembros de la Unión Europea, y, por lo tanto, en España, la profesión de Odontólogo cumpla las exigencias de conocimientos cualificados y contrastados por la autoridad académica competente en cada uno de ellos.

La Ley 10/1986 impone taxativamente en su disposición final primera y en el artículo 1º que para ejercer la profesión de Odontólogo se requiere el título universitario de Licenciado, y el apartado 4 de este artículo dispone que «La titulación, planes de estu-

Homologación de títulos

dio, régimen de formación y especialización de los Odontólogos se acomodarán a los contenidos, niveles y directrices establecidos en las normas de la Comunidad Económica Europea» y el Real Decreto 970/1986 estableció las directrices generales para la obtención del título, ajustándose a los requisitos de formación exigidos por las Directivas del Consejo de la Unión Europea, por lo que, producida en 1990 la definitiva implantación en las Universidades españolas de los estudios destinados a obtener el título de Licenciado en Odontología conforme a las Directivas comunitarias, la habilitación para ejercer la profesión debe quedar sometida a las reglas y reglamentaciones del País de establecimiento, entre las que deben incluirse los conocimientos y experiencia clínica exigidos para la obtención del título de Licenciado en Odontología en España.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a

Fecha: 30 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 5525/1997.

Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén.

Voz: Homologación de título. Odontólogo. Argentina.

Resumen: Odontólogo. Argentina. Falta de equivalencia directa de los títulos español y argentino. Se condiciona la homologación a la realización de una prueba de conjunto.

“Don O.R.N. solicitó que su título de Odontólogo, expedido en la Universidad Nacional de Tucumán, en la República Argentina, fuese homologado al título español de Licenciado en Odontología.

La resolución de 25 de septiembre de 1992 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia acordó la homologación solicitada condicionada a la superación de una prueba de conjunto, y en ella se hacía constar que se había emitido propuesta en ese sentido por la Comisión Académica del Consejo de Universidades «dado que en el

currículum se aprecian carencias en materias fundamentales del plan de estudios español, (...)».

(...).

Los razonamientos que el tribunal de instancia realiza sobre la homologación y la solución que sobre ella adopta no se ajustan a cuanto ha quedado expuesto en esta sentencia, ni a la jurisprudencia que se cita en los fundamentos precedentes.

Y, visto el planteamiento que efectúa el Abogado del Estado, su motivo de casación alegado merece prosperar por lo que continúa:

1) Porque no es ya posible la homologación con el viejo título de odontólogo cuyas enseñanzas dejaron de impartirse en España en 1948.

2) Porque, en lo que se refiere al artículo 2º del Convenio Cultural de 23 de marzo de 1971, celebrado entre España y la República Argentina, es de aplicación lo que se declara en esa doctrina jurisprudencial de que se viene hablando: que para su interpretación y aplicación no puede ya prescindirse de la normativa interna, acorde con esas Directivas Comunitarias a que también se ha hecho referencia; y que esto determina que la Administración, para decidir la homologación solicitada, tenga que realizar un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar.

3) Porque el título de Odontólogo obtenido por el recurrente en la instancia en la República Argentina no es equivalente al nuevo título de Odontólogo al que se refieren la Ley 10/1986, de 17 de marzo, y el Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, que cumplen lo dispuesto en la Directiva 78/686/CEE, de 25 de julio.

Las carencias señaladas en el Informe del Consejo de Universidades al que se refiere la resolución administrativa que es objeto de controversia en este proceso revelan que los estudios españoles que permi-

ten acceder a la obtención del título de Licenciado en Odontología para ejercer la profesión de Odontólogo son estudios superiores a los exigidos para la obtención del mencionado título de Odontólogo expedido en Argentina.

La parte actora en el proceso de instancia, y que ha comparecido como recurrida en la actual fase de casación, tanto en su demanda formalizada ante el tribunal *a quo*, como en el escrito de oposición presentado en esta casación, ha efectuado alegaciones dirigidas principalmente a intentar sostener estas dos tesis que siguen. Por un lado, que el Convenio suscrito entre España y Argentina significa que las partes que lo suscribieron quisieron reconocer la equivalencia de los títulos otorgados por sus respectivas Universidades. Por otro lado, que esa falta de equivalencia entre las formaciones correspondientes a uno y otro título, que fue apreciada en la vía administrativa, no está debidamente justificada.

(...).

Pues bien, esa equivalencia que pretende derivarse directamente del Convenio existente entre España y Argentina no puede ser compartida por todo lo que antes se ha razonado.”

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a

Fecha: 5 de octubre de 2002.

Recurso de Casación: 5039/1998.

Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate.

Voz: Solicitud de nacionalidad española. Buena conducta cívica. Antecedentes penales.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. Valoración de la justificación de la buena conducta cívica. Es el interesado quien debe acreditar en el expediente su concurrencia. Se trata de un concepto jurídico indeterminado sobre el que se ha de informar al Ministerio del Interior y se encuentra sometido a control jurisdiccional a efectos de enjuiciar si se ha adoptado la solución justa del caso. La existencia de unos antecedentes penales cancelados por rehabilitación no son necesariamente determinantes de la ausencia de buena conducta cívica. Recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1996, de 11 de noviembre, según la cual la apreciación de una falta de buena conducta como consecuencia de unos antecedentes penales cancelados por rehabilitación puede suponer una infracción del principio constitucional de legalidad de la pena y de la finalidad de la misma.

“En el único motivo de casación que alega el Abogado del Estado se invoca la conculcación por la Sala de instancia de lo establecido por el apartado cuarto del artículo 22 del Código Civil, en relación con los artículos 221 y 222 del Reglamento del Registro civil, dado que, en contra del parecer de aquélla, no concurre en el ahora recurrido el requisito de la buena conducta cívica al haber sido condenado por un delito, lo que llevó al Ministerio del Interior a informar que el peticionario de la nacionalidad española por residencia no observaba dicha buena conducta, a pesar de haber sido cancelados sus antecedentes penales.

Este motivo de casación no puede prosperar porque, como con toda corrección observa el Tribunal *a quo* en la sentencia recurrida, independientemente de que hayan sido o podido ser cancelados los antecedentes penales o policiales, lo que interesa es tener en cuenta todos los indicadores de la conducta cívica del sujeto a fin de calificar la misma, entre cuyos factores ciertamente se deben tener en cuenta tales antecedentes, pero también otras circunstancias concurrentes en el solicitante de la nacionalidad española, como son el tiempo en que se dictó

Nacionalidad

la condena, la tipificación delictiva, el modo como ocurrió el hecho punible, y la situación familiar o profesional de aquél durante el tiempo de su residencia en territorio español, lo que la Sala de instancia ha ponderado conjuntamente para llegar a la conclusión de que en el peticionario de la nacionalidad española, becario, casado con española subsistente el matrimonio, contratado como intérprete por la propia Administración, concurre el requisito de la buena conducta cívica, en contra de lo informado por los servicios del Ministerio del Interior, que no esgrime otra razón para oponerse a ella que la existencia de una antigua condena penal, cuyos antecedentes fueron cancelados.

Contrariamente a la tesis sustentada por el Abogado del Estado, el artículo 22, aparato 4, del Código civil, no requiere «haber tenido antes» un comportamiento social intachable sino que exige «justificar buena conducta cívica», lo que no presupone que al solicitante de la nacionalidad española le sea exigible demostrar que a lo largo de toda su existencia haya tenido permanentemente un comportamiento ejemplar, sino que debe acreditar cumplidamente que observa un correcto comportamiento cívico, y en este caso la Sala de instancia ha declarado probado, después de valorar todas las pruebas aportadas, que existe, con abstracción de que en el año 1990 fuese condenado por un delito contra la salud pública, pues, como acertadamente se recoge en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida, los antecedentes policiales y penales, con independencia de su cancelación, son meramente un indicador cualificado de la conducta de un ciudadano, sin que puedan ser, por sí solos, un obstáculo para la concesión de la nacionalidad española si queda suficientemente demostrado por las demás pruebas practicadas que el solicitante observa una buena conducta cívica, como sucede en este caso y explica perfectamente el Tribunal *a quo* en el fundamento jurídico que antes hemos transcrito de su sentencia.

(...).

Esta Sala del Tribunal Supremo ha recordado, entre otras, en sus Sentencias de 16 de marzo, 25 de octubre de 1999 y 19 de diciembre de 2000, que es jurisprudencia consolidada la que declara que la cancelación de los antecedentes penales impide que las conductas que determinaron los mismos puedan ser tenidas en cuenta para denegar permisos administrativos o licencias necesarios para el ejercicio de actividades que requieran que el solicitante cumpla el requisito de buena conducta, y en esas mismas sentencias se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en su Sentencia 174/1996, de 11 de noviembre, según la cual la apreciación de una falta de buena conducta como consecuencia de unos antecedentes penales cancelados por rehabilitación puede suponer una infracción del principio constitucional de legalidad de la pena y de la finalidad de la misma.

Aunque la cancelación de los antecedentes penales no sea suficiente para tener por acreditado el requisito de la buena conducta cívica, la Sala de instancia ha declarado, una vez valoradas todas las pruebas practicadas, que ha quedado positiva y suficientemente justificada, con posterioridad a los hechos por los que fue condenado en Sentencia de 30 de enero de 1990, una buena conducta cívica, (...).

De los argumentos esgrimidos por el Abogado del Estado al articular su recurso de casación se deduciría que la nacionalidad no es un auténtico estado civil, lo que contradice la doctrina jurisprudencial recogida en nuestras Sentencias de 24 de abril, 9 de junio, 19 de junio, 25 de octubre de 1999, 7 de octubre y 19 de diciembre de 2000, según la cual la nacionalidad define el estado civil por más que tenga una doble dimensión al ser un título para formar parte de la organización del Estado y además una cualidad como perteneciente a una comunidad, configurando el primero su aspecto público y la segunda el privado, sin que por ello quepa escindir su verdadera naturaleza jurídica de estado civil, decisivo para la posición jurídica de la persona, por lo que su adquisición por residencia no puede con-

fundirse con la que se lleva a cabo por carta de naturaleza, pues mientras ésta constituye un genuino derecho de gracia, en que el requisito de la solicitud tiene el significado de ocasión o motivo pero no de causa jurídica de la misma, la adquisición por residencia no puede concederse o denegarse sino cuando concurren las circunstancias legalmente previstas, de manera que no se trata de una concesión *stricto sensu* sino de un reconocimiento por concurrir al efecto los requisitos exigibles, aunque pueda denegarse por motivos de orden público o de interés nacional suficientemente razonados, argumento que, unido a los anteriores, conlleva la desestimación del único motivo de casación aducido por el Abogado del Estado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a

Fecha: 12 de noviembre de 2002.

Recurso de Casación: 4857/1998.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Solicitud de nacionalidad española. Buena conducta cívica. Antecedentes penales. Dominicana casada con español.

Resumen: “(...) El concepto jurídico indeterminado «buena conducta cívica» debe ser valorado por la Administración y, en su caso, por el órgano jurisdiccional que conozca de la materia en vía de recurso contencioso, como un requisito exigible para la concesión de la nacionalidad española que debe ser apreciado mediante el examen de la trayectoria personal del demandante de la nacionalidad, considerando aquélla en su conjunto y en modo alguno en relación a un período de tiempo predeterminado. La tesis del recurrente conduce al absurdo de sostener que a un individuo de mala conducta habitual y, aún más, perteneciente a una organización criminal, que se encuentre en alguno de los supuestos del artículo 22.2 le bastaría permanecer legalmente en España durante un año observando buena conducta para obtener la nacionalidad española, lo que

supondría olvidar que, como dice la Sentencia de 16 de marzo de 1999, es necesario distinguir el supuesto de concesión de nacionalidad de aquellos otros en que se solicite el reconocimiento de un derecho subjetivo, ya que la concesión de nacionalidad es un estado de manifestación de la soberanía de un Estado. [párrafo primero]. El supuesto a que se refiere el artículo 22 del Código Civil, la concesión de nacionalidad, es harto distinto del mero reconocimiento de un derecho.

En efecto, esta Sala, cuando afirma que los antecedentes penales cancelados no pueden determinar *per se* el incumplimiento del requisito de buena conducta exigido para poder obtener determinadas autorizaciones o licencias administrativas para el ejercicio de determinados derechos, como puede ser la concesión de permiso de armas para el ejercicio de la caza, se está refiriendo a que no puede ser limitado a un ciudadano español o residente legalmente en España, el ejercicio de los derechos reconocidos en las Leyes por unos antecedentes penales cancelados y que por tanto no existen en el mundo jurídico, dado que la cancelación implica su eliminación a todos los efectos. Estamos pues ante supuestos de ejercicio de derechos.

(...).

(...) no nos encontramos ante un simple supuesto de limitación en el ejercicio de un derecho, no cabe en modo alguno afirmar que la obtención de la nacionalidad por residencia sea un derecho subjetivo, estamos más ante un acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado que conlleva el otorgamiento de una cualidad que lleva implícita un conjunto de derechos y obligaciones, otorgamiento en todo caso condicionado al cumplimiento por el solicitante de unos determinados requisitos, y que, conforme al artículo 21 del Código Civil, puede ser denegado por motivos de orden público o interés nacional [párrafo quinto]. En segundo lugar, el artículo 22 del Código Civil establece como uno de esos requisitos que

Nacionalidad

el solicitante acredite positivamente la observancia de buena conducta cívica, es decir, no basta que no exista constancia en los registros públicos de actividades merecedoras de consecuencias sancionadoras penales o administrativas que *per se* impliquen mala conducta, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta, durante el tiempo de residencia en España y aun antes, ha sido 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, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/87 antes citada [párrafo sexto]. El concepto «buena conducta cívica» se integra por la apreciación singular del interés público conforme a unos criterios, preferentemente políticos marcados explícita o implícitamente por el legislador, (por lo que) el actuar de la Sala *a quo* es conforme a Derecho al denegar al peticionario extranjero la concesión de la nacionalidad, en base a los hechos por él admitidos, pues, como queda dicho, al ser la nacionalidad española el sustrato y fundamento necesario para el ejercicio pleno de los derechos políticos, es dable exigir al sujeto solicitante, a consecuencia del «plus» que contiene el acto de su otorgamiento enmarcable dentro de los «actos favorables al administrado», un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el concepto de bondad que el precepto salvaguarda, como exigencia específica determinante de la concesión de la nacionalidad española.

(...).

Así las cosas, importa llamar la atención sobre algo que no debemos perder de vista, por más que su evidencia no admite duda: el diferente estatus de que resulta dotado quien adquiere el derecho de resi-

dencia y el que adquiere la nacionalidad por residencia, diferencia que necesariamente tiene que traducirse en un mayor rigor a la hora de valorar si concurren o no los requisitos para adquirir la condición de nacional español. Precisamente porque –como viene manteniendo la línea jurisprudencial (...), la adquisición de la nacionalidad supone un plus respecto de la mera adquisición del derecho de residencia.

Es desde esta perspectiva desde donde hay que abordar la solución del problema que nos ocupa, pues el concepto jurídico indeterminado que utiliza el artículo 22.4 del Código Civil ha de ponerse en relación con ese otro que como parámetro interpretativo –nada menos– establece el Código Civil en su artículo 3.1: «la realidad social del tiempo en que la norma ha de aplicarse», parámetro cuya descripción se completa con una especie de cláusula de cierre del precepto o, si se prefiere, de criterio general o común para la utilización de esa y de los otros parámetros que establece: «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» (aspecto éste, el de la finalidad de la norma, que subraya la citada Sentencia de 19 de septiembre de 1988, de la Sala de lo civil).

(...), la propia recurrente admite que tiempo atrás ha desarrollado conductas que fueron constitutivas de delito y que dieron lugar a antecedentes no sólo policiales sino también penales, los cuales, sin embargo, fueron ya cancelados. Conductas por cierto distintas a las que originaron el proceso penal, en que figuró como procesada por delito relativo a la prostitución, pues –como ha quedado dicho– el único condenado fue su esposo, siendo ella absuelta porque –no se ha probado que en tales hechos, tuvieran intervención– ni ella ni el otro procesado.

Reconocido esto por la parte recurrente –precisamente en el recurso de casación que estamos conociendo– es claro que este dato no puede ser dejado de lado por nuestra Sala, porque la carga de

probar su buena conducta cívica corresponde al solicitante (artículo 22.4 del Código Civil), y porque, según la jurisprudencia de nuestra Sala que citábamos al comienzo (...) el reconocimiento de la nacionalidad –para el caso, su adquisición por residencia– comprende aspectos que trascienden el orden penal, en razón al plus que confiere su otorgamiento.

Y como en este argumento parece situarse la clave de bóveda del recurso de casación elaborado por el letrado de la señora S., importa subrayar que si se le ha denegado su solicitud de concesión de la nacionalidad española es únicamente en atención a su peripecia personal, que al margen de la no vigencia de esos antecedentes penales ni policiales de la interesada que quedan consignados más arriba y que –como decimos– no pueden ser dejados de lado, lleven al convencimiento de que la solicitante no cumple ese requisito –verdaderamente determinante– de la «buena conducta cívica» que exige el artículo 22 del Código Civil, cuyo sentido hemos precisado en los apartados precedentes de este mismo fundamento.

(...).

Es patente que no estamos ante una sanción impuesta a la recurrente sino ante la denegación de su solicitud de que se le conceda la nacionalidad española, denegación que responde a que en la solicitante no concurre uno de los requisitos que la ley exige: buena conducta cívica.

(...).

Una última consideración resta por hacer –aunque este argumento no se maneja por la recurrente–: la incidencia en el problema de la condición de hispano americana de la solicitante, ciudadana dominicana. El convenio de doble nacionalidad con la República Dominicana es de 15 de marzo de 1968, ratificado por Instrumento de 16 de diciembre de 1968.

(...).

Como es sabido, la regla general es que para adquirir la nacionalidad española es necesario que el solicitante renuncie a su anterior nacionalidad [artículo 23.b)]. Pero de esta regla se exceptúan los naturales de los países mencionados en el artículo 24.2, supuesto en el que estaría incluida la solicitante. Y por eso la Dirección General de los Registros y el Notariado, en la citada resolución dice: «El legislador español, partiendo del principio constitucional de compatibilidad entre la ciudadanía española de origen y la de ciertos países particularmente vinculados con España, ha querido facilitar la adquisición de las respectivas nacionalidades con exención del requisito de la renuncia a la nacionalidad anterior de origen, si se trata de la de alguno de ese grupo de países, es decir países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal». En idéntico sentido la Resolución de 31 de mayo de 1993 (...).

Esto quiere decir, y dice, que para que el privilegio que el Código Civil reconoce a los ciudadanos hispano americanos quede a salvo basta con que se le permita conservar su nacionalidad, y es evidente que en el caso que nos ocupa no se le ha impuesto la obligación de renunciar a su nacionalidad dominicana. Pero, una vez respetado esto, el que proceda o no conceder la nacionalidad dependerá de que se den o no los requisitos que exige la legislación española, apreciación que corresponde hacer a los Tribunales de justicia, los cuales deben evitar el empleo de una interpretación amplia, según tiene declarado –con relación al procedimiento del artículo 22.2 letra d)– la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Es claro, por tanto, que tampoco por esta vía cabe dar una interpretación laxa al artículo 22 del Código Civil. Y es que lo decimos una vez más con palabras de la Sentencia citada de 19 de septiembre de 1988, hay que evitar «la apertura de un peligroso y siempre recusable portillo al fraude de ley».”

Régimen comunitario

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Primera.

Fecha: 3 de octubre de 2002.

Asunto: C-347/00.

Ponente: D. M. Walthelet.

Voz: Liquidación de derechos a pensión. Periodos de cotización ficticios.

Resumen: «Al estimar que la resolución del litigio principal requiere la interpretación del Derecho comunitario aplicable, el Juzgado de lo Social nº 3 de Orense decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las dos cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse la disposición contenida en el artículo 1, letras r) y s), [del Reglamento nº 1408/71] en el sentido de que también tienen la consideración legal de periodos de seguro aquellos periodos de cotización equivalente no efectiva, que la legislación nacional de un Estado miembro admite como computable a los efectos de determinar el número de años de cotización, de los que depende la cuantía de la pensión de vejez regulada en su propia legislación?

2) Para el caso de que se hubiese contestado afirmativamente a la primera cuestión, ¿debe interpretarse la disposición contenida en el artículo 46, apartado 2, letra b), (del mismo Reglamento) en el sentido de que la duración de los periodos de seguro o de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con la legislación que aplique la institución competente de un Estado miembro comprende también aquellos periodos de cotización ficticia correspondiente a periodos anteriores a la fecha del hecho causante, que, según la legislación de dicho Estado miembro, hayan de ser computados como periodos de cotización a los efectos de determinar la cuantía de la pensión de vejez?».

Sobre la primera cuestión:

(...).

La expresión «periodos de seguro», (...), «designa los periodos de cotización, empleo o de actividad por cuenta propia, tales como se definen o admiten como periodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran como cubiertos, así como todos los periodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los periodos de seguro».

Por consiguiente, dicha definición abarca los periodos de seguro determinados exclusivamente con arreglo a la legislación nacional y, en especial, los periodos asimilados por ésta a los periodos de seguro, (...).

(...).

En estas circunstancias, procede calificar los periodos de bonificación controvertidos en el litigio principal de periodos de seguro en el sentido del artículo 1, letra r), del Reglamento nº 1408/71.

En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, letra r), del Reglamento nº 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que los periodos de bonificación como los previstos en la legislación española, que se atribuyen, en el marco de la liquidación de los derechos a pensión, para tener en cuenta derechos causados conforme a anteriores regímenes de seguro de vejez, ya derogados, deben considerarse periodos de seguro conforme a dicho Reglamento.

Sobre la segunda cuestión:

(...).

En consecuencia, procede considerar que, en un caso como el del asunto principal, en que los periodos de bonificación reconocidos por la legislación

nacional aplicable son anteriores al hecho causante, estos períodos deben incluirse no sólo en el cálculo de la cuantía teórica, (...), sino también en el cálculo del importe efectivo de la prestación, como indica expresamente, por otra parte, la expresión «períodos de seguro [...] cumplidos antes de la fecha del hecho causante» que aparece en el artículo 46, apartado 2, letra b), del mismo Reglamento (...).

Dicha circunstancia implica que, para el cálculo del importe efectivo, han de tenerse en cuenta todos los períodos de cotización ficticia, como los períodos de bonificación controvertidos en el litigio principal, anteriores al hecho causante, que se añadan a los períodos de seguro real o asimilados en virtud de la legislación que aplique la institución competente.

(...).

En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 46, apartado 2, letra b), del Reglamento nº 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que los períodos de bonificación como los previstos en la legislación española, que se atribuyen, en el marco de la liquidación de los derechos a pensión, para tener en cuenta derechos causados conforme a anteriores regímenes de seguro de vejez, ya derogados, deben tomarse en consideración en el cálculo del importe efectivo de la pensión.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 7 de noviembre de 2002.

Asunto: C-333/00.

Ponente: D. N. Colneric.

Voz: Prestaciones familiares. Requisito de residencia del hijo.

Resumen: “Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide, en esencia, que se dilucide si un subsidio como el subsidio por guarda de un hijo a domicilio, que es objeto del litigio prin-

cipal, puede considerarse como una prestación familiar en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra h), del Reglamento nº 1408/71.

Una prestación como el subsidio por guarda de un hijo a domicilio, controvertido en el asunto principal, cumple este requisito: las disposiciones relativas a la concesión de dicho subsidio confieren a los beneficiarios un derecho legalmente definido y la cantidad básica, al igual que el complemento de custodia, se conceden automáticamente a aquellas personas que cumplan determinados criterios objetivos, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales.

Bien es verdad que una de las finalidades de la Ley sobre el subsidio por guarda de un hijo a domicilio es organizar la custodia de los hijos. Sin embargo, de la resolución de remisión se desprende que el subsidio por guarda de un hijo a domicilio tiene también la finalidad de compensar los gastos de custodia y de educación y, de esta forma, aligerar las cargas financieras. Por consiguiente, existe una estrecha conexión entre las cargas familiares y el subsidio controvertido en el asunto principal, de forma que una prestación como el subsidio por guarda de un hijo a domicilio debe reputarse una prestación familiar en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra h), del Reglamento nº 1408/71.

En segundo lugar, el Gobierno finlandés alega que corresponde al municipio en cuyo territorio reside la familia prever las plazas en una guardería pública y cargar con el coste del subsidio por guarda de un hijo a domicilio abonado a los padres. Dado que el derecho a una plaza en una guardería pública está sujeto a un requisito de residencia, también la concesión del subsidio debe estar supeditada a este requisito.

Sobre este particular, basta señalar que el derecho al subsidio por guarda de un hijo a domicilio no está supeditado en modo alguno a la falta de plazas en una guardería pública y tampoco depende de una

Régimen comunitario

solicitud anterior encaminada a conseguir una de estas plazas. El propio Gobierno finlandés reconoció durante la vista que los padres tienen libertad para optar entre una plaza en una guardería pública y la percepción del subsidio por guarda del hijo a domicilio.

Procede, pues, responder a la primera cuestión que una prestación como el subsidio por guarda de un hijo a domicilio previsto por la Ley sobre el subsidio por guarda de un hijo a domicilio constituye una prestación familiar en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra h), del Reglamento nº 1408/71.

Sobre la segunda cuestión:

Conforme al artículo 14, punto 1, letra a) del Reglamento nº 1408/71, un trabajador desplazado quedará sujeto a la legislación del Estado en el cual residen normalmente él y su familia –en el asunto principal la legislación finlandesa– a condición de que la duración previsible del trabajo que haya de efectuarse no exceda de doce meses.

Según el artículo 73 del Reglamento nº 1408/71, el trabajador por cuenta ajena que esté sometido a la legislación de un Estado miembro tendrá derecho, para los miembros de su familia que residan en el territorio de otro Estado miembro, a las prestaciones familiares previstas por la legislación del primer Estado, como si residieran en el territorio de éste.

La circunstancia de que un progenitor, como la demandante en el asunto principal, no pueda ya optar por enviar a su hijo a una guardería municipal no desvirtúa esta conclusión. En efecto, según se señaló en el apartado 28 de la presente sentencia, los padres son libres para optar entre enviar a sus hijos a una guardería pública y percibir el subsidio por guarda de un hijo a domicilio.

A la vista de todo lo anterior, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 73 del Reglamento nº 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que,

si la concesión de una prestación como el subsidio por guarda de un hijo a domicilio, controvertido en el asunto principal, depende de la residencia efectiva del hijo en el territorio del Estado miembro competente, debe considerarse cumplido este requisito cuando el hijo reside en el territorio de otro Estado miembro.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 26 de noviembre de 2002.

Asunto: C-100/01.

Ponente: D. P. Jann.

Voz: Desplazamientos y Derecho de Residencia. Medidas de policía que limitan a una parte del territorio nacional el derecho de residencia de un nacional de otro Estado miembro.

Resumen: “(...) es necesario examinar si el artículo 48 del Tratado se opone a que un Estado miembro adopte, respecto a un trabajador migrante nacional de otro Estado miembro, medidas de policía administrativa que limiten el derecho de residencia de dicho trabajador migrante a una parte del territorio nacional.

(...) del tenor literal del artículo 48, apartado 3, del Tratado no resulta que las limitaciones de la libre circulación de los trabajadores justificadas por razones de orden público deban tener siempre el mismo alcance territorial que los derechos que confiere dicha disposición. Por otra parte, el Derecho derivado no se opone a esta interpretación. En efecto, aunque el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 68/360 exige que el permiso de residencia sea válido para todo el territorio del Estado miembro que lo expide, el artículo 10 de la misma Directiva permite introducir excepciones a dicha disposición, en particular por razones de orden público.

(...).

El Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que las reservas contenidas en el artículo

48 del Tratado y en el artículo 56 del Tratado CE (actualmente artículo 46 de la CE, tras su modificación) permiten a los Estados miembros adoptar, con respecto a los nacionales de los demás Estados miembros, especialmente por razones de orden público, medidas que no podrían aplicar a sus propios nacionales, en el sentido de que no pueden expulsar a éstos del territorio nacional ni prohibirle el acceso a él (...).

En situaciones en las que pueden aplicarse a los nacionales de los demás Estados miembros medidas de expulsión o de prohibición de residencia, también pueden imponerse a aquéllos medidas menos severas que constituyan restricciones parciales de su derecho de residencia, justificadas por razones de orden público, sin que sea necesario que el Estado miembro de que se trate pueda aplicar medidas idénticas a sus propios nacionales.

No obstante, procede recordar que un Estado miembro no puede, amparándose en la reserva de orden público contenida en los artículos 48 y 56 del Tratado, adoptar frente a un nacional de otro Estado miembro medidas provocadas por un comportamiento que, de ser realizado por los nacionales del primer Estado miembro, no da lugar a medidas represivas o a otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir dicho comportamiento (...).

(...).

(...) ni el artículo 48 del Tratado ni las disposiciones de Derecho derivado que aplican la libertad de circulación de los trabajadores se oponen a que un Estado miembro adopte, respecto a un trabajador migrante nacional de otro Estado miembro, medidas de policía administrativa que limiten el derecho de residencia de dicho trabajador a una parte del territorio nacional, siempre y cuando:

– ello esté justificado por motivos de orden público o de seguridad pública basados en su comportamiento individual,

– de no existir tal posibilidad, dichos motivos sólo puedan llevar, debido a su gravedad, a una medida de prohibición de residencia o de expulsión respecto a todo el territorio nacional,

– y el comportamiento que el Estado miembro interesado quiere evitar dé lugar, cuando los autores sean sus propios nacionales, a medidas represivas o a otras medidas reales y efectivas destinadas a combatirlo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 9 de enero de 2003.

Asunto: C-257/00.

Ponente: D. P. Jann y A. Rosas.

Voz: Libre circulación de trabajadores. Derecho de residencia. Carácter continuado.

Resumen: “El Sr. G., de nacionalidad portuguesa, entró en el Reino Unido el 15 de abril de 1992 para ejercer una actividad económica en este país como jefe de cocina. Obtuvo un permiso de residencia por un período de cinco años y residió de manera continuada en el Reino Unido hasta el 10 de abril de 1995, fecha en que viajó a la India, donde permaneció durante diez meses.

El 16 de febrero de 1996 el Sr. G. regresó al Reino Unido, acompañado de su esposa, la Sra. G., y de sus tres hijos, V., V. y S.; estos cuatro, nacionales indios, son los demandantes en el procedimiento principal. El Sr. G. estaba en posesión de un permiso de residencia comunitario válido hasta el 21 de julio de 2002, mientras que a los miembros de su familia se les había expedido un permiso de residencia familiar EEE (...).

El 11 de noviembre de 1997, el Sr. G. falleció como consecuencia de una insuficiencia renal y una cirrosis crónica, que en el presente caso no fueron consideradas enfermedades profesionales. El *Secretary of State* fue informado de su muerte en junio de 1998.

Régimen comunitario

Los demandantes en el procedimiento principal solicitaron un permiso de residencia de duración indefinida en el Reino Unido, con arreglo al artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 1251/70, invocando el derecho de residencia de los miembros de la familia de un trabajador fallecido. El 21 de agosto de 1998, el *Secretary of State* les denegó el permiso solicitado basándose en que, en la fecha de su fallecimiento, el Sr. G. no satisfacía el criterio de residencia continuada en el Estado miembro de acogida durante un mínimo de dos años, previsto por esta disposición. Según el *Secretary of State*, este período de residencia debe situarse inmediatamente antes de la muerte del trabajador.

Posteriormente, los demandantes en el asunto principal interpusieron un recurso ante el *Immigration Adjudicator* (Reino Unido) que fue desestimado mediante Resolución de 26 de junio de 1999, en razón de que el artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 1251/70 exigía que el Sr. G. hubiera residido en el Reino Unido durante un período continuado de dos años inmediatamente antes de su fallecimiento.

Los demandantes en el procedimiento principal recurrieron esta resolución ante el *Immigration Appeal Tribunal*. En su opinión, el artículo 3, apartado 2, del Reglamento controvertido sólo requería que el Sr. G. hubiera residido de manera continuada en el Reino Unido durante dos años en cualquier momento antes de su muerte. Sostienen así que este requisito se cumplió entre abril de 1992 y abril de 1995.

(...).

El derecho a residir en este Estado, concedido a los miembros de la familia de un trabajador, deriva de los derechos que el artículo 48 del Tratado le confiere a éste. En efecto, el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1251/70 precisa que los miembros de la familia del trabajador que residan con él en el territorio de un Estado miembro, tienen derecho a residir en él a título permanente, si el trabajador ha

adquirido el derecho a residir en el territorio de dicho Estado según lo dispuesto en el artículo 2 del mismo Reglamento.

El fallecimiento del trabajador transforma el derecho de residir de los miembros de su familia en un derecho propio. El artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 1251/70 prevé que, si el trabajador fallece en el curso de su vida laboral y antes de haber adquirido el derecho a residir en el territorio del Estado de acogida, conforme al artículo 2 de dicho Reglamento, los miembros de la familia tendrán derecho a residir en él con carácter permanente a condición de que este trabajador, en la fecha de su fallecimiento, haya residido de manera continuada un mínimo de dos años en el territorio de ese Estado miembro.

Puesto que una interpretación literal de la expresión «un mínimo de dos años», empleada en el artículo 3, apartado 2, primer guión, del Reglamento nº 1251/70 no puede responder unívocamente a la cuestión planteada, procede, a continuación, situar esta noción en su contexto e interpretarla en función del espíritu y de la finalidad de la disposición controvertida.

Es necesario señalar que la interpretación según la cual el período de dos años debe preceder de manera inmediata al fallecimiento del trabajador se ve confirmada por el sistema general del artículo 3 del Reglamento nº 1251/70, en relación con el artículo 4, apartado 1, de la misma norma.

En primer lugar, este período de dos años está expresamente relacionado con la expresión «en la fecha de su fallecimiento». Si pudiera finalizar en cualquier momento del pasado del trabajador, habría sido superfluo establecer esta relación con dicha fecha.

En segundo lugar, el mencionado período de dos años debe ser «continuado». De acuerdo con el artículo 4, apartado 1, del Reglamento nº 1251/70, la

continuidad de la residencia prevista en el artículo 3, apartado 2, primer guión, de esta misma norma, no se verá afectada por ausencias temporales que no excedan, en total, de tres meses por año. De lo anterior resulta, a contrario, que las ausencias más largas producen el efecto de interrumpir el período de residencia continuada.

En tercer lugar, en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento nº 1251/70, el término «continuado» o «sin interrupción» se refiere también a un período de residencia mínimo, situado inmediatamente antes del acontecimiento en virtud del cual el trabajador adquiere el derecho a residir en el territorio del Estado miembro de acogida.

También procede señalar que el plazo de dos años previsto en el artículo 5, apartado 1, del Reglamento nº 1251/70 no es pertinente en el presente caso. En efecto, esta disposición se limita a establecer el período durante el cual el interesado debe reclamar su derecho a residir a título permanente en el Estado miembro de acogida con relación a la fecha de apertura del derecho. En realidad, se trata de un plazo de prescripción. Procede observar, por lo demás, que al menos en lo que se refiere al período anterior al fallecimiento del Sr. G., ni éste ni los demandantes en el procedimiento principal adquirieron el derecho a residir a título permanente en el Reino Unido.

La interpretación según la cual el período de dos años debe preceder inmediatamente al fallecimiento del trabajador también es compatible con los objetivos del artículo 48 del Tratado y del Reglamento nº 1251/70.

Hay que subrayar que estas disposiciones tienen por objeto asegurar la libre circulación de los trabajadores, permitiendo que los miembros de su familia se reúnan con ellos. Tal como ha declarado el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, la importancia de proteger la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros y el derecho de residencia de los miembros de su familia ha sido reconocida por

el legislador comunitario (...). Procede concluir que, en caso de fallecimiento prematuro de un trabajador, el derecho que en principio tienen los miembros de su familia a residir en el territorio del Estado miembro de acogida, se establece en interés del trabajador y de su familia.

Ahora bien, el ejercicio del derecho de residencia está sujeto a los límites y requisitos previstos por el Tratado CE y por las disposiciones adoptadas para su aplicación. Por lo que respecta al mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia de un trabajador fallecido en el curso de su vida laboral, el artículo 3, apartado 2, primer guión, del Reglamento nº 1251/70 exige que dicho trabajador, en la fecha de su fallecimiento, haya residido de manera continuada un mínimo de dos años en el territorio de ese Estado miembro. Este requisito tiene por objeto que se establezca un vínculo auténtico entre el Estado de acogida, por una parte, y ese trabajador y su familia, por otra, así como que se asegure un cierto nivel de integración de estos últimos en la sociedad de que se trate.

En efecto, la existencia de una relación auténtica entre el Estado miembro de acogida y el trabajador en cuestión no podría garantizarse si el derecho a residir en el territorio de un Estado miembro, previsto por el artículo 3, apartado 2, primer guión, del Reglamento nº 1251/70, se adquiriese al residir un trabajador durante un mínimo de dos años en este Estado en cualquier momento de su vida, incluso en un pasado lejano.

Resolver este problema exigiendo que la ausencia del trabajador del Estado de acogida por un período que exceda de tres meses se someta a ciertos límites, como lo proponen los demandantes en el procedimiento principal (...), tendría como consecuencia la introducción en el Reglamento nº 1251/70 de criterios que no se desprenden directamente de sus preceptos. La existencia y la aplicación de estos criterios adicionales, e incluso oscuros, podría crear incertidumbre en cuanto a la situación jurídica de

Régimen comunitario

los trabajadores y de los miembros de su familia, pese a que dicho Reglamento debe precisamente ofrecer claridad y certeza sobre sus derechos.

Es preciso añadir que, si el legislador comunitario hubiera querido que los períodos de residencia más alejados de la fecha del fallecimiento del trabajador pudieran ser tomados en consideración, lo adecuado habría sido introducir en la redacción del Reglamento nº 1251/70, una limitación temporal explícita en este sentido además de requisitos relativos a los miembros de la familia de dicho trabajador, como la fecha de su matrimonio. Asimismo, proce-

de señalar que de los datos que obran en las actuaciones se desprende que los demandantes en el procedimiento principal no residían con el Sr. Givane durante su primer período de empleo y de residencia de casi tres años en el Reino Unido.

A la vista de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión que el artículo 3, apartado 2, primer guión, del Reglamento nº 1251/70 debe interpretarse en el sentido de que el período de dos años de residencia continuada en él previsto debe preceder inmediatamente al fallecimiento del trabajador.”

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003*

EL TRIBUNAL SUPREMO ANULA 13 ARTICULOS DEL REGLAMENTO DE EJECUCIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 REFORMADA POR LA LEY ORGÁNICA 8/2000.

La Sala 3ª del Tribunal Supremo ha dictado sentencia en el recurso interpuesto por “Andalucía Acoge” y “Red Acoge” contra el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, anulando los siguientes artículos del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000:

- Artículo 38, el inciso “pudiendo adoptarse en tales casos, como medidas cautelares, algunas de las medidas enumeradas en el artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000.
- Artículo 41.5.
- Artículo 49.2 apartados d) y e) el inciso “en España”.
- Artículo 56.8 el inciso “o de expulsión”.
- Artículo 57.1.
- Artículo 84.2.
- Artículo 84.6.
- Artículo 117.2.
- Artículo 127.2.
- Artículo 130.2.
- Artículo 130.6.
- Artículo 136.3.
- Artículo 138.1.b) en el inciso “o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta”.

El fallo se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*.

(*) En breve dispondréis en la Web del texto completo de esta importante sentencia.

M^a LUISA TRINIDAD GARCÍA
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Almería

Incidencia del Tratado concertado entre España y Uruguay en el siglo XIX sobre los flujos migratorios del siglo XXI*

RESUMEN

Los acuerdos internacionales constituyen una parte sustancial de la acción exterior que ejercen los gobiernos. En la presente ocasión se tiene la oportunidad de hacer un análisis detallado del alcance de determinados preceptos que se encuentran en diferentes tratados internacionales que España ha suscrito con países latinoamericanos, y que hoy tienen una importancia capital en materia migratoria. El Tribunal Supremo tiene una doctrina asentada pero no única sobre la interpretación de varios extremos de interés (exención de visado, derecho a obtener permisos), que se plantean desde el texto de aquéllos. El estudio del conjunto nos permite aportar nuestra propia visión sobre el alcance que privilegios recogidos en épocas y contextos diferentes pueden o deben tener en su aplicación al momento presente en el que España es país receptor de inmigrantes que proceden de América Latina.

International agreements constitute a substantial part of the external activity carried out by governments. On this occasion the opportunity arises to analyse in detail the consequences of certain precepts that can be found in different international treaties between Spain and the Latin American countries, and which today are relevant to immigration matters. The Tribunal Supremo (Supreme Court) has an established doctrine, but not the only one, on the interpretation of various points of interest (visa exemption, the right to obtain permits), which stem from the text of these documents. This joint study allows us to contribute our own view of the consequences that privileges gathered in different times and contexts can or should have when applied to the present time when Spain is a receiving country for immigrants from Latin America.

(*) La inclusión de este artículo surge como consecuencia del contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2002 que interpreta el alcance del Tratado suscrito entre España y Uruguay en 1870 en materia migratoria.

SUMARIO

I. Presentación

II. Contexto histórico en el que se enmarca el Tratado sobre reconocimiento, paz y amistad suscrito entre España y Uruguay en 1870 y su aplicación en nuestros días.

III. Líneas jurisprudenciales interpretativas del artículo 7 de los Convenios de doble nacionalidad con Chile y Perú. A) Los convenios de doble nacionalidad y el derecho a obtener exención de visado. B) No reconocer un derecho de exención de visado no implica no reconocer un derecho a obtener un visado o un permiso.

IV. Argumentos para una posición intermedia sobre la base de la STS de 3 de octubre de 2000.

V. Consideraciones acerca de la vigencia del artículo 8 del Tratado de 1870 tras la firma del Tratado General de Cooperación y Amistad firmado entre España y Uruguay el 23 de julio de 1992.

I. PRESENTACIÓN

La Sección 4^a de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo español en su Sentencia de 10 de octubre de 2002¹ (en adelante STS), reconoce el derecho del súbdito de Uruguay, don Roberto F.B., a obtener un permiso de trabajo que la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid le había denegado mediante Resolución de 17 de agosto de 1994 en aplicación del artículo 18.1.a) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en relación con el artículo 37.4.a) del Reglamento de Ejecución aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo. Hay que recordar que el contenido de tales preceptos aludía, respectivamente, a la necesidad de que para conceder el permiso de trabajo no existieran españoles en paro en la actividad que se propusiera desempeñar el solicitante, y a que la autoridad laboral podría denegar el permiso cuando así lo aconsejara la situación nacional de empleo.

En la vigente Ley de Extranjería 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre², se mantiene el mismo espíritu de protección al trabajador nacional pues su artículo 38 señala que:

“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.”

(1) RAJ, n^o 8748.

(2) BOE, n^o 307 de 23 de diciembre de 2000.

Incidencia del tratado concertado entre España y Uruguay

De aquí la importancia de la sentencia que es objeto de comentario, al no estimar ajustada a derecho dicha resolución denegatoria, sobre la base del artículo 8 del Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad celebrado entre España y la República Oriental de Uruguay el 19 de julio de 1870³, en el que se lee que:

“Los súbditos españoles en la República Oriental del Uruguay y los ciudadanos de la República en España, podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, poseer, comprar y vender por mayor y menor toda especie de bienes y proiedades, muebles e inmuebles, extraer del país sus valores íntegramente, disponer de ellos en vida o por muerte y suceder en los mismos por testamento o *ab intestato*, todo con arreglo a las leyes del país, en los mismos términos y bajo iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la nación más favorecida.”

II. CONTEXTO HISTÓRICO EN EL QUE SE ENMARCA EL TRATADO SOBRE RECONOCIMIENTO, PAZ Y AMISTAD SUSCRITO ENTRE ESPAÑA Y URUGUAY EN 1870 Y SU APLICACIÓN EN NUESTROS DÍAS

Siguiendo las consideraciones de G. MARÍN ARAYA⁴, podemos afirmar que el Tratado con Uruguay de 1870 es fruto de las políticas de colonización e inmigración acometidas en diferentes Estados de Latinoamérica, y que favorecieron la *gran inmigración en masa* de españoles entre 1880 y 1930, principalmente, a Argentina, Cuba, Brasil y Uruguay. A este respecto, a nadie se le escapa el giro copernicano que se ha producido en la dirección que ahora siguen una parte importante de los flujos migratorios⁵. En la fecha en la que se declara no ajustada a derecho la resolución denegatoria de permiso de trabajo a un súbdito uruguayo, España es, con claridad, nación de destino para inmigrantes de diferentes países de Latinoamérica. Aunque, en concreto, la inmigración originaria de Uruguay es minúscula frente a las cifras de ecuatorianos, colombianos o peruanos.

No obstante, dado que su actual coyuntura económica no atraviesa sus mejores momentos por la influencia negativa que, de hecho, provocan las crisis de Argentina, Venezuela o Brasil, no es difícil prever un posible aumento de los flujos procedentes de Uruguay. Si, por otro lado, tenemos presente que contamos con una legislación de extranjería que es restrictiva para el acceso a los permisos de trabajo iniciales por parte de nacionales de países extracomunitarios, la interpretación favorable a la existencia de una prerrogativa en el tenor del artículo 8 del Tratado con Uruguay de 1870, tiene, o puede tener, cierta importancia. De hecho, las posibilidades de acceder al mercado de trabajo español, dependen, principalmente, del excedente que quede en el

(3) El texto lo hemos obtenido gracias a la gentileza de la Profesora Vivien Matteo Terra de la Universidad de Uruguay que lo localizó en: E. ARMAND UGON, J.C. CERDEIRAS ALONSO, L. ARCOS FERRAND, C. GOLDARACENA: *R.O.U. Compilación de leyes y decretos 1825-1930*, tomo VIII 1869-1872.

(4) Vid. G. MARÍN ARAYA: “Españoles en la ciudad de San José a fines del siglo XIX y principios del XX”, *Anuario de Estudios Centroamericanos*, Universidad de Costa Rica, 25 (2), 1999, pp. 7-31.

(5) Entre los múltiples trabajos publicados sobre el particular, puede verse, R. APARICIO GÓMEZ: “La inmigración en el siglo XXI: las novedades de las actuales migraciones” en *La inmigración en España. Contextos y alternativas*, editores F. GARCÍA CASTAÑO y C. MURIEL LÓPEZ, vol. II (III Congreso), Laboratorio de Estudios Interculturales, Granada, 2002, pp. 31-39; A. IZQUIERDO ESCRIBANO, D. LÓPEZ DE LERA y R. MARTÍNEZ BUJÁN: “Los preferidos del siglo XXI: la inmigración latinoamericana en España”, en la misma obra, pp. 237-249.

contingente anual, una vez aplicados los acuerdos internacionales que otorgan preferencia a sus nacionales para optar a él⁶.

El Ponente de la Sala, Excmo. Sr. D. Antonio Martí García, hace un estudio detenido sobre el alcance del mencionado precepto, que había sido alegado por el Letrado de D. Roberto F.B., para apoyar su recurso contra la decisión denegatoria de la Administración. Se repara en que su tenor tiene el mismo contenido que el artículo 7 de los Convenios de doble nacionalidad suscritos entre España y Chile el 24 de mayo de 1958 y entre España y Perú el 16 de mayo de 1959, y decide, en buena lógica, “aplicar a Uruguay los mismos criterios jurisprudenciales que en los supuestos de los otros dos países”. Esos criterios jurisprudenciales son considerados como “consolidada doctrina jurisprudencial”, asentada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1990, 15 y 19 de noviembre de 1990 y 12 de noviembre de 1991. En éstas se afirma que el artículo séptimo del Tratado con Perú (y lo mismo puede decirse del Convenio firmado con Chile) consagra el derecho de los peruanos en España a “ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de Seguridad Social”.

Por otro lado, también se arguye que en el texto de los convenios en cuestión no se hace una remisión abstracta a la normativa española –como ocurre con los Convenios con Bolivia, Costa Rica, República Dominicana, Argentina, Ecuador...–, sino que hay una remisión específica del contenido propio, que permite entender que nos encontramos ante un *derecho de ejercicio de la profesión* exactamente igual en los tres casos.

El Abogado del Estado, por su parte, basa su oposición a la tesis del Letrado en que, de un lado, al realizar el Tratado con Uruguay una remisión a la legislación española, si ésta cambia, pueden cambiar los derechos de los extranjeros concernidos por el Convenio y, de otro lado, que se distinga de los Convenios con Chile y Perú porque no existe referencia a la legislación laboral y de la Seguridad Social.

En respuesta a este razonamiento, el fundamento de derecho segundo, comienza por restarle trascendencia haciendo ver que por el momento histórico en el que se pacta (1870), no existía en España Seguridad Social y la protección laboral era más bien escasa. Para la Sala, finalmente:

“(…) tanto el Convenio con Uruguay como los celebrados con Chile y Perú, hacen la misma remisión a la legislación española, como no podría ser menos, pues los derechos, sobre compra, venta, sucesión y el ejercicio de las actividades se ha de someter obviamente a lo dispuesto por la Ley donde se realicen esas actividades, *pero de ello no se puede inferir que el derecho a obtener el permiso de trabajo o residencia, está excluido de los términos del Convenio*, como así lo ha entendido esta Sala, para

(6) Puede verse, M.L. TRINIDAD GARCÍA: “Los acuerdos migratorios bilaterales concluidos por España: un complejo instrumento para unos resultados escasos”, *La inmigración en España. Contextos y alternativas*, editores F. GARCÍA CASTAÑO y C. MURIEL LÓPEZ, vol. II (III Congreso), Laboratorio de Estudios Interculturales, Granada, 2002, pp. 493-505. Los acuerdos migratorios bilaterales suscritos por España en la nueva etapa tras la aprobación de la vigente Ley Orgánica 4/2000 se han suscrito con Ecuador, *BOE*, nº 164 de 10 de julio de 2001; República Dominicana, *BOE*, nº 31 de 5 de febrero de 2002; con Colombia, *BOE*, nº 159 de 4 de julio de 2002; Polonia, *BOE*, nº 226 de 20 de septiembre de 2002; con Marruecos con firma el 25 de julio de 2001 y con Rumania firmado el 23 de enero de 2002. El texto se puede consultar en la dirección www.reicaz.es.

Incidencia del tratado concertado entre España y Uruguay

los Convenios con Chile y Perú, que tienen una redacción similar, Sentencias de 22 de diciembre de 1995, que recoge doctrina de anteriores de 21 de mayo de 1990, 23 de febrero de 1991 y 25 de febrero de 1992, y con la de 15 de septiembre de 1998, en las que se expresa que *la remisión a la legislación española afecta al ejercicio de la actividad, pero no a la titularidad del derecho a trabajar en España*, que está amplia y suficientemente recogido en los Convenios con Chile y Perú, y también en similares términos por el Convenio con Uruguay, como se advierte de su propia letra, y adecuadamente ha expuesto la sentencia recurrida.”

III. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES INTERPRETATIVAS DEL ARTÍCULO 7 DE LOS CONVENIOS DE DOBLE NACIONALIDAD CON CHILE Y PERÚ

En la medida, pues, en que se recurre a la doctrina jurisprudencial establecida sobre los Convenios de doble nacionalidad con Chile y Perú, habrá que tratar este aspecto con más detenimiento puesto que, la anteriormente expuesta, no es la única línea que ha seguido el Alto Tribunal. El tenor del artículo 7, que es idéntico en ambos convenios internacionales, ha recibido una diferente interpretación por aquél en lo que se refiere a los términos:

“Los españoles en Chile (Perú) y los chilenos (peruanos) en España que no estuvieran acogidos a los beneficios que les concede este Convenio continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorgan las legislaciones chilena (peruana) y española, respectivamente.

En consecuencia, podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos, establecerse donde quiera que lo juzguen conveniente para sus intereses, adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por menor como al por mayor; ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de seguridad social, y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales.

El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan.”

Como expusimos al trabajar las líneas de jurisprudencia española entre los años 1980 a 1992 en relación con este punto concreto⁷, el Tribunal Supremo nos ha deparado interpretaciones dispares según que la Sección de la Sala 3 fuera la número 6 o la número 7. Para los integrantes de aquélla, la lectura del artículo 7 debía hacerse según una remisión a lo dispuesto en la legislación interna de extranjería, con lo que no se reconoce la existencia de un derecho a obtener el permiso de trabajo que no se contemple en dicha legislación y, así, en la STS de 16 de febrero de 1991⁸, sobre el artículo 7 del Convenio con Chile se dice que:

“(…) regula el ejercicio de los derechos reconocidos, remitiéndolo a la legislación del país en que tales derechos se ejerciten: remisión de normas, que (...) no pueden ser otras que la Ley Orgánica 7/1985 y su Reglamento de 1986, que adquieren de este modo rango preferencial a la hora de atender a la forma y manera de ejercer los derechos reconocidos, lo que se refleja perfectamente en la Exposición de Motivos de la Ley cuando dice «dar un tratamiento preferencial a favor de los hispanoamericanos ...»

(7) Vid., M. MOYA ESCUDERO, M.L. TRINIDAD GARCÍA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *El permiso de trabajo de los extranjeros en España: una lectura a través de nuestra jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada, 1993, pp. 75-78.

(8) *RAJ*, nº 1501.

Con este razonamiento se concluye la denegación a la petición del recurrente sobre su derecho a obtener un permiso de trabajo. Pero, como hemos expresado, junto a esta interpretación existe otra corriente jurisprudencial que entiende que el derecho reconocido en un convenio no puede resultar recortado por remisión a ley interna (Sentencias del TS de 15 y 19 de noviembre de 1990)⁹. Asimismo, el Alto Tribunal en Sentencias de 8 y 25 de febrero¹⁰ y 25 de abril de 1992 distingue:

“... entre titularidad del derecho a trabajar en España y el ejercicio mismo en su atribución (...), el que viene sometido a la legislación española, sumisión a ella que, por lo demás, también afecta y del mismo modo a los ciudadanos españoles. Esa remisión está referida (...) a las normas laborales del país en que se lleva a cabo el trabajo sobre jornada, horario, descanso, concertación, salario, etc.”

A nuestro modo de ver, el reciente Protocolo de modificación del otro Convenio de doble nacionalidad que compartía idéntico tenor con el de Chile y Perú, el Convenio de doble nacionalidad con Ecuador¹¹, refuerza la interpretación favorable a encontrar en el tenor del artículo 7 una situación de privilegio de contenido propio. En dicho Protocolo se ha modificado sustancialmente la redacción del precepto. Ahora se explicita en su texto que la sujeción a la legislación interna comporta la previa obtención de los permisos de residencia o de trabajo necesarios otorgándose, entonces, facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia. Por tanto, parece claro que es preciso modificar el precepto en cuestión para que se pueda entender que no existe una situación de privilegio propio en los aludidos convenios. Si la Administración española quiere recortar el alcance del privilegio que subsiste en ambos textos internacionales, tendría que proceder del mismo modo que lo ha hecho con Ecuador a través de un Protocolo modificadorio.

Otro argumento en favor de la existencia de un derecho de contenido propio es que en ninguno de los otros convenios de doble nacionalidad se reproduce el mismo texto, limitándose a expresar referencias genéricas a que “continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones..., respectivamente”. Esta diferencia de expresiones permite sostener que en el último párrafo de artículo 7 transcrito se contienen prerrogativas específicas.

Ello, no obstante, somos conscientes de que la salvedad final –“el ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan”–, puede introducir la

(9) *RAJ*, nº 8480 y *RAJ*, nº 8486.

(10) *RAJ*, nº 901 y *RAJ*, nº 906.

(11) El Protocolo modificadorio que entró en vigor el pasado 5 de julio de 2000 ha dejado el artículo con un alcance muy distinto: “Los españoles en Ecuador y los ecuatorianos en España que no estuvieran acogidos a los beneficios que les concede este Convenio continuarán disfrutando de los derechos y ventajas que les otorgan las legislaciones ecuatoriana y española, respectivamente. Con sujeción a su legislación y de conformidad con el Derecho internacional, una vez concedidos los permisos de residencia o de trabajo necesarios, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia. La expedición de los permisos de trabajo será gratuita. Las respectivas autoridades garantizarán el goce efectivo de las facilidades mencionada, con sujeción al criterio de reciprocidad”. El texto del Convenio en *BOE* nº 11, de 13 de enero de 1965. El Protocolo en *BOE* nº 196, de 16 de agosto de 2000.

Incidencia del tratado concertado entre España y Uruguay

duda de si, en definitiva, para dicho ejercicio hay que estar a lo dispuesto en la Ley de Extranjería y, por tanto, someterse a las mismas condiciones previstas en el régimen general, o se trata de una mención en la que el ejercicio del derecho se somete, como es lógico, a la misma legislación que corresponda al ejercicio por parte de los españoles.

Como vemos, la cuestión no parece zanjada ni es la única que ha motivado que sobre la base del tenor del artículo 7 de los Convenios con Perú y Chile –o el artículo 8 con Ecuador antes de su modificación– se haya producido un considerable número de decisiones judiciales. También la pretensión de obtener la exención del visado se encuentra en la base de varias de las decisiones judiciales emitidas. El estudio del conjunto resultante, nos ayudará a comprender mejor el alcance y trascendencia que puede tener la STS de 10 de octubre de 2002. No obstante, hay que subrayar la particularidad contenida en el Tratado con Uruguay, en tanto que alude a la cláusula de la nación más favorecida, pudiendo encontrar en el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, que entró en vigor el 22 de junio de 2002¹², la base normativa para comparar las prerrogativas en él establecidas (artículos 1 y 3)¹³.

A) Los convenios de doble nacionalidad y el derecho a obtener exención de visado

El Tribunal Supremo tiene una doctrina consolidada y uniforme que niega que sobre la base de dichos convenios se pueda esgrimir un derecho a obtener una exención de visado, –entre otras, Sentencias de 7 de octubre de 1999¹⁴, 24 de abril de 2000¹⁵ o 25 de enero de 2001¹⁶–. En esta última, ante la denegación a un ciudadano chileno de su solicitud de permiso de trabajo por cuenta ajena por carecer de visado y por existir en el sector españoles en desempleo, se realiza un estudio amplio de la normativa aplicable con referencia expresa al Convenio de Doble Nacionalidad con Chile y a la jurisprudencia que, a la luz de dicho Convenio, ha interpretado la Ley Orgánica de Extranjería 7/1985, de 1 de julio, y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, en los casos de los ciudadanos chilenos y peruanos, para afirmar:

“(…) que debe distinguirse entre el derecho de estas personas a trabajar en España y el ejercicio de ese derecho, pues este último se encuentra condicionado por lo que establece el Canje de Notas entre el Gobierno de España y el de la República de Chile de 22 y 25 de abril de 1959, el cual mantiene la exi-

(12) BOE, nº 148 de 21 de junio de 2002

(13) La afirmación se hace con las cautelas propias que exige la “activación” de una cláusula surgida en un contexto determinado a otro totalmente distinto. Sobre el alcance y juego de la mencionada cláusula, puede verse, el comentario a la sentencia de la Audiencia Territorial de Las Palmas de 29 de octubre de 1980 por M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: *Revista española de Derecho internacional*, vol. XXXV, 1984, pp. 120-124. Otros trabajos genéricos de interés son de A. MARTÍNEZ MORENO: “La cláusula de la nación más favorecida a la luz del Derecho contemporáneo”, *REDI*, vol. XXXIII, 1981-II y DIEZ-HOCHLEITNER: “La cláusula de la nación más favorecida y su incidencia en el trato conferido a los países en desarrollo”, *REDI*, 1983-II; J.J. FORNER i DELAYGUA: *La cláusula de la nación más favorecida*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, en especial, pp. 19-40.

(14) *RAJ*, nº 543.

(15) *RAJ*, nº 743.

(16) *RAJ*, nº 408.

gencia de la formalidad del visado en estos casos. (...) no exigir visado para ciertas actuaciones a quienes entraron en España sin él supone beneficiar situaciones de ilegalidad.”

“(…) que el derecho que otorga a los ciudadanos chilenos el Convenio de Doble Nacionalidad no les exime de obtener el visado de acuerdo con el Canje de Notas de 22 y 25 de abril de 1959. En caso de que se hubiesen obtenido el visado o la exención del mismo se hubieran debido tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, pero debemos partir del hecho de que según los fundamentos de derecho de la sentencia impugnada no se obtuvo el visado. Ello determina que haya que confirmar la sentencia y desestimar el recurso, siguiendo al respecto la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que se ha pronunciado en el sentido de que para que se les otorgue permiso de trabajo, los ciudadanos chilenos deben obtener el visado o una declaración de que se encuentran exentos de esta obligación, pudiendo citarse en este sentido por más reciente la Sentencia de 29 de enero de 1998, que sigue la línea y la doctrina de sentencias anteriores” (la cursiva es nuestra).

También merece la pena recoger los argumentos de la STS de 20 de junio de 2000, en la que el ponente es el mismo magistrado de la sentencia que estudia el artículo 8 del Tratado con Uruguay, D. Antonio Martí García. Se parte igualmente de una pretendida exención de visado que permita la obtención del permiso de trabajo por cuenta ajena pero aquí con base en el Convenio de doble nacionalidad con Perú. Al respecto, se señala que:

“(…) la sentencia recurrida sí que ha valorado el citado Tratado de Nacionalidad, y expresamente ha razonado que su artículo 7 no era aplicable al supuesto de autos en el que se trata de una exención de visado, no prevista en tal Convenio de doble nacionalidad entre España y Perú (...)” (FJ segundo).

Y cuando se centra en el cuarto motivo de casación, basado en la denuncia de la infracción de la jurisprudencia, se recuerda la improcedencia de realizar la mera cita de distintas sentencias sin precisar su contenido ni la forma en que la sentencia recurrida ha infringido la doctrina jurisprudencial, y se rechaza tal motivo de casación:

“(…) tanto porque el motivo no se ha articulado en la forma exigida, porque la sentencia recurrida, al declarar que la solicitante de nacionalidad peruana estaba obligada a presentar el oportuno visado para obtener el permiso de trabajo, no ha hecho otra cosa que aplicar la norma y la jurisprudencia reiterada de esta Sala, pues entre otras en Sentencias de 7 de octubre de 1999, 22 de octubre de 1998 y 18 de febrero de 2000, esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha declarado: «A) En primer lugar hemos de recordar, que esta misma Sala (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, al interpretar los Convenios de doble nacionalidad entre España y Perú y España y Chile citados, a los que se remite el recurrente, en relación con las exenciones de visado a efectos de obtener permisos de residencia, ha declarado, entre otras en sus Sentencias de 13 de mayo de 1993, 10 de julio 1993, 20 de diciembre de 1994, 19 de diciembre de 1995, 21 de diciembre de 1998 y 26 de marzo de 1999, que el mencionado Tratado Internacional *‘no permite eludir la necesidad de visado, sino, antes bien, todo lo contrario, porque obliga a los ciudadanos de esos países a cumplir todas las disposiciones vigentes en España*, entre las que se encuentran los artículos 13 y 15 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, y 5 y 7 del Reglamento para su ejecución, aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, que exigen para obtener el permiso de residencia o el conjunto de residencia y trabajo el correspondiente visado de residencia, salvo que, conforme a los preceptos antes citados de este Reglamento (artículos 5.4 y 22.3), concurren las razones excepcionales que obliguen a su dispensa’. B) No cabe, pues, deducir de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 7 del citado Convenio de 16 de mayo de 1959 –ratificado por Instrumento de 15 de diciembre del mismo año– que si bien los peruanos deben proveerse de permiso de residencia, su

Incidencia del tratado concertado entre España y Uruguay

concesión es imperativa aunque se carezca de visado para residencia, porque, de la aplicación concordada de los artículos 12.2 y 3, 13 y 15 de la Ley Orgánica 7/1985, y 22.2.b) y 7 del Reglamento para su ejecución –aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo–, se deduce que para solicitar el permiso de residencia es preciso el visado para residencia en estado de vigencia, y sólo cuando exista un Tratado Internacional en que España sea parte, que exima de la presentación de visado, o bien concurran circunstancias excepcionales, que justifiquen su dispensa, se podrá eludir tal exigencia de visado para residencia. Y C) Es cierto que existe un Canje de Notas de 14 de abril de 1959 sobre supresión de visados entre España y Perú, actualmente suspendido temporalmente por decisión del Gobierno peruano –Anuncio de 7 de febrero de 1992, publicado en *BOE* de 13 de febrero de 1992–, pero de las normas tercera y cuarta de dicho Canje de Notas se deduce que *sólo quedaban exentos de visados los peruanos en España y los españoles en Perú para estancias inferiores a tres meses, pues en los casos de estancias superiores a dicho plazo o de pretender establecerse en España o Perú respectivamente o dedicarse en el país en el que sean extranjeros a una profesión, remunerada o no, es necesario el visado*, de manera que, tanto por aplicación de la citada legislación española sobre extranjería –Ley Orgánica 7/1985 y su Reglamento de ejecución– como por disposición expresa del mentado Canje de Notas de 14 de abril de 1959 –actualmente suspendida su vigencia– y el citado Convenio con Perú de 16 de mayo de 1959, el visado para residencia es exigible a los peruanos que soliciten permiso de residencia exclusivamente o conjunto con el de trabajo» (la cursiva es nuestra).

Los argumentos transcritos presentan, pues, una jurisprudencia rectilínea contraria a hacer una interpretación que permita eludir la legislación de extranjería en cuanto a la exigencia de visado sobre la base de los Convenios de doble nacionalidad. Al respecto hay que recordar que para estancias superiores al período considerado como turístico, tres meses, –para el cual estos extranjeros no necesitan visado, aunque esa situación ha cambiado con Perú y recientemente con Ecuador–, la legislación de extranjería, tanto la derogada como la vigente, obligan al extranjero a salir del territorio español y solicitar el correspondiente visado, bien de residencia no lucrativa, bien de residencia lucrativa por cuenta ajena o por cuenta propia, o el visado por reagrupación familiar. Antes, como ahora, la solicitud de visado debe ser presentada por el solicitante, personalmente o a través de representante, *en la Misión Diplomática u Oficina Consular en cuya demarcación resida el extranjero*¹⁷. Y sólo están exentos del requisito imprescindible de encontrarse con el visado en vigor para solicitar un permiso de residencia, los supuestos que contiene el artículo 31.7 de la LOEx y desarrolla el artículo 49 de su reglamento de ejecución¹⁸.

Así las cosas, es explicable que se intente buscar la vía para obtener la exención de visado en un convenio internacional. Lo que llama la atención, sin embargo, es que sea en la letra del artículo 7 citado donde se quiera encontrar la base legal para dicha pretensión. Y, de hecho, algunos Letrados citan sentencias del Tribunal Supremo en las que *supuestamente* han creído encontrar

(17) Lo dicho no oculta que la Administración española ha *relajado* las exigencias de la norma en determinados períodos de manera que, ante situaciones de irregularidad sobrevenida por permanencia en el territorio español por un tiempo superior al permitido para estancias sin visado, se ha *legalizado* la situación permitiendo el acceso del extranjero que se hallaba en España al cupo de trabajadores extranjeros del contingente anual. Esta vía de regularización fáctica, está impedida de forma explícita en la legislación vigente y descartada de la política migratoria del Ejecutivo actual.

(18) Para consultar tales normas puede verse M.L. TRINIDAD GARCÍA, J.M. ROBLES ALMÉCIGA y J.B. FUENTES MAÑAS: *Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de La Unión*, Comares, 5ª ed., Granada, 2002.

la defensa de esa posición (en realidad, las sentencias en cuestión reconocen un derecho propio a obtener un permiso pero no a la exención de visado).

En el epígrafe siguiente exponemos las causas que pensamos han motivado la propia confusión en los Letrados a la hora de convencer a sus clientes de las posibilidades de obtener, finalmente, el acogimiento de su pretensión a ser eximidos del visado sobre la base del artículo 7 de los Convenios de doble nacionalidad existentes con Chile y Perú.

B) No reconocer un derecho de exención de visado no implica no reconocer un derecho a obtener un visado o un permiso

Para no perderse en este juego de palabras, hay que tener en cuenta que del conjunto de sentencias emitidas, encontramos criterios distintos –unos favorables y otros contrarios– cuando interpretan si existe o no un derecho propio a obtener un permiso de residencia o de residencia y trabajo, mientras que la unanimidad se da para negar la existencia de un derecho a obtener una exención de visado. Desde esta puntualización se explica que se sostenga que el precepto no contempla una exención de visado pero sí el derecho a obtener el permiso de residencia o de residencia y trabajo.

Así lo hemos querido entender también nosotros, y de ahí el título del epígrafe. Para una mejor comprensión de esas opciones, hay que tener en cuenta que los interesados pueden verse en situaciones diferentes según se encuentren dentro o fuera de España y pretendan obtener un permiso o el visado. En el primero de los casos, la persona debe estar en posesión de un visado y solicitar el permiso con anterioridad a que se extinga su vigencia. El nacional peruano o chileno –y el uruguayo– tendrían derecho a su obtención. Lo que se ha descartado de forma clara, es la posibilidad de regularizar la situación de aquel que habiendo entrado en España sin necesidad de visado –por tratarse de una estancia inferior a tres meses–, apela posteriormente a determinados convenios internacionales para *legalizar* su permanencia.

La otra situación que apuntamos, esto es, que el derecho se esgrima en el momento mismo de solicitar el visado, no nos consta que se esté produciendo. Y, sin embargo, a nuestro modo de ver, es una ocasión perdida de valerse de la doctrina que sostiene el reconocimiento del derecho propio a obtener un permiso pues, sin duda, puede extenderse a la solicitud del visado. Lo único que cambia en el supuesto que hemos planteado es el tipo de documento que acredita administrativamente la entrada, estancia y permanencia lucrativa o no lucrativa. Desde luego, nos parece que esta es una forma de promover la llegada ordenada de inmigrantes. Los compromisos internacionales vigentes que den cobertura a una situación de privilegio, han de ser alegados en el momento más oportuno a los efectos, que no es otro que aquel en el que se tiene la intención de emigrar a España por motivos laborales.

En algunos de los asuntos que han llegado al Supremo por denegaciones de permisos de trabajo por cuenta ajena, solicitados por nacionales chilenos o peruanos que, aun partiendo de una

Incidencia del tratado concertado entre España y Uruguay

estancia irregular en España, no han introducido la cuestión de la exención del visado, se han visto favorecidos por la doctrina del reconocimiento del derecho de contenido propio en el texto convencional. Así, en el caso resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, en Sentencia de 15 de septiembre de 1998¹⁹, siendo Ponente también el Excmo. Sr. D. Antonio Martí García, el fallo señala:

“Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Víctor Marcelo H.C., contra la Sentencia de 31 de enero de 1992 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recaída en el Recurso Contencioso-Administrativo 980/1991, debemos revocar en parte la citada sentencia y reconocer el derecho del recurrente a que se le conceda el permiso de trabajo solicitado, manteniendo la declaración de nulidad de las resoluciones administrativas que le habían denegado el permiso de trabajo solicitado. Sin que haya lugar a expresa condena en costas.”

De esta sentencia interesa ahora destacar que la nulidad de la resolución denegatoria del permiso de trabajo no sólo se establece por el hecho de no haberse emitido el preceptivo informe sino, precisamente, por haber vulnerado el Convenio de doble nacionalidad con Chile.

En el caso de la STS de 22 de diciembre de 1995²⁰, cabe destacar, especialmente, a nuestros efectos, el fundamento de derecho quinto en el que se lee que:

“Es doctrina consolidada de esta Sala desde la Sentencia de 21 de mayo de 1990 (entre otras, Sentencias de 1 de junio, 7 de julio y 19 de noviembre de 1990, 23 de febrero de 1991 y 8 y 25 de febrero de 1992) que el artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad con Chile, de 24 de mayo de 1958, consagra directamente el derecho de los súbditos chilenos a trabajar en España (al igual que el Tratado con Perú respecto de los peruanos), con la consecuente obligación de las autoridades laborales españolas a otorgarles el permiso de trabajo para el ejercicio de su derecho.

La Ley Orgánica 7/1985, en su artículo tercero, establece que «lo dispuesto en esta Ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las Leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que sea parte España», lo que implica, además de cuanto resulta del artículo 96 de la Constitución Española, salvar específicamente la eficacia de estos Tratados. Y en el mencionado artículo 7 del Convenio se consagra inequívocamente el derecho de los chilenos en España (y de los españoles en Chile) a ejercer todo género de industrias y «ejercer oficio y profesiones gozando de protección laboral y de la Seguridad Social».

No se trata de una simple remisión desde el Convenio a la legislación española, como ocurre en otros Convenios, y en cuya técnica normativa al cambiar la legislación española pueden cambiar los derechos de los extranjeros concernidos por el Convenio, sino que en *el Convenio Internacional con Chile se incluye un contenido propio y específico*, y no sólo una abstracta remisión a la legislación de los Estados firmantes. Es en este contenido propio, *que no resulta afectado por la Ley Orgánica 7/1985*, en donde radica el título del derecho que la actora reclama y el que exigía el otorgamiento del permiso solicitado, cuya negación, también por este motivo, resulta contraria al ordenamiento jurídico.

(19) *RAJ*, nº 6916.

(20) *RAJ*, nº 9684.

Como se dijo en la citada Sentencia de 25 de febrero de 1992, el dato de que el artículo 7 del Convenio, tras la enunciación de los derechos que consagra, se cierre con la expresión de que el ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan, supone simplemente la necesidad de distinguir entre la titularidad del derecho a trabajar en España y el ejercicio de este derecho, siendo sólo este último, y no el derecho mismo en su atribución al ciudadano de Chile, el que viene sometido a la legislación española, sumisión a ella que, obviamente, también afecta a los ciudadanos españoles.” (la cursiva es nuestra).

Creemos, pues, que de los dos bloques de decisiones jurisprudenciales que se pronuncian acerca del alcance del artículo 7 de los Convenios de doble nacionalidad con Chile y Perú –aplicables, por tanto, al artículo 8 del Tratado con Uruguay que comparte tenor–, es posible, en síntesis, afirmar:

1. Que existe un derecho a obtener el permiso de residencia o de trabajo siempre que se parta de una situación previa de legalidad. Y que, a nuestro juicio, es extensible a la obtención, en su caso, del correspondiente visado, bien sea de residencia lucrativa o no lucrativa.
2. Que, en cambio, el tenor de los citados preceptos no sirve de base para justificar un derecho de exención de visado y así lo declara el Tribunal Supremo en doctrina reiterada y unánime.

Dicho esto, la cuestión que sigue abierta es saber cuál será la línea doctrinal que se impondrá sobre la primera consideración. Al respecto, la STS de 3 de octubre de 2000,²¹ inicia el siglo XXI queriendo marcar diferencias entre lo que se menciona como “doctrina no consolidada” –la que apoya el reconocimiento del derecho propio– y aquella que no lo entiende así en función, en particular, del Canje de Notas de 14 de abril de 1959 suscrito entre España y Perú²².

IV. ARGUMENTOS PARA UNA POSICIÓN INTERMEDIA SOBRE LA BASE DE LA STS DE 3 DE OCTUBRE DE 2000

En dicha sentencia, el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, señala que:

“(…) analizada la doctrina sentada en dichas resoluciones –se citan las Sentencias de 12 de junio de 1998, 28 de abril de 1998, 15 de enero de 1998, 16 de diciembre de 1997, 14 de abril de 1997, 24 de marzo de 1997, 20 de enero de 1997, 24 de febrero de 1996, 19 de diciembre de 1995, 19 de diciembre de 1995, 7 de noviembre de 1995, 20 de noviembre de 1995, 20 de diciembre de 1994, 10 de julio de 1993 y 13 de mayo de 1993– se desprende que el Tratado de España con Perú de 16 de mayo de 1959 no permite eludir la necesidad del visado, porque obliga a los ciudadanos peruanos a cumplir todas las disposiciones vigentes en España, entre las que se encuentran los artículos 13 y 15 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, y 5, 7 y 22 del Reglamento para su ejecución, de 26 de mayo de 1986, que exigen para obtener el permiso de residencia o el conjunto de residencia y trabajo el correspondiente visado de residencia, salvo que conforme a los preceptos antes citados de este Reglamento (artículos 5.4

(21) *RAJ*, n.º 8465.

(22) *BOE*, n.º 150 de 24 de junio de 1982.

Incidencia del tratado concertado entre España y Uruguay

y 22), concurran las razones excepcionales que obliguen a su dispensa, e idéntica conclusión se obtiene a la vista de lo dispuesto en el Canje de Notas entre España y Perú de 14 de abril de 1959, Convenio de naturaleza más específica en cuanto se rubrica como «Suspensión de Visados» (suspendido temporalmente por el Gobierno Peruano en 7 de febrero de 1992), por cuanto las normas primera y tercera expresan que los ciudadanos peruanos podrán entrar y permanecer en España, sin visado, siempre que la permanencia sea por períodos no superiores a tres meses, en tanto que se reputa necesaria (norma cuarta) la formalidad del visado para quienes entren para estancia superior al plazo indicado con el ánimo de establecer en España su residencia, agregando la norma tercera que en el caso de que entre sin visado y desee prolongar la estancia más de tres meses, deberá el ciudadano extranjero solicitar el permiso correspondiente de las autoridades del país en que se halle, las cuales podrán concederlo o no.”

Y, en cuanto a la jurisprudencia citada por el Letrado, el fundamento cuarto se ocupa de indicar que el criterio ahora expresado, “comporta una evolución en la doctrina sentada originariamente por esta Sala, por lo que no pueden invocarse con el título de precedente jurisprudencial sentencias cuya orientación no ha resultado definitivamente consolidada”. Aseveración discutible habida cuenta del similar volumen de sentencias que se pronuncian con un sentido diferente y que pretenden su consolidación como lo demuestra la STS de 10 de octubre de 2002 que sirve de base al presente estudio.

Veamos, no obstante, si la particularidad del Canje de Notas con Perú de 1959, permite una visión diferente. Conforme a dicho instrumento –que se firma en aras de facilitar los viajes entre España y Perú–, se elimina la necesidad de visado para las estancias inferiores a tres meses. Según la norma tercera “en el caso de que esas personas hubieran entrado en el país del que son extranjeros sin visado y desearan prolongar su estancia más de los tres meses, deberán solicitar el permiso correspondiente de las autoridades del país en que se hallen, *autorización que las referidas autoridades podrán conceder o no*” (la cursiva es nuestra).

Por su parte, la norma quinta señala que:

“Los súbditos de ambos países contratantes provistos o no de visado consular quedan sujetos, desde el momento de su entrada en el territorio del otro país, a las Leyes, Reglamentos y demás disposiciones locales *que afecten a los extranjeros*.”

Y la norma séptima, prevé la posibilidad de suspensión “por causas de orden público”.

El 27 de enero de 1992, el Gobierno de la República de Perú mediante Nota Verbal comunica al nuestro su decisión de suspender temporalmente el Canje por un período de dos años haciendo uso del artículo 7. Entendemos que tal suspensión implica que el visado consular se hace necesario en todos los casos, pero ello no tendría por qué desvirtuar la prerrogativa sobre el derecho a su concesión, siempre que se cumplan los elementos objetivos reseñados en la legislación de extranjería.

En todo caso, España, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, comunicaba el 23 de diciembre de 1993 a la Embajada de la República de Perú, “que haciendo uso de la cláusula de suspensión temporal (artículo 7) del Acuerdo constituido por Canje de Notas de 14 de abril de 1959 entre

España y Perú sobre supresión de visados, dicho Acuerdo continuará sin aplicarse para España a partir del día 15 de febrero de 1994”. “(...) en consecuencia, desde el día 15 de febrero de 1994 se aplicará, como régimen general, la exigencia de visado consular español previo a la entrada, tránsito o permanencia de ciudadanos de la República del Perú en territorio español, como ya viene sucediendo desde el 15 de febrero de 1992”.

Como vemos, de un lado, uno y otro Gobierno hacen uso de la cláusula de suspensión del Canje para la supresión de visado, sin que se sepa cuál es la supuesta causa de orden público que la justifica. Pero al margen de esta consideración, lo que aquí interesa es la interpretación que cabe otorgar a la norma cuarta del texto de 14 de abril de 1959, esto es, a la expresión de que “las autoridades correspondientes *podrán conceder o no la autorización* para permanecer cuando se desee prorrogar la estancia más de los tres meses se haya entrado con visado o sin él”.

La STS de 3 de octubre de 2000, a propósito de reiterar la doctrina más reciente en la que se consolida la exigencia de visado –en el caso particular con Perú–, utiliza como fundamento el aludido Canje de Notas, al que se refiere con prioridad en la jerarquía normativa al ser un convenio de naturaleza más específica en cuanto se rubrica como “Suspensión de Visados” (aunque no se repara en que es de fecha anterior al convenio de doble nacionalidad). Sobre el mismo (se alude a la suspensión temporal realizada por el Gobierno Peruano el 7 de febrero de 1992), se extiende en lo previsto en diversas de sus normas. Así señala que:

“(...) por cuanto las normas primera y tercera expresan que los ciudadanos peruanos podrán entrar y permanecer en España, sin visado, siempre que la permanencia sea por períodos no superiores a tres meses, en tanto que se reputa necesaria (norma cuarta) la formalidad del visado para quienes entren para estancia superior al plazo indicado con el ánimo de establecer en España su residencia, agregando la norma tercera que en el caso de que entre sin visado y desee prolongar la estancia más de tres meses, deberá el ciudadano extranjero solicitar el permiso correspondiente de las autoridades del país en que se halle, las cuales *podrán concederlo o no.*”

Llegados a este punto, se trataría de ver la incidencia que estas normas tienen, o pueden tener, sobre el artículo 7. A nuestro juicio, creemos que es posible mantener los razonamientos de las diferentes sentencias estudiadas, y que la suspensión del Canje de Notas sobre supresión de visados no tiene por qué alterar el derecho reconocido en el convenio de doble nacionalidad, que es de fecha posterior (16 de mayo de 1959) a la firma del Canje de Notas (14 de abril de 1959).

Nos parece, además, que se analizan cuestiones que son diferentes: derecho a la exención de visado, de un lado, y derecho, justamente, a obtener el visado o los permisos pertinentes cuando se den las condiciones para ello. Aspectos que no tienen que interferirse. La doctrina que niega el derecho a la exención de visado no debe afectar a la del reconocimiento de un privilegio que es explícito en el texto de un convenio internacional. Quizá sea oportuno recordar, al respecto, que de los doce convenios de doble nacionalidad que España tiene suscritos, sólo en tres –aunque, finalmente, son cuatro con el Tratado con Uruguay–, hay una mención concreta como la que se ha visto y, de hecho, cuando se ha querido modificar su alcance, se ha llevado a cabo un Protocolo modificadorio.

Incidencia del tratado concertado entre España y Uruguay

Es verdad, también, que en las normas recogidas en el Canje de Notas para la supresión de visado –aunque sea de fecha anterior al convenio de doble nacionalidad– se advierte la clara intención de que los respectivos nacionales se sometan a la legislación de extranjería y, en este sentido, puede pensarse que en la redacción del inciso segundo del artículo 7, el ejercicio del derecho se somete a dicha legislación. En la letra y el espíritu de la Ley de Extranjería vigente, se distingue entre la titularidad del derecho y su ejercicio de manera que sólo los que se encuentren legalmente en España pueden reivindicar los derechos reconocidos por igual a españoles y extranjeros. De aquí que nuestra posición se ciña a entender que se trata de un derecho a obtener la preceptiva documentación que permite que se cumpla lo expresado en su tenor:

“En consecuencia, podrán (los españoles en Chile y los chilenos en España, e igual con Perú) especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos, establecerse donde quiera que lo juzguen conveniente para sus intereses, adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por menor como al por mayor; ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de seguridad social, y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales.

El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan.”

Si aceptáramos –porque, sin duda, es una de las posibles lecturas que cabe hacer del párrafo segundo del artículo 7–, que la remisión a la legislación del país es a la legislación sobre extranjeros y no a la propia del ejercicio de cada derecho en cuestión como sostienen algunas decisiones del Supremo (Sentencias de 8 y 25 de febrero de 1992, 22 de diciembre de 1995 o 15 de septiembre de 1998) –y que pueden no verse seguidas a tenor de la línea que pretende imponerse desde el año 2000–, todavía creemos posible insistir en una posición intermedia que no desvirtúe totalmente la proclamación que se acaba de transcribir. El párrafo primero del artículo 7 o el artículo 8 del Tratado con Uruguay tienen que servir para reforzar la garantía de que se pueda realizar lo que en ellos se consagra, sin perjuicio de que el marco jurídico a considerar sea el de la Ley española de Extranjería.

No puede admitirse que la remisión a la legislación de extranjería conlleve la pérdida de prerrogativas que derivan de un convenio internacional situando en idéntico plano a los nacionales de países con los que no existen acuerdos que se pronuncien en los términos que lo hacen los que hemos estudiado. De sobra conocemos la jerarquización de los convenios internacionales en el orden de las fuentes del ordenamiento español por imperativo del artículo 96 de nuestra Constitución. Por ello, creemos razonable y ajustado a derecho interpretar que los nacionales chilenos y peruanos y, por extensión, los uruguayos, gozan de un derecho a obtener la documentación correspondiente según sea la finalidad de su estancia o permanencia recogida en nuestra Ley de Extranjería.

De este modo, si quisieran trabajar por cuenta ajena o cuenta propia tienen que cubrir las exigencias de la ley en cuanto a poseer una oferta o contrato de trabajo o presentar el proyecto económicamente viable de explotación. En su concesión, sin embargo, la Administración está obligada a considerar el mandato convencional y, por tanto, debe eliminar toda apreciación discrecional que lo frustre. Además, debe tenerse presente que es la propia Ley de Extranjería la que, a propósito de la expedición del visado (cualquiera que sea la tipología) señala que:

“El ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana” (artículo 27.3 de la LOEx).

Entre los compromisos internacionales vigentes se encuentran tanto el Canje de Notas sobre supresión de visados con Perú de 14 de abril de 1959 y su suspensión, como los dos Convenios de doble nacionalidad con Chile y Perú de 24 de mayo de 1958 y 16 de mayo de 1959, respectivamente. En cuanto al Tratado con Uruguay de 1870, acontecimientos recientes en el que se han visto involucrados súbditos uruguayos (con retenciones y devoluciones en el aeropuerto de Barajas)²³, se ha suscitado la duda sobre su vigencia. Cuestión que, en todo caso, no se plantea en ningún momento en el asunto resuelto por la STS de 10 de octubre de 2002.

V. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA VIGENCIA DEL ARTÍCULO 8 DEL TRATADO DE 1870 TRAS LA FIRMA DEL TRATADO GENERAL DE COOPERACIÓN Y AMISTAD FIRMADO ENTRE ESPAÑA Y URUGUAY EL 23 DE JULIO DE 1992

En efecto, con motivo de aquellas retenciones que tuvieron como resultado la devolución de algunos de los cuatro nacionales de Uruguay que pretendían entrar en España a través del aeropuerto de Barajas en el pasado mes de septiembre, uno de los afectados manifestó su improcedencia sobre la base del tenor del artículo 8 que ya conocemos. El Embajador de España en Uruguay, por su parte, replicó que dicho convenio se encuentra derogado por otros posteriores.

Los acontecimientos, casualmente, se producen en fecha próxima a la sentencia que se estudia aunque, como ya se ha expuesto, en ningún momento se cuestiona en ella su vigencia. Teniendo en cuenta, sin embargo, las afirmaciones de nuestro Embajador²⁴, había que conocer cuál es el estado de la cuestión. Así comprobamos que, en efecto, España y Uruguay suscriben un tratado denominado Tratado General de Cooperación y Amistad que se firma el 23 de julio de 1992²⁵, –en plena conmemoración del V Centenario del descubrimiento de América–, que completa –según expresión recogida en su propio Preámbulo– a otros específicos en vigor y en cumplimiento del Acta de Bases del Tratado de Cooperación y Amistad entre Uruguay y España, firmada en Madrid el 7 de abril de 1992.

Hasta aquí, pues, parece que la intención es que los compromisos internacionales posteriores sean un *complemento* de los anteriores. Veamos, no obstante, qué tratamiento se da a los aspectos de extranjería en relación con el texto del artículo 8. El correspondiente en este Tratado

(23) La edición digital de *El País* daba cuenta el 4 de octubre de 2002 de varias devoluciones de nacionales uruguayos que las autoridades consulares de este país calificaron de preocupantes. Uno de los devueltos se puso en contacto con el diputado Enrique Pérez Morad y, precisamente, se apeló al artículo 8 del Tratado de 1870 para manifestar la improcedencia de la devolución. Por su parte, el Embajador de España en Uruguay, Fernando Martínez, afirmó al medio de comunicación que el convenio “fue derogado por otras convenciones posteriores”. Información obtenida en la dirección www.diarioelpais.com/02/10/04/pciuda14227.asp

(24) Vid. la nota anterior.

(25) BOE nº 131 de 2 de junio de 1994; rec. err. BOE nº 174 de 22 de julio.

Incidencia del tratado concertado entre España y Uruguay

General se encuentra en el número 14 que dice:

“Con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades. La expedición de los permisos de trabajo laborales y profesionales, por cuenta ajena será gratuita.

Las respectivas autoridades garantizarán el efectivo goce de las facilidades mencionadas, sujeto al criterio de reciprocidad.”

Para apreciar si incide y cómo este marco convencional posterior en lo dispuesto por el artículo 8 del texto de 1870, hay que añadir el artículo 18 –correspondiente a las disposiciones finales– que dice:

“Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el presente Tratado, las Partes acuerdan que, en lo que no fuere incompatible con el mismo, se mantienen plenamente vigentes los convenios celebrados con anterioridad.”

A nuestro modo de ver, una lectura combinada de ambos preceptos con el artículo 8 del Tratado de 1870 y la aplicación de la sólida doctrina del Tribunal Supremo –que no “aislada” como se califica en la STS de 3 de octubre de 2000 demostrando, eso sí, que no es la única–, sobre el alcance del artículo 7 de los Convenios de doble nacionalidad con Chile y Perú, permite sostener el criterio intermedio que hemos mantenido dado, sobre todo, los términos introducidos en aquélla. En este sentido, aun en el caso de que los nacionales uruguayos se sometan al régimen general de extranjería de la legislación vigente en España para las estancias superiores al período para el que no se necesita visado, los convenios internacionales existentes entre ambas naciones, respaldan que las solicitudes, bien de visados, bien de permisos deben ser concedidos, excepción hecha del inicio de una política migratoria que impida aplicar criterios de reciprocidad positiva.



Crónica legislativa de un semestre

CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE

SUMARIO

I. Fuentes internacionales. A) Marco multilateral. B) Normas y actos de la unión Europea. C) Convenios multilaterales y bilaterales que vinculan a España en materia de extranjería.

II. Normas internas. Fiscalía.

III. Propuestas y anteproyectos.

I. FUENTES INTERNACIONALES

A) Marco multilateral

- Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Lituania al Convenio sobre competencia de autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (*BOE* nº 31, de 5 de febrero de 2003).
- Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República del Perú al Convenio relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (*BOE* nº 300, de 16 de diciembre de 2002).
- Declaración de aceptación por España de las adhesiones de la República de Letonia y de la República Socialista Democrática de Sri Lanka al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (*BOE* nº 31, de 5 de febrero de 2003).
- Instrumento de Aceptación por parte de España de la Enmienda al párrafo 2 del artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño (publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 313, de 31 de diciembre de 1990), adoptada en Nueva York el 12 de diciembre de 1995 (*BOE* nº 9, de 10 de enero de 2003).
- Aplicación provisional del Protocolo sobre adopción internacional entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 12 de noviembre de 2002 (*BOE* nº 21, de 24 de enero de 2003).

B) Normas y actos de la Unión Europea

- Tratado de Niza por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, hecho en Niza el 26 de febrero de 2001. Entrada en vigor. (BOE nº 24, de 28 de enero de 2003).
- Acuerdo hispano-portugués por el que se establecen las modalidades particulares de gestión y pago de los créditos recíprocos de asistencia sanitaria en aplicación de las disposiciones de los Reglamentos (CEE) números 1408/71 y 574/72, hecho en Valencia el 2 de octubre de 2002 (BOE nº 6, de 7 de enero de 2003).
- Directiva 2002/90/CE de Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DOCE L 328/17, de 5 de diciembre de 2002).
- Instrucción consular común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera (DOCE C 313/1, de 16 de diciembre de 2002).
- 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.
- Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003 por 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.
- Reglamento (CE) nº 415/2003 del Consejo de 27 de febrero de 2003 sobre expedición de visados en frontera, incluidos los de marinos en tránsito.

C) Convenios multilaterales y bilaterales que vinculan a España en materia de extranjería

- Protocolo adicional entre el Reino de España y la República de Honduras modificando el Tratado de Doble Nacionalidad de 15 de junio de 1966, hecho *ad referendum* en Tegucigalpa el 13 de noviembre de 1999 (BOE nº 289, de 3 de diciembre de 2002).
- Canje de notas de fechas 10 de noviembre y 8 de diciembre de 1993 constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Honduras sobre modificación del Convenio de Doble Nacionalidad de 15 de junio de 1966 (BOE nº 289, de 3 de diciembre de 2002).
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cuba sobre asistencia mutua administrativa entre sus autoridades aduaneras, hecho en la Habana el 8 de agosto de 2001 (BOE nº 65 de 17 de marzo de 2003).
- Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001 (BOE nº 52, de 1 de marzo de 2003).

Crónica legislativa de un semestre

I

- Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República Tunecina sobre asistencia judicial en materia penal, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001 (*BOE* nº 52, de 1 de marzo de 2003).
- Canje de notas de fechas 6 de noviembre de 2001 y 13 de diciembre de 2002, constitutivas de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bulgaria sobre supresión de visados (*BOE* nº 36, de 11 de febrero de 2003).
- Convenio de cooperación científico-técnica entre España y Ucrania, hecho en Kiev el 7 de noviembre de 2001 (*BOE* nº 15, de 17 de enero de 2003).
- Convenio entre el Reino de España y Ucrania sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho en Kiev el 7 de noviembre de 2001 (*BOE* nº 38, de 13 de febrero de 2003).
- Instrumento de ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Andorra el 9 de noviembre de 2001 (*BOE* nº 290, de 4 de diciembre de 2002).
- Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Andorra el 9 de noviembre de 2001 (*BOE* nº 290, de 4 de diciembre de 2002).
- Instrumento de Ratificación del Tratado de amistad y cooperación entre el Reino de España y la República de Albania, hecho en Tirana el 22 de noviembre de 2001 (*BOE* nº 54, de 4 de marzo de 2003).
- Acuerdo entre el Reino de España y Rumanía relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados, hecho en Madrid el 23 de enero de 2002 (*BOE* nº 289, de 3 de diciembre de 2002).
- Convenio entre España y Australia sobre Seguridad Social, hecho en Madrid el 31 de enero de 2002 (*BOE* nº 303, de 19 de diciembre de 2002).
- Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre España y Jamaica, hecho en Kingston el 13 de marzo de 2002 (*BOE* nº 11, de 13 de enero de 2003).
- Convenio de cooperación entre el Reino de España y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en materia de patrimonio, hecho en París el 18 de abril de 2002 (*BOE* nº 290, de 4 de diciembre de 2002).
- Acuerdo de Cooperación Científica y Tecnológica entre el Reino de España y la República de Eslovaquia, hecho en Bratislava el 7 de mayo de 2002 (*BOE* nº 39, de 14 de febrero de 2002).
- Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de la India, hecho en Madrid el 20 de junio de 2002 (*BOE* nº 74, de 27 de marzo de 2003).

- Aplicación provisional del Protocolo adicional entre el Reino de España y la República Dominicana modificando el Convenio de doble nacionalidad de 15 de marzo de 1968, hecho en Santo Domingo el 2 de octubre de 2002 (*BOE* nº 273, de 14 de noviembre de 2002).
- Entrada en vigor del Canje de Notas de fechas 21 y 27 de diciembre de 2001, entre el Reino de España y la República de Colombia, sobre gratuidad de visados, cuya aplicación provisional fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* nº 73, de fecha 26 de marzo de 2002 (*BOE* nº 289, de 3 de diciembre de 2002).
- Orden AEX/3454/2002, de 30 de octubre, por la que se crean los Centros Culturales de la Agencia Española de Cooperación Internacional, en las Misiones Diplomáticas Permanentes de España en la República de Chile, en la República de Guinea Ecuatorial, en la República de El Salvador y en la República Oriental de Uruguay, así como en el Consulado General de España en Bata (*BOE* nº 16, de 18 de enero de 2003).
- Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio entre España y Australia sobre Seguridad Social, hecho en Canberra el 20 de diciembre de 2002 (*BOE* nº 48, de 25 de febrero de 2003).
- Resolución de 15 de enero de 2003, 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* nº 25, de 29 de enero de 2003).
- Aplicación Provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guinea-Bissau en materia de inmigración, hecho en Madrid el 7 de febrero de 2003 (*BOE* nº 74, de 27 de marzo de 2003).
- Orden AEX/523/2003, de 19 de febrero, por la que se crean las Oficinas Técnicas de Cooperación de la Agencia Española de Cooperación Internacional, en las misiones diplomáticas permanentes de España en la República Argelina Democrática y popular, en la República Árabe de Egipto, en la República del Senegal y en la República Socialista del Vietnam.

II. NORMA INTERNAS. FISCALÍA

- Orden ECD/3305/2002, de 16 de diciembre, por la que se modifican las de 14 de marzo de 1988 y de 30 de abril de 1996, para la aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 104/1988, de 29 de enero, sobre homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación no universitaria (*BOE* nº 311, de 28 de diciembre de 2002).
- Plan de Lucha Contra la Delincuencia, presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002 (puede consultarse el texto en la web de extranjería).
- Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería (*BOE* nº 287, de 30 de noviembre de 2002).

Crónica legislativa de un semestre

I

- Resolución de 5 de diciembre de 2002, del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, por la que se convocan, para el año 2003, ayudas destinadas a la realización de proyectos de investigación y desarrollo, dentro de la acción estratégica sobre envejecimiento y de la acción estratégica sobre tecnología sanitaria vinculada a la tecnología de la rehabilitación, en el marco del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica (2000-2003) (BOE nº 19, de 22 de enero de 2003).
- Resolución de 10 de diciembre de 2002, de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) por la que se acuerda conceder las ayudas de intercambio del programa de cooperación interuniversitaria América Latina España 2003, el ámbito iberoamericano para estudiantes universitarios de pre y postgrado (BOE nº 19, de 22 de enero de 2003).
- Resolución de 16 de diciembre de 2002, de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), por la que se acuerda conceder las ayudas para la realización de proyectos de investigación, formación y gestión, y acuerdos complementarias en el marco del programa de cooperación interuniversitaria entre España y Túnez (BOE nº 18, de 21 de enero de 2003).
- Orden FOM/3399/2002, de 20 de diciembre, por la que se establece un certificado de conductor para la realización de la actividad de transporte por conductores de terceros países (BOE nº 8, de 9 de enero de 2003).
- Resolución de 23 de diciembre de 2002, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la adenda al Convenio de colaboración suscrito el 2 de enero de 2002 entre el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) y la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE nº 14, de 16 de enero de 2003).
- Resolución de 23 de diciembre de 2002, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad al Convenio de colaboración entre el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y la Comunidad Autónoma de Madrid, para el desarrollo de actuaciones conjuntas en materia de acogida básica a inmigrantes (BOE nº 14, de 16 de enero de 2003).
- Resolución de 14 de enero de 2003, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procedimientos de contratación y se fija el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella (BOE nº 14, de 16 de enero de 2003; c.e. BOE nº 27, de 31 de enero de 2001).
- Resolución de 20 de enero de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 223 del Reglamento del Registro Civil, se acuerda publicar la relación de concesiones y aprobaciones de nacionalidad durante el segundo semestre de 2002 (BOE nº 36, de 11 de febrero de 2003).
- Orden ECO/180/2003, de 22 de enero, sobre cobertura por cuenta del Estado de riesgos derivados del comercio exterior de las inversiones exteriores y de las transacciones económicas con el exterior (BOE nº 33, de 7 de febrero de 2003).

- Resolución de 23 de enero de 2003, del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, por la que se actualizan, a tenor de lo preceptuado en la Orden de 18 de septiembre de 2001 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las cuantías máximas de las ayudas económicas para los beneficiarios de los centros de Acogida a Refugiados del IMSERSO (*BOE* nº 44, de 20 de febrero de 2003).
- Resolución de 30 de enero de 2003, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de las Instrucciones dictadas en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procedimientos de contratación y se fija el número y las características de las ofertas de empleo y se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella (*BOE* nº 27, de 31 de enero de 2003).
- Orden TAS/236/2003, de 4 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de las ayudas correspondientes a los programas de actuación a favor de los emigrantes españoles (*BOE* nº 37, de 12 de febrero de 2003).
- Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
- Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (*BOE* nº 46, de 22 de febrero de 2003).
- Real Decreto 253/2003, de 28 de febrero, por el que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 1999/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de junio de 1999, por la que se establece un mecanismo de reconocimiento de títulos respecto de las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias (*BOE* nº 52, de 1 de marzo de 2003).
- Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega (*BOE* nº 65 de 17 de marzo de 2003).
- Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (*BOE* nº 65 de 17 de marzo de 2003).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 que anula 13 artículos del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley orgánica 8/2000.

III. PROPUESTAS Y ANTEPROYECTOS

- Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (Consejo de Ministros del viernes 14 de marzo de 2003).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS

(Selección)

Retorno de inmigrantes

Los ministros de Justicia e Interior de la UE han adoptado un “Programa de Acción sobre el Retorno”, basado en el Libro Verde de la Comisión relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales. El Programa contiene una estrategia común a nivel de la UE y establece una serie de acciones y medidas en el ámbito de la inmigración ilegal, que figuran en el anexo del Programa junto a las fechas límite para su adopción e implantación. El Programa, cuyo ámbito de aplicación incluye tanto el retorno forzado como el voluntario, pretende reforzar la cooperación entre los Estados miembros y fomentar la aproximación y la armonización de la legislación en la UE. Asimismo, los ministros de la UE adoptaron un Plan de Retorno para Afganistán. Por otro lado, los ministros han adoptado nuevos mandatos destinados a la conclusión de acuerdos de readmisión con Turquía, Albania, Argelia y China.

(2 de diciembre de 2002).

Estatuto de Refugiado

Los ministros de Justicia e Interior han alcanzado un acuerdo político sobre un elevado número de disposiciones contenidas en la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países y apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional, y a su estatuto. Los ministros esperan alcanzar un acuerdo político sobre el conjunto de la propuesta en el próximo Consejo de Justicia e Interior de la UE.

(2 de diciembre de 2002).

Solicitud de Asilo

Los ministros de Justicia e Interior no han conseguido alcanzar un acuerdo respecto al texto de compromiso presentado por la Presidencia relativo a la Propuesta de Reglamento 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. El texto de compromiso establecía que en caso de que un solicitante de asilo cruce de manera ilegal la frontera de un Estado miembro, dicho Estado miembro será responsable del examen de la solicitud durante un período de doce meses a partir de la fecha de entrada del solicitante. Pasado este periodo, la responsabilidad recaerá en el Estado miembro en el que

(*) 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.

residió previamente el solicitante durante al menos cinco meses.
(2 de diciembre de 2002).

Víctimas de la inmigración ilegal

El Parlamento Europeo ha aprobado, en el marco del procedimiento de consulta, la propuesta de Directiva relativa a la expedición de un permiso de residencia de corta duración a las víctimas de la ayuda a la inmigración ilegal o de la trata de seres humanos que cooperen con las autoridades competentes. La Directiva pretende luchar contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, a través de la creación de un permiso de residencia de corta duración para las víctimas, con vistas a incentivarles a cooperar en la búsqueda de los autores de estos delitos.
(9 de diciembre de 2002).

Inmigración ilegal

La Decisión marco destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, y la Directiva 2002/90/CE destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, han sido publicadas en el *DOCE* (L 328/1 y L 328/17 de 5 de diciembre de 2002, respectivamente). La Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar sanciones adecuadas contra cualquier persona que ayude a una persona no nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro, o que ayude, con ánimo de lucro, a esa persona a permanecer en el territorio de un Estado miembro. La Decisión marco refuerza la Directiva, especialmente en el ámbito de las sanciones a aplicar. El plazo para la transposición de ambos instrumentos es el 5 de diciembre de 2004.
(9 de diciembre de 2002).

Política exterior e inmigración

La Comisión Europea ha publicado una Comunicación relativa a la integración de las cuestiones de migración en las relaciones de la UE con países terceros. El documento, que apoya dicha integración, contiene, asimismo, un informe sobre la eficacia de los recursos financieros disponibles para la repatriación de inmigrantes, la gestión de las fronteras exteriores y los proyectos sobre asilo e inmigración en países terceros.
(9 de diciembre de 2002).

Protección social a residentes legales

El Consejo de Empleo de la UE ha alcanzado un acuerdo político para ampliar la protección social a todos los nacionales de terceros países que residen legalmente en los Estados miembros. La Propuesta de Reglamento aprobada amplía las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas. El Reglamento (CEE) nº 1408/71 coordina a escala comunitaria los regímenes de seguridad social de los Estados miembros.
(9 de diciembre de 2002).

Europa en breve

II

Programa legislativo para 2003

El Parlamento Europeo ha acogido con satisfacción el programa legislativo y de trabajo de la Comisión para 2003. El Parlamento aboga por una inmediata adopción de una política europea común de inmigración y asilo, basada en normas mínimas, y apoya la propuesta de la Comisión para la lucha contra el terrorismo. En materia de fiscalidad, propugna una armonización de la base impositiva, y no de los tipos, cuando sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior.

(9 de diciembre de 2002).

Cumbre de Copenhague

El pleno del Parlamento Europeo ha mantenido un debate sobre los preparativos del Consejo Europeo, que tendrá lugar en Copenhague, los próximos 12 y 13 de diciembre. La cumbre de Copenhague, que estará centrada en la ampliación, dará por terminadas las negociaciones de adhesión con diez de los países candidatos, con vistas a firmar los Tratados de Adhesión en abril de 2003 en Atenas, para una adhesión efectiva a partir del 1 de mayo de 2004. Asimismo, durante la Cumbre, se tomarán decisiones sobre la asistencia financiera y sobre el calendario del proceso de adhesión de Bulgaria y Rumanía. La siguiente fase en la candidatura de Turquía será otro de los puntos importantes de la agenda.

(9 de diciembre de 2002).

Derechos fundamentales en la Unión Europea

La Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo ha aprobado el *Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE en 2001*. En el informe, se manifiesta preocupación por el elevado número y la gravedad de las violaciones constatadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que se refiere al derecho a un proceso justo, el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a una audiencia pública, el principio del procedimiento contradictorio, el derecho a un plazo razonable, el derecho a un juez imparcial e independiente, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces en un proceso penal por el mismo delito.

(9 de diciembre de 2002).

Retorno de inmigrantes

El Parlamento Europeo tiene previsto pedir a la Comisión, en el marco del debate sobre la inmigración y el asilo que tendrá lugar durante el pleno de Estrasburgo, información sobre el alcance real del fenómeno de los retornos voluntarios y forzosos promovidos por los Estados miembros para combatir la inmigración ilegal. Asimismo, el Parlamento solicitará información sobre la manera en que se controlará el respeto de los Derechos Humanos en casos de retornos masivos, sobre los criterios de aplicación a la hora de comprobar si es seguro un país hacia el cual se decide el retorno, y sobre los mecanismos de control conjunto previstos en los mecanismos de readmisión.

(16 de diciembre de 2002).

Informe sobre el racismo

Según el Observatorio Europeo contra el Racismo y la Xenofobia, estos dos fenómenos han aumentado desde los atentados del 11 de septiembre. Así lo refleja el informe anual de 2001, presentado en la comisión de Derechos de los ciudadanos del Parlamento Europeo. Asimismo, el informe señala que actualmente un 10% de las páginas de Internet tiene un contenido racista. Por otro lado, se ha constatado que la tasa de desempleo es el doble entre los inmigrantes con respecto al resto de la población (incluso los que poseen diplomas universitarios se enfrentan a grandes problemas)

(16 de diciembre de 2002).

Derechos Humanos

En el marco del Día de los Derechos Humanos, que tuvo lugar el pasado 10 de diciembre, la Comisión Europea ha subrayado su compromiso con la promoción de los Derechos Humanos y la democratización, recordando que, a través de la Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos, se han otorgado 28 millones de euros a 42 proyectos, y que otras 30 decisiones serán aprobadas de aquí a final de año en este ámbito.

(16 de diciembre de 2002).

Eurobarómetro

Una gran mayoría de los ciudadanos europeos considera la pertenencia de su país a la UE como algo positivo, según la última encuesta del Eurobarómetro, realizada entre el 1 de octubre y el 5 de noviembre de 2002. Por otro lado, la confianza de los europeos en la Comisión alcanza su nivel más alto desde que la pregunta fuera planteada por primera vez, en la primavera de 1999. Asimismo, una gran mayoría se declara favorable a una política exterior y de seguridad común, y a una Constitución Europea.

(16 de diciembre de 2002).

Copenhague. Conclusión de las negociaciones

Los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en Copenhague, han logrado la conclusión de las negociaciones de adhesión con Chipre, la República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, la República Eslovaca y Eslovenia. La UE espera dar la bienvenida a dichos Estados como miembros a partir del 1 de mayo de 2004. En la Cumbre de Copenhague, tras arduas negociaciones, se ha alcanzado un acuerdo financiero con los diez países citados. Ahora, deberá finalizarse la redacción del Tratado de adhesión para que pueda presentarse a la Comisión y al Parlamento Europeo, y recabar su dictamen conforme, y posteriormente al Consejo con vistas a la firma del Tratado en Atenas el 16 de abril de 2003.

(16 de diciembre de 2002).

Europa en breve

II

Chipre y Turquía

En lo que respecta a Chipre, en la Cumbre de Copenhague, se ha decidido que, en ausencia de un arreglo, se suspenderá la aplicación del acervo a la zona norte de la isla, hasta que el Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, decida lo contrario. Por otro lado, la UE ha apoyado el aumento significativo de la ayuda de preadhesión para Bulgaria y a Rumania. Respecto a Turquía, si el Consejo Europeo de diciembre de 2004 decide que Turquía cumple los criterios políticos de Copenhague, la UE iniciará las negociaciones de adhesión a partir de esa fecha.

(16 de diciembre de 2002).

Encuesta sobre la ampliación

Una amplia mayoría de ciudadanos europeos apoya el proceso de ampliación, según el último Eurobarómetro, realizado entre el 11 y el 20 de noviembre de 2002. Los conocimientos sobre los países candidatos y el calendario de adhesión han mejorado, aunque siguen manteniéndose a un nivel bajo. Por otro lado, se ha constatado un ligero aumento de las inquietudes en torno a las consecuencias negativas de la ampliación en lo que se refiere a la protección social y la toma de decisiones en la UE.

(16 de diciembre de 2002).

Mejora del sistema Schengen

El pleno del Parlamento Europeo se pronunciará, por el procedimiento de consulta, sobre dos iniciativas españolas para mejorar el actual "Sistema de Información Schengen". Las iniciativas permiten a Europol el acceso al sistema, en línea con lo previsto en el Plan de Acción contra el terrorismo. La comisión parlamentaria considera que las propuestas se pueden aprobar si se introducen unas enmiendas que garanticen la protección de los derechos de los ciudadanos, tales como la obligación de registrar quién ha realizado la investigación y qué datos ha recogido, y la prohibición de copiar datos y transmitirlos a terceros.

(16 de diciembre de 2002).

Participación de las mujeres

El Parlamento se ha felicitado por el hecho de que la Comisión haya establecido como tema prioritario en el Programa de Acción comunitario para la igualdad entre hombres y mujeres (2003) la participación de las mujeres en el proceso de toma de decisiones. El Programa de Acción 2001-2005 se centró, en el primer año, en la igualdad de retribución, y en 2002 en la conciliación de la vida laboral y familiar. El Parlamento ha pedido a los Estados miembros que desarrollen nuevos mecanismos, incluidas las cuotas, para facilitar una representación equilibrada de mujeres en todos los niveles y ámbitos de toma de decisiones. El informe será votado esta semana en sesión plenaria.

(16 de diciembre de 2002).

Nueva versión del Tratado de la Unión Europea

Las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (2002), con las modificaciones introducidas por el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001, han sido publicadas en el DOCE (C325/1 de 24/12/2002). Las versiones publicadas contienen los cuatro Protocolos adoptados en Niza, es decir, el Protocolo sobre la ampliación de la UE, el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, el Protocolo sobre las consecuencias financieras de la expiración del Tratado CECA, y el Protocolo sobre el artículo 67 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

(6 de enero de 2003).

Reforma de la Legislación Europea

El pleno del Parlamento Europeo ha adoptado un informe que propugna una reforma de la tipología de la legislación comunitaria basada en los principios de simplificación, especialización y democratización. El Parlamento propone la siguiente relación de normas: las leyes, que serían equivalentes al actual reglamento legislativo, las leyes de programa, que sustituyen a los reglamentos, las leyes marco, que podrían reemplazar a la directiva, y las leyes orgánicas, que establecen las disposiciones necesarias para el buen funcionamiento de las instituciones.

(6 de enero de 2003).

Ciudadanía Europea

El 87% de los ciudadanos europeos saben que tienen derecho a presentar una reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo, según el Eurobarómetro realizado durante el mes de octubre de 2002. El derecho inherente a la ciudadanía europea más conocido por los ciudadanos es el derecho a trabajar en cualquier Estado miembro, mientras que el derecho a residir en cualquier Estado miembro ocupa la tercera posición, tras el derecho a reclamar ante el Defensor del Pueblo Europeo. En cuarta posición viene el derecho a presentar una petición ante el Parlamento Europeo. Por otro lado, la encuesta muestra que los derechos políticos no son muy conocidos por los ciudadanos europeos.

(6 de enero de 2003).

Acogida de refugiados

Los ministros de Justicia e Interior de la UE han adoptado una Directiva por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. La Directiva tiene por finalidad establecer unas normas mínimas sobre la acogida de los solicitantes de asilo que sean suficientes para garantizarles un nivel de vida digno y unas condiciones de vida comparables en todos los Estados miembros. Asimismo, la armonización de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo pretende contribuir a limitar los movimientos secundarios de los solicitantes de asilo debidos a la diversidad de las condiciones de acogida.

(6 de enero de 2003).

Europa en breve

II

Examen de solicitud de asilo

Los ministros de Justicia e Interior de la UE han alcanzado un acuerdo, basado en un texto de compromiso presentado por la Presidencia danesa, sobre la Propuesta de Reglamento 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. El Reglamento tiene por objeto sustituir por un instrumento comunitario el Convenio de Dublín de 1990.

(6 de enero de 2003).

Sistema de información Schengen

El pleno del Parlamento Europeo ha dado su visto bueno, en el marco del procedimiento de consulta, a dos iniciativas españolas con vistas a la adopción de una Decisión y de un Reglamento relativos a la introducción de nuevas funciones para el Sistema de Información de Schengen, en particular en materia de lucha contra el terrorismo. Con arreglo a estas iniciativas, Europol tendrá derecho a efectuar búsquedas en los datos introducidos en el Sistema de Información de Schengen, siempre que se respeten los requisitos de protección de datos y que se cumplan ciertas garantías previas antes de conceder dicho acceso, como por ejemplo que la búsqueda de datos se realice sólo para la finalidad declarada y que los datos sean necesarios para el cumplimiento del cometido realizado.

(6 de enero de 2003).

Expulsión de residentes ilegales

La Iniciativa de Alemania con vistas a la adopción de una Directiva del Consejo sobre la asistencia durante el tránsito en el marco de medidas de expulsión por vía aérea ha sido publicada en el DOCE (C 4/4 de 9/1/2003). La iniciativa recoge que la asistencia mutua durante la expulsión obedece al objetivo común de poner fin a la estancia ilegal de nacionales de terceros países que deban abandonar el territorio. Además, la existencia de una normativa vinculante para todos los Estados miembros contribuye a la seguridad jurídica y a la armonización de los procedimientos.

(13 de enero de 2003).

Informe sobre Derechos Fundamentales

El informe de la comisión de Libertades del Parlamento Europeo sobre la situación de los Derechos fundamentales en la UE (2001) será sometido a votación en Estrasburgo. En el informe, el Parlamento aplaude la ratificación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional aunque pide que los Gobiernos y parlamentos de los Estados miembros se abstengan de firmar acuerdos bilaterales que socaven su aplicación efectiva. Asimismo, manifiesta su preocupación por el elevado número y la gravedad de las violaciones constatadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que se refiere al derecho a un proceso justo, acceso a tribunales, a una audiencia pública, a un juez imparcial, el derecho de defensa, presunción de inocencia y el derecho a un plazo razonable.

(13 de enero de 2003).

Vigilancia de las fronteras exteriores

El pleno del Parlamento Europeo se pronunciará sobre la Comunicación de la Comisión “Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE”. El Parlamento se muestra partidario de la creación de un Cuerpo europeo de guardia de fronteras integrado por unidades especiales, puesto a disposición de las autoridades nacionales cuando sea necesario por situaciones de riesgo en las fronteras exteriores. Asimismo, con vistas a la elaboración de una política común sobre la vigilancia de las fronteras, el Parlamento solicita un análisis de la aplicación del acervo de Schengen.

(13 de enero de 2003).

Sistema de información Schengen

La Decisión de 14 de octubre de 2002 relativa a la desclasificación de determinadas partes del Manual Sirene adoptado por el Comité Ejecutivo establecido por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 ha sido publicada en el DOCE (14/1/2003 L 8/34). Por medio del sistema Sirene (“Solicitud de información adicional al puesto fronterizo de entrada”) las autoridades policiales de un país pueden pedir información complementaria sobre una persona que esté registrada en el Sistema de información de Schengen (SIS) de otro país. Las partes desclasificadas del Manual Sirene se publicarán en el DOCE.

(13 de enero de 2003).

Permiso de residencia

La comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo ha solicitado, en el marco del procedimiento de consulta, la modificación de la propuesta de directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países que deseen trabajar por cuenta ajena o realizar actividades económicas por cuenta propia en la UE. La comisión parlamentaria ha pedido que los permisos de residencia de dichos trabajadores tengan una duración mínima de un año, y que el cónyuge o acompañante de primera categoría tenga asimismo derecho a este tipo de permiso.

(27 de enero de 2003).

Estados seguros en materia de asilo

La Iniciativa de Austria con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo por el que se fijan los criterios para determinar los Estados que puedan calificarse como terceros Estados seguros a efectos de asumir la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en un Estado miembro por un nacional de un tercer país, así como una lista de terceros Estados europeos seguros, ha sido publicada en el DOCE (C 17/6 de 24-1-2003). El objetivo del Reglamento es fijar criterios para determinar los Estados que puedan calificarse como terceros Estados seguros con respecto a los cuales se puede suponer que ofrecen a los refugiados y solicitantes de asilo un nivel adecuado de protección contra la repatriación hacia sus países de origen, y por los que deben recibir a estas personas.

(27 de enero de 2003).

Europa en breve

II

Libre circulación de personas

La comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo se ha pronunciado, en el marco del procedimiento de codecisión, sobre la propuesta de directiva relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El Parlamento aboga por una definición más amplia del concepto de familia, y por mayores garantías contra la pérdida del derecho de residencia adquirido. La Directiva propone que se autorice a los ciudadanos de la UE a residir en cualquier Estado miembro durante una duración máxima de seis meses. Asimismo, todo ciudadano de la UE y su familia estarían autorizados a prolongar su derecho de residencia más allá de los seis meses si es asalariado o trabaja como independiente, o si dispone de los recursos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia.

(27 de enero de 2003).

Denuncia contra España

La Comisión ha entablado procedimientos de infracción contra ocho Estados miembros (Luxemburgo, Reino Unido, Austria, Italia, España, Finlandia, Alemania y Grecia) por no cumplir con las disposiciones contenidas en la Directiva relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. España recibirá un dictamen motivado (segunda etapa del procedimiento de infracción) por no haber sometido determinados proyectos de desarrollo urbano a una evaluación para determinar los efectos en el medio ambiente. Si en el plazo de dos meses a partir de la recepción del dictamen no se recibe una respuesta satisfactoria, la Comisión denunciará a España ante el TJCE.

(27 de enero de 2003).

Acogida de solicitantes de asilo

Tras el acuerdo político alcanzado el pasado 28 de noviembre, el Consejo de la UE ha adoptado formalmente la Directiva por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. La Directiva tiene por finalidad establecer unas normas mínimas sobre la acogida de los solicitantes de asilo que sean suficientes para garantizarles un nivel de vida digno y unas condiciones de vida comparables en todos los Estados miembros. Asimismo, la armonización de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo pretende contribuir a limitar los movimientos secundarios de los solicitantes de asilo debidos a la diversidad de las condiciones de acogida. La Directiva contiene disposiciones sobre residencia y libre circulación, unidad familiar, escolarización y educación de menores, empleo y acceso a la formación profesional.

(3 de febrero de 2003).

Entrada en vigor del Tratado de Niza

El Tratado de Niza ha entrado en vigor el pasado 1 de febrero de 2003, introduciendo una serie

de reformas necesarias para afrontar la futura ampliación. El Tratado facilita la toma de decisiones del Consejo de ministros de la UE, estableciendo la mayoría cualificada para determinados asuntos en los que anteriormente se requería la unanimidad. Asimismo, introduce una importante reforma del sistema jurisdiccional de la UE, con el fin de afrontar la sobrecarga de trabajo del TJCE.

Por último, mejora el procedimiento que permite detectar las violaciones graves de los Derechos fundamentales por parte de un Estado miembro y tomar medidas al respecto. Cabe añadir, que el Diario Oficial de las Comunidades Europeas pasará a denominarse Diario Oficial de la Unión Europea. (3 de febrero de 2003).

Acceso a la justicia: justicia gratuita transfronteriza

El Consejo de la UE ha adoptado la Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (DOCE de 31-1-2003 L 26/41). La Directiva pretende que cualquier persona implicada en un litigio transfronterizo en materia civil o mercantil pueda hacer valer sus derechos ante un tribunal aunque su situación financiera personal no le permita hacer frente a las costas procesales. En función de la Directiva, la justicia gratuita deberá incluir el asesoramiento previo a la demanda con vistas al logro de un acuerdo antes de iniciar el proceso, así como la asistencia jurídica y la representación letrada ante el tribunal y la ayuda para el pago o la exención de las costas procesales. (3 de febrero de 2003).

Protección penal del medio ambiente. Directiva

La Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal ha sido publicada en el DOCE (C 20 E/284 de 28-1-2003). El Consejo de la UE ha estudiado esta propuesta pero ha llegado a la conclusión de que no se puede alcanzar la mayoría necesaria para su adopción debido a que supera las competencias que el Tratado CE otorga a la Comunidad. Para el Consejo, los objetivos pueden alcanzarse mediante la adopción de una Decisión marco basada en el título VI del Tratado de la Unión Europea (ver noticia anterior). Asimismo, el Consejo ha considerado que la Decisión marco es un instrumento adecuado para imponer a los Estados miembros la obligación de prevenir sanciones penales y que el carácter de la propuesta modificada presentada por la Comisión no permite al Consejo modificar su posición a este respecto. (3 de febrero de 2003).

Acogida de solicitantes de asilo

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 ha sido publicada en el DOCE (L31/18 de 6-2-2003). La Directiva tiene por finalidad establecer unas normas mínimas sobre la acogida de los solicitantes de asilo que sean suficientes para garantizarles un nivel

Europa en breve

II

de vida digno y unas condiciones de vida comparables en todos los Estados miembros.
(10 de febrero de 2003).

Toma de decisiones en materia de asilo e inmigración

Con ocasión del debate anual sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia, que tendrá lugar esta semana durante la sesión plenaria de Estrasburgo, la comisión de Libertades del Parlamento Europeo planteará una pregunta oral al Consejo sobre su postura respecto a la aplicación del procedimiento de codecisión y la toma de decisiones por mayoría cualificada en asuntos relativos a asilo, inmigración y libre circulación de personas. Asimismo, solicitará información sobre si el Consejo apoyará la integración de la Carta de los Derechos Fundamentales en el nuevo Tratado constitucional.

(10 de febrero de 2003).

Exigencia de visado

El pleno del Parlamento Europeo se pronunciará, en el marco del procedimiento de consulta, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo [por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 539/2001] 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. El Parlamento respalda la propuesta de la Comisión Europea de exigir visado a los ciudadanos ecuatorianos que viajen a cualquier país de la UE. Esta obligación es uno de los cambios planteados al reglamento que establece la lista común de países sujetos o exentos de visado.

(10 de febrero de 2003).

Protección penal del medio ambiente. Decisión Marco

La Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal ha sido publicada en el DOCE (5-2-2003 L 29/55). Cada Estado miembro deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que a las conductas indicadas en la Decisión marco les sean impuestas sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, entre las que figuren, al menos en los casos graves, penas de privación de libertad que puedan dar lugar a extradición.

10 de febrero de 2003

Direcciones útiles de internet

Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza: www.extranjeria.info

Consejo General de la Abogacía Española: www.cgae.es

Portal Genérico Direcciones:

Europa: <http://europa.eu.int/index-es.htm>

Principales Instituciones:

Parlamento Europeo: http://www.europarl.eu.int/home/default_es.htm

Comisión Europea: http://europa.eu.int/comm/index_es.htm

Oficina de Representación en España: <http://europa.eu.int/spain/representacion/index.html>

Consejo de la UE: <http://ue.eu.int/es/summ.htm>

Comité Económico y Social: <http://www.ces.eu.int/>

Tribunal de Justicia de las Comunidades: <http://curia.eu.int/es/index.htm>

Defensor del Pueblo Europeo: <http://www.euro-ombudsman.eu.int/>

Tribunal de Cuentas Europeo: <http://www.eca.eu.int/>

Comité de las Regiones: http://www.cor.eu.int/corz_es.htm

Banco Europeo de Inversiones: <http://www.bei.org/>

Banco Central Europeo: <http://www.ecb.int/>

Servicios sobre Derecho Comunitario:

EURLEX: <http://europa.eu.int/eur-lex/es/index.html>

Oficina de Publicaciones Oficiales de la Comunidad Europea: <http://eudor.eur-op.eu.int>

CELEX <http://europa.eu.int/celex>

DOUE: <http://europa.eu.int/eur-lex/es/oj/index.html>

SCAD PLUS: http://europa.eu.int/scadplus/scad_es.htm

Tratados Consolidados: <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/es/estoc.htm>

IDEA, Anuario Electrónico de las Instituciones de la U.E.: <http://158.169.50.70/idea/es/index.htm>

Información sobre licitaciones públicas:

General: <http://eur-op.eu.int/general/es/b7.htm>

Diario Oficial Serie S (recomienda utilizar Netscape): <http://ted.eur-op.eu.int/ojs/html/index2.htm>

Otras organizaciones profesionales europeas:

Consejo de Colegios de la Unión Europea (CCBE): <http://www.ccbe.org>

Federación de Colegios de Abogados de Europa (FBE): <http://www.fbe.org>

ANEXO LEGISLATIVO

REAL DECRETO 178/2003, DE 14 DE FEBRERO, SOBRE ENTRADA Y PERMANENCIA EN ESPAÑA DE NACIONALES DE ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE OTROS ESTADOS PARTE EN EL ACUERDO SOBRE EL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

Con motivo de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, se dictó el Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, en el que se regulaban las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España por parte de los ciudadanos de sus Estados miembros para la realización de actividades asalariadas o no asalariadas o para prestar o recibir servicios al amparo de lo establecido en el Tratado de la Comunidad Económica Europea.

Posteriormente, la adopción por el Consejo del Reglamento (CEE) número 2194/1991, de 25 de junio de 1991, relativo al período transitorio aplicable a la libre circulación de los trabajadores entre España y Portugal y los otros Estados miembros, las Directivas 90/364/CEE, relativa al derecho de residencia; 90/365/CEE, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer una actividad profesional, y 93/96/CEE, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, motivaron que se dictase el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas.

La entrada en vigor, el 1 de enero de 1994, del Acuerdo ratificado por España el 26 de noviembre de 1993, sobre el Espacio Económico Europeo, así como la necesaria adecuación del citado Real Decreto a la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto 267/83, Diatta contra Land Berlin), obligaron a modificar el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, por el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, y por el Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre.

Asimismo, debe tenerse en cuenta el Acuerdo, de 21 de junio de 1999, entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza, sobre libre circulación de personas, que ha entrado en vigor el 1 de junio de 2002, y por el que a los ciudadanos suizos y a los miembros de sus familias les debe ser de aplicación el mismo tratamiento que a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus familiares.

La firma el 28 de julio de 2000, en Marsella, por los Ministros del Interior de Francia, Alemania, Italia y España, de una Declaración en la que se comprometían a suprimir la obligación de

poseer una tarjeta de residencia en determinados supuestos, obliga a introducir las correspondientes adaptaciones en el régimen contemplado en los Reales Decretos mencionados.

Conforme a lo anterior, es necesario introducir la no exigencia de tarjeta de residencia para los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que sean activos, beneficiarios del derecho a residir con carácter permanente, estudiantes o familiares de estas personas que sean a su vez nacionales de los mencionados Estados.

Por otra parte, se considera necesario elaborar un nuevo texto normativo que derogue el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas, así como el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, que lo modificaba, y el Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre.

No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que regula la entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España, así como las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, ésta es de aplicación subsidiaria para las personas incluidas en el ámbito de aplicación de este Real Decreto.

Finalmente, se señala que este nuevo texto normativo es coherente con los artículos 17 y 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativos a la ciudadanía de la Unión, así como a los derechos y principios inherentes a la misma.

Este Real Decreto ha sido informado por el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes y por la Comisión Interministerial de Extranjería.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Asuntos Exteriores, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, con la aprobación previa del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 14 de febrero de 2003,

DISPONGO:

CAPÍTULO I

Ámbito de aplicación

Artículo 1 Objeto.

1. El presente Real Decreto 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.

Real Decreto 178/2003

III

2. El contenido del presente Real Decreto se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales y en los tratados internacionales en los que España sea parte.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

El presente Real Decreto 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, que a continuación se relacionan, y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos:

- 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.

CAPÍTULO II

Entrada, estancia y residencia

Artículo 3. Derechos.

- 1. Las personas a las que se refiere el presente Real Decreto tienen 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.
- 2. Asimismo, estas personas, exceptuando las contempladas en el párrafo c) del artículo 2, tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.
- 3. Los titulares de los derechos a que se refieren los apartados anteriores estarán obligados, solamente en los supuestos determinados y en la forma prevista en este Real Decreto, a solicitar una tarjeta de residencia para lo que deberán presentar la documentación a que se alude en el artículo 11.

Artículo 4. Entrada.

1. La entrada en territorio español se efectuará con el pasaporte o, en su caso, el documento de identidad en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular.
2. Los familiares que no posean 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 necesitarán, además, el correspondiente visado, sin perjuicio de lo dispuesto en tratados o convenios internacionales en los que España sea parte. La expedición de dichos visados será gratuita.
3. Cualquier resolución denegatoria de una solicitud de visado presentada por un extranjero de los incluidos en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto deberá ser motivada, indicando las razones de orden público, seguridad o salud públicas en que se base dicha resolución denegatoria, que serán puestas en conocimiento del interesado, a no ser que ello sea contrario a la seguridad del Estado.

Artículo 5. Estancia.

1. En los supuestos en los que la permanencia en España, cualquiera que sea su finalidad, sea de una duración inferior a tres meses, será suficiente la posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor, en virtud del cual se haya efectuado la entrada en territorio español.
2. Los familiares que no posean 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 necesitarán, además, el correspondiente visado, sin perjuicio de lo dispuesto en tratados o convenios internacionales en los que España sea parte y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo anterior.

Artículo 6. Supuestos de residencia sin tarjeta.

1. Podrán residir en España sin necesidad de tarjeta de residencia expedida por las autoridades españolas para tal fin las siguientes personas que sean titulares de un documento de identidad o un pasaporte nacional válido y en vigor:
 - a) Nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que sean trabajadores por cuenta propia o ajena, estudiantes o beneficiarios del derecho a residir con carácter permanente.
 - b) Familiares de las personas del párrafo anterior, así como familiares de ciudadanos españoles, cuyo vínculo sea uno de los establecidos en el artículo 2 del presente Real Decreto, siempre que sean nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea o nacionales de otro de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Real Decreto 178/2003

III

c) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que trabajen en España manteniendo su residencia en el territorio de alguno de esos Estados y al que regresan todos los días o, al menos, una vez por semana.

2. No obstante, en cualquiera de los supuestos del apartado anterior en los que el interesado solicite dicha tarjeta de residencia, los órganos administrativos tendrán la obligación de informar al interesado sobre la no exigencia de la misma. Pero, si a pesar de ello, el interesado presenta la correspondiente solicitud, se le expedirá la tarjeta de residencia que corresponda o un certificado de residencia.

3. Para la realización de las actividades económicas por cuenta propia o por cuenta ajena, para la prestación de servicios o para estudios, los interesados estarán sometidos a la normativa específica vigente en igualdad de condiciones que los ciudadanos españoles.

Artículo 7. Derecho a residir con carácter permanente.

1. Son titulares del derecho a residir con carácter permanente los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que hayan desarrollado una actividad económica por cuenta propia o ajena en territorio español y concurra en ellos alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que en el momento en que cese su actividad hayan llegado a la edad prevista por la legislación española para la jubilación con derecho a pensión, habiendo ejercido su actividad durante los 12 meses precedentes y residido en España durante más de tres años.

b) Que hayan cesado en el desempeño de su actividad como consecuencia de incapacidad permanente para el trabajo, habiendo residido en España durante más de dos años sin interrupción. No será necesario acreditar tiempo alguno de residencia si la incapacidad resultara de accidente de trabajo o de enfermedad profesional que dé derecho a una pensión de la que sea responsable, total o parcialmente, un organismo del Estado español.

c) Que después de tres años de actividad y de residencia continuadas en territorio español desempeñen su actividad en otro Estado miembro y mantengan su residencia en España, regresando al territorio español al menos una vez por semana.

2. Se expedirá o renovará, cuando fuera necesario, la tarjeta de residencia a los miembros de la familia de quienes reúnan los requisitos señalados en el apartado anterior, que residan con ellos en España.

3. Si el titular del derecho a residir en territorio español hubiera fallecido en el curso de su vida activa, se expedirá y renovará la tarjeta de residencia a los miembros de su familia, cuando fuera necesario y concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el titular del derecho a residir en territorio español hubiera residido en España en la fecha del fallecimiento durante, al menos, dos años.
- b) Que el fallecimiento se haya debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional.
- c) Que el cónyuge superviviente, siempre que no estuviera separado de derecho, fuera ciudadano español y hubiera perdido la nacionalidad española como consecuencia del matrimonio con el fallecido.
4. Se expedirá o renovará la tarjeta de residencia a los miembros de la familia, cualquiera que sea su nacionalidad, cuando fuera necesario y el titular del derecho a residir con carácter permanente en España hubiese fallecido después de adquirir este derecho.
5. Para el ejercicio del derecho de residencia, en los supuestos contemplados en los apartados anteriores, el beneficiario dispondrá de un plazo de dos años, contados a partir del día en que, por aplicación de lo dispuesto, adquieran el derecho a obtenerla.

Artículo 8. Supuestos de residencia con tarjeta.

1. La residencia temporal en España con una duración superior a tres meses e inferior a un año se documentará en aquellos casos no contemplados en el artículo 6 del presente Real Decreto con una tarjeta de residencia, de vigencia limitada a la duración de aquélla.
2. La residencia en España con una duración superior a un año se documentará con una tarjeta de residencia renovable que tendrá cinco años de vigencia, en aquellos supuestos no contemplados en el artículo 6 del presente Real Decreto.
3. Los familiares, contemplados en el artículo 2, de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que posean la nacionalidad de un tercer estado, serán documentados con una tarjeta de residencia cuya vigencia estará vinculada a la residencia de la persona de la que dependan, sin perjuicio del derecho a residir con carácter permanente.
4. Los familiares de españoles que sean nacionales de terceros Estados serán documentados con una tarjeta de residencia con cinco años de vigencia, sin perjuicio del derecho a residir con carácter permanente.

Artículo 9. Vigencia y renovación de las tarjetas de residencia.

1. La vigencia y la renovación de las tarjetas de residencia estará condicionada al hecho de que su titular continúe encontrándose en alguno de los supuestos que dan derecho a su obtención, debiendo, en su caso, los interesados comunicar el cambio de circunstancias a las autoridades competentes.

Real Decreto 178/2003

III

2. Las ausencias que no se prolonguen más de seis meses consecutivos o que sean debidas al cumplimiento de obligaciones militares no afectarán a la validez de las tarjetas.

CAPÍTULO III

Procedimiento de solicitud, tramitación, expedición y renovación de tarjetas de residencia

Artículo 10. Tramitación y resolución de las solicitudes.

1. Las solicitudes de las tarjetas de residencia previstas en el presente Real Decreto, cuando sean obligatorias, deberán presentarse en el plazo de un mes a partir de la fecha de entrada en España, entregándose al interesado resguardo de su solicitud que, en el caso de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, será suficiente para acreditar su situación.

2. La tramitación de las solicitudes corresponderá a las oficinas de extranjeros de la provincia donde pretenda permanecer o fijar su residencia el interesado o, en su defecto, en las comisarías provinciales de policía.

3. La resolución de dichas solicitudes corresponde a los Subdelegados del Gobierno y Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

Artículo 11. Requisitos.

1. Los solicitantes de tarjeta de residencia deberán acompañar a su solicitud, en todo caso, tres fotografías y el documento de identidad o pasaporte, en función de su nacionalidad, a cuyo amparo es titular del derecho de residencia.

En el supuesto de que dicho documento de identidad o pasaporte esté caducado, deberá aportarse copia de éste y de la solicitud de renovación.

2. Si se trata de trabajador fronterizo, deberá acompañar un certificado de residencia, documentos sobre su actividad laboral y acreditación de que regresa todos los días o, al menos, una vez por semana al Estado de residencia.

3. 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:

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.

El requisito del visado podrá eximirse por las autoridades competentes al resolver la solicitud de tarjeta de residencia, siempre que no exista mala fe en el solicitante y concurra alguno de los siguientes supuestos:

1.º Extranjeros que no puedan aportar el visado por ser originarios o proceder de una zona en la que exista un conflicto o disturbio de carácter bélico, político, étnico o de otra naturaleza, cuya magnitud impida la obtención del correspondiente visado, o en la que haya acontecido un desastre natural cuyos efectos perduren en el momento de la solicitud del mencionado visado.

2.º Extranjeros que no pueden conseguir el visado por implicar un peligro para su seguridad o la de su familia su traslado al país del que son originarios o proceden, o por carecer de vínculos personales con dicho país.

3.º Extranjeros menores de edad o incapacitados:

a) Que sean hijos de españoles o de nacionales de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo residentes en España.

b) Que estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un nacional del Espacio Económico Europeo residentes en España, de forma que reúna los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.

4.º Extranjeros que sean cónyuges de español o de residente legal que sea nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho y se acredite la convivencia en España al menos durante un año.

5.º Españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española.

6.º Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad o impedimento que requiera asistencia sanitaria y les imposibilite el retorno a su país para obtener el visado.

7.º Extranjeros a los que se haya concedido la cédula de inscripción a la que se refiere el artículo 56 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, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, aprobado mediante Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

Real Decreto 178/2003

III

8.º Extranjeros que hayan entrado en España con un visado de residencia válidamente expedido por las autoridades consulares españolas y no hayan podido obtener la correspondiente tarjeta de residencia por causas ajenas a su voluntad.

9.º Extranjeros ascendientes de ciudadano español o de residente legal que sea nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que viva a expensas de éste y reúna los requisitos necesarios para beneficiarse de la reagrupación familiar.

10.º Extranjeros cuya residencia en España sea considerada de interés público.

Artículo 12. Informes previos.

1. Las autoridades competentes para tramitar y resolver las solicitudes de tarjetas de residencia podrán, excepcionalmente, recabar información sobre posibles antecedentes judiciales del interesado a las autoridades del Estado de origen o a las de otros Estados.

2. Asimismo, cuando así lo aconsejen razones de orden público, seguridad pública o salud pública, podrá exigirse al interesado la presentación de certificado médico acreditativo de su estado de salud.

3. En los supuestos de solicitud de tarjeta de familiar de residente comunitario y de exención del visado correspondiente, la autoridad competente para resolver sobre la exención de visado deberá solicitar informe previo a la Dirección General de Extranjería e Inmigración cuando exista cualquier duda sobre el criterio a seguir para resolver la exención de visado, así como sobre los supuestos que pueden dar lugar a su obtención.

Artículo 13. Efectos de la solicitud y plazo de resolución.

1. La solicitud y tramitación de la tarjeta de residencia no supondrá obstáculo alguno a la permanencia provisional de los interesados en España, ni al desarrollo de sus actividades.

2. Las solicitudes de tarjetas temporales de residencia se tramitarán con carácter preferente y deberán ser resueltas en un plazo de tres meses, contados a partir del día siguiente al de la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para tramitarlas.

3. La resolución relativa a la primera tarjeta de residencia y su entrega deberán ser realizadas en el plazo de tres meses, contados a partir del día siguiente al de la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para tramitarlas.

Artículo 14. Renovación de las tarjetas de residencia.

Las renovaciones de tarjetas de residencia se tramitarán conforme a lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12. Para la renovación no será necesario presentar visado ni certificado médico.

Artículo 15. Expedición de la tarjeta y del certificado de residencia.

La expedición de la correspondiente tarjeta o del certificado de residencia se realizará de conformidad con los modelos que determine el Ministerio del Interior y previo abono de la tasa correspondiente, de conformidad con la legislación vigente de tasas y precios públicos, cuya cuantía será la equivalente a la que se exige a los españoles para la obtención y renovación del documento nacional de identidad.

CAPÍTULO IV**Medidas aplicables por razones de orden público, seguridad pública y salud pública****Artículo 16. Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública.**

1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes:

- a) Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el artículo 4.
- b) Denegar la expedición o renovación de las tarjetas de residencia.
- c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

2. Las medidas previstas en el apartado anterior se atenderán a los siguientes criterios:

- a) Habrán de ser adoptadas con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia.
- b) Podrán ser revocadas de oficio o a instancia de parte cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción.
- c) No podrán ser adoptadas con fines económicos.
- d) Cuando se adopten por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en el comportamiento personal de quien sea objeto de aquéllas.

Real Decreto 178/2003

III

3. La caducidad del documento de identidad o del pasaporte que haya amparado la entrada y residencia en España, o la expedición, en su caso, de la tarjeta de residencia, no podrá ser causa de expulsión.

4. Las únicas dolencias o enfermedades que pueden justificar la adopción de alguna de las medidas previstas en el apartado 1 del presente artículo son las enfermedades que comportan la sujeción a período de cuarentena contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional.

5. La denegación de la renovación de una tarjeta de residencia o la expulsión del territorio español no podrá basarse en el hecho de haber contraído tales enfermedades después de la expedición de la primera tarjeta o de haber residido en España durante más de un año.

Artículo 17. Informe de la Abogacía del Estado.

1. La resolución de denegación de renovación de tarjeta o la orden de expulsión de un titular de tarjeta de residencia comunitaria requerirá, con anterioridad a que se dicte, el informe previo de la Abogacía del Estado en la provincia, salvo en aquellos casos en que la urgencia esté debidamente justificada.

2. Sin perjuicio de los recursos legalmente procedentes, la resolución de la autoridad competente que deniegue la primera tarjeta o que ordene la expulsión de personas solicitantes de ésta será sometida, previa petición del interesado, a examen de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado o de la Abogacía del Estado en la provincia. El interesado podrá presentar personalmente sus medios de defensa ante el órgano consultivo, a no ser que se opongan a ello motivos de seguridad del Estado. El dictamen de la Abogacía del Estado será sometido a la autoridad competente para que confirme o revoque la anterior resolución.

Artículo 18. Resolución.

1. Las resoluciones de concesión, renovación de tarjetas, así como las órdenes de expulsión, serán dictadas por los Subdelegados del Gobierno o Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

2. Las resoluciones de expulsión o de denegación de tarjetas fijarán el plazo en el que el interesado debe abandonar el país. Dicho plazo no será inferior a 15 días, si el interesado no es titular de tarjeta, o a un mes, en caso contrario. Las citadas resoluciones deberán ser motivadas, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo.

Disposición adicional primera. Régimen especial de aplicación

En virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, a los ciudadanos suizos y los miembros de sus familias les es de aplicación lo previsto en el presente Real Decreto.

Disposición adicional segunda. Normativa aplicable a los procedimientos

Los procedimientos regulados en el presente Real Decreto se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Disposición transitoria única. Solicitudes presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto

Las solicitudes presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto se tramitarán y resolverán conforme a lo previsto en él, salvo que el interesado solicite la aplicación de la normativa vigente en el momento de la solicitud.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa

Quedan derogados el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas, así como el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, que lo modificaba, y el Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre, por el que se modificaba parcialmente el régimen de entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como todas aquellas normas de igual o inferior rango que contradigan lo dispuesto en el presente Real Decreto.

Disposición final primera. Facultad de desarrollo

El Ministro del Interior, a propuesta del Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, podrá, en el ámbito de sus competencias, adoptar las medidas de desarrollo precisas para el cumplimiento y aplicación del presente Real Decreto.

Disposición final segunda. Normativa subsidiaria y supletoria

1. 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.

Real Decreto 178/2003

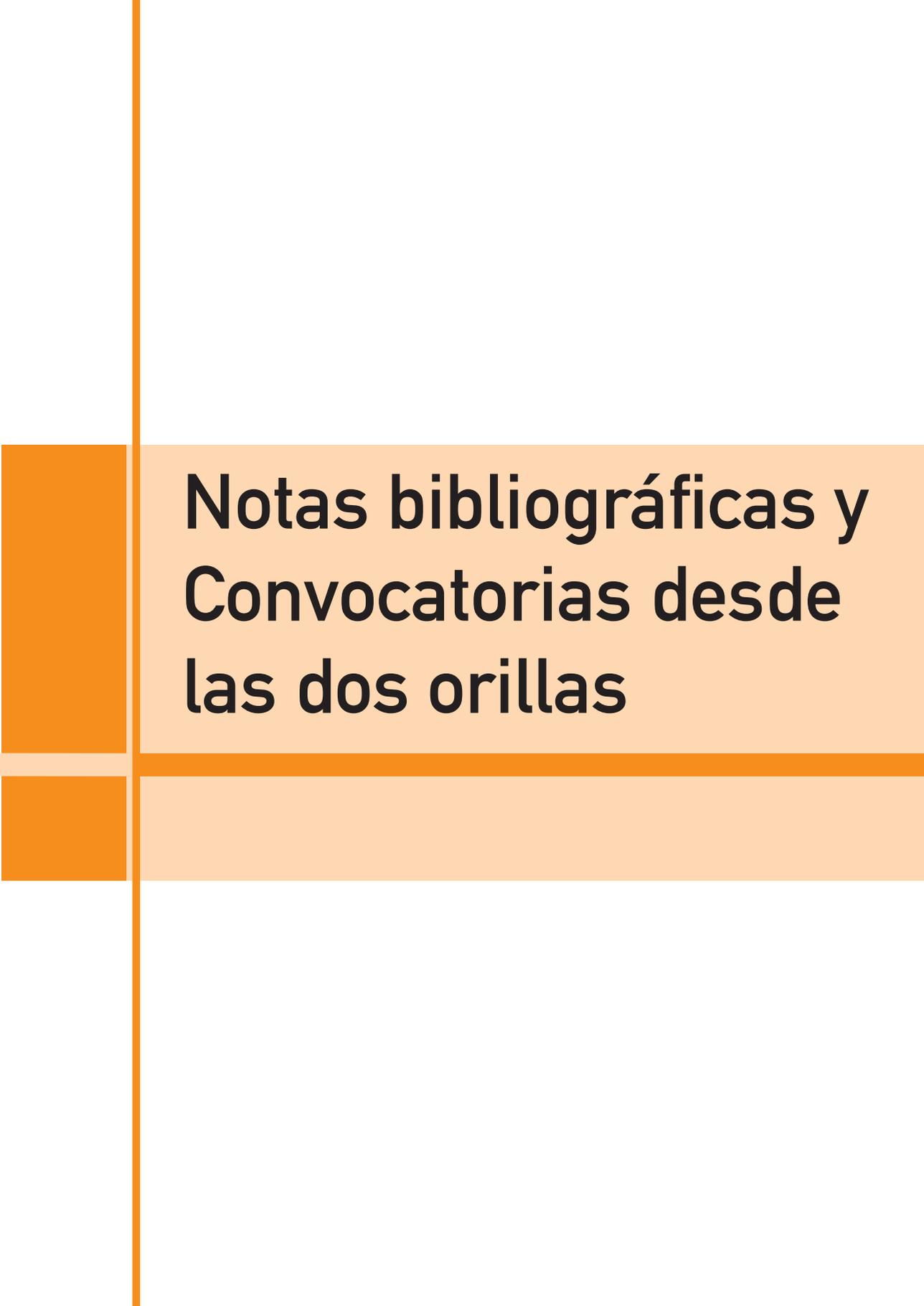
III

2. Las normas de carácter general contenidas en 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, y las normas reglamentarias vigentes sobre la materia, serán aplicables a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, con carácter supletorio y en la medida en que no se opongan a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como en el derecho derivado de los mismos.

Disposición final tercera. Entrada en vigor

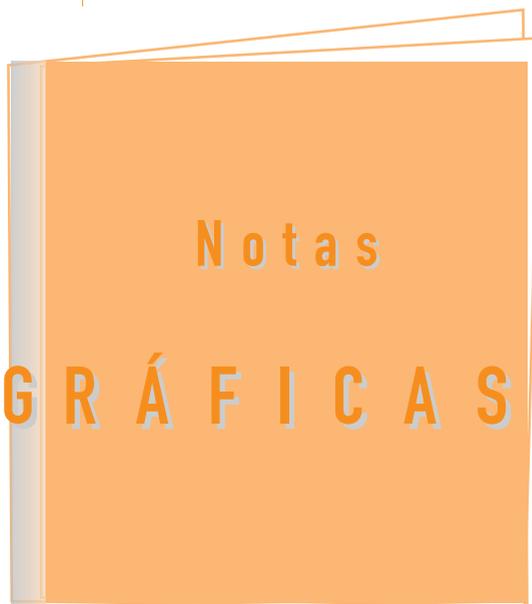
El presente Real Decreto entrará en vigor a los siete días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Dado en Madrid, a 14 de febrero de 2003.



Notas bibliográficas y Convocatorias desde las dos orillas

BIBLIOGRÁFICAS



- AGUADO I CUDOLA, V.: "El Control administrativo de la inmigración laboral a través de la contratación en origen: el Contingente de autorizaciones de trabajo para extranjeros no comunitarios", *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 4, 2002, pp. 65-86.
- AGUELO NAVARRO, P.: "Consideraciones acerca del Contingente 2003", *Revista de extranjería*, nº 13, 2003, www.reicar.es/extranjeria/revista.
- "Nuevos aragoneses", *Heraldo de Aragón*, 26 de enero de 2003, www.reicar.es/extranjeria/revista.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: Folleto informativo número 14, *Formas contemporáneas de la Esclavitud*, Ginebra 2002.
- ÁLVAREZ PASTOR, D.: *Manual de Inversiones Extranjeras*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- *Anuario de la Inmigración a Cataluña 2001*, elaborat pel Gesdi (Dirección Eliseo Aja), Mediterránea 2002.
- BERNARD P.: *Inmigration: le défi mondial*, Gallimard, París, 2002.
- BOLAÑOS LINARES, R.: *Inversión extranjera*, Purrúa, México, 2002.
- BRIBOSIA, E. y REA, A.: *Les nouvelles migrations*, Complexe, Bruselas 2002, 281 pp.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol II, Madrid, 2002.
- CARMONA RUANO, M.: "Impacto jurídico del 11 de septiembre", *Revista La Toga*, nº 138, septiembre-octubre 2002, Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla.
- CARRILLO SALCEDO, J.A. (coord.): *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos*, Universidad Internacional de Andalucía-Akal, Madrid 2002, 236 pp.
- CHARRO BAENA, P.: "Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre", *Tribuna Social*, nº 133, 2002, número monográfico, "Un año de vigencia de la Ley 8/2000, de Extranjería".
- CHECA OLMOS, F. (ed.): *Las migraciones a debate. De las teorías a las prácticas sociales*, Icaria-Institut Català d' Antropologia, Barcelona 2002, 386 pp.

Notas bibliográficas

- CHOLEWINSKI, R.: *Border and Discrimination in the European Union*, ILPA, Londres, 2002,
- CHUECA SANCHO, A.G.: “Inmigración masiva y Unión Europea: la cuestión de fondo”, *Revista de extranjería*, nº 12, 2002, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- COKER, J.; KELLY, G. y OTROS: *Making An Asylum Application: A Best Practice Guide*, ILPA, Londres 2002, 246 pp.
- CLAVIJO, C. y AGUIRRE, M.: *Políticas sociales y Estado de bienestar en España: las migraciones. Informe 2002*, Madrid, Fundación Hogar del Empleado, 2002.
- COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA (ECRI): *Annual Report 2001*, Estrasburgo, 2002.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Informe anual sobre Derechos Humanos 2001*, Bruselas 2002.
- DE LUCAS MARTÍN, J.: “Política de inmigración en España. Modelo Blade Runner”, *Le Monde Diplomatique*, edición española, febrero 2003, p. 3.
- DÍEZ DE VELASCO, M.: *Las organizaciones internacionales*, 12 edición, Tecnos, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *La revitalización de la protección de los refugiados*, Universidad de Huelva-Publicaciones, Huelva, 2002.
- GALLAGHER, A.: “Human Rights and the New un Protocolos on Trafficing and Migrants Smuggling: A Preliminary Analisis”, *Human Rights Quarterly*, vol. 23, 2002.
- GARCÍA, S.: “Contingente 2003: Obra de extraterrestres”, *Revista de extranjería*, nº 13, 2002, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- GLÉLÉ AHANHANZO, M. (Relator Especial de la ONU sobre Racismo): *Informe sobre el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y todas las formas de discriminación*, febrero 2002.
- GONZÁLEZ, M.: “Estela... Destino: CIE (Centro de Internamiento para Extranjeros)”, *Revista de extranjería*, nº 13, 2002, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- INTERMÓN OXFAM: *La responsabilidad de la Unión Europea en la lucha contra la pobreza (claves de la Presidencia española 2002)*, Barcelona 2002, 128 pp.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F. de: “La nueva regulación de las inversiones exteriores. Inversiones extranjeras en España. Inversiones españolas en el exterior. Adquisición de inmuebles en zonas estratégicas”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 41, enero-marzo 2002.
- MATÍA PORTILLA, F.J.: *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Civitas-Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 2002.
- MARZAL (ed): *Migraciones económicas masivas y Derechos Humanos*, ESADE-Facultad de Derecho y J.M^a Bosch, Barcelona 2002, 267 pp.
- OBSERVATORIO EUROPEO CONTRA EL RACISMO Y LA XENOFOBIA: *Annual Report 2000; Annual Report 2001*, Viena 2001 y 2002.
- OIM: *The state of Migration Management in Central América*, Ginebra 2002.
- *Dialogue international sur la migration*, Ginebra 2002.
- OLMEDO, C. y RUIZ, R. (coords.): *Marco jurídico del tráfico para la explotación de inmigrantes*, Red Acoge, Madrid 2002, 101 pp.

Notas bibliográficas

- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- ORTEGA MARTÍN, E.: *Manual Práctico de Derecho de Extranjería*, Editorial Jurídica, Europea de Derecho, 2002.
- PENTASSUGLIA, G.: *Minorities in International Law*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo 2002, 130 pp.
- PERAL FERNÁNDEZ, L.: “Desplazamiento masivo de población: marco internacional y nuevo marco comunitario de protección y asistencia”, en *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, 2.ª edición, 2002.
- PONCE MARTÍNEZ, C.F.: *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido Editorial, Zaragoza, 2002.
- RAMONET: *Guerras del s. XXI (nuevos miedos, nuevas amenazas)*, Mondadori, Barcelona, 2002.
- RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J.M.: *La ciudadanía de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- SAGARRA I TRÍAS, E.: “Modificación de la regulación de la nacionalidad española en el Código Civil”, *Revista de extranjería*, nº 12, 2002, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *Integración de los Derechos Humanos de la mujer y las perspectivas de género (trata de mujeres y niñas)*, 25 de enero de 2002.
- 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.
- TIEMPO DE PAZ: “Migraciones y codesarrollo”, nº 66, otoño 2002, pp 172.
- Trinidad García, M.ª L.: *Inmigración extranjera en Andalucía*, Dirección General de Coordinación de políticas migratorias, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Segundo Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía, 2002.
- TRINIDAD GARCÍA, M.ª L y otros: *Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Unión*, 5ª edición, Comares, Granada 2002.
- VV. AA.: *Derecho de Extranjería. Práctica Administrativa y Jurisdiccional*, Dykinson, 2002 .
- *Derecho Internacional Privado*, UNED, Madrid, 2002.

Notas bibliográficas

La revitalización de la protección de los refugiados

P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (ed.)
Universidad de Huelva, 2002

Constituye este volumen colectivo una muy interesante aportación de las ponencias presentadas en la Universidad de Huelva en el coloquio celebrado los días 29 y 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2001 (V Jornadas de Derecho Internacional Humanitario).

El coloquio celebraba el cincuentenario de la adopción de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Por eso en él se plantean todas las cuestiones hoy suscitadas por la Convención, entre ellas su potencialidad presente y futura.

Sus autores son Profesores españoles y extranjeros y funcionarios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

En el volumen se integran una veintena de ponencias abordando prácticamente todos los temas más importantes que el refugio suscita hoy; entre ellos encontramos algunos tan clásicos y actuales como la evolución de las normas internacionales, la posición de la Unión Europea, las cuestiones relativas al género, etc.

Del amplio conjunto de ponencias considero destacables principalmente las dedicadas a la protección de mujeres refugiadas (J.J. MARTÍN), la cooperación para compartir cargas en situaciones de afluencia masiva (A. GALINSOGA), la protección de los niños refugiados (A. SALADO), el fenómeno de los refugiados medioambientales (N. ARENAS) y los flujos masivos y la responsabilidad del Estado de origen (F. RUIZ).

El volumen recoge además las conclusiones generales del Prof. CARRILLO SALCEDO y la Declaración de Niebla sobre la Revitalización de la Protección de los Refugiados (en español, francés e inglés).

Esta obra colectiva sin duda merece atención por su gran interés, su actualidad y la seriedad de la mayoría de los planteamientos en ella recogidos.

Sobre inmigración, derechos fundamentales e integración social: un breve comentario crítico

A. GARCÍA INDA
Universidad de Zaragoza

Mikel AZURMENDI, el antropólogo vasco y presidente del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, acaba de publicar recientemente un libro titulado *Todos somos nosotros* (Madrid, Taurus, 2002), en el que reflexiona sobre el mejor modo de

Notas bibliográficas

integrar a los inmigrantes en nuestras sociedades democráticas. En dicho trabajo, y siguiendo la estela de G. SARTORI, AZURMENDI abunda de forma agresiva (o como se dice ahora, “sin complejos”) en una tesis cuya formulación ya despertó en otros momentos cierta polémica (“*el multiculturalismo es la gangrena de la sociedad democrática*”). Pero más allá de cuestiones de estilo, e incluso más allá de esa tesis de fondo –que exigiría una reflexión detenida– su libro plantea una concepción de los derechos fundamentales de los inmigrantes –y que, por extensión, son los derechos de *todos*– que dado el eco que despierta en diversos sectores de opinión, necesariamente merece que le hagamos un comentario (aunque sea breve).

Como muchos otros, el presidente del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes parte de la idea de *lealtad constitucional* como criterio *sine qua non*, para llevar a cabo todo proceso de inclusión social y política de la inmigración. En realidad, se trata de una idea todo lo inevitablemente ambigua que una Constitución puede ser (ya que la Constitución, además de los principios básicos de organización política y del catálogo de derechos y deberes fundamentales, regula también instituciones y símbolos). Por eso algunos han pensado, como ya señalara hace unos años J. MUGUERZA a propósito de otra noción parecida (la de “patriotismo” constitucional), que si la Constitución democrática lo que hace es diseñar un “espacio de coexistencia” de diferentes patriotismos y lealtades, lo mejor sería no mezclar una cosa con otra y abandonar nociones como esa para pasar a hablar simplemente de respeto a la democracia y a los derechos fundamentales. Pero dejando a un lado posibles disputas terminológicas, no pretendemos en absoluto discutir ese punto de partida, ni cuestionar la exigibilidad a todos (no sólo inmigrantes, sino también nacionales) de esa lealtad constitucional, entendida como el respeto a los principios básicos que definen la vida en una sociedad democrática –y que no olvidemos que en ocasiones, y paradójica-

mente, también nos obliga moralmente a transgredir la propia legalidad–.

Sin embargo, lo que en mi opinión resulta más chocante de las propuestas de AZURMENDI es que a la vez que defiende esa lealtad constitucional como el punto de partida incuestionable de la integración social de los inmigrantes, denuncie radicalmente a quienes en lugar de hacer una crítica “empírica” (*sic*) de la Ley de Extranjería, se obstinan únicamente en sus aspectos jurídico-constitucionales. Y digo que resulta chocante porque esos aspectos al parecer meramente formales, y que según el antropólogo vasco nos impiden ver el auténtico bosque, no son otros sino el reconocimiento (o no) de los derechos fundamentales de asociación, reunión y manifestación a los inmigrantes en situación irregular (es decir, indocumentados). A expensas de lo que el Tribunal Constitucional pueda decir finalmente a este respecto, pienso que las razones que algunos –como AZURMENDI– dan de momento para justificar el no reconocimiento de esos derechos a los inmigrantes indocumentados socavan profundamente las bases jurídicas fundamentales de una sociedad democrática. Y no olvidemos, como dijera hace unos pocos años el reciente premio Cervantes, José JIMÉNEZ LOZANO, que “la democracia es *ratio jurídica* esencialmente, o sólo es un trapo de recoger votos para disfrutarlos, y mucho estiércol”.

En primer lugar, se dice que el uso que *de facto* hacen los inmigrantes irregulares de esos tres derechos de asociación, reunión y manifestación, no produce “*beneficios sociales*”; por ejemplo, “cuando ocupan ilegalmente sedes públicas o semipúblicas encerrándose en ellas al objeto de reclamar papeles”. Y se añade que el reconocimiento de *esos* derechos a *esas* personas podría tener penosas consecuencias, porque podrían utilizarlos “congregándose en la calle, en los centros públicos o donde fuere para sembrar el caos hasta ver regularizada su situación. Y en consecuencia, la legalidad quedaría a merced de la presión social y la algarada”. Al margen de las posibles

Notas bibliográficas

interpretaciones que puedan hacerse sobre esas referencias al caos, la algarada y el secuestro de la legalidad a merced de la presión social, ¿no ha sido éste un argumento tradicionalmente esgrimido para negar esos y otros derechos (como el de huelga, o la misma libertad de expresión) a los propios nacionales? En realidad, esa reducción de los derechos únicamente a sus beneficios sociales olvida que todos los derechos, tanto individuales como colectivos, se orientan también al desarrollo de la personalidad, y aboca a una peligrosa concepción de los mismos que permitiría su negación en aras de cualquier supuesto interés colectivo. Puestos a utilizar metáforas *orwellianas*, como hace el antropólogo vasco en su libro, pienso que afirmaciones como esas molestarían bastante más que otras cosas el democrático olfato del autor de *Rebelión en la Granja*. Pero es que, además, la argumentación de AZURMENDI confunde el reconocimiento de los derechos en su uso legítimo, con el posible abuso ilegítimo de los mismos. De manera que, así tomada en abstracto, la tesis de las consecuencias implicaría la negación de todo derecho para todos: porque todo derecho es susceptible de abuso.

Una segunda idea a la que se apela para justificar el no reconocimiento de los tres derechos mencionados a los inmigrantes en situación irregular es la de la –al parecer– incompatibilidad constitutiva entre dicho reconocimiento y el principio de legalidad. Según se dice literalmente, son “bienes incompatibles o imposibles de ser logrados a la vez”. Confieso que en este punto mi discrepancia se ve superada por mi perplejidad. No sólo por lo absurdo de tal oposición, sino sobre todo porque se recurra, para desarrollar esa idea, a un argumento tan extendido como falaz, y que se basa en lo siguiente: por un lado en la equiparación entre inmigración irregular y delincuencia (es decir, la consideración de la entrada y permanencia irregular en España como un *delito*); y por otro en la distinción entre quienes, como dice el discurso político oficial, entran legalmente en nuestro país y quienes *pretenden* hacerlo transgrediendo la ley (escamoteando el hecho de que gran

parte de la inmigración irregular es en realidad la consecuencia perversa de una maraña jurídico-administrativa que dificulta gravemente, cuando no impide, la regularización). “Si a un ciudadano que ha delinquirido –dice AZURMENDI expresamente– se le suspenden determinados derechos, como los de expresión, manifestación y reunión, y se le priva de libertad encerrándole en prisión, qué paradójico sería que a un extranjero, que ha saltado la ley con su entrada ilegal en otro país o con su permanencia en él más allá de la validez de su pasaporte, se le aseguren esos mismos derechos”. Es decir, que en este caso, en lugar de corregir los errores del discurso ordinario, el intelectual contribuye a reforzarlos y sancionarlos, confundiendo una infracción administrativa (la inmigración irregular) con la comisión de un delito, e ignorando de paso que no es lo mismo limitar un derecho que negarlo, y que la condena penal tampoco implica la privación de cualquier tipo de derechos (como la libertad de expresión). Una infracción administrativa (como puede serlo carecer del DNI, saltarse un semáforo en rojo o conducir a una velocidad mayor de la permitida) también lleva aparejada la limitación de determinados derechos, y en el caso de infracciones administrativas como las relacionadas con la entrada y permanencia irregular en España se convierte en motivo para justificar la expulsión del territorio nacional, pero ¿está justificado por ello la negación de esos derechos mencionados? ¿y por qué no *otros*? Más aún ¿y por qué no llevar hasta el final la argumentación de AZURMENDI y suspender esos y otros derechos también a los ciudadanos nacionales que cometen infracciones administrativas semejantes?

En un contexto en el que lo que prima en el discurso público es el trazo grueso, la consigna fácil y el tono elevado (y “sin complejos”), el trabajo intelectual debería contribuir a profundizar, más allá de lo evidente, en el sentido auténtico que cobran las palabras. Más aún cuando lo que entran en juego son bienes fundamentales como aquellos a los que se refieren los artículos 21 y 22 de la Constitución. Y frente a lo que otros puedan pensar, insistamos en

Notas bibliográficas

que no se trata de jugar a construir meras sutilezas filosófico-jurídicas, sino de desarrollar garantías que, como nos ha recordado L. FERRAJOLI, constituyen la condición de posibilidad de una lucha por el derecho y por los derechos *-de todos-* en la que se define una sociedad democrática.

Título e-learning de experto
jurídico sobre migraciones
internacionales, extranjería
y personas en movimiento
transnacional
2ª edición

Directores: P. AGUELO NAVARRO y
Á.G. CHUECA SANCHO

Título de postgrado reconocido en España por la Universidad Europea de Madrid-CEES, Homologado por el Consejo General de la Abogacía Española; Certificado de participación expedido por la University of California y Título de diplomado reconocido en México por la Universidad Veracruzana.

Directores: Pascual Aguelo Navarro y Ángel G. Chueca Sancho.

Colaboran: Consejo General de la Abogacía Española, Universidad Europea de Madrid - CEES, Real e Ilus-

tre Colegio de Abogados de Zaragoza, Ministerios de Justicia, Interior y Asuntos Exteriores, Gobierno de Aragón - Consejería de Economía, Fundación Telefónica, Caja Rural de Aragón, Universidad de Veracruz (México) - Instituto de Investigaciones Jurídicas, Hastings College of the Law University of California, Web de Extranjería del reicaz y Editorial Lex Nova.

Programa:

Módulo Introductorio: Introducción; Las migraciones en el mundo actual; Personas en movimiento: caminos de arraigo y desarraigo.

Módulo Primero: Migraciones Internacionales y movimiento transnacional de personas en las relaciones y el Derecho Internacional del s. XXI.

Módulo Segundo: Los movimientos migratorios internacionales, el Derecho de Extranjería y el Derecho de las gente en movimiento.

Módulo 2B (USA): La entrada (admisión), la deportación, la entrada temporal, la entrada a largo plazo, la nacionalidad y la protección de personas bajo las Leyes de asilo y las Leyes en contra de la tortura.

Módulo 2C (MÉXICO): Marco jurídico, servicios migratorios, inmigrantes y políticas públicas.

Metodología E-Learning:

E-calendario; unidades-e; tutorías virtuales y área de recursos.

Más información ver en: www.extranjeria.info/curso

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Profesor de Derecho Internacional Público
en la Universidad de Zaragoza y Director del
Título E-Learning de Experto Jurídico sobre
Migraciones Internacionales, Extranjería y
Personas en Movimiento Transnacional

I El auto de medidas provisionales dictado por el TIJ el 5 de febrero de 2003 en el caso México/Estados Unidos

SUMARIO

I. A propósito de la protección consular.

II. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Internacional de Justicia.

III. El auto de medidas provisionales de 5 de febrero de 2003 en el caso MÉXICO/EE.UU.

IV. A modo de conclusión... provisional.

I. A PROPÓSITO DE LA PROTECCIÓN CONSULAR

En el Derecho Internacional hablamos de la protección diplomática, la asistencia diplomática, la asistencia consular y la protección consular como instituciones que ayudan a los nacionales de un Estado cuando se encuentran en el extranjero. Se trata sin embargo de instituciones que han adquirido nuevo vigor y nueva actualidad en el marco de las migraciones internacionales actuales.

En este breve estudio podemos analizar algunos datos sobre la protección consular¹. Los datos se centran en dicha institución, examinada desde el derecho a la información que tiene el extranjero detenido. Los datos abordan asimismo un tema tan preocupante e inadmisibles (desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos) como la pena de muerte impuesta todavía en numerosos Estados y ejecutada en algunos de ellos.

La problemática, en sus actuales perfiles ante jurisdicciones internacionales, surge como consecuencia de actuaciones de los Estados Unidos en varios casos; efectivamente, la condena y la ejecución de extranjeros en EEUU ha puesto de relieve tan aguda cuestión.

(1) Es clásica la obra de A. MARESCA: *Las relaciones consulares*, Madrid, 1968.

Comencemos por la **protección consular**. El Convenio de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, enumera las funciones consulares en su artículo 5. Pues bien, la primera de ellas es la de “proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional”.

Dicho artículo 5 hace reiteradas referencias a los nacionales del Estado enviante; entre esas funciones se halla la de proteger en el Estado receptor los intereses de los nacionales del Estado que envía [artículo 5.a)], prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía [artículo 5.e)] y representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otros órganos del Estado receptor [artículo 5.i)].

Hablando en concreto de la protección consular [artículo 5.a), del Convenio de 1963] el actual ordenamiento internacional deja claro que el derecho a la misma lo tiene el Estado enviante aunque no exista convenio consular bilateral o éste no recoja semejante derecho y que estamos ante un derecho que el Estado receptor debe respetar.

Por otra parte el artículo 36, en su párrafo 1 [apartado a)], señala que los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. A su vez, los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos.

La misma norma añade en su apartado b): “Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva”.

El tercer apartado de este artículo 36.1º, del Convenio de Viena de 1963 señala que “los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales”.

Finalmente el artículo 36.2º, del mismo tratado internacional observa que las prerrogativas del párrafo 1 de la misma norma “se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”.

Las cuestiones suscitadas por esta norma y por la protección consular en general han estallado violentamente en los últimos años ante el Tribunal Internacional del Justicia (TIJ) y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Digo que han estallado violentamente estas cuestiones porque lo han hecho nada menos que en conexión con la pena de muerte, ejecutada una y otra vez en diversos Estados, como China, Irán, Iraq, Arabia Saudí y los Estados Unidos.

II. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Veamos ahora brevemente la jurisprudencia internacional.

El 1 de octubre de 1999 adoptaba la Corte Interamericana de Derechos Humanos su Opinión Consultiva sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”². La OC-16 fue solicitada por MÉXICO; la consulta se relacionaba con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte.

Interpretando conjuntamente el artículo 36 del Convenio de Viena de 1963 sobre relaciones consulares y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, la Corte decide (entre otras cosas) por unanimidad “que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor”³.

Por otro lado, ante el Tribunal Internacional de Justicia (órgano judicial principal de las Naciones Unidas) han sido presentadas ya tres demandas, en los casos de Ángel BREARD, de los HERMANOS LAGRAND y de AVENA y otros nacionales mexicanos. He de recordar que por la vía contenciosa, sólo los Estados pueden ser partes en un asunto ante el TIJ. Por eso el primer caso aparece como el asunto Paraguay contra Estados Unidos y el segundo es el asunto Alemania contra Estados Unidos.

En el primer caso se trataba de un paraguayo (Ángel BREARD) condenado a muerte (posteriormente ejecutado) en Virginia, EE.UU. El segundo caso supuso la ejecución de dos hermanos de nacionalidad alemana en Arizona, EE.UU. El Tribunal Internacional de Justicia se pronunció en el caso BREARD adoptando medidas provisionales (que desgraciadamente no fueron respetadas por los U.S.A); la misma desgracia sobrevino en el caso LAGRAND; pero mientras Paraguay desistía (las razones no se saben, aunque puede realmente sospecharse la existencia de presiones de Washington), Alemania se ha defendido y ello ha supuesto una Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 27 de junio de 2001 condenando a los EE.UU. por violación del artículo 36.1.b), del Convenio de Viena citado⁴.

La sentencia ofrece numerosos ángulos de interés; desde luego la sentencia concluye que los EE.UU. han violado sus obligaciones internacionales enunciadas en el Convenio de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares. Además advierte que las medidas provisionales, que adoptó el TIJ y que EE.UU. no respetó, son obligatorias. Además el TIJ toma nota del compromiso asumido por

(2) Serie A, *Fallos y Opiniones*, nº 16. El Juez JACKMAN formuló un voto parcialmente disidente, mientras los Jueces CANCADO TRINDADE y GARCÍA RAMÍREZ formulaban votos concurrentes.

(3) Texto en <http://www.oas.org/defaultesp.htm>.

(4) Textos de ambos casos en <http://www.icj-cij.org/>, en inglés y francés.

los EE.UU. de adoptar medidas específicas para aplicar efectivamente el artículo 36 del citado Convenio de Viena.

III. EL AUTO DE MEDIDAS PROVISIONALES DE 5 DE FEBRERO DE 2003 EN EL CASO MÉXICO/EE.UU.

Por otra parte, el 9 de enero de 2003 México demandaba a los EE.UU. ante el Tribunal Internacional de Justicia en el caso AVENA y otros nacionales mexicanos. Acusaba a su vecino del Norte de “violaciones de la Convención de Viena sobre relaciones consulares”.

Además de esta demanda sobre el fondo del asunto, México presentaba otra solicitando que el TIJ adoptase medidas provisionales puesto que de los 54 nacionales mexicanos que ahora se hallan en el corredor de la muerte, tres de ellos pueden ser ejecutados en los próximos seis meses.

México alega que ha realizado múltiples gestiones en casos similares, con el fin de que se respete la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares; pero todas sus gestiones, incluidas las protestas por la vía diplomática, tan sólo han logrado una reacción que puede ser considerada como realmente abusiva: Las autoridades de EE.UU. presentan excusas oficiales después de las ejecuciones de nacionales mexicanos (párrafo 6 del auto). Alegaba asimismo México la vigencia para EE.UU. de diversos tratados bilaterales y de Derechos Humanos.

El mismo día 9 de enero de 2003 el Secretario del TIJ avisaba a los EE.UU. de la presentación de las dos demandas (sobre el fondo y sobre las medidas provisionales).

Por unanimidad el TIJ, el 5 de febrero de 2003, adopta las medidas provisionales siguientes:

- “a) Los EE.UU. adoptarán cualquier medida para que los Sres César Roberto Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos y Osvaldo Torres Aguilera no sean ejecutados hasta que no haya sido dictada la sentencia definitiva en el presente caso;
- b) El Gobierno de los EE.UU. dará a conocer al Tribunal cualquier medida adoptada para aplicar el presente auto.”

Además el TIJ señala que, hasta que adopte su sentencia definitiva sobre el fondo, el mismo Tribunal continuará examinando cualquier cuestión relativa a este auto.

Por tanto, según este auto, los EE.UU. no pueden ejecutar a esas personas al menos hasta que el propio Tribunal Internacional de Justicia adopte su sentencia sobre el fondo del asunto.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN... PROVISIONAL

Resulta realmente difícil admitir la posición de los EE.UU. ante el actual ordenamiento internacional. Dado su enorme poder, se considera desligado de cualquier norma internacional en muchos terrenos:

Auto de medidas provisionales del TIJ de 5-2-2003

I

- Medio ambiente, como demuestra el ejemplo del Cambio Climático.
- Tribunal Penal Internacional, cuyo nacimiento no ha impedido porque no ha podido.
- Secuestro de nacionales mexicanos en territorio mexicano, como prueba el caso ÁLVAREZ MACHAIN, etc.

La constante apelación a los derechos humanos en la política exterior de los EE.UU. no se corresponde con su práctica y su respeto de los tratados internacionales. Las arbitrariedades y violaciones tras el 11 de septiembre de 2001 aún son más claras.

En el momento de escribir estas líneas, los EE.UU. se hallan predicando al mundo su MALA NUEVA de la llamada INTERVENCIÓN PREVENTIVA; en otras palabras, pretenden tener un DERECHO A ATACAR A CUALQUIER ESTADO EN CUALQUIER MOMENTO AUNQUE NO HAYAN SUFRIDO ANTES UNA AGRESIÓN.

La ejecución de extranjeros, latinos, negros, en EE.UU. es muy frecuente. El respeto al primer DERECHO HUMANO, el Derecho a la Vida, no constituye su línea de conducta.

La violación de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares en los casos BREARD y LAGRANGE también resulta clara.

¿Cumplirá la hiperpotencia este auto de medidas provisionales? Esperemos que lo haga, aunque la esperanza anotada sea mínima.

Zaragoza, febrero de 2003

KAREN MUSALO
Abogada y Profesora del
Hastings College of the Law.
University of California (USA).

II

Asilo por motivos de género^(*) Gender-based asylum

RESUMEN

El problema de los derechos Humanos de las mujeres ha sido durante tiempo olvidado por la comunidad internacional de derechos humanos. Sin embargo, en la última década las mujeres han abogado con éxito por sus derechos en reuniones tales como la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993 y la 4ª Conferencia Mundial sobre Mujeres de Beijing de 1995. Sin embargo, en el área de protecciones de refugiados, continúa siendo un fracaso la protección hacia las mujeres. El ACNUR ha tomado la delantera, y ha sido seguido por desarrollos positivos en un número de países. En los Estados Unidos ha habido victorias –como el caso K. aceptando la mutilación genital femenina como base para el asilo–, pero también ha habido fracasos. Este artículo habla de esos avances y marca una estrategia para mejorar en la parte de las mujeres refugiadas.

The issue of women's human rights has long been neglected by the international human rights community. However, in the last decade women have successfully advocated for protection of their rights at venues such as the 1993 World Conference on Human Rights in Vienna and the 1995 Fourth World Conference on Women in Beijing. However, in the area of refugee protections, there continues to be a failure of protection accorded to women. UNHCR has taken the lead, and it has been followed by positive developments in a number of countries. In the United States there have been victories –such as the landmark K. case accepting female genital mutilation as a basis for asylum–, but there have also been defeats. This article discusses these developments and outlines a strategy for advocating on behalf of women refugees.

(*) En mayo de 2002 el ACNUR emitió nuevas normas sobre casos de asilo por razones de género.

La cuestión de los derechos humanos de las mujeres ha sido ignorada por muchos años por la comunidad internacional de derechos humanos. Esta exclusión histórica de los derechos humanos de la mujer por la comunidad establecida de derechos humanos es el resultado de creer que las violaciones de los derechos de la mujer implicaban una acción privada y no gubernamental y tienen que ver con la cultura y la tradición, colocándose fuera de la crítica de la comunidad internacional. Más recientemente ha habido un reconocimiento de que los derechos humanos de las mujeres son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales.

Muchas de las mismas percepciones que llevaron a la falta histórica de reconocer las violaciones de los derechos de la mujer como violaciones de derechos humanos también llevaron a una falta de protección para las mujeres solicitantes de asilo.

Las situaciones de persecución de las cuales las mujeres huyen a menudo ocurren en el ámbito privado a manos de la familia o la comunidad y no son directamente infligidas por los actores gubernamentales. También la definición de refugiado es una persona con un miedo bien fundado de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, opinión política y pertenencia a un grupo social determinado y los tribunales de muchos países han considerado la persecución por género fuera de las cinco razones.

Al principio de la década de los ochenta en una respuesta aparente a las faltas de protección el comité ejecutivo de ACNUR publicó su conclusión sobre Las Mujeres Refugiadas y la Protección Internacional, declarando entre otras cosas que:

Los Estados, en el ejercicio de su soberanía, son libres de adoptar las medidas necesarias para proteger a las mujeres solicitantes de asilo que se enfrentan a un trato duro o inhumano debido a la transgresión de las normas sociales de la sociedad en la que viven y de este modo puedan ser consideradas como miembros de un grupo social determinado, dentro de la letra del artículo 1A(2) del Convenio de Refugiados de las Naciones Unidas de 1951.

El ACNUR fue más allá en 1993 al recomendar que los Estados desarrollen normas para casos de asilo por motivo de género. Canadá fue el primero en hacerlo en 1993. Estados Unidos fue el segundo en hacerlo cuando publicó normas en 1995. Normas similares fueron publicadas en Australia en 1996 y en el Reino Unido en 2000. También la legislación nueva sobre refugiados aprobada por el Congreso de África del Sur reconoce explícitamente que el término “grupo social determinado” incluye grupos definidos por género, homosexualidad e incapacidad física o psicológica. Además de esto, los tribunales del Reino Unido y Nueva Zelanda han establecido jurisprudencia, la cual reconoce persecución por razón de género.

Asilo por motivos de género (gender-based asylum)

II

No obstante este desarrollo positivo, ha habido mucha resistencia al reconocimiento de persecución por motivo de género como base de asilo. La historia de lo que ha pasado en los Estados Unidos es un ejemplo de la resistencia.

Como ya he mencionado, en 1995 el servicio de inmigración (INS) en los Estados Unidos adoptó diversas normas, las cuales reconocen persecución por género como base en las solicitudes de asilo. Las normas no fueron leyes, pero sirvieron como guías para los jueces. Sin embargo los jueces seguían negando el asilo en los casos vinculados a género. Las negaciones iban en contra de la letra y el espíritu de las normas del INS.

La más famosa de estas fue la negación de asilo a F.K. en 1995 por un juez de inmigración. F. era una mujer joven quien huyó de Togo para evitar un matrimonio polígamo forzado con un hombre tres veces su edad quien demandó que ella se sometiera a la costumbre de mutilación genital femenina (MGF).

El juez de inmigración en el caso de F. negó el asilo. Primero, el juez dijo que no creía el testimonio de F. Segundo, el dijo que aunque lo creyera no le daría asilo porque la mutilación genital no era persecución sino una costumbre cultural y que no estaba vinculado con ninguna de las cinco bases para asilo: raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado.

Yo entré como abogado en el caso de F. en esta etapa para hacer la apelación al tribunal que se llama la Mesa de Apelaciones de Inmigración. Nuestro argumento fue que la mutilación genital femenina es reconocida en tratados internacionales como una violación de derechos humanos de la mujer y que debe ser reconocida como persecución dentro del marco del Convenio de Ginebra.

También nuestro argumento era que la mutilación genital a la que F. escapó, hubiera sido infligida por su pertenencia a un grupo social determinado definido principalmente por su género.

La Mesa de Apelaciones aceptó todos nuestros argumentos y anuló la decisión negativa del juez de inmigración. En una sentencia significativa la Mesa falló que la mutilación genital constituye persecución y que hubiera sido impuesta por pertenecer F. a un grupo social determinado que era definido, en parte, por género.

La sentencia de la Mesa fue muy importante porque este tribunal tiene competencia en todo el país y sus sentencias establecen jurisprudencia.

Después de la sentencia de la Mesa, nosotros vimos numerosos casos exitosos de mujeres solicitando asilo por razón de género. Estas sentencias positivas no eran solamente en casos de mutilación genital femenina, sino en casos de diversas violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, mujeres sometidas a las políticas represivas por género en países como Irán y Afganistán lograron asilo. Mujeres huyendo de prostitución forzada y tráfico del sexo lograron asilo. También lo lograron mujeres cuyas reclamaciones se basaban en violencia doméstica.

Pero como ya he mencionado anteriormente, siempre hay resistencia al concepto de asilo por razones de género, y en 1999 sufrimos un retraso en el caso de R.A., una mujer de Guatemala, solicitando asilo por razones de maltrato doméstico.

R.A. había sufrido diez años de brutal abuso doméstico después de una falta absoluta de protección del gobierno suyo. R.A. estaba casada con un hombre quien había prestado servicio en el ejército de Guatemala durante los años del genocidio. Él era brutal y decía a R. que cuando él prestaba su servicio él había matado a mujeres y niños, había quemado personas vivas, y no le importaba la vida de R. Él le decía que sería bien fácil matarla y a nadie le importaría.

El esposo de R.A. la maltrataba en forma muy cruel. Él la arrastraba del pelo, y golpeaba y quebraba ventanas y espejos con su cabeza. Él le daba patadas, y cuando ella estaba embarazada le daba patadas para tratar de causar un aborto. En otras ocasiones él le daba patadas en la vagina hasta que ella sangraba. A menudo él la despertaba en medio de la noche con un cuchillo en su pecho, diciéndole que él podría matarla y nadie haría nada para castigarlo.

R.A. buscó la protección. Iba a la policía e iba a los tribunales. Siempre ellos le decían que no podían hacer nada porque era una cosa del hogar, era una cosa de la familia y que ellos no intervinieran en tales cosas. Al fin R.A. llegó a la decisión que moriría si se quedaba en Guatemala. Ella no quería salir porque tenía dos niños. No era posible llevárselos y ella no quería dejarlos tampoco. Pero ella decidió que si no salía, ella moriría, y eso no ayudaría a sus niños. Ella no tenía recursos para salir, pero algunas personas desconocidas, pero amables, le ofrecieron ayuda. Ella viajó con ellos, viajando por Guatemala y por México, y por fin, llegando a los Estados Unidos, donde solicitó asilo.

Una jueza de inmigración dictó que R.A. había sufrido persecución. La jueza había basado su decisión específicamente en la decisión K. cuando decidió que la persecución de R.A. fue infligida por razones de su pertenencia a un grupo social particular definido en parte por su género.

Aunque la decisión de la jueza de inmigración fue basada en jurisprudencia ya establecida, el gobierno apeló. La Mesa de Inmigración, el mismo tribunal que tres años antes había establecido la jurisprudencia positiva en el caso de K., falló en contra de R.A.

La Mesa revocó la decisión dando asilo a R.A. con un voto de diez a cinco. La Mesa alcanzó un acuerdo que el maltrato del esposo era de un nivel bastante alto para constituir persecución y acordó también que R. no podía conseguir la protección del Estado, pero dictó que la persecución no era por razones de su pertenencia a un grupo social determinado.

El análisis de la Mesa sobre grupo social determinado era inconsistente no solamente con su propia decisión en K., sino con su decisión clave, A., de 1985, en la cual la Mesa había decidido que un grupo social determinado debía ser definido con referencia a una característica inmutable o fundamental que se encuentre fuera del poder de los miembros individuales del grupo para cambiar o es tan fundamental a su identidad o consciencia que no deben estar obli-

Asilo por motivos de género (gender-based asylum)

II

gados a cambiar. En el caso de K. la Mesa había aplicado el criterio inmutable y fundamental seguido en la decisión clave A.

Sin embargo la mayoría de jueces en la Mesa en el caso de R.A. dictó que la determinación que los miembros de un grupo social determinado comparten características inmutables o fundamentales son solamente un umbral y que una solicitante de asilo que basa su reclamación en la categoría de grupo social debe demostrar criterios adicionales.

Nosotros recibimos la decisión de la Mesa con preocupación porque entendíamos que la decisión podía impactar de forma negativa en gran cantidad de reclamaciones basadas en la teoría de grupo social determinado.

Dentro de nuestro sistema es difícil revocar completamente un fallo de la Mesa. Uno puede apelar a los tribunales federales, pero los tribunales federales no tienen competencia en todo el país como la Mesa. Por ejemplo, si hubiéramos apelado al tribunal federal y hubiéramos ganado, la sentencia negativa en el caso de R.A. habría sido revocada solamente en algunos Estados de los Estados Unidos y no por todo el país.

Por este motivo desarrollamos una estrategia para revocarlo en total. En nuestro sistema la Fiscal General del país tiene la autoridad de revisar las decisiones de la Mesa y de revocarlas. No se usa a menudo solamente en situaciones consideradas extraordinarias.

Nosotros sabíamos que la Fiscal General solamente lo haría si ella creyera que la opinión pública estaba a favor del asilo por razones de género. Iniciamos una campaña colaborando con varias ONGs y con miembros de nuestro congreso, y logramos la atención de los medios de comunicación. La Fiscal General recibía miles de cartas y llamadas telefónicas –no sólo de personas desconocidas a ella, sino también de personas conocidas– por ejemplo la hija de Robert Kennedy que se llama Kerry Kennedy Cuomo.

Y así pasó que logramos dos cosas. Primero el Ministerio de J.R. propuso nuevas reglas sobre asilo por razones de género. Esas reglas reconocen específicamente que una mujer puede ganar asilo por persecución por motivo de género, así mismo por maltrato doméstico. Segundo, J.R. intervino y revocó el fallo negativo en el caso de R.A. Ella tenía el poder de dictar un fallo nuevo pero no lo hizo. Lo que hizo fue ordenar que la Mesa de Inmigración decidiera la reclamación de nuevo cuando estuvieran vigentes nuevas leyes que el ministerio había propuesto.

Y así estamos ahora. Hemos logrado el éxito de la revocación del fallo negativo en el caso de R.A. Pero no estamos seguros de cuál será la política de la administración del Presidente George Bush. No obstante, desde la revocación del fallo negativo en caso de R.A. los jueces de inmigración han decidido numerosas reclamaciones en favor de mujeres solicitando asilo por razón de género. Esas decisiones no constituyen jurisprudencia porque las decisiones de jueces de inmigración no son lo que nosotros llamamos *precedent* (y los que Uds. llaman “jurisprudencia”) pero las decisiones son una prueba de que los jueces se sienten libres de dar asilo por razones de género porque la Fiscal General ha revocado el fallo negativo.

Karen Musalo

| II

Quisiera terminar con algunas reflexiones sobre el desarrollo de jurisprudencia sobre asilo por género. En poco tiempo hemos logrado mucho. Hay cinco países –Canadá, los Estados Unidos, Australia, el Reino Unido y Sur África– los cuales han reconocido asilo por motivos de género. Hay casos positivos en varios países del mundo: Canadá, los Estados Unidos, el Reino Unido y Nueva Zelanda. Hay indicaciones que tal vez Alemania va a adoptar algo sobre el asilo por razón de género.

Pienso que estamos en un tiempo bueno para seguir adelante. Desde mi punto de vista, aunque hay mucha resistencia, también hay mucho apoyo. En Estados Unidos hemos visto que se puede movilizar la opinión pública a favor, especialmente si existen ONGs que trabajen sobre derechos humanos, derechos de los refugiados, derechos de las mujeres. Entonces, aunque hay resistencia, yo veo muy posible avanzar si trabajamos para lograr la solidaridad en cuanto la cuestión de asilo por motivos de género.

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Profesor Titular de la Universidad de Zaragoza y Director del Título E-Learning de Experto Jurídico sobre Migraciones Internacionales, Extranjería y Personas en Movimiento Transnacional.

III

El Derecho Internacional ante la guerra de Iraq

SUMARIO

I. EE.UU. y Derecho Internacional: algunos hechos recientes.

II. Uso de la fuerza y Derecho Internacional: dos presupuestos teórico-prácticos. A) La prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales actuales. B) El Consejo de Seguridad, único órgano que puede decidir el uso de la fuerza armada.

III. La Resolución 1441 del Consejo de Seguridad.

IV. La llamada guerra preventiva, acción preventiva o legítima defensa preventiva, pura agresión sin disfraz.

V. ¿Hacia la paz por el derecho o hacia el caos?

I. EE.UU. Y DERECHO INTERNACIONAL: ALGUNOS HECHOS RECIENTES

La Historia reciente nos demuestra la existencia de fuertes resistencias al establecimiento de un orden internacional, regido por normas jurídicas, regido por el Derecho Internacional. Entre ellas podemos encontrar algunas atribuibles a los Estados Unidos, el imperio o la hiperpotencia actual.

Destaquemos la resistencia de EE.UU. en cuatro terrenos: Los problemas ambientales mundiales, la creación de una Corte Penal Internacional, el mantenimiento de la pena de muerte y la actitud observada en la relación entre terrorismo y Derechos Humanos.

Ante los problemas ambientales (que acucian a toda la Humanidad), los EE.UU. han defendido y defienden soluciones estatales; de nada sirve demostrar que se produce el cambio climático y que proceden de territorio estadounidense el 25% de los gases de efecto invernadero; nada importa probar que la desaparición de la diversidad biológica es galopante. En las negociaciones ambientales internacionales la táctica resulta siempre la misma: Participar en el proceso negociador para retardar las soluciones y, cuando se alcancen soluciones (aunque sean parciales, como el Protocolo de Kyoto de 1997 sobre reducción de gases de efecto invernadero), no asumir las, no comprometerse, e incluso presionar a otros Estados para que tampoco se comprometan.

La creación de la Corte Penal Internacional (cuyo Estatuto de Roma de 1998 ya ha entrado en vigor) tampoco agradó a la hiperpotencia. Participó en las negociaciones, pretendió que fracasaran y, cuando finalizaron, no solamente no ratificó el Estatuto sino que comenzó una doble táctica: Buscar mediante acuerdos bilaterales que no se acusara de crímenes de lesa humanidad o de guerra a sus soldados y agentes y, si eran acusados, amenazar con intervenir allá donde fueran juzgados. Como la Corte Penal Internacional tiene la sede en La Haya, los EE.UU. parecen dispuestos a invadir y ocupar dicha ciudad holandesa...

Ante la pena de muerte es bien conocida la posición estadounidense; los EE.UU. caminan en una compañía tan peligrosa en esta materia como China, Arabia Saudí e Irán. En territorio estadounidense las ejecuciones se producen con frecuencia, las sufren negros, hispanos, incapaces o personas que eran menores en el momento de cometer sus delitos. Matan incluso a extranjeros cuyos derechos no han sido respetados: Dos ciudadanos alemanes eran ejecutados sin que se les informara de que tenían derecho a la protección consular de Alemania; el caso era sentenciado en 2001 por el Tribunal Internacional de Justicia condenando a EE.UU.; pero ello no ha producido grandes efectos puesto que México acaba de presentar otra demanda ante el mismo Tribunal por igual motivo para intentar arrebatar del corredor de la muerte a más de 50 mexicanos¹.

Por otro lado, conviene no olvidar la actitud mantenida en la relación entre el terrorismo y los Derechos Humanos. Quede claro que los actos del 11 de septiembre de 2001 fueron actos criminales, en absoluto admisibles. Pero frente al terrorismo no vale todo; los Derechos Humanos deben prevalecer también al juzgar esos actos. La Administración BUSH predica sin embargo lo contrario y detiene y mantiene en prisión durante meses a cientos de personas. Lo mismo puede decirse del mantenimiento de los prisioneros de guerra en Guantánamo.

Todos estos hechos (se podrían citar más, como el caso de Álvarez Machain, mexicano secuestrado por agentes estadounidenses en territorio mexicano, llevado ilegalmente a USA, actuaciones que recibieron la bendición hasta del Tribunal Supremo de EE.UU.) provocan perplejidad e indignación. Perplejidad porque son actos atribuibles a un Estado de Derecho, que predica constantemente los Derechos Humanos pero no resulta demasiado convincente a la hora de respetarlos; indignación porque algunas de las autoridades estadounidenses dejan traslucir que los EE.UU. actúan en virtud de un mandato divino, que los designa como pueblo elegido y les permite una total libertad de acción, sin sumisión a norma jurídica alguna.

II. USO DE LA FUERZA Y DERECHO INTERNACIONAL: DOS PRESUPUESTOS TEÓRICO-PRÁCTICOS

Vayamos ahora al uso de la fuerza en el ordenamiento internacional actual. La perspectiva seguida no puede ser otra que la de la Carta de las Naciones Unidas, el tratado internacional de la mayor trascendencia en el cual EE.UU. es parte y está pues obligado a cumplirlo.

(1) Las decisiones del Tribunal Internacional de Justicia pueden consultarse en francés e inglés en <http://www.icj-cij.org/>. El 5 de febrero de 2003 el citado Tribunal dicta unas medidas provisionales en las que exige a los EE.UU. que suspendan la ejecución de tres nacionales mexicanos.

En tal perspectiva sobresalen dos presupuestos teórico-prácticos: La prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales actuales y el Consejo de Seguridad como único órgano que puede decidir el uso de la fuerza armada.

A) La prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales actuales

La Carta de la ONU se adopta en 1945 –entre otros fines– para “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra... (y para) reafirmar la fe en los Derechos Fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”².

La Carta se refiere constatemente al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Su norma más importante es sin duda el art. 2, párrafo 4º, que dice textualmente: “Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

La norma citada resulta muy clara: Se prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y se prohíbe asimismo la amenaza. Esa prohibición se extiende a cualquier forma incompatible con los Propósitos de la Carta; por ello, cabe el uso de la fuerza de forma compatible con esos Propósitos.

La prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales no deja por tanto ningún juego a acciones llamadas unilaterales; dichas acciones se transforman en pura agresión salvo en dos hipótesis:

- La legítima defensa, individual y colectiva, o
- Las acciones emprendidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o autorizadas por él.

Si aplicamos estas normas a la situación actual, podremos comprobar cómo EE.UU. y Gran Bretaña, que mantienen desde hace años la llamada “zona de exclusión aérea” en Iraq, utilizando parte del espacio aéreo iraquí a su antojo, violan claramente la Carta. Esa violación constituye desde luego un hecho muy grave.

B) El Consejo de Seguridad, único órgano que puede decidir el uso de la fuerza armada

Seguimos leyendo la Carta de las Naciones Unidas y en ella se admite “el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mante-

(2) El texto de la Carta así como las Resoluciones del CS y de la Asamblea General pueden verse en <http://www.un.org/>.

ner la paz y la seguridad internacionales”³. Queda claro que, si un Estado es atacado, puede defenderse; esa legítima defensa juega hasta que el Consejo de Seguridad tome las “medidas necesarias”.

Fuera de los casos de legítima defensa el problema planteado es el de si algún Órgano u Organización Internacional puede permitir el uso de la fuerza o utilizarla ella directamente. Distinguiremos dos hipótesis:

– En la primera el Consejo de Seguridad permite el uso de la fuerza armada a una Organización regional; ello resulta perfectamente válido, como hemos comprobado de la lectura de la Carta. En sentido contrario, si no existe legítima defensa individual o colectiva, el uso de la fuerza armada por una Organización regional será ilegal, violará el actual Derecho Internacional; esa violación se produjo inequívocamente en la intervención de la OTAN en Kosovo, si ninguna autorización del verdadero protagonista en la materia, el Consejo de Seguridad .

Aun cuando exista autorización, la Carta exige que las Organizaciones regionales mantengan “en todo tiempo al Consejo de Seguridad plenamente informado de las actividades emprendidas o proyectadas” por tales Organizaciones. El Consejo de Seguridad confía pues en una Organización regional, pero tal confianza no excluye el control, que debe servir para evitar los abusos y las desviaciones.

También puede permitir el Consejo de Seguridad el uso de la fuerza armada a un Estado o un grupo de Estados; entonces los Estados autorizados también deben respetar los límites impuestos por dicho órgano. El caso de la Guerra del Golfo de 1991, tras la agresión iraquí contra Kuwait, constituye un buen ejemplo de esta autorización, a la que me referiré después.

– En la segunda hipótesis el mismo Consejo de Seguridad actúa, sin delegar ni autorizar a nadie. En su actuación existe una gradación de las acciones:

1º El Consejo de Seguridad adopta sanciones que no impliquen el uso de la fuerza armada (económicas, de interrupción de comunicaciones, de ruptura de relaciones diplomáticas, etc.).

2º Si tales sanciones son inadecuadas, el Consejo de Seguridad “podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”⁴.

III. LA RESOLUCIÓN 1441 DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

Según la Carta, los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta. Por tanto, las resoluciones del Consejo de Seguridad son obligatorias. Además –como he subrayado antes– nos encontramos ante el único órgano que puede decidir legítimamente el uso de la fuerza armada.

(3) Artículo 51.

(4) Artículo 42.

El Derecho internacional ante la guerra de Iraq

III

El 8 de noviembre de 2002 el Consejo de Seguridad adoptaba su Resolución 1441. La causa última de la Resolución se halla en la ya mencionada invasión de Kuwait por parte de Iraq en 1990, que constituyó una agresión.

La Resolución 1441 señala que Iraq no ha respetado Resoluciones anteriores del mismo Consejo de Seguridad, sobre todo en cuanto afectaban a sus programas de armas de destrucción masiva; en concreto ese Estado había dificultado la labor de la Comisión Especial de las Naciones Unidas, encargada de inspeccionar tales aspectos.

¿Qué decide en concreto el Consejo de Seguridad en la Resolución 1441? Las decisiones más importantes son las siguientes:

1ª Iraq ha incurrido y sigue incurriendo en violación grave de sus obligaciones al no cooperar con las Naciones Unidas.

2ª Concede a ese Estado “una última oportunidad de cumplir sus obligaciones” en la materia.

3ª Crea la UNMOVIC (United Nations Monitoring, Verification and Inspection Commission) o Comisión de las Naciones Unidas de Vigilancia, Verificación e Inspección y autoriza al Organismo Internacional de la Energía Atómica a enviar asimismo inspectores.

4ª Decide que Iraq debe proporcionar a los inspectores “acceso inmediato, sin trabas, incondicional e irrestricto a todas y cada una de las zonas... a todos los funcionarios y a otras personas”.

5ª “Exige que Iraq confirme en un plazo de siete días... su intención de cumplir plenamente la presente Resolución” y

6ª Decide reunirse una vez tenga el informe de los inspectores.

Si leemos atentamente la Resolución analizada, comprobaremos que no autoriza a nadie (sea quien sea, EE.UU., la OTAN, la UE) a usar la fuerza armada contra Iraq. Los términos son claros y se impone un pequeño examen comparativo con la Resolución 678, adoptada por el Consejo de Seguridad el 29 de noviembre de 1990. El párrafo 2 de la Resolución 678 señala que el Consejo de Seguridad “*autoriza a los Estados miembros que cooperan con el Gobierno de Kuwait para que, a menos que Iraq cumpla plenamente para el 15 de enero de 1991 o antes las Resoluciones que anteceden, como se indica en el párrafo I supra, utilicen todos los medios para hacer llevar a la práctica la Resolución 660 (1990) y todas las Resoluciones pertinentes aprobadas ulteriormente y para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región.*”

Aquí sí nos encontramos con una inequívoca autorización para el uso de la fuerza armada contra Iraq por haber invadido Kuwait. Pero términos semejantes no se hallan en la Resolución 1441.

Si interpretamos la Resolución 1441 sin la imprescindible buena fe, podemos obligar al texto a afirmar lo que realmente no afirma. Teniendo en cuenta su contenido, no cabe admitir las inter-

pretaciones de personas que –como el Presidente BUSH o el Presidente AZNAR– realizan una pura operación o interpretación política; la clave de su interpretación no es el derecho sino la política, una injustificable política de poder.

Como antes señalé, la Resolución 1441 afirma que el Consejo de Seguridad “decide reunirse una vez recibido un informe... a fin de examinar la situación y la necesidad de que se cumplan plenamente todas sus resoluciones en la materia con objeto de asegurar la paz y la seguridad internacionales” (párr. 12). Por tanto:

1º El Consejo de Seguridad decide revisar el informe.

2º Será el Consejo de Seguridad el que examine la situación y la necesidad de que se cumplan todas sus resoluciones.

3º Al contrario de lo que sucediera en 1990, en 2002 en ningún caso concede autorización a nadie para que utilice la fuerza armada contra Iraq.

Esta conclusión se ve confirmada por el penúltimo párrafo de la Resolución 1441. En efecto, el párrafo 13 “recuerda, en este contexto, que ha advertido reiteradamente a Iraq que, de seguir infringiendo sus obligaciones, se expondrá a graves consecuencias”. Quien decide las consecuencias a las que se expondrá Iraq no es el estrategia de la Casa Blanca, de Londres o de Madrid, sino el Consejo de Seguridad; y esas consecuencias no tienen por qué suponer en todo caso el uso de fuerza armada; según la Carta de las Naciones Unidas, las consecuencias pueden seguir siendo las sanciones económicas (que tanto dañan a la población iraquí y tanto refuerzan el poder de su dictador) o de otro tipo, el mantenimiento de la inspección, etc.

Leída e interpretada de buena fe la Resolución 1441, NADA EN ELLA PERMITE A NADIE EL USO DE LA FUERZA ARMADA CONTRA IRAQ. Ni directa ni indirectamente ni expresa ni implícitamente concede a nadie el derecho a usar la fuerza armada contra ese Estado. La interpretación opuesta rompe dos normas esenciales en cualquier interpretación jurídica válida: El sentido corriente de los términos empleados y la buena fe.

IV. LA LLAMADA GUERRA PREVENTIVA, ACCIÓN PREVENTIVA O LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA, PURA AGRESIÓN SIN DISFRAZ

He recordado antes el derecho de legítima defensa (individual y colectiva) que la Carta respeta. De nuevo con una interpretación forzada y desnaturalizadora de tan trascendental tratado internacional, se aduce la denominada GUERRA PREVENTIVA, ACCIÓN PREVENTIVA o LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA.

Cualquiera de estas formulaciones pone el acento en el ataque preventivo, el ataque previo; sus defensores afirman pues que –como se dice con demasiada frecuencia en sociedades tan competitivas como las actuales– “la mejor defensa es un buen ataque”.

El Derecho internacional ante la guerra de Iraq

III

En la Historia reciente esta teoría la adujo con profusión ISRAEL, cuando atacaba a los Estados árabes; de esa forma, decían los ideólogos israelíes, se impedía un ataque futuro de los árabes.

En estos momentos es alegada una y otra vez por el Presidente Bush; los inadmisibles ataques terroristas del 11 de septiembre le sirven como coartada.

Sin embargo, estas formulaciones (sean cuales fueren sus motivaciones expresas o implícitas) violan inequívocamente el actual Derecho Internacional.

Existe desde 1974 una Definición de la Agresión, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Según este texto –que codifica normas internacionales– se considera agresión el uso de la fuerza por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

La Definición enumera una serie de actos de agresión, citando entre ellos la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro o toda ocupación militar (aun temporal) o toda anexión territorial derivada del uso de la fuerza. Cuando en 1990 Iraq invade Kuwait, comete sin duda un claro acto de agresión. Además se considera agresión el bombardeo del territorio de un Estado, el bloqueo de sus puertos o costas y, entre otros actos, el envío por un Estado de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios.

Por otro lado, el Tribunal Internacional de Justicia en 1986 (precisamente en el caso NICARAGUA/EE.UU.) afirma de modo textual: “En el caso de la legítima defensa individual, este derecho no puede ser ejercido sino cuando el Estado interesado ha sido víctima de un ataque armado. La invocación de la defensa colectiva evidentemente en nada cambia esta situación”.

En esta dirección conviene no olvidar dos aspectos adicionales:

– Ninguna consideración de índole política, militar, económica o de otro tipo podrá servir para justificar una agresión.

– La guerra de agresión constituye un crimen internacional, como se desprende del artículo 5 del Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional. Conscientes las autoridades de los EE.UU. de esta norma, ¿acaso se halla ahí su cerrada oposición a la efectiva aplicación del Estatuto de Roma y a la actuación de dicha Corte?

V. ¿HACIA LA PAZ POR EL DERECHO O HACIA EL CAOS?

Como señalaba al principio, los EE.UU. mantienen un inequívoco rechazo al Derecho Internacional en varios ámbitos; pero sin duda el más peligroso rechazo es el de la denominada acción o guerra preventiva, que hoy desean dirigir contra Iraq y mañana dirigirán contra cualquier otro Estado, cuando los intereses de su minoría dirigente se lo aconsejen, exista o no exista causa real.

También interesa recordar la Historia en un terreno tan resbaladizo como el de las pruebas presentadas ante el Consejo de Seguridad. El hundimiento del acorazado MAINE, en 1898, constituyó el pretexto para que los EE.UU. terminaran con el último poder español en América; las sedicentes “pruebas” presentadas entonces no resistían el más mínimo análisis imparcial. Ello tuvo consecuencias jurídicas, puesto que en 1899 la primera Conferencia de Paz de La Haya creaba un nuevo modo de arreglo de diferencias, las Comisiones de Investigación, para fijar los hechos. Pues bien, esta experiencia histórica se repite una y otra vez en la política exterior de los EE.UU. y en la presentación de las sedicentes “pruebas”, que muchas veces no son sino su propaganda de guerra.

Situados ya de nuevo en el presente, recordemos que los mismos Estados que hoy exigen a Iraq que cumpla las Resoluciones del Consejo, apoyan a quienes incumplen otras, como las relativas a los derechos de los pueblos palestino y saharauí. Por tanto, si realmente deseamos que se mantenga la paz y que el Consejo de Seguridad no pierda el resto de su ya muy menguado crédito, exigiremos que se cumplan TODAS SUS RESOLUCIONES, no solamente las que beneficien a la hiperpotencia de turno o a sus aliados.

Conviene asimismo que nos formulemos dos interrogaciones adicionales, complementarias entre sí: ¿Alguien sensato considera que el ataque armado contra Iraq servirá para luchar contra el terrorismo, como los voceros de la guerra propagan con excesiva frecuencia? ¿Dicho ataque no será más bien un excelente abono –al menos ideológico– para nuevos actos terroristas?

En la actual situación, la disyuntiva final parece clara: O bien caminamos HACIA LA PAZ POR EL DERECHO (por el RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TODOS) o bien seguimos la línea recta HACIA EL CAOS. Y la realidad ya ha demostrado que en ese caos perdemos todos, incluidos los poderosos Estados Unidos.

Deseo terminar con las palabras –plenas de pasado y de presente e impregnadas de los peores presagios para el futuro– de un ilustrado aragonés, Alejandro OLIVAN, que escribía en 1835:

“La guerra es el oprobio de la razón y el olvido de todo derecho; y si reflexionamos que después de muchos años de combates y desolación suelen las naciones hacer la paz de puro cansadas, quedando mucho más abatidas que cuando empezaron, NO SOLAMENTE RECONOCEREMOS LA LOCURA Y CAPRICHOS DE CASI TODAS LAS GUERRAS, SINO QUE DEPLORAREMOS LA RETROGRADACIÓN A QUE CONDENAN A LA ESPECIE HUMANA” (*La Abeja*, lunes 11 de mayo de 1835, nº 377, p. 1, “De la intervención extranjera”).

Zaragoza, febrero de 2003

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS (para más información: web de extranjería)

- ✓ Curso sobre la nueva regulación del Derecho de Extranjería.
17 y 18 de octubre de 2002, Donostia. (Colegio de Abogados)
- ✓ II Curso Práctico sobre nacionalidad, extranjería e inmigración.
12 de noviembre al 20 de diciembre de 2002, Alicante. (Colegio de Abogados)
- ✓ Jornadas sobre inmigración y medios de comunicación.
10-12 de diciembre de 2002, Madrid. (Colegio de Abogados)
- ✓ Jornada sobre Inmigración.
18 de enero de 2003, Lorca. (Colegio de Abogados)
- ✓ El desafío de la inmigración para Europa: educación, investigación, políticas y movimientos sociales.
30-31 de enero de 2003, Bilbao (Colegio de Abogados)
- ✓ Iniciación a la práctica forense sobre Derecho de Extranjería.
31 de enero de 2003, Valladolid. (Colegio de Abogados)

A CELEBRAR

- ✓ Iniciación a la práctica forense sobre Derecho de Extranjería.
13 de marzo de 2003, Sabadell. (Colegio de Abogados)
- ✓ Jornada sobre extranjería e inmigración
19 de marzo de 2003, Las Palmas. (Colegio de Graduados Sociales)
- ✓ II Encuentro de Organizaciones ecuatorianas del Estado Español
22 y 23 de marzo de 2003, Barcelona. (Colegio de Abogados)

Jornadas sobre Extranjería

- ✓ La inmigración, una realidad plural.
27 de marzo de 2003, Oviedo.
- ✓ Jornada sobre la Ley de Extranjería y su Reglamento. Situación actual.
28 de marzo de 2003, San Sebastián. (Colegio de Abogados)
- ✓ Curso sobre la inmigración a comienzos del siglo XXI.
3 y 4 de abril de 2003, Universidad de Zaragoza.
- ✓ Jornada sobre contratación laboral de extranjeros no comunitarios-Contingente 2003.
11 de abril de 2003, Colegio de Abogados de Barcelona
- ✓ Iniciación a la práctica forense sobre Derecho de Extranjería.
15 de abril de 2003, Soria. (Colegio de Abogados)
- ✓ Jornadas sobre Derecho Migratorio y Extranjería.
24 y 25 de abril de 2003, Santa Cruz de Tenerife. (Colegio de Abogados)
- ✓ XIII Congreso de Abogados sobre Derecho de Extranjería.
12-14 de junio de 2003. Consejo General de la Abogacía Española y Colegio de Abogados de Palma de Mallorca.
- ✓ Régimen jurídico de la inmigración en la Unión Europea y en España.
3 y 4 de julio, Jaca. (Cursos de verano de la Universidad de Zaragoza).

ÚLTIMA HORA

ARTÍCULOS DEL REGLAMENTO DE EJECUCIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 REFORMADA POR LA LEY ORGÁNICA 8/2000 QUE HAN RESULTADO ANULADOS POR LA SENTENCIA DE LA SALA 3ª DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 20 DE MARZO DE 2003

<p>Artículo 38. <i>"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el Ministerio del Interior podrá autorizar la estancia en territorio español, por un máximo de tres meses en un período de seis, a los extranjeros que hubieran entrado en el mismo con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados al efecto, siempre que para ello existan motivos humanitarios, de interés nacional u obligaciones internacionales, <u>pudiendo adoptar en tales casos, como medidas cautelares, alguna de las medidas enumeradas en el art. 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000.</u>"</i></p>	<p>Artículo 38. <i>"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el Ministerio del Interior podrá autorizar la estancia en territorio español, por un máximo de tres meses en un período de seis, a los extranjeros que hubieran entrado en el mismo con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados al efecto, siempre que para ello existan motivos humanitarios, de interés nacional u obligaciones internacionales."</i></p>
<p>Artículo 41.5. <i>"Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con un permiso de residencia obtenido independientemente del permiso del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en la ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 y en este Reglamento para proceder a dicha reagrupación."</i></p>	<p>El Artículo 41.5 debe ser anulado.</p>
<p>Artículo 49.2 d. y e. del Reglamento, relativo a exención de visado de residencia. <i>"d.) Extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho, se reúnan las circunstancias del art. 17 de la Ley orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000 y se acredite la convivencia <u>en España</u> al menos durante un año.</i> <i>e) Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho, se reúnan las circunstancias del art. 17 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, se acredite la convivencia <u>en España</u> al menos</i></p>	<p>Artículo 49.2 d. y e. del Reglamento, relativo a exención de visado de residencia. <i>"d.) Extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho, se reúnan las circunstancias del art. 17 de la Ley orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000 y se acredite la convivencia al menos durante un año.</i> <i>e) Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho, se reúnan las circunstancias del art. 17 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, se acredite la convivencia al menos durante un año, y que el cónyuge tenga autorización para</i></p>

Última hora

V

<p>durante un año, y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año."</p>	<p>residir al menos otro año."</p>
<p>Artículo 56.8 del Reglamento, relativo a extranjeros indocumentados.</p> <p>"Completada la información, salvo que el extranjero se encuentre incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada <u>o de expulsión</u>, previo abono de las tasas fiscales que legalmente correspondan, el Subdelegado de Gobierno, o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en el caso de que aquel desee permanecer en España, dispondrán su inscripción en una Sección especial del Registro de Extranjeros y le dotarán de una Cédula de inscripción en un documento impreso, que deberá renovarse anualmente y cuyas características se determinarán por el Ministerio del Interior. La Dirección General de la Policía expedirá certificaciones o informes sobre los extremos que figuren en dicha Sección especial para su presentación ante cualquier otra autoridad española."</p>	<p>Artículo 56.8 del Reglamento, relativo a extranjeros indocumentados-</p> <p>"Completada la información, salvo que el extranjero se encuentre incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada, previo abono de las tasas fiscales que legalmente correspondan, el Subdelegado de Gobierno, o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en el caso de que aquel desee permanecer en España, dispondrán su inscripción en una Sección especial del Registro de Extranjeros y le dotarán de una Cédula de inscripción en un documento impreso, que deberá renovarse anualmente y cuyas características se determinarán por el Ministerio del Interior. La Dirección General de la Policía expedirá certificaciones o informes sobre los extremos que figuren en dicha Sección especial para su presentación ante cualquier otra autoridad española."</p>
<p>Artículo 57 del Reglamento</p> <p>"1. A los extranjeros que se encuentren en España y que justificando documentalmente una necesidad excepcional de salir del territorio español no puedan proveerse de pasaporte propio, por encontrarse en alguno de los casos expresados en el art. 34.2 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, una vez practicados los tramites regulados en el artículo anterior, se les podrá expedir por la Dirección General de la Policía un título de viaje con destino a los países que se especifiquen, previendo el regreso a España salvo que el objeto del título de viaje sea exclusivamente posibilitar el retorno del solicitante al país de nacionalidad o residencia de éste, en cuyo caso, el documento no contendrá autorización de regreso a España.</p> <p>2. El título de viaje tendrá la vigencia máxima y limitaciones que en cada caso concreto se determinen para su utilización que en le mismo se exprese, y se expedirá con arreglo al modelo que se determine por Orden del Ministerio del Interior."</p>	<p>El Artículo 57.1 debe ser anulado.</p> <p>1. (...)</p> <p>2. El título de viaje tendrá la vigencia máxima y limitaciones que en cada caso concreto se determinen para su utilización que en le mismo se exprese, y se expedirá con arreglo al modelo que se determine por Orden del Ministerio del Interior."</p>
<p>Artículo 84.2 y 6, relativo a los supuestos de inadmisión a trámite de la solicitud de permiso de trabajo.</p> <p>"2. Falta de competencia del órgano a quien se dirige la solicitud.</p> <p>6. La solicitud presentada utilizando</p>	<p>El Artículo 84.2 y 6 debe ser anulado.</p>

Última hora

V

<p>procedimientos inadecuados, de acuerdo con lo establecido en el presente Reglamento".</p>	
<p>Artículo 117.2 del Reglamento, relativo a medidas cautelares en el procedimiento de expulsión</p> <p>"Cuando en las primeras actuaciones de la fase de instrucción, concurren razones que así lo aconsejen, como carecer el extranjero de arraigo, de domicilio conocido o no manifestase lugar alguno a efecto de notificaciones, el órgano competente <u>para iniciar el procedimiento o el órgano instructor</u> podrán adoptar la medida provisional de retirada de pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de recibo acreditativo de tal medida"</p>	<p>Artículo 117.2 del Reglamento, relativo a medidas cautelares en el procedimiento de expulsión</p> <p>"Cuando en las primeras actuaciones de la fase de instrucción, concurren razones que así lo aconsejen, como carecer el extranjero de arraigo, de domicilio conocido o no manifestase lugar alguno a efecto de notificaciones, el órgano competente podrá adoptar la medida provisional de retirada de pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de recibo acreditativo de tal medida"</p>
<p>Artículo 127.2.c del Reglamento</p> <p>"Solo se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concorra alguno de los siguientes supuestos: c) se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento"</p>	<p>El Artículo 127.2.c debe ser anulado.</p>
<p>Artículo 130 del Reglamento</p> <p>"1. Los internos están obligados a cumplir las normas de convivencia, régimen interior, sanidad e higiene, así como a conservar las instalaciones y mobiliario del centro.</p> <p><u>2. En cada centro existirá una Junta compuesta, además del Director del mismo, por el facultativo y un trabajador social, que asesorará a aquel en la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de convivencia y de régimen interior, que deberán, en su caso, ser comunicadas a la autoridad judicial que autorizó el internamiento.</u></p> <p>3. La dirección del centro establecerá un horario para regular las distintas actividades a desarrollar por los internos.</p> <p>4. Los internos podrán recibir y enviar correspondencia, así como mantener comunicaciones telefónicas con el exterior, que solo podrán restringirse por resolución de la autoridad judicial.</p> <p>5. Se adoptarán las medidas necesarias para impedir restricciones del ejercicio de la libertad religiosa por parte de los internos.</p> <p><u>6. Los internos están autorizados a comunicar con sus abogados, y</u></p>	<p>Artículo 130 del Reglamento</p> <p>"1. Los internos están obligados a cumplir las normas de convivencia, régimen interior, sanidad e higiene, así como a conservar las instalaciones y mobiliario del centro.</p> <p>2.(...)</p> <p>3. La dirección del centro establecerá un horario para regular las distintas actividades a desarrollar por los internos.</p> <p>4. Los internos podrán recibir y enviar correspondencia, así como mantener comunicaciones telefónicas con el exterior, que solo podrán restringirse por resolución de la autoridad judicial.</p> <p>5. Se adoptarán las medidas necesarias para impedir restricciones del ejercicio de la libertad religiosa por parte de los internos.</p> <p>6. (...)</p>

Última hora

V

<p><u>periódicamente con familiares, amigos y representantes diplomáticos de su país, debiendo realizarse tales comunicaciones dentro del horario establecido para la adecuada convivencia entre bs internos, conforme a las normas de funcionamiento del centro."</u></p>	<p>"</p>
<p>Artículo 136.3 del Reglamento</p> <p>"Los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas de las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivar, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de la incoación del correspondiente expediente sancionador."</p>	<p>El Artículo 136.3 debe ser anulado.</p>
<p>Artículo 138.1.b del Reglamento, relativo a la posibilidad de devolución de los extranjeros que se hallaren en alguno de los siguientes supuestos:</p> <p>1.b "Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, considerándose incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada."</p>	<p>El Artículo 138.1.b debe ser anulado.</p>

(En la Web de Extranjería [html://www.extranjeria.info](http://www.extranjeria.info) se puede obtener el texto completo de la demanda interpuesta y de esta importante sentencia.)

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 30 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@extranjeria.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*.

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.

